

## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1<sup>er</sup> juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



# THÈSE

En vue de l'obtention du

## DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : Sciences Juridiques et Politiques

---

Présentée et soutenue par

**CAUSSADE Thomas**

le 27 janvier 2017

**La stratégie fiscale de l'entreprise : entre optimisation et fraude**

---

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **CDA (EA 780)**

**Directeur de thèse** : M. Arnaud DE BISSY, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole

### JURY

**Rapporteurs** Mme. Lise CHATAIN-AUTAJON, Maître de conférences , Université de Montpellier  
M. Thierry LAMBERT, Professeur, Université Aix-Marseille

**Suffragants** M. Arnaud DE BISSY, Professeur, Université Toulouse 1 capitole  
M. Stéphane DEBRUYNE, Directeur fiscal, EDF EN  
M. Gilles DEDEURWAERDER, Maître de conférences, Université Toulouse 1 Capitole  
M. Vincent DUSSART, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole

*« L'université n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses (mémoires) ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs »*

## REMERCIEMENTS

*Je tiens à remercier chaleureusement Monsieur le Professeur Arnaud De Bissy, pour m'avoir accompagné tout au long de cette aventure. Ses conseils avisés ont toujours été précieux et son soutien indispensable.*

*Je tiens à remercier Stéphane Debruyne et la direction fiscale d'EDF EN, Me Marie-Amélie Deysine et ses collaborateurs présents lors de mon passage chez PWC avocats, ainsi que les membres du cabinet d'avocats Arsène Taxand, avec qui j'ai eu l'honneur et le plaisir de travailler en parallèle de ces travaux.*

*Ma reconnaissance et mon affection vont également à ma famille, Céline et mes amis, qui m'ont toujours témoigné une confiance inébranlable et sincère, même dans les moments de doute.*

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>8</b>
<b>PARTIE I : OPTIMISATION, EVASION ET FRAUDE FISCALES, UNE CLARIFICATION NECESSAIRE .....</b>	<b>33</b>
TITRE I : UNE FRONTIERE DIFFICILE A APPREHENDER .....	35
CHAPITRE I : LA FRAUDE FISCALE : UNE NOTION A DEUX VISAGES .....	36
CHAPITRE II : L’OPTIMISATION : UNE PRATIQUE LEGALE A GEOMETRIE VARIABLE .....	75
TITRE II : UNE PRISE DE CONSCIENCE GLOBALE CARACTERISEE PAR D’IMPORTANTS CHANGEMENTS LEGISLATIFS .....	166
CHAPITRE I : L’EVOLUTION DES LEGISLATIONS FRANÇAISES ET EUROPEENNES .....	169
CHAPITRE II : LES MECANISMES ANTI-ABUS INTERNATIONAUX.....	269
<b>PARTIE II : LES MECANISMES D’OPTIMISATION UTILISES PAR LES ENTREPRISES.....</b>	<b>346</b>
TITRE I : L’OPTIMISATION STRUCTURELLE ET JURIDIQUE DE L’ENTREPRISE D’UN POINT DE VUE FISCAL.....	350
CHAPITRE I : LES MECANISMES FISCAUX FAVORISANT LES RELATIONS ENTRE ENTITES LIEES .....	352
CHAPITRE II : L’OPTIMISATION DES FLUX INTER- ENTREPRISES .....	413
TITRE II : L’OPTIMISATION DU DEVELOPPEMENT DE L’ENTREPRISE.....	516
CHAPITRE I : LE DEVELOPPEMENT TERRITORIAL DE L’ENTREPRISE .....	518
CHAPITRE II : L’OPTIMISATION FISCALE DES RESTRUCTURATIONS ET DES CESSIONS.....	579
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>691</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>696</b>
<b>TABLE DES MATIERES.....</b>	<b>752</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>768</b>

# DICTIONNAIRE DES ACRONYMES

ACCIS : Assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés

Act. : Actualité

Aff. jtes. : Affaires jointes

AJDA : Actualité juridique de droit administratif

ALENA : Accord de libre échange nord américain

AN : Assemblée nationale

Art. : Article

ASEAN : Association of Southeast Asian Nations (Association des nations de l'Asie du Sud-Est)

BA : Bénéfices agricoles

BDCF : Bulletin des conclusions fiscales

BEPS : Base erosion and profit shifting (Erosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices)

BF : Bulletin fiscal

BFR : Besoins en fonds de roulement

BMC : Bénéfice mondial consolidé

BNC : Bénéfices non commerciaux

BIC : Bénéfices industriels et commerciaux

BOCI : Bulletin officiel des contributions indirectes

BOI : Bulletin officiel des impôts

Bull. civ. : Bulletin civil

Bul. crim. : Bulletin criminel

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administrative d'appel

Cass : Cour de cassation

CC : Conseil constitutionnel

CE : Commission européenne / Communauté européenne / Conseil d'Etat

CEDH : Convention européenne des droits de l'Homme / Cour européenne des droits de l'Homme

Cf. : Confer

CIRI : Comité interministériel de restructuration industrielle

CGI : Code général des impôts  
Chron. : Chronique  
CIF : Commission des infractions fiscales  
CJCE : Cour de justice de la communauté européenne  
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne  
COM : Communication de la Commission européenne  
Comm. : Commentaire  
CODEFI : Comité département d'examen des problèmes de financement des entreprises  
Cons. Const. : Conseil constitutionnel  
CORI : Comité régional de restructuration industrielle  
CRDS : Contribution pour le remboursement de la dette sociale  
CSG : Contribution sociale généralisée  
Concl. : Conclusions  
D. : Recueil Dalloz  
DC : Décision constitutionnelle  
DDHC : Déclarations des droits de l'Homme et du citoyen  
DGI : Direction générale des impôts  
DGFIP : Direction générale des finances publiques  
DIRCOFI : Directions spécialisées du contrôle fiscal  
Dr. & pat. : Droit et patrimoine  
Dr. fisc : Droit fiscal  
Dr. pén. : Droit pénal  
EBIT : Earnings before interest and taxes (Revenus avant intérêts et impôts)  
EBITDA : Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization (Revenus avant intérêts, impôts dépréciations et amortissements)  
ECOFIN : Economic and financial counsel (Conseil économique et financier)  
Ed. : Edition  
EEE : Espace économique européen  
EMN : Entreprises multinationales  
EIRL : Entreprise individuelle à responsabilité limitée  
Eur. : Europe  
EURL : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée  
FCPI : Fond commun de placement dans l'innovation  
FR : Feuillet rapide

G7 : Groupe des sept  
G8 : Groupe des huit  
G20 : Groupe des vingt  
GAAR : General Anti-Abuse Rule  
Gde. ch. : Grande chambre  
HT : Hors taxes  
IASB : International accounting standard board  
IFA : Impôt forfaitaire annuel  
IFRS : International financial reporting standards  
Inf. : Information  
IR : Impôt sur le revenu  
IRS : Internal revenue service  
IS : Impôt sur les sociétés  
ISF : impôt de solidarité sur la fortune  
JCP : Juris classeur périodique  
J.O : Journal officiel  
JOCE : Journal officiel de la Communauté européenne  
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence  
LPF : Livre des procédures fiscales  
N°: Numéro  
OCDE : Organisation de coopération et de développement économique  
ONG : Organisations non gouvernementales  
ONU : Organisation des nations unies  
Op. cit. : Ouvrage précédemment cité  
P. : Page  
PCG : Plan comptable général  
Plén. : Plénière  
PME : Petites et moyennes entreprises  
Préc. cit. : Précédemment cité  
QPC : Question prioritaire de constitutionnalité  
RDA : Revue de droit administratif  
Rec. : Recueil  
Rép. min. : Réponse ministérielle  
Rev. adm. : Revue administrative



RFDA : Revue française de droit administratif  
RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale  
RJF : Revue de jurisprudence fiscale  
RO : Recueil officiel  
ROI : Return on earnings (retour sur investissement)  
RSA : Régime simplifié agricole  
RSI : Régime simplifié d'imposition  
RTD : Revue trimestrielle de droit  
SA : Société anonyme  
SARL : Société à responsabilité limitée  
SAS : Société par actions simplifiée  
SASU : Société par actions simplifiée unipersonnelle  
SCI : Société civile immobilière  
SCP : Société civile professionnelle  
SEC : Sociétés étrangères contrôlées / Securities and Exchange Commission resources  
SICAV : Société d'investissement à capital variable  
SNC : Société en nom collectif  
SPPICAV : Société à prépondérance immobilière à capital variable  
Ss.-sect. : Sous-section  
Sté : Société  
T. : Tome  
TA : Tribunal administratif  
TAAR : Targeted Anti-Avoidance Rule  
TEI : Taux effectif d'imposition  
TGI : Tribunal de grande instance  
TPE : très petites entreprises  
TPI : Tribunal de première instance  
TVA : taxe sur la valeur ajoutée  
UE : Union européenne  
V. : Voir  
Vol. : Volume

*« Eviter de payer des impôts est la seule  
recherche intellectuelle gratifiante »*

---

<sup>1</sup> J.M KEYNES (1883-1946).

# INTRODUCTION

1 - Si ces mots prononcés il y a plus d'un demi siècle par celui que l'on considère comme le fondateur de la macro-économie moderne, peuvent paraître de prime abord très orientés, ils permettront d'attirer rapidement l'attention du lecteur sur la sensibilité des problématiques que nous allons rencontrer tout au long de notre travail.

En effet, lorsque l'on aborde les problématiques liées à la fiscalité des entreprises dans un contexte d'économie transfrontalière et ce, en lien avec les termes de stratégie, d'optimisation, d'évasion et de fraude fiscales, nous faisons face à la fois, à un opprobre politique (exacerbé par un contexte économique difficile), mais également populaire. Beaucoup considèrent en effet qu'il est immoral qu'une entreprise, par essence créatrice de richesse, puisse essayer de réduire sa masse imposable et par la même, maximiser la rémunération de ses actionnaires.

Ces questions, qui ont longtemps été laissées de côté, sont aujourd'hui au cœur du débat public et se retrouvent quasi quotidiennement dans la presse, qui fait souvent l'écho des pratiques fiscales douteuses, de certaines entreprises, mais également de certains Etats (V. n°1016 et s.).

Ces questions, ont également été reprises par des organisations non gouvernementales (ONG)<sup>2</sup>, qui militent notamment auprès des législateurs, dans le but d'encourager la mise en place de mécanismes plus efficaces afin de lutter plus efficacement contre l'optimisation et la fraude fiscales des entreprises multinationales.

Ces dernières, ont par ailleurs mis en lumière certaines pratiques déviantes des Etats communément appelés les paradis fiscaux<sup>3</sup>, qui au delà des avantages financiers qu'ils procurent aux entreprises, servent parfois de places fortes aux réseaux criminels<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> En 2009, des membres de la plate-forme (ATTAC, CCFD-Terre Solidaire, Oxfam France, et SNUI) ont lancé conjointement avec des syndicats (CGT, CFDT et Solidaires) et en lien avec la plate-forme paradis fiscaux et judiciaires, la campagne « *Stop Paradis Fiscaux* ».

Au niveau international, cette plateforme participe également aux travaux du réseau « *Tax justice network* » constituée au forum social européen de Florence en 2002.

<sup>3</sup> Ch. CHAVAGNEUX et R. PALAN, *Les Paradis fiscaux*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 2012 ; G. DUHAMEL, *Les Paradis fiscaux. Structures anti-impôts, les dispositifs offshores à la loupe*, Grancher, Paris, 2001 ; J. DE MAILLARD, *Un monde sans loi*, Stock, Paris, 1998.

*Paradis fiscaux et opérations internationales : pays et zones à fiscalité privilégiée, mesure anti-évasion*, Ouvr. Coll., Francis Lefèvre, Paris 1999 ; A. CHAMBOST, *Guide Chambost des paradis fiscaux*, 8<sup>ème</sup> édition, Favre, 2005.

<sup>4</sup> Ch. DE BRIE, G. FABRE, J. DE MAILLARD, *L'archipel planétaire de la criminalité financière*, Le monde diplomatique, avril 2000.

2 - Ce sujet, est donc on le voit, complexe et délicat à appréhender notamment du fait qu'il repose sur des intérêts antagonistes, ceux des Etats qui souhaitent maximiser ou préserver leurs recettes fiscales et ceux, des entreprises, qui souhaitent minimiser leurs charges fiscales, afin de dégager un maximum de profits dans un but de réinvestissement, ou de rémunération des porteurs de parts.

Avoir un avis tranché sur ces question est donc difficile voire impossible, ce que soulignait d'ailleurs E. WEIL lorsqu'il affirmait que « *prendre position sur les affaires de la communauté et le faire du point de vue de la rationalité* », implique tout d'abord de « *comprendre de quoi il s'agit et de pouvoir apprécier ce qui est en jeu* »<sup>5</sup>. Dans cette matière plus qu'ailleurs, il faut donc raisonner avec tact et manier l'art difficile du compromis, chose délicate du fait de l'appréhension de ces problématiques par les pouvoirs publics, mais également par les citoyens.

3 - En effet, depuis la crise économique de 2008, la préservation des recettes fiscales est devenue un des principaux axes de la politique budgétaire des gouvernements, qui souhaitent mieux encadrer les pratiques fiscales des entreprises et notamment limiter les comportements abusifs ou frauduleux.

Cette lutte acharnée, est représentative des tensions qui animent notre sujet, tensions qui trouvent notamment leurs sources dans les politiques de gestion des entreprises, qui sont bien souvent jugées comme responsables des difficultés économiques actuelles, sans pour autant que les pouvoirs publics remettent réellement en question l'efficacité de leurs politiques et des législations en vigueur.

Enfin, il est bien trop souvent opéré un amalgame entre les notions de fraude, d'évasion et d'optimisation fiscales<sup>6</sup>, qui nous le verrons ne reflètent pas les mêmes réalités, même si ces dernières sont bien souvent séparées par une fine et fragile frontière.

Cette frontière est, nous le verrons de plus en plus délicate à tracer et de plus en plus menacée du fait certaines velléités législatives, qui ont tendance à faire passer les contribuables pratiquant l'optimisation fiscale pour des hors la loi, mais également du fait de la presse<sup>7</sup>, aussi bien nationale qu'internationale<sup>8</sup>, qui joue un rôle important dans cet amalgame, par la vulgarisation de cette problématique.

---

<sup>5</sup> E. WEIL, *Philosophie politique*, Vrin, 4<sup>ème</sup> éd. 1985.

<sup>6</sup> R. GOUYET, *L'illicite et le droit fiscal*, Thèse, Presse Universitaire du Septentrion, éd. 2000.

<sup>7</sup> V. J.M VITTORI, chron. Les Echos 19 février 2013 et E. PA. L'Express 19 décembre 2012.

Le débat n'est donc plus aujourd'hui affaire de spécialistes, mais un phénomène de société. Cette vulgarisation a des conséquences diverses, elle peut engendrer des réactions agressives des gouvernants, qui, sous la pression citoyenne ont fait de la fiscalité et particulièrement de la lutte contre la fraude et l'optimisation fiscales un objectif prioritaire, mais également des entreprises, qui se sentent de plus en plus victime d'un matraquage fiscal et agitent de plus en plus la menace de plans sociaux, de gel de l'emploi, ou de délocalisations.

Par ailleurs, les nombreux scandales financiers qui ont récemment agité les débats relatifs à la régulation des comportements fiscaux des contribuables, tels qu'ils ont pu être identifiés dans le cadre de l'affaire UBS<sup>9</sup>, le « *LuxLeaks* »<sup>10</sup> et plus récemment l'affaire des « *Panama papers* »<sup>11</sup>, dans lesquels, de riches contribuables, des grandes entreprises où encore des politiques, ont été identifiés comme organisant un vaste système d'évasion fiscale, qui sans l'intervention de certains lanceurs d'alertes<sup>12</sup>, aurait pu perdurer en toute impunité.

4 - Cette attention grandissante envers les comportements fiscaux adoptés ou à adopter, nourrit l'idée selon laquelle les finances publiques ne sont plus perçues comme une nécessaire contribution aux dépenses publiques, comme un devoir à accomplir dans le cadre de la participation des opérateurs économiques au développement social et sociétal organisé par l'Etat, mais plutôt comme un obstacle au développement de l'activité des entreprises. L'impôt, serait donc selon cette idée, inique et confiscatoire<sup>13</sup>. Il serait donc légitime de vouloir en diminuer le montant par son optimisation, ce qui

---

<sup>8</sup> Bloomberg : *The Great Corporate Tax Dodge*, 17 mars 2011 ; New York Times : *But Nobody Pays That*, pour suivi quotidien des affaires fiscales américaines ; The Times : *Secrets of Tax Avoiders*, 2 novembre 2012 ou encore The Guardian : *Tax Gap*, 26 juin 2009.

<sup>9</sup> S. PIEL, F. LHOMME et G. DAVET, *Comment UBS Suisse a orchestré un vaste système d'évasion fiscale en France*, Le monde, 17 février 2016.

<sup>10</sup> V. le dossier de presse : [http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/luxleaks-de-l-optimisation-a-l-evasion-fiscale-au-luxembourg\\_1619588.html](http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/luxleaks-de-l-optimisation-a-l-evasion-fiscale-au-luxembourg_1619588.html).

<sup>11</sup> V. par exemple le dossier de presse : [http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/panama-papers-scandale-d-evasion-fiscale\\_1779101.html](http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/panama-papers-scandale-d-evasion-fiscale_1779101.html).

<sup>12</sup> Le statut de ces derniers est aujourd'hui en discussion dans le cadre du vote de la Loi Sapin II, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Art 6 A nouveau et s. du projet de loi présenté à la Commission mixte paritaire). Ce statut protecteur ne pourra pas en revanche concerner les secrets révélés en rapport avec les activités d'un avocat et de son client, ce qui vient imposer une limite stricte dans le cadre de la dénonciation des comportements déviants.

<sup>13</sup> A.-R. BREWER-CARIAS, *Les protections constitutionnelles et légales contre les impôts confiscatoires*, Etudes de droit public comparé, Bruylant, Bruxelles, 2001.

illustre un certain rejet de la part des contribuables des politiques fiscales pratiquées par les législateurs, dans le cadre de la pratique d'une sorte de « *légitime défense fiscale* »<sup>14</sup>.

5 - Aujourd'hui et partout dans le monde, nous voyons donc que les entreprises multinationales (EMN) sont accusées de vouloir échapper à l'impôt, comportement qui s'illustre en particulier par des implantations dans les pays qui concèdent bien souvent des cadeaux financiers aux investisseurs par le biais du levier fiscal.

Si dans ces Etats comme ailleurs, les recettes fiscales sont essentielles afin de soutenir le développement économique à long terme, ces dernières même réduites du fait de taux d'imposition beaucoup moins élevés que dans la majorité des pays développés, sont suffisantes au regard de l'importance des besoins de financements rencontrés.

Cette logique peut être englobée d'une certaine manière dans la définition des dumpings fiscaux (V. n°1016 et s.), pratique qui consiste à utiliser le facteur fiscal, soit par des réglementations avantageuses, soit par des décisions administratives (nous étudierons sur ce point la problématique des « *rulings* »<sup>15</sup> favorisant certaines entreprises.

Les Etats tels que la France, victimes de ces dumpings du fait qu'ils ne sont pas choisis comme territoires d'investissement ou d'imposition, essaient pour lutter contre ces pratiques, de démontrer qu'elles sont un facteur de distorsion de concurrence entre les nations. Ce dernier point est d'ailleurs très intéressant puisqu'il pose de nombreuses questions sur la nécessité d'harmoniser les législations notamment dans le cadre de la Communauté européenne (CE). Ce malaise envers le fonctionnement de l'Union européenne (UE) s'est d'ailleurs bien illustré par le rejet de cette dernière, notamment dans le cadre du vote pour la sortie du Royaume-Uni de l'UE (« *Brexit* »)<sup>16</sup>, qui aura des conséquences certaines d'un point de vue fiscal et notamment sur l'application du droit européen<sup>17</sup>.

Au sein de l'Union, va en effet se poser la question de la conciliation des normes fiscales entre d'un côté, les règles nationales, illustration de la souveraineté nationale, et de

---

<sup>14</sup> D. WARLUZEL à propos de l'exil fiscal de l'acteur français Gérard Depardieu en Belgique, V. [http://www.lexpress.fr/culture/cinema/depardieu-l-exil-fiscal\\_1200513.html](http://www.lexpress.fr/culture/cinema/depardieu-l-exil-fiscal_1200513.html)

<sup>15</sup> Les *rulings* sont l'équivalent anglais des rescrits, certains Etats européens sont aujourd'hui sujets à des investigations de la Commission européenne sur des décisions fiscales représentant potentiellement des aides d'Etat. V. n°

<sup>16</sup> [http://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/le-brexit\\_1683736.html](http://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/le-brexit_1683736.html).

<sup>17</sup> G. MAISTO et J. MALHERBE, *Les conséquences fiscales du « Brexit »*, Dr. fisc. 2016, n°29, act. 458.

l'autre, la volonté de poursuivre la construction communautaire par l'adoption d'une législation commune<sup>18</sup>.

Ces failles et disparités, sont donc devenues au fil du temps, le terrain de jeux des acteurs de l'optimisation et de la fraude fiscales, qui en tirent profit afin de déplacer la matière imposable vers des cieux plus cléments.

Par ailleurs, il est important de souligner que la critique envers le manque d'harmonisation et de coopération entre les Etats, n'est pas réservée exclusivement aux affaires de l'Union. En effet depuis bien des années déjà des institutions internationales, telles que l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) ou l'Organisation des Nations Unies (ONU), plaident pour un rapprochement législatif en matière de fiscalité, pour la mise en place d'une approche commune en matière de lutte contre les comportements fiscaux abusifs, mais également contre l'érosion des bases d'imposition<sup>19</sup>.

**6 -** Après ces différentes remarques liminaires, plusieurs questions relatives aux grands principes de l'impôt se présentent d'ores et déjà à nous : Pourquoi l'impôt et que représente-t-il dans un contexte économique aujourd'hui sans frontière ? Ce dernier est-il toujours juste ? Si ce dernier est considéré comme juste, pourquoi les entreprises essayent-elles d'alléger leurs impositions ? Enfin, une des questions principales qui va nous intéresser au cours de cette étude, va être de savoir si l'on peut établir une frontière nette entre optimisation et fraude fiscales ?

Nous tacherons d'envisager l'ensemble de ces questions tout au long de notre travail et d'y répondre avec un maximum de clarté et d'objectivité, pour autant il est important avant d'aller plus avant, de présenter et de définir certains aspects de la problématique que nous allons traiter dans le cadre de nos travaux.

Nous verrons ainsi dans un premier paragraphe quelle est la définition de l'impôt et pourquoi ce dernier pose tant de problèmes aujourd'hui (§I), nous verrons ensuite quelle est la place de la stratégie de l'entreprise d'un point de vue fiscal (§II) et nous introduirons enfin, les deux notions principales qui serviront de fil d'Ariane à notre travail à savoir l'optimisation et la fraude fiscales (§III).

---

<sup>18</sup> A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, LGDJ, coll. Thèse, 2005.

<sup>19</sup> OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris 2013.

## §I) L'impôt, source de tous les maux ?

7 - Si l'impôt a connu de tout temps une histoire<sup>20</sup> complexe et fut bien souvent contesté, il s'est toujours retrouvé au cœur de l'avènement des nations et du pouvoir (A), il ne doit pour autant pas être absolu et doit respecter les libertés individuelles (B).

### A) Une histoire complexe

8 - *La philosophie de l'impôt.* L'histoire de l'impôt, est une science délicate ; si comme l'a justement souligné G. ARDANT<sup>21</sup>, il a évolué au gré des époques et selon les besoins structurels des collectivités humaines, ce dernier a pour autant toujours été considéré comme un attribut de puissance publique. C'est « *le fait du Prince* »<sup>22</sup>, le « *lieu où se rencontrent le droit souverain d'un État absolutiste (dans son droit d'imposer) et les libertés individuelles de ses sujets (dans leur propriété)* », son acceptation par la société a donc toujours été à l'origine de conflits sociaux et économiques.

Certains souverains étaient d'ailleurs conscients que le levier fiscal ne devait pas être utilisé de manière abusive afin de maintenir la paix sociale. Le testament de Saint Louis en est un exemple criant puisque ce dernier conseillait à son successeur de garder une certaine mesure dans l'inflation fiscale pour ne réserver celle-ci qu'aux cas de crises<sup>23</sup>.

Cette philosophie de l'impôt attribut de puissance publique, se retrouve également chez des penseurs tels que BODIN<sup>24</sup> et HUME<sup>25</sup>, mais également dans les écrits de

---

<sup>20</sup> G. ARDANT, *Histoire de l'impôt*, tome 1, Fayard, 1971.

<sup>21</sup> G. ARDANT, *Théorie sociologique de l'impôt*, Revue française de sociologie, 1966, vol. 7, n°7-2.

<sup>22</sup> L. TROTABAS et J.-M. COTTERET, *Droit fiscal*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. Paris, 1985. Ces auteurs rappellent que : « *Dans l'antiquité, l'impôt a été considéré, on peut le dire exclusivement, comme un attribut de la puissance du Prince, fondé sur des droits régaliens exprimant cette puissance* ».

<sup>23</sup> Son testament était rédigé en ces mots « *garde les bonnes lois de ton royaume, ne prend ni taille, ni aides de tes subjects, si urgente et évidente utilité ne te le fait faire, et pour juste cause, et non pas volontairement ; si tu fais autrement, tu ne seras pas réputé Roy mais tyran* » (Rép IV, 2 p. 70).

<sup>24</sup> Pour Bodin la souveraineté est représentative de la puissance absolue et indivisible qui permet d'imposer des lois à tous sans le consentement de quiconque. Cependant ce principe ne peut en aucun cas par principe empiéter sur un droit naturel tel que le droit de propriété et ce indépendamment de la volonté du souverain. Ce dernier affirme même qu'il « *n'est en la puissance du Prince du monde de lever impôt à son plaisir sur le peuple, non plus que le bien d'autrui* » Rép. I 8.

<sup>25</sup> D. HUME, *Essais moraux, politiques et littéraires et autres essais*, PUF, Paris, 2001. Hume ne considère pas la légitimation de l'impôt comme une limitation, il soutient qu'un impôt non consenti peut être légitime, l'impôt est en effet une ressource ordinaire de l'Etat (modernisation de l'utilisation et de la définition de l'impôt). Chez lui il y a une absence d'assiette naturelle de l'impôt, il est un artifice ayant pour but la stimulation de l'industrie et un remède à la conversion collective.



ROUSSEAU<sup>26</sup> ou LOCKE<sup>27</sup>, auteurs de tradition libérale, chez qui la légitimité politique de l'impôt doit correspondre à sa légitimité économique.

L'impôt est d'ailleurs selon cette approche perçu comme un mécanisme de financement libéral des dépenses publiques puisque certains auteurs comme BARRERE, pensaient que « *la liberté du peuple est toute dans l'impôt* »<sup>28</sup>.

9 - *L'impôt : définition juridique.* La définition de l'impôt a également été étudiée par des juristes au premier rang desquels G. JEZE<sup>29</sup> (V. infra) ou<sup>30</sup> E. DE CROUY CHANEL. Si cet auteur a notamment mis en lumière l'évolution de la définition de l'impôt, idée politique et attribut de souveraineté qui représente selon lui une « *contribution due par les citoyens à l'État* », on retrouve une approche plus technique de l'impôt se retrouve dans la définition de G. JEZE.

Ce dernier, le définit comme « *une prestation pécuniaire requise des particuliers, par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques* »<sup>31</sup>.

Cette définition, qui fait aujourd'hui partie du « *patrimoine fiscal français* », n'est pas la seule trace laissée par cet auteur, qui s'est notamment intéressé aux problématiques liées à l'impôt et à son rôle au sein du tissu socioéconomique dans le cadre de l'étude de la distinction entre les impôts et les taxes. Il a d'ailleurs largement critiqué ces dernières qui représentent selon lui, « *une pratique fiscale datée, héritée de l'époque médiévale* »<sup>32</sup>. Leur multiplicité explique notamment leur rejet par la société et l'absence de conscience théorique et collective du rôle de l'Etat qui se confondait alors avec celui du monarque ou du seigneur. Par ailleurs selon lui, dans le cadre de la transition d'une société monarchique à une société démocratique, la supériorité de l'impôt sur les taxes suit

---

<sup>26</sup> V. *Systèmes économiques et finances publiques*, ch. 6 : *Les théories des finances publiques à l'époque moderne, Les origines de l'État moderne en Europe*, sous la direction de R. BONNEY, Paris, PUF, 1996, p.154. On peut également faire référence à l'article « Economie » écrit par ROUSSEAU dans *L'encyclopédie*, dans lequel il soutient que « *l'institution du Gouvernement n'est légitime que si elle permet de protéger la propriété, véritable fondement du pacte (social)* ».

<sup>27</sup> LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, Chap. 5, 1690.

<sup>28</sup> M. BARRERE à la tribune de l'Assemblée constituante (1789-1791).

<sup>29</sup> Gaston Jèze est souvent reconnu comme le « *père* » des finances publiques, ses écrits ont été et sont encore reconnus par les juristes du monde entier. V. R. BIELSA, *Le professeur Gaston Jèze. Quelques réflexions que suggère son œuvre*, RDP 1953, p. 891.

<sup>30</sup> E. DE CROUY CHANEL, *Philosophie de l'impôt*, penser le droit, 2006.

<sup>31</sup> G. JEZE : *Cours de finances publiques*, LGDJ, Paris, 1930, p. 445 et ss. ; V. aussi P. LEROY-BEAULIEU, pour qui « *l'impôt est la contribution exigée de chaque citoyen pour sa part dans les dépenses du gouvernement* », *Science des finances*, t. I, Alcan, Paris, 1906, p. 131.

<sup>32</sup> G. JEZE, *Cours de Finances Publiques*, 1934-1935, LGDJ 1935, p.62.

l'évolution de la notion de service public<sup>33</sup>, pour lequel l'impôt est un instrument de financement plus sûr. L'impôt est également considéré comme un moyen de financement public plus démocratique, puisqu'il peut être modulé selon les ressources des contribuables et donc de leur faculté contributive, ce qui n'est pas le cas des taxes.

G. JEZE s'intéressa également aux problématiques internationales et notamment à celles des doubles impositions à une époque où les relations commerciales n'étaient pas celles que l'on connaît aujourd'hui, pour autant, leurs prémices posaient déjà certains problèmes de cohérence au sein du système fiscal. Selon lui en effet, l'application d'une multitude de taxations sur un même revenu devait être considérée comme anormale.

Il retenait notamment comme exemple de double imposition, la taxation du bénéfice d'une société, puis de celle s'appliquant au moment de la distribution de ses bénéfices<sup>34</sup>. Afin de résoudre cette problématique, il retenait le principe de la taxation selon la domiciliation fiscale et militait donc pour une approche uniformisée de cette notion.

On ne peut donc pas douter de son influence dans la mise en place des conventions fiscales bilatérales dans le cadre des travaux du Comité financier de la Société des Nations<sup>35</sup> dans les années 1920, puis plus tard, au sein de l'OCDE<sup>36</sup> et dans le cadre de l'UE<sup>37</sup>. Il fut notamment un des premiers défenseurs de la sécurité juridique en matière fiscale, qui, longtemps ignorée<sup>38</sup>, est aujourd'hui appliquée avec constance par le juge constitutionnel<sup>39</sup>.

**10 -** A sa suite, d'autres auteurs<sup>40</sup> se sont intéressés à la définition de l'impôt et à son rôle en temps qu'objet de financement des dépenses publiques. On peut citer parmi eux H. LAUFENBURGER, considéré comme l'héritier de G. JEZE mais qui fut en revanche

---

<sup>33</sup> P.-L. FRIER, *La théorie de la nécessité dans l'œuvre de Gaston Jèze*, Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1991 (n°12), p. 29.

<sup>34</sup> Il s'agit ici d'une double taxation effectuée par une même autorité nationale, elle fût notamment reconnue par notre droit par l'instauration de l'avoir fiscal dans les années 1960 (Loi n°65-566 du 12 juillet 1965) qui fût par la suite supprimé en 2005.

<sup>35</sup> La Société des Nations, organisation internationale issue du traité de Versailles de 1919, avait pour objectifs de préserver la paix en Europe et de promouvoir la coopération entre les différents membres qui la composaient.

<sup>36</sup> La première convention OCDE fût rédigée en entre 1956 et 1963 mais fût publiée seulement en 1977.

<sup>37</sup> Convention du 23 juillet 1990. V. B. CASTAGNEDE, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 5<sup>ème</sup> éd. 2015.

<sup>38</sup> Il est important de souligner que certains textes (L 80 A et L 80 B du CGI) relatifs aux changements de doctrine n'ignorait pas cette nécessité.

<sup>39</sup> Cons. const., 29 décembre 2005, n°2005-530 DC, Loi de finances pour 2006 ; Rec. Cons. const. 2005, p. 168 ; JCP A 2006, act. 1 ; RJF 2006, n°290.

<sup>40</sup> Pour une étude de la pensée de G. JEZE, V. F. QUEROL, *Gaston Jèze et la théorie du partage équitable de l'effort fiscal*, in *Doctrines fiscales : A la redécouverte de grands classiques*, sous la direction de S. RIMBAULT DE FONTAINE, éd. L'Harmattan, Paris 2007.

le premier à rapprocher l'impôt de la science financière<sup>41</sup>, en développant une théorie plus moderne n'utilisant plus simplement des critères juridiques mais qui s'intéressait également à l'impact de l'impôt sur les entreprises et les ménages.

On peut également citer le doyen TROTABAS<sup>42</sup>, qui mit en lumière les risques inhérents à la simplification du système fiscal prônée par de nombreux auteurs et qui selon lui, profiterait plus à l'administration du fait des gains de gestion, plutôt qu'au contribuable.

L'étude des écrits des principaux auteurs de la doctrine fiscale, permet de dégager malgré les différents courants de pensées, un fil conducteur dans la définition de l'impôt comme l'autorité de perception, son utilité en tant qu'instrument de financement et l'absence de contrepartie à celle-ci.

**11 - Les différentes théories de l'impôt.** Si l'on reprend l'ensemble des définitions proposées par ces différents auteurs, se dégagent différentes théories s'attachant à la notion d'impôt<sup>43</sup>.

La première est la théorie organique, que l'on retrouve notamment chez les philosophes allemands<sup>44</sup> et qui insiste sur le fait que le droit d'instituer un système d'imposition, est une nécessité du développement historique des peuples. L'Etat, né de la nature humaine, justifie donc l'existence d'un droit d'imposition pour organiser la vie de l'Etat.

La deuxième, plus sociologique, dresse quant à elle l'État en maître absolu, représentant la force brutale d'une minorité organisée, qui impose sa volonté à une majorité dominée. Selon cette théorie, la volonté de ceux qui détiennent le pouvoir est le Droit. Par ailleurs, selon cette théorie, l'exercice du pouvoir dans l'intérêt de la société, nécessite un système d'imposition qui puisse assurer des moyens pécuniaires couvrant les besoins de fonctionnement et d'entretien de l'appareil d'État. On retrouve également la théorie du contrat social et notamment Rousseauiste<sup>45</sup>, qui considère que l'État est né sur la base d'un contrat, auquel toutes les individualités « *contractantes* » se soumettent. Il s'agit par ce biais d'assurer et de défendre de manière unitaire les intérêts individuels. Selon cette théorie, le droit d'instituer un système d'imposition au niveau de la société représente le résultat de l'entente entre l'État et les contribuables. La quatrième théorie dite de l'équivalence, justifie quant à elle les impôts par les services et les avantages garantis par

---

<sup>41</sup> H. LAUFENBURGER, *Précis d'économie et de législation financière*, Librairie du recueil Sirey, 1947.

<sup>42</sup> L. TROTABAS, *La taxe radiophonique : taxe redevance ou parafiscalité ?* RSF 1961, p.5-31.

<sup>43</sup> E. DE CROUY CHANEL : Op. cit.

<sup>44</sup> Théorie que l'on retrouve notamment chez HEGEL, TONNIES ou KRAUSE.

<sup>45</sup> ROUSSEAU, *Du contrat social*, Amsterdam, 1762.

l'État qui, en établissant un certain degré d'imposition, réalise et finance son équivalent en mettant à disposition des contribuables, des services publics. La croissance des impôts et des taxes, dépend donc de la dimension des services et des avantages que l'Etat souhaite offrir aux citoyens. On retrouve également dans le cadre de ces différents courants de pensées, la théorie de la sûreté qui va considérer les impôts comme des « *primes d'assurance* » pour la vie et les biens des citoyens, qui seront ainsi garantis contre les problèmes rencontrés tout au long de leur existence. Enfin, la théorie du sacrifice, va permettre de justifier l'impôt de par la nature de l'État. Celui-ci est un produit nécessaire du développement social et économique. Il est donc nécessaire qu'une organisation étatique établisse et perçoive des taxes et des impôts, qui sont la conséquence directe de ses obligations et notamment la fourniture aux contribuables de services publics de qualité.

## **B) Le nécessaire respect des libertés individuelles**

**12 -** *L'origine du rejet de l'impôt.* Ces quelques propos introductifs nous ont d'ores et déjà permis de constater que l'impôt fut de tout temps un sujet de conflits et de polémiques, ces derniers étant de plus en plus exacerbés aujourd'hui du fait de sa complexité et de sa technicité. Les contribuables se reconnaissent aujourd'hui de moins en moins dans l'impôt, ils le trouvent de plus en plus lourd et n'ont pas le sentiment d'en percevoir une juste contrepartie dans les services mis en place par l'Etat. Ils sont donc plus facilement tentés d'employer des moyens divers y compris la fraude, afin de le limiter.

Par ailleurs, même en vertu du principe démocratique du triomphe de la volonté générale sur toute chose, l'impôt, n'est finalement pas sous le contrôle direct des contribuables, même en vertu de la représentation nationale des parlementaires bien souvent déconnectés de la volonté des électeurs, alors qu'il fut un temps où le souverain ne pouvait pas lever de nouveaux impôts sans l'autorisation préalable des Etats généraux. Aujourd'hui, ce « *concept* », se retrouve en théorie dans le cadre des dispositions de l'article 34 de la Constitution de 1958 puisque l'impôt est établi par la Loi<sup>46</sup> et donc par les représentants du peuple.

---

<sup>46</sup> La loi fixe les règles concernant : L'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures.

**13 -** *Le principe du consentement à l'impôt.* L'idée de l'impôt en tant que prérogative du pouvoir souverain est donc ancienne puisque dès l'antiquité, il a été considéré comme un attribut fondé sur les droits régaliens. Cette théorie, systématisée par les légistes du souverain<sup>47</sup>, implique que le pouvoir de créer de nouveaux impôts est une compétence exclusive du monarque.

Cependant, selon l'exemple anglais de la grande charte de 1215<sup>48</sup>, on va peu à peu retrouver l'idée du consentement à l'impôt, dont l'origine se situe dans les grandes révolutions de l'ère moderne (révolution anglaise du 17<sup>ème</sup> siècle, américaine et française du 18<sup>ème</sup>). Cette théorie se retrouvera en France dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen (DDHC)<sup>49</sup>, ou dans le « *Bill of Rights* » anglais de 1689, qui sont un exemple de la volonté des souverains d'intégrer au moins en théorie, le contribuable à la chose de l'impôt.

Il est intéressant en ce sens de voir, que sur les dix-sept articles presque contient la DDHC, un certain nombre d'entre eux, font référence à l'impôt et sont d'ailleurs souvent utilisés par les contribuables dans le cadre de leurs contentieux avec l'administration.

L'article 13, va d'abord attester du caractère « *indispensable* » de l'impôt et ce, « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration* ». Ce dernier doit par ailleurs être « *également réparti entre les citoyens, en raison de leurs facultés* » ; l'article 14 quant-à-lui, va s'intéresser aux droits des citoyens et donc des contribuables sur la chose de l'impôt. Cet article, admet que « *les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée* ».

On peut également ajouter citer l'article 1<sup>er</sup>, qui va énoncer le principe d'égalité puisque « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* », ils doivent donc être égaux devant l'impôt ; l'article 2 qui vise les droits naturels et imprescriptibles, applicables en tout temps et en tout lieu et qui doivent être défendus par tous moyens par

---

<sup>47</sup> Qui étaient les spécialistes des lois et conseillers du souverain.

<sup>48</sup> La Magna Carta liberatum fût ratifiée par le roi Jean sans Terre en juin 1215 après une guerre civile fomentée par les barons du royaume. Elle est composée de 63 articles garantissant aux peuples certains droits et libertés. Elle a notamment établi l'habeas corpus qui a proscrit l'enfermement arbitraire mais également le contrôle de l'impôt. V.. P. LINEBAUGH, *The Magna Carta Manifesto : Liberties and Commons for All*, University of California Press, 2008.

<sup>49</sup> Texte issu de la révolution française, signé le 26 août 1789 considéré comme le texte fondateur des droits de l'Homme et de la République française, elle est aujourd'hui intégrée au préambule de la Constitution française. V. G. CONAC, M. DEBENE, G. TEBOUL, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; histoire, analyse et commentaires*, Economica, Paris, 1993.

les associations politiques, l'impôt ne doit donc pas porter atteinte à ces derniers ; l'article 5 qui dispose que « *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi, ne peut être empêché* », fondement de la liberté des contribuables dans leurs actes et dans leurs décisions, ces derniers ne pourront être remis en cause par l'administration que si leurs comportements actions sont visées par la loi. C'est également dans ce texte que l'on retrouve la source du droit à l'optimisation fiscale qui n'est pas interdite lorsqu'elle n'est pas pratiquée de manière abusive. On peut également citer l'article 6, qui pose le principe d'égalité devant la Loi, et donc de la loi fiscale, qui ne doit pas créer de discrimination entre les contribuables<sup>50</sup>, ou encore l'article 8 qui présente la nécessité des peines et de non rétroactivité<sup>51</sup>.

**14 -** *Une déconnexion entre le contribuable et l'impôt de plus en plus marquée.* Malgré cette intégration du citoyen à la chose de l'impôt, il existe depuis longtemps entre eux, une fracture qui fut déjà soulignée par G. JEZE pour qui, « *la démocratisation de la question de l'impôt requiert non pas un débat public entre les citoyens majeurs et éclairés sur sa nature, mais une leçon, l'écriture d'un manuel élémentaire* »<sup>52</sup>.

Cette déconnexion entre le contribuable citoyen et la chose de l'impôt, est la consécration de l'échec du « *projet légicentriste* » de la modernité illustrée par KANT<sup>53</sup>. En devenant une science complexe, l'impôt s'est soustrait du débat public et en conséquence, le législateur n'est plus à même de la rendre accessible aux contribuables, même si des textes fondateurs de notre droit y font référence (V. supra).

On peut donc se poser alors la question de la limite acceptable de l'assujettissement des contribuables à l'impôt ?

La philosophie de l'impôt a toujours été historiquement liée au consentement à l'impôt, fondement de la légitimité de ce dernier, caractérisée par l'adoption de la loi fiscale par les représentants du peuple, sa légalité justifiant donc en un sens sa légitimité. Pour autant, cette légitimité n'est pas absolue, notamment par la défense des libertés individuelles par les jurisprudences constitutionnelles et européennes, qui s'érigent en gardiennes des droits fondamentaux des contribuables face à la collectivité.

---

<sup>50</sup> Cependant, nous verrons que dans certains cas, l'égalité de traitement en matière fiscale peut être restreinte à des cas où les contribuables sont placés dans une situation différente.

<sup>51</sup> D. GUTMANN, *Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les sanctions fiscales*, Dr. fisc. 2015 n°13, note n°233.

<sup>52</sup> G. JEZE et M. BOUCARD, *Éléments de la science des finances et de la législation financière française*, Girard et Brière, Paris, 1986, p. VIII.

<sup>53</sup> E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Delagrave, Paris, 1985.

Bien entendu, le consentement à l'impôt ne peut pour des raisons pratiques être exercé à titre individuel mais par des représentants élus, qu'il s'agisse du « *magnum concilium* » du Moyen-Âge britannique, des Etats généraux de l'Ancien Régime ou du Parlement contemporain. L'impôt est donc ainsi consenti parce qu'il est jugé nécessaire au fonctionnement de la vie publique et au financement des dépenses publiques. L'adhésion à l'impôt ne sera pour autant totale qu'il est considéré comme juste par tous.

**15 -** Au final, il faut donc préserver un équilibre entre l'Etat souverain qui souhaitera augmenter ses recettes imposables pour investir dans des projets structurels ou faire face à des difficultés économiques et les contribuables, à la fois dans leurs droits et leur sentiment d'appartenance à une communauté et donc à un système fiscal juste et équilibré, ne les encourageant pas à l'éluder par sa lourdeur et sa complexité. Comme le soulignait F. BAROIN lors de son intervention au cours d'une conférence<sup>54</sup>, il arrive un moment où augmenter les impôts ne sert à rien en terme de recette. En effet, à partir d'un certain niveau de pression fiscale, le contribuable qui jusqu'alors ne cherchait pas à optimiser ou à frauder l'impôt, va juger qu'il ne paie plus le « *juste impôt* » et va de ce fait, tacher d'optimiser sa masse imposable voir dans des cas plus extrêmes, frauder.

## **§II) L'impôt : un outil de gestion pour les entreprises mais également un outil stratégique pour l'Etat**

**16 -** Si l'outil fiscal a toujours été considéré comme la base de la stratégie de financement des Etats (A), il est également devenu peu à peu un outil de gestion pour les entreprises (B).

### **A) L'impôt : un instrument de politique Etatique**

**17 -** *Un moyen de financement de la dépense publique.* L'Etat, qui a un rôle très important dans le développement et la promotion de l'économie<sup>55</sup>, va être soumis à la loi du financement. Ce dernier, ne pouvant utiliser de manière infinie l'emprunt comme

---

<sup>54</sup> Conférence : *Fiscalité internationale et stratégie entrepreneuriale*, Université Paris 2 – Panthéon-Assas, 19 juin 2013.

<sup>55</sup> L'Etat et le financement de l'économie : Cour des comptes, rapport public thématique 2012.

moyen de financement des services publics, va donc mettre en place une politique fiscale qui sera à l'origine des différents prélèvements opérés sur les contribuables. Il va donc devoir déterminer les caractéristiques de l'impôt selon des données économiques et sociales, propres à chaque Etat et qui dépendent de la volonté de ces derniers dans la promotion de l'investissement, ou dans les financements structurels. La politique fiscale est donc partie intégrante de la politique économique des Etats et se caractérise par un ensemble législatif et réglementaire, visant à assurer la bonne perception des recettes budgétaires<sup>56</sup>.

L'impôt est donc au final, la conséquence pratique de la politique fiscale, il est l'outil qui permettra de la réaliser, en fournissant des ressources aux administrations publiques, à l'échelle locale ou nationale et aux organismes tels que la sécurité sociale, afin que ces derniers remplissent les missions de services publics qui leurs sont confiées<sup>57</sup>.

De ce fait, il est donc normal que l'impôt évolue au gré des orientations budgétaires propres aux différentes législatures, qui l'utilisent comme un levier afin de réaliser les différents objectifs fixés par l'Etat<sup>58</sup> en terme de financement des services publics et de redistribution des richesses.

**18 - *Un outil de développement économique.*** L'impôt, en fonction des choix effectués par le législateur, va également avoir une incidence sur les secteurs économiques et donc affecter leur efficacité, puisque la taxation de certains biens, services, ou revenus, peut inciter les contribuables à orienter leurs dépenses, ou leurs activités dans tels ou tels secteurs.

Nous verrons notamment dans le cadre de notre étude que l'Etat, peut décider d'exonérer ou de réduire l'imposition des entreprises implantées sur certains territoires (V. n°811 et s.), de promouvoir certains investissements, par la mise en place de crédits d'impôt<sup>59</sup>, afin de favoriser la recherche<sup>60</sup> ou la compétitivité<sup>61</sup>, décisions qui constituent la création de ce qu'on l'on appelle vulgairement les « *niches fiscales* ».

---

<sup>56</sup> I. CONDOR, *Droit financier*, éd. de la fondation roumaine pour demain, 2002, p. 130.

<sup>57</sup> Selon R. MUSGRAVE, il s'agit notamment de la classification de l'affectation des ressources V. *The theory of public finance : A study in public Economy*, McGraw-Hill 1959.

<sup>58</sup> J. MATHIEU, *La politique fiscale*, éd. Economica, Paris, 1999, p. 1.

<sup>59</sup> Le crédit d'impôt est un avantage fiscal défini par les textes qui correspond à une somme venant s'imputer sur le montant brut de l'impôt à payer. Il correspond à un remboursement d'une partie des dépenses engagées par un contribuable.

<sup>60</sup> Art. 244 quater B du CGI ; Art. 49 septies F de l'annexe III au CGI ; BOI-BIC-RICI-10-10-10-20 n°1 et s. ; BOI-BIC-RICI-10-10-45-10 n°1 et s.



## **B) L'impôt : un outil de gestion pour l'entreprise**

**19 -** *L'impôt, un outil de gestion ?* L'impôt est au cœur de la vie des entreprises, puisque ces dernières, dès lors qu'elles créent de la richesse doivent s'acquitter de l'impôt, parfois selon des régimes différents. Cette diversité de régimes et la pluralité des prélèvements et taxes auxquels sont soumis les entreprises, sont parfois difficiles à appréhender pour elles, mais peuvent également être utilisées à leur avantage dans le cadre de leur développement stratégique et ce, en particulier lorsque celui-ci a une connotation internationale. Dans ce cadre, les entreprises vont pouvoir utiliser à leur dans un sens ou dans un autre les règles fiscales, afin de réduire leur bénéfice imposable afin de maximiser leurs revenus.

L'optimisation du facteur fiscal va dans ce cadre, dépendre de différents facteurs, elle va bien entendu dépendre de facteurs purement économiques, puisque certaines activités engendreront, par rapport à d'autres, une plus importante taxation du fait des différents dispositifs fiscaux incitatifs applicables. Elle va également dépendre de l'utilisation qui est faite des normes fiscales, qu'elles soient nationales, européennes, ou conventionnelles.

Ce dernier point est d'ailleurs le principal point d'attention dans le cadre de l'étude des comportements fiscaux des entreprises, puisque dans un contexte international marqué par une forte concurrence entre les opérateurs économiques, les Etats ont tendance, afin d'attirer un maximum d'investisseurs sur leur territoire, à offrir, soit par le biais de dispositifs spécifiques, de pratiques administratives (telles que les rescrits, V°), ou par le biais de clauses conventionnelles particulières, un environnement fiscal favorable, bien souvent entendu par les autres Etats, comme caractérisant une concurrence fiscale déloyale.

**20 -** *Un objectif, l'abaissement du taux effectif d'imposition (TEI).* On peut illustrer l'impact de l'impôt sur les entreprises en étudiant les fortes disparités entre le TEI<sup>62</sup> des différentes entreprises du CAC 40. Si celles-ci peuvent bien entendu être inhérentes au secteur d'activité (industriel, financier, service mais également secteur de l'économie

---

<sup>61</sup> Art. 244 quater C CGI ; Art. 49 septies P à 49 septies T de l'annexe III au CGI; pour plus de détails, V. Mémento Fiscal Francis Lefebvre 2016, n°10510 à 10518.

<sup>62</sup> Selon D. FULLERTON le taux effectif d'impôt correspond pour une entreprise à la somme de l'impôt sur les sociétés, de l'impôt foncier et des impôts sur les intérêts et dividendes, rapportée au revenu du capital. V. *Wich Effective Tax rate ?* National Tax Journal Vol XXXVII, pp. 23-41.

numérique), il ne faut pas négliger non plus la part des choix structurels, financiers et fiscaux que peuvent effectuer ces entreprises dans le cadre de la gestion de la structure.

Ainsi, le cabinet PWC Avocats en partenariat avec le journal les Echos a réalisé une enquête publiée le 24 juillet 2013, relative au TEI des différentes entreprises cotées à la bourse de Paris. Le groupe Renault a ainsi été soumis en 2012 à un TEI de plus de 70%<sup>63</sup> alors que celui de Gemalto était de 12%. Sur cet exercice il est intéressant de souligner que le groupe Total, avec un TEI d'environ 54% à été le plus gros contributeur en ayant versé plus de 13 milliards d'impôts.

Cette étude a également relevé trois principaux facteurs à l'origine de ces disparités.

Le premier facteur identifié est comme nous le soulignons plus haut le secteur d'activité, la fiscalité des incorporels ou l'utilisation des différents crédits d'impôts applicables peut ainsi, avoir un impact significatif sur l'imposition de la structure. Le second facteur identifié est l'implantation territoriale des entreprises, l'étude prend en effet en considération l'imposition dans tous les territoires d'implantation, ce qui peut engendrer de fortes variations quand on compare le taux d'impôt pratiqué dans les différents Etats<sup>64</sup>. Pour autant, nous devons souligner que le taux facial<sup>65</sup> d'imposition, s'il constitue la principale publicité des Etats afin d'attirer les investisseurs ou, à l'inverse, être le premier frein à l'investissement, on doit également prendre en compte de nombreux autres facteurs au premier rang desquels l'assiette de l'impôt, mais également l'existence d'un régime de groupe, le traitement des produits et charges financières, le traitement des pertes et déficits, l'existence de crédits, ou déductions d'impôts, le régime d'imposition des plus-values, ainsi que les diverses exonérations applicables.

Sur ce point, on peut constater d'après une étude récente menée par le Groupe de la Banque mondiale et PWC<sup>66</sup>, que la France n'est pas classée parmi les pays les plus attractifs pour les entreprises puisqu'elle se retrouve au 95<sup>ème</sup> rang mondial sur les 189 Etats audités. Cette étude a évalué le poids de la fiscalité de chaque Etat sur une entreprise de taille moyenne en combinant plusieurs facteurs (imposition des bénéfices,

---

<sup>63</sup> Les impôts comptabilisés comprennent les impôts courants et différés. Il ne s'agit pas de l'impôt décaissé, même si pour beaucoup de groupes le montant est proche. Les taux d'imposition ont été pris dans les rapports annuels, sans retraitement ; ou calculés par le ratio - IS – résultat avant impôt.

<sup>64</sup> Si l'on s'intéresse par exemple au taux d'impôt sur les sociétés de grands partenaires économiques de la France, on passe par exemple d'un taux de près de 40% aux Etats-Unis, à un taux de 0% dans les Emirats (hors activités pétrolières qui sont imposées à près de 80%).

<sup>65</sup> Le taux facial correspond au taux d'impôt tel qu'il est défini par les textes, sans prendre en compte les différents dispositifs légaux permettant de soustraire tout ou partie d'un revenu de son assiette.

<sup>66</sup> Etude : *Paying taxes 2015*, 20 novembre 2014.

cotisations salariales, complexité des procédures fiscales, etc.)<sup>67</sup>. Le troisième facteur identifié est plus technique, puisqu'il est relatif aux choix de gestion effectués en matière de gestion des actifs incorporels, de produits et de charges financières qui viennent influencer l'imposition de la structure.

**21 -** La fiscalité est donc on le voit, un poste très important en matière de flux financier, mais également en terme de stratégie, puisque les sociétés prennent aujourd'hui de plus en plus en compte le paramètre fiscal dans le cadre de leur développement aussi bien au plan national qu'international. Cette prise en compte se fait par l'étude des taux d'imposition sur les bénéfices, sur l'imposition de certains biens ou revenus, mais également sur les possibilités offertes en matières de transferts de flux financiers entre sociétés et dans l'utilisation de ces derniers.

**22 -** *Les caractéristiques de la gestion fiscale.* Si l'utilisation de l'impôt en tant qu'instrument de gestion n'est pas encouragée par l'administration fiscale, celle-ci est défendue par certains principes comme la liberté de gestion et le principe de non immixtion.

La liberté de gestion dans une entreprise a depuis longtemps été reconnue par la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui a notamment admis qu'on ne peut reprocher à un contribuable de tirer de ses affaires le maximum de profits que les circonstances lui permettent de réaliser<sup>68</sup>. Par ailleurs, le fait qu'une opération comporte des risques pour l'entreprise, ne suffit pas à interdire la déduction des pertes ou charges qui en découlent, à moins que les risques pris soient manifestement exagérés par rapport à ceux qu'un chef d'entreprise peut normalement prendre pour améliorer ses résultats<sup>69</sup>.

La contrepartie de cette liberté sera donc la responsabilité du dirigeant d'entreprise qui reste soumis au contrôle de sa comptabilité par l'administration mais aussi de ses décisions de gestion même fiscalement mauvaises sur lesquelles il ne peut revenir.

Ce contrôle s'exerce notamment dans le cadre des dispositions de l'article 55 du CGI<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> Selon cette étude l'Allemagne principal partenaire et concurrent économique de la France est classée au 68<sup>ème</sup> rang, les trois premières places sont elles, occupées par le Qatar, les Emirats Arabes Unis et l'Arabie Saoudite.

<sup>68</sup> CE, 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 1958, n°35977 ; Dr. fisc. 1958, n°44, comm. 938 ; Dupont 1958 p. 575 ; GAJF, 5<sup>ème</sup> éd., n°31 ; RJF 2014, chron. E. BOKDAM-TOGNETTI,

<sup>69</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 octobre 1990, n°83310, M. LOISEAU ; Rec. CE 1990, p. 282 ; Dr. fisc. 1991, n°48, comm. 2281, concl. O. FOUQUET ; RJF 1990, n°1317, chron. J. TUROT.

<sup>70</sup> L'article 55 du CGI dispose que « *Le service des impôts vérifie les déclarations [...]* ».

Au delà des textes, la jurisprudence, s'est également intéressée au contrôle des décisions de gestion (à distinguer des erreurs de gestion)<sup>71</sup>, par la création de la théorie de l'acte anormal de gestion, défini comme un acte « *qui est accompli dans l'intérêt d'un tiers par rapport à l'entreprise ou qui n'apporte à cette entreprise qu'un intérêt minime hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en retirer* »<sup>72</sup>.

Le principe de non immixtion, défini également par la jurisprudence<sup>73</sup> est le corolaire « *administratif* » de la liberté de gestion. Il est cependant tempéré, par la possibilité offerte à l'administration et aux juges, de remettre en cause les dépenses qui ne se rattacherait pas à une gestion normale<sup>74</sup>, ou n'auraient pas été exposées dans l'intérêt direct de l'entreprise.

**23 - La Théorie du risque manifestement excessif.** Cette théorie, autre création prétorienne, basée sur la théorie de l'acte anormal de gestion et que l'on a retrouvé dans de nombreuses décisions de justice<sup>75</sup>, a été sévèrement critiquée par la doctrine puisque l'administration opère par son biais, un contrôle à postériori et vient sanctionner une décision prise initialement dans l'intérêt de l'entreprise en la qualifiant d'anormale du seul fait qu'elle n'a pas généré les profits escomptés. Une généralisation de cette pratique constituerait donc un risque important pour la pérennité du principe de liberté de gestion, qui constitue pourtant encore aujourd'hui un des piliers de la vie des entreprises.

Cette théorie, aujourd'hui abandonnée par le Conseil d'Etat (V. n°171), si elle a pu permettre de contrôler un plus grand nombre de décisions de gestion que l'acte anormal de gestion, a également fortement inquiété les opérateurs économiques du fait des risques d'insécurité juridique qu'elle engendrait, son champ d'application ayant peu à peu été

---

<sup>71</sup> G. DEDEURWAERDER, *La distinction des erreurs et des décisions de gestion.- Essai de présentation renouvelée d'une théorie générale*, Dr. fisc, 2014, n°28, 427.

<sup>72</sup> CE, sect., 10 juillet 1992, n°110213, Sté Musel SBP et 110214, M. Brunner ; Dr. fisc. 1993, n°27, comm. 1392 ; RJF 1992, n°1249, concl. O. FOUQUET, p. 673,

<sup>73</sup> CE, 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 1958, n°35977, préc. cit. Pour une étude approfondie de ce principe V. P. LARREGLE, *Le principe de non-immixtion de l'Administration dans la gestion des entreprises* : Thèse, Bordeaux I, 1973.

<sup>74</sup> A contrario : un acte de gestion est dit anormal lorsqu'il est de nature à mettre une dépense ou une perte à la charge de l'entreprise ou qui va la priver d'une recette sans être justifié par les intérêts de l'exploitation commerciale.

<sup>75</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 octobre 1990, n°83310, préc. cit, CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 avril 2011, n°327764, Sté Legeps ; Dr. fisc. 2011, n°25, comm. 399, concl. L. OLLEON, note O. FOUQUET ; RJF 2011, n°84, chron. C. RAQUIN, p. 699 ; BDCF 2011, n°81, concl. L. OLLEON, p. 699 ; BDCF 2011, n°81, concl. L. OLLEON. Plus récemment V. CAA Paris, 5<sup>ème</sup> ch., 11 avril 2013, n°11PA00847, SAS Rottapharm ; Option Finance, n°1230.

élargi, jusqu'à être appliquée à des relations intragroupes à propos de la de la recapitalisation de filiales en difficulté<sup>76</sup>.

**24 -** On le voit, les choix de gestion effectués par l'entreprise, sont toujours au centre d'intérêts antagonistes, les choix fiscaux ne font pas exception à cette règle. Cependant, il est important de souligner que la remise en cause des décisions fiscales, n'a pas exactement la même finalité que celle des actes de gestion « classiques ».

En effet, lorsqu'elle remet en cause une décision de gestion, l'administration sanctionne le fait que le choix effectué par l'entreprise, nuit à son profit alors qu'originellement elle devait permettre d'obtenir des avantages, financiers, économiques ou commerciaux plus importants.

A l'inverse, lorsque l'administration sanctionne une décision fiscale, elle remet en cause le manque à gagner pour le Trésor public alors même qu'en terme de gains, la décision est avantageuse pour l'entreprise.

**25 -** *La remise en cause des décisions fiscales.* Dans le cadre de notre travail, nous verrons que l'administration fiscale dispose de nombreuses armes afin de remettre en cause des comportements fiscaux qu'elle jugera non respectueux de la loi fiscale, que ce non respect soit purement factuel (on pense à l'hypothèse classique de la fraude) ou alors, « plus philosophique », lorsque c'est l'esprit de la loi qui sera détourné par le contribuable que l'on soit au plan interne ou plan international, dans le cadre des pratiques d'optimisation et d'évasion.

Au plan interne, le mécanisme le plus connu est celui de l'abus de droit, codifié aujourd'hui aux articles L 64<sup>77</sup> et L 64 B<sup>78</sup> du Livre des procédures fiscales (LPF) et qui permet à l'administration d'écarter certains actes passés entre des contribuables en les rendant non opposables lorsque selon elle, ces actes sont constitutifs d'un abus de droit.

Le but de ce mécanisme est d'offrir à l'administration fiscale le moyen de restituer le véritable caractère de certains actes, que ces derniers aient un caractère fictif ou qu'ils aient pour but une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs (V. n°180).

---

<sup>76</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 juin 2014, n°363168, Sté Fralsen Holding ; Dr. fisc. 2015, n°5, comm. 115, note P. FUMENIER et C. MAIGNAN ; RJF 2014, n°872 ; BDCF 2014, n°90 ; Option Finance n°1282.

<sup>77</sup> Modifié par Loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008, art. 35.

<sup>78</sup> Modifié par Loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008, art. 35.

Selon la définition actuellement retenue par les textes et la jurisprudence, ces actes n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'atténuer, ou d'éviter la charge d'impôt que le contribuable aurait normalement supportée si ces actes n'avaient pas été passés.

Afin de limiter les risques et les sanctions (jusqu'à 80% des montants redressés assortis d'intérêts de retard)<sup>79</sup>, les contribuables peuvent en amont de la passation d'un acte, le soumettre à l'avis de l'administration fiscale, dans le cadre de la procédure de rescrit (V. n°447 et s.).

Nous verrons également que ce mécanisme, création prétorienne du 19<sup>ème</sup> siècle et codifié en 1941, est aujourd'hui en pleine mutation. En effet, si d'un côté le législateur met en place de plus en plus de normes anti-abus spécifiques, souvent plus efficaces et plus faciles à mettre en place que la procédure de l'abus de droit, certaines voix s'élèvent aujourd'hui afin de modifier la définition de ce dernier pour que celui-ci, puisse sanctionner non plus seulement les opérations à but exclusivement fiscal, mais celles ayant un but essentiellement fiscal (V. n°217 et s.).

**26 -** Concernant les mécanismes internes, nous ne pouvons clore notre propos relatif aux moyens de contrôle à disposition de l'administration, sans dire quelques mots du classique contrôle des obligations déclaratives<sup>80</sup>.

Les entreprises doivent en effet fournir, périodiquement, ou à l'occasion de certaines opérations, des documents fiscaux permettant de calculer, mais également de vérifier le montant de leur contribution aux finances publiques.

C'est au moment de l'étude de ces déclarations, que l'administration peut émettre des doutes sur la situation fiscale du contribuable (en dehors des problématiques de dénonciations et des contrôles fiscaux « *inopinés* ») et ouvrir une procédure de contrôle fiscal, concernant les sociétés, cette procédure prendra la forme d'une vérification de comptabilité.

Nous verrons au cours de notre étude que le législateur, dans le but de donner à l'administration les meilleurs instruments de contrôle possible, a développé de nouvelles obligations déclaratives<sup>81</sup>, mais sanctionne également plus lourdement leur non respect.

Nous pouvons également ajouter à la liste des outils de contrôle à disposition de l'administration, le droit d'information<sup>82</sup>. Ces informations, peuvent être recueillies

---

<sup>79</sup> CGI, art. 1729 et s.

<sup>80</sup> J.-P. CASIMIR, *Contrôle fiscal, Contentieux recouvrement*, éd. Groupe Revue Fiduciaire, 13<sup>ème</sup> éd. 2015.

<sup>81</sup> A. LEROUX, *La communication fiscale des grands groupes*, Dr. fisc. 2015, n°50, 726.

auprès de tiers, ce qui correspond à son droit de communication<sup>83</sup>, ou auprès du contribuable, qui correspondra aux demandes d'éclaircissements ou de justifications.

**27 -** *Une problématique également présente au plan international.* Dans le cadre des relations internationales les instruments sont différents puisque la fiscalité est un attribut de souveraineté, ce qui pose d'ailleurs de nombreux problèmes dans le cadre de l'UE, au sein de laquelle il sera parfois difficile d'obtenir un consensus (règle de l'unanimité).

Pour autant, nous pouvons identifier deux grands mécanismes internationaux visant à limiter la fraude ou l'évasion fiscale. Il s'agira soit d'une législation commune, tel sera nous le verrons le cas dans certaines hypothèses dans le cadre de l'Union (V. n°338 et s.), soit, suite à des négociations, de la signature de conventions fiscales bilatérales, visant à promouvoir la coopération internationale entre Etats.

Il faut noter sur ce point que les Etats non signataires de ce type de convention seront bien souvent considérés comme des Etats ou territoire non coopératif (ETNC) et listés comme tels (V. n°259 et s.).

### **§III) Optimisation, évasion et fraude, un malheureux amalgame**

**28 -** *Définition des termes.* Optimiser, selon le dictionnaire Larousse, correspond au fait de rendre meilleur quelque chose. La fraude, quant à elle est définie comme la réalisation d'un acte malhonnête, dans l'intention de tromper, en contrevenant à la loi ou aux règlements, l'évasion enfin, est un comportement correspondant au fait de se soustraire à l'emprise de quelque chose<sup>84</sup>.

Ces trois mots ont donc chacun une définition bien spécifique, il devrait donc en être de même lorsqu'ils se retrouvent rattachés à la fiscalité. L'optimisation fiscale serait alors le fait d'améliorer sa situation fiscale (en d'autre terme la réduire par des moyens légaux), la fraude fiscale<sup>85</sup> serait la caractérisation d'un comportement malhonnête, dans le but de

---

<sup>82</sup> R. SALOMON, *Droit pénal fiscal*, Dr. fisc. 2011 n°15, note n°296. Et du même auteur, *Droit pénal fiscal*, Dr. fisc. 2015, n°5, étude 113.

<sup>83</sup> E. ALADJIDI, *A quels documents l'Administration a-t-elle accès dans l'exercice de son droit de communication ?* Concl. sur CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 avril 2014, n°354314, M. Senaux ; Dr. fisc. 2014, n°26, comm. 407, note R. GRAU et X. ZHANG ; BDCF 2014, n°69. V. également, H. ZAPF et J.-P. LAVAL, *Droit de communication : nature des documents communicables*, BF 11/2014, p. 605 à 607. V. pour son étendue : LPF art. L 81 al. 2, L 82 A à L 102 AC et R 85-1 à R 101-1.

<sup>84</sup> Dictionnaire Larousse, éd. 2016.

<sup>85</sup> R. GOUYET, *Théorie et régime de la fraude fiscale*, Les Nouvelles Fiscales, n°839, p. 28 et s.

tromper la réglementation fiscale par exemple en se soustrayant à des obligations déclaratives. L'évasion fiscale serait quant à elle enfin, le fait de se soustraire au champ d'application d'une imposition dans un pays, en déplaçant son implantation ou en délocalisant des bénéficiaires à l'étranger.

Si ces définitions semblent en théorie assez claires, il n'en est pas de même dans la pratique. En effet, si la fraude fiscale est un comportement recevant une qualification pénale<sup>86</sup>, l'optimisation fiscale ainsi que l'évasion, ne sont pas aisément définissables, même si l'on sait que sous réserve des comportements abusifs sanctionnés par exemple par l'abus de droit, l'optimisation demeure légale et se retrouve parfois même encouragée par le législateur. Qu'en est-il alors de l'évasion fiscale ? Si l'on s'en tient à ce que nous disions plus haut, elle correspondrait au fait, pour un contribuable de mettre en place des mécanismes divers afin de ne plus être soumis à l'impôt en France, ces moyens pouvant être légaux ou illégaux.

**29 -** S'il est difficile de trouver dans la doctrine des définitions pour ces notions, certains auteurs, comme J. TUROT dans sa préface à l'encyclopédie Lamy relative à l'optimisation fiscale<sup>87</sup>, se sont intéressés à la notion d'optimisation fiscale. Il introduit ainsi de manière fort humoristique la problématique des choix fiscaux réalisés par une entreprise.

Ce dernier compare en effet les décisions fiscales au choix que peut effectuer « *un automobiliste qui examine, avant de s'engager sur une autoroute ou sur un pont, quel péage lui en coûtera, et qui, trouvant ce péage trop élevé, préfère prendre la route, quoique sinueuse, ni d'un capitaine au long cours qui, parce que le droit de passage du canal de Suez obère trop lourdement le prix de sa cargaison, décide de faire le tour de l'Afrique, quoique plus long* ».

Dans les faits, cette relative simplicité est plus proche de l'utopie que de la réalité, il n'est en effet pas communément admis que l'impôt puisse faire l'objet d'une quelconque stratégie, ce dernier étant souvent considéré comme une simple résultante des bénéfices dégagés par l'activité et pas un outil de gestion permettant d'augmenter les profits de l'entreprise. Dans ce cadre, il faudrait entendre par gestion normale, celle qui prendrait en

---

<sup>86</sup> N. JACQUOT et P. MISPELON, *La constitutionnalité du délit de fraude fiscale bientôt mise à nue ?* Dr. fisc. 2016 n°3, act. 41 et des mêmes auteurs : *Constitutionnalité du délit de fraude fiscale : vers une nouvelle échelle de sanctions ?* Dr. fisc. 2016, n°14, act. 214.

<sup>87</sup> Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, Lamy 2013.



compte toutes les variables économiques, sociales, financières ou territoriales mais pas la variable fiscale.

Cette approche est une illustration du paradoxe qui régit notre problématique<sup>88</sup>, puisque le but d'une opération stratégique en terme de fiscalité poursuit forcément un but fiscal, que celui-ci soit d'éviter une imposition, ou de réduire la masse imposable globale de l'entreprise.

Pour autant et si même la loi et la jurisprudence sanctionnent certains comportements, nous verrons que l'optimisation fiscale, en tant qu'instrument stratégique existe, en particulier lorsqu'une entreprise se développe, la loi proposant même parfois des mécanismes favorables aux entreprises. Par ailleurs, nous verrons que la jurisprudence, qu'elle soit nationale ou communautaire, a admis la possibilité pour le contribuable qui aurait le choix entre deux solutions, de choisir la moins imposée des deux, thèse par ailleurs largement défendue par la doctrine<sup>89</sup>.

**30 -** De ce fait, on devrait pouvoir distinguer les comportements simplement optimisant, c'est à dire ceux qui permettent de choisir la voie la moins imposée et qui seraient donc légaux et les comportements abusifs, voire frauduleux, qui auraient pour but d'éluder un impôt qui dans une autre situation devrait être acquitté.

Dans cette deuxième catégorie de « *choix fiscaux* », il convient néanmoins de différencier les actes que l'on peut simplement caractériser d'abusifs qui tomberont sous le joug de la théorie de l'abus de droit et les actes que l'on pourra qualifier de frauduleux, qui peuvent le cas échéant être en plus d'être sanctionner fiscalement, recevoir une qualification droit pénale<sup>90</sup>. Dans ce cas, les sanctions encourues par le contribuable sont beaucoup plus graves, puisqu'il peut être condamné à des amendes et peines d'emprisonnement (V. n°37).

---

<sup>88</sup> Ce paradoxe reste pour l'instant limité car il est relativement aisé pour une entreprise sujette à une procédure d'abus de droit de justifier d'autres avantages à l'opération contestée. Ceci, sera beaucoup plus délicat si l'on venait, comme beaucoup le souhaitent aujourd'hui, à modifier la définition de l'abus de droit en sanctionnant, les opérations à but essentiellement fiscal, ou dont les des avantages principaux, serait fiscal.

<sup>89</sup> V. par exemple : *Commission d'enquête sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales*, Rapport n°673 (2011-2012 de M. E. BOCQUET, fait au nom de la Commission d'enquête sur l'Evasion des capitaux, déposé au Sénat le 17 juillet 2012. Mais également Th. DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée. Etude de droit fiscal comparé (Belgique, France, Pays-Bas, Royaume-Uni)*. Etablissements E. Brulyant, Bruxelles, 1977. Plus récemment V. M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 5<sup>ème</sup> édition, LITEC, 2005.

<sup>90</sup> Ch. LOPEZ, *Droit pénal fiscal*, LGDJ, 2012.

**31 - Un nécessaire développement de la collaboration et de la transparence.**  
L'appréhension des décisions fiscales est donc sensible et il devient aujourd'hui nécessaire d'apaiser les tensions régissant les relations existant entre les contribuables et le législateur. Il faudra également faire en sorte de changer l'image de l'optimisation fiscale, et ne pas stigmatiser des entreprises qui respectent le droit dans le cadre de leur gestion courante.

De ce fait et afin de se prémunir de toute remise en cause d'une gestion, d'un acte ou d'une décision le contribuable devra l'envisager non pas seulement d'un point de vue fiscal mais dans son cadre global, quelque soit l'opération envisagée.

En effet, une opération de cession, de transfert d'activité, d'implantation, de circulation de flux (notamment nous le verrons en matière de prix de transfert) peuvent et doivent avoir un intérêt autre que fiscal même si bien souvent, les contribuables et leurs conseils, tacheront de tirer un maximum d'avantages fiscaux de ces opérations.

Par ailleurs, afin de rationaliser les comportements, il faudra que la relation entre l'administration fiscale et les contribuables soit apaisée. Sur ce point on peut aborder la volonté du législateur française de promouvoir la relation de confiance<sup>91</sup>, dont nous attendons aujourd'hui les effets. Cette dernière, permettrait selon le législateur de promouvoir un travail commun entre le contribuable et l'administration fiscale et de valider « *main dans la main* » les options fiscales prises par les entreprises ainsi que leurs déclarations afin de se prémunir en amont contre les risques contentieux en promouvant une interprétation commune des textes fiscaux.

L'interprétation des textes est en effet une des principales problématiques en matière de sécurité juridique, cette dernière permettant de rassurer les investisseurs notamment par le biais d'une certaine stabilité législative. Il faut donc promouvoir des législations claires et accessibles, ne permettant pas aux contribuables de contourner leur lettre ou leur esprit, ou à contrario, de les interpréter de manière trop stricte<sup>92</sup>.

De nombreux auteurs se sont penchés sur cette question et notamment J. TUROT<sup>93</sup> qui établit un parallèle entre la philosophie et l'interprétation des normes fiscales. Ce dernier se réfère à l'exemple du sophiste qui lorsqu'il est mauvais « *prend le mot pour l'être* » et établi un parallèle avec le mauvais fiscaliste qui « *est celui qui prend le code général des*

---

<sup>91</sup> Projet présenté au Medef le 21 janvier 2013, qui vise à développer les échanges entre l'administration et l'entreprise afin de prévenir les éventuels contrôles fiscaux.

<sup>92</sup> Mis en place par la Loi n°79-594 du 13 juillet 1979 et interprété par les services fiscaux dans une instruction du 13 janvier 1983.

<sup>93</sup> Encyclopédie Lamy préc. cit.

*impôts pour le droit fiscal* ». En effet, que l'on se place du côté de l'administration fiscale ou de celui des entreprises, la lecture et l'interprétation littérale<sup>94</sup> des textes ne peuvent mener qu'à des incompréhensions, les mots de M. VILLEY prennent alors tout leur sens lorsqu'il affirmait que « *le mot est un serviteur du droit, qui bien trop souvent devient son maître* »<sup>95</sup>.

**32 -** L'objectif de notre travail, s'il sera principalement de montrer en quoi la fiscalité peut être un outil stratégique dans le développement des entreprises, devra également s'intéresser aux sources du contentieux régissant les relations entre les entreprises et les administrations fiscales. Il faudra donc s'imposer d'envisager cette problématique et ses conséquences sur la confrontation entre les notions de fraude et d'optimisation fiscales d'un point de vue objectif.

Il ne s'agira pas pour nous de faire l'apologie de l'optimisation fiscale mais de démontrer en quoi celle-ci est possible, voir nécessaire, notamment dans le cadre du développement d'une entreprise, si cette dernière souhaite demeurer compétitive.

Ainsi, nous verrons dans une première partie (Partie I), quelles sont les définitions que l'on peut retenir afin de dissocier clairement les notions d'optimisation, d'évasion et de fraude fiscales et quelles sont les mécanismes qui permettent de limiter les abus des contribuables ; puis dans une seconde partie (Partie II), nous nous intéresserons aux outils à disposition des entreprises afin d'optimiser le facteur fiscal dans le cadre du développement de leurs activités et ce en particulier dans un contexte international.

---

<sup>94</sup> A la façon de l'école civiliste française du XIX<sup>ème</sup> siècle.

<sup>95</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit*, PUF, I. 1975, II. 1979.

# PARTIE I : OPTIMISATION, EVASION ET FRAUDE FISCALES, UNE CLARIFICATION NECESSAIRE

**33 -** Toute réflexion doit avoir un fondement, c'est pourquoi lors de cette première partie, nous allons devoir revenir sur certains principes généraux mais également certaines définitions, qui nous permettront de voir comment la législation, dans les différents ordres juridiques, envisage les concepts d'optimisation, d'évasion et de fraude fiscales.

La principale difficulté de notre travail résidera dans le fait qu'il ne faudra pas simplement présenter un catalogue de définition, ni un inventaire à la Prévert des différentes formes d'optimisation utilisées par les contribuables ou offertes par les textes, bien que ces dernières, nous permettront dans une certaine mesure, de situer avec nous l'espérons avec plus de précision, la frontière entre la fraude, l'évasion et l'optimisation fiscales<sup>96</sup>.

**34 -** Avant toute chose, il nous faut souligner que si la finalité de ces trois comportements reste la même, à savoir, la réduction ou l'exonération de la charge fiscale, l'optimisation n'en demeure pas moins légale et sera parfois même encouragée par la loi, ce qui ne sera jamais le cas en matière de fraude, comportement le plus grave, pénalement répréhensible ou de l'évasion. Cette notion, est d'ailleurs la plus sensible de celles que nous allons étudier, puisqu'elle peut être caractérisée par des comportements d'optimisation agressive, basés sur l'utilisation de moyens légaux ou conventionnels et dont les schémas sont très difficiles à identifier. Elle sera donc très difficile à sanctionner car elle repose bien souvent sur des considérations autres que fiscales.

---

<sup>96</sup> C. ACARD, N. GENESTIER et G. EXERJEAN, *La ligne de démarcation entre risque fiscal et risque pénal (1<sup>er</sup> volet), Les enjeux de la pénalisation en matière fiscale*, Dr. fisc. 2016, n°7-8, 172 ; et des mêmes auteurs : *La ligne de démarcation entre risque fiscal et risque pénal (2<sup>ème</sup> volet). - Un abus de droit peut-il être constitutif d'une fraude fiscale ?* Dr. fisc. 2016, n°207.

**35 -** L'optimisation n'est donc on le voit pas en soit un problème dans son principe, à l'inverse de la fraude, comportement clairement défini comme illicite et pouvant recevoir une qualification pénale.

L'évasion quant à elle, est une notion plus abstraite, qui peut prendre différentes formes et qui pourra en fonction de chaque situation, être déclarée comme licite ou illicite.

Pour autant, toute forme d'optimisation doit elle être admise ? Nous devons bien évidemment répondre à cette question par la négative et ne pas faire l'apologie d'une optimisation à outrance, qui se caractérise bien souvent par de l'évasion fiscale, ou encourager les contribuables à tout faire afin de réduire leur contribution aux charges publiques en interprétant à leur manière la les textes fiscaux.

En ce sens, nous devons nous intéresser dans le cadre de nos travaux aux sources de l'optimisation, de l'évasion et de la fraude fiscales. Plusieurs questions se poseront alors à nous : quelles en sont les définitions textuelles, jurisprudentielles et doctrinales à retenir pour chacun de ces comportements ? Pourquoi ces notions sont encore bien souvent entremêlées et parfois mal définies ? Pourquoi les contribuables sont de plus en plus aujourd'hui en quête d'une réduction de leur assiette imposable ? Quelles sont les sources de ces comportements et pourquoi sont ils aujourd'hui un enjeu essentiel des politiques fiscales dans la majorité des Etats développés ?

Nous verrons ainsi dans un Titre I, en quoi les notions d'optimisation, d'évasion et de fraude sont encore parfois abstraites et qu'il est souvent s difficile de leur trouver une place dans notre système juridique, puis, dans un Titre II, nous verrons quels sont les mécanismes, nationaux comme internationaux, mis en place en vu d'encadrer les pratiques fiscales des entreprises.

# TITRE I : UNE FRONTIERE DIFFICILE A

## APPREHENDER

36 - *Un débat entaché d'une importante confusion.* Le débat qui anime depuis maintenant plusieurs décennies les acteurs de la fiscalité des entreprises est nous l'avons vu, bien délicat à aborder en toute sérénité. Ce sujet est en effet à la fois sensible, politique, mais aujourd'hui également social et donc générateur de tensions, de confusions et de réactions parfois extrêmes entre les différentes parties en présence.

De ces trois derniers termes, le plus important pour nous à ce stade est celui de confusion, il est en effet courant aujourd'hui de voir assimilées les notions d'optimisation, d'évasion et de fraude fiscales. S'il est pourtant admis que ces notions sont juridiquement distinctes, notamment si l'on s'en tient par exemple à la définition juridique spécifique de la fraude fiscale et de par la reconnaissance d'un « *droit à l'optimisation* » pour les contribuables, les législations et les projets de législations que l'on rencontre aujourd'hui, démontrent d'un rejet de plus en plus tranché des comportements optimisant. Ce rejet, se traduit par des textes visant à sanctionner un plus grand nombre de comportements, soit par l'élargissement du spectre de certains textes, soit en en créant de nouveaux, mais également en alourdissant les sanctions applicables.

Sur ce point, nous verrons notamment que certains changements législatifs, se font échos de la volonté des gouvernements de maximiser les rentrées fiscales et de réaliser une « *chasse aux sorcières* » des comportements jugés déviants ou abusifs par les administrations fiscales. Par ailleurs, nous verrons que tous les acteurs ayant un intérêt dans la stratégie fiscale<sup>97</sup>, qu'ils agissent en tant que dirigeants ou conseils, voient leurs activités bouleversées par les réformes mises en place actuellement.

Nous allons donc voir dans le cadre d'un premier chapitre que la fraude fiscale, si elle définie par la loi, est une notion à deux visages (Chapitre I), puis, dans le cadre d'un second chapitre, nous verrons en quoi l'optimisation correspond à un comportement à géométrie variable (Chapitre II).

---

<sup>97</sup> R. BOURGET, *La science juridique et le droit financier et fiscal : Etude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIXème et XXème siècle)*, Thèse, Université Panthéon-ASSAS (PARIS II), LGDJ, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 112, 2012.

# CHAPITRE I : LA FRAUDE FISCALE : UNE

## NOTION A DEUX VISAGES

37 - *Un cadre juridique relativement large.* Le cadre juridique de la fraude fiscale est classiquement défini à l'article 1741 du CGI<sup>98</sup> qui dispose que, « *sans préjudice des dispositions particulières relatées dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 500 000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans. Les peines sont portées à 2 000 000 euros et sept ans d'emprisonnement lorsque les faits ont été commis en bande organisée ou réalisés ou facilités au moyen : soit de compte ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger ; soit de l'interposition de personnes physiques<sup>99</sup> ou morales<sup>100</sup> ou de tout organisme, fiducie<sup>101</sup> ou institution comparable<sup>102</sup> ; soit de l'usage d'une fausse identité ou de faux documents au sens de l'article 441-1 du code pénal<sup>103</sup>, ou de toute autre falsification ; soit d'une domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger ; soit d'un acte fictif ou*

---

<sup>98</sup> Modifié par Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, art. 9.

<sup>99</sup> On pense ici à l'exemple de la convention de prête-nom, qui désigne un mandataire agissant pour le compte d'un mandant, tout en laissant penser aux tiers qu'il agit pour son propre compte.

<sup>100</sup> On retrouve ici l'exemple des sociétés offshore, bien souvent implantées dans des Etats ou territoires où la fiscalité est très avantageuse, qui ne sont pas soumises à l'impôt dans les pays avec lesquels elle est liée. Ces sociétés permettent par le biais de montages complexes que nous étudierons plus loin de délocaliser de la matière imposable vers des juridictions fiscalement attractives (V. n°945 et s.).

<sup>101</sup> Mécanisme issu de la Loi n°2007-211 du 19 février 2007 et qui permet au ou, aux titulaires d'un droit, d'un bien ou d'un patrimoine, dits « les constituants », de transférer à une ou d'autres personnes dits le ou les « fiduciaires », la propriété de tout ou partie de ses droits du ou des constituants à un ou plusieurs « bénéficiaires », pour réaliser un objet conventionnellement défini.

<sup>102</sup> On pense ici à l'exemple des Trusts, issus des pays anglo-saxons qui est une « se caractérise par le fait que la propriété se divise entre « *legal ownership* » (propriété juridique, qui revient au « *trustee* ») et « *equitable interest* » (titre ou droit de propriété virtuel, propriété économique qui appartient au(x) bénéficiaire(s)). Ce dédoublement ne se confond pas avec le démembrement de la propriété en usufruit et nue-propriété ». V. BOI-DJC-TRUST n°1, 15 juillet 2013.

<sup>103</sup> L'article 441-1 du code pénal dispose que « *constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* ». Ces comportements sont punis de trois ans de prison et 45 000 euros d'amende.

*artificiel ou de l'interposition d'une entité fictive ou artificielle<sup>104</sup>. Toutefois, cette disposition n'est applicable, en cas de dissimulation, que si celle-ci excède le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 euros. Toute personne condamnée en application des dispositions du présent article peut être privée des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues aux articles 131-26 et 131-26-1 du code pénal. La juridiction peut, en outre, ordonner l'affichage de la décision prononcée et la diffusion de celle-ci dans les conditions prévues aux articles 131-35 ou 131-39 du code pénal. La durée de la peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'un des délits mentionnés au présent article est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis d'identifier les autres auteurs ou complices. Les poursuites sont engagées dans les conditions prévues aux articles L. 229 à L. 231 du livre des procédures fiscales ».*

**38 -** La fraude fiscale, est donc dans le cadre de sa définition légale une notion assez large, qui peut concerner toutes les catégories d'impôts et taxes.

Par ailleurs, nous verrons lorsque nous étudierons plus en détail son cadre juridique, que celui-ci s'est vu renforcé au fil du temps, tant au niveau des sanctions applicables aux comportements déviants, que de ses actes constitutifs et ce notamment, dans le cadre de l'adoption de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière<sup>105</sup>.

Ainsi, dans le cadre d'une première section (Section I), nous étudierons le cadre juridique de la fraude fiscale et les applications qui en sont faites en matière de fiscalité des entreprises, puis, nous verrons dans le cadre d'une seconde section (Section II), comment malgré ces dispositifs, la fraude fiscale demeure un phénomène au cœur de l'économie mondiale.

---

<sup>104</sup> La domiciliation fiscale fictive ou artificielle ainsi que les actes fictifs ou artificiels sont des hypothèses que l'on peut également retrouver nous le verrons dans le cadre de la sanction des actes constitutifs d'un abus de droit (V. n°138 et s.).

<sup>105</sup> Loi n° 2013-1117, préc. cit.



## **Section I : Le cadre juridique de la fraude fiscale**

39 - Le délit général de fraude fiscale, peut être caractérisé par deux procédures relativement proches, mais aux caractéristiques spécifiques. Ce cadre très général, va permettre à l'administration fiscale d'englober de nombreux comportements.

Pour autant dans les faits, la fraude fiscale est souvent très difficile à prouver et si le manque à gagner du trésor dans le cadre de l'évaluation du phénomène est très important, les sommes effectivement récupérées par l'administration fiscale ne représentent qu'une faible partie de ce montant.

Nous verrons ainsi dans un premier temps (sous-section I), quel est le régime de la mise en œuvre des poursuites, puis, dans un second temps, nous verrons comment sont sanctionnés les comportements frauduleux et comment ces sanctions, ont évoluées ces dernières années afin de s'adapter aux comportements des contribuables (sous-section II).

### **Sous-section I : La mise en œuvre des poursuites**

40 - Comme nous l'indiquons plus haut, il existe pour l'administration fiscale, différentes manières d'engager la procédure pénale à l'encontre des auteurs de fraude. Nous verrons ainsi dans un premier paragraphe (§I), quels sont les comportements sanctionnés par le délit général de fraude fiscale, puis, dans un second paragraphe (§II), comment est mise en œuvre la procédure pénale fiscale<sup>106</sup>.

#### **§I) Les comportements sanctionnés**

41 - Dans le cadre de ce paragraphe, nous allons dans un premier temps étudier les éléments constitutifs du délit général de fraude fiscale, délit qui semble dans les faits pouvoir s'appliquer à un nombre très important de situations (A), puis, nous verrons quels sont les différents comportements sanctionnés par les textes (B).

---

<sup>106</sup> F. DEBOISSY, *Retour sur un principe controversé : l'indépendance des procédures pénale et fiscale*, Dr. fisc. 2014, n°51-52, 692.

## A) La lettre du texte

42 - Nous avons repris en introduction de ce chapitre la lettre de l'article 1741 du CGI qui définit le délit général de fraude fiscale ; ce texte d'une portée très générale, englobe quasiment l'intégralité des « *fautes* » fiscales, dans son champ d'application<sup>107</sup>.

Si classiquement on peut retenir comme relevant de la fraude fiscale, les comportements visés à l'article 1741 précité, qui sanctionne notamment l'omission volontaire de déclaration dans les délais prescrits, la dissimulation de sommes imposables ou l'organisation d'insolvabilité, sont également sanctionnés, les comportements visés à l'article 1743 du CGI, ainsi que les infractions qui leur sont connexes, lorsqu'il existe des présomptions caractérisées.

43 - Si l'on s'intéresse aux dispositions de l'article 1743 ce dernier prévoit que sera sanctionné « *des peines prévues à l'article 1741* :

*1° Quiconque a sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures ou a passé ou fait passer des écritures inexactes ou fictives au livre-journal prévu par les articles L123-12 à L123-14 du code de commerce, ou dans les documents qui en tiennent lieu.*

*La présente disposition ne met pas obstacle à l'application des peines de droit commun.*

*2° Quiconque, en vue de faire échapper à l'impôt tout ou partie de la fortune d'autrui, s'entremet, soit en favorisant les dépôts de titres à l'étranger, soit en transférant ou faisant transférer des coupons à l'étranger pour y être encaissés ou négociés, soit en émettant ou en encaissant des chèques ou tous autres instruments créés pour le paiement des dividendes, intérêts arrérages ou produits quelconques de valeurs mobilières.*

*Quiconque, dans le même but, a tenté d'effectuer l'une quelconque des opérations visées au premier alinéa est puni des mêmes peines.*

---

<sup>107</sup> Pour une analyse comparative des délits pénaux fiscaux dans un contexte international, V. J. BURGER : *Les délits pénaux fiscaux : une mise en perspective des droits français, luxembourgeois et internationaux*. Thèse, Université de Nancy. 2011.

3° *Quiconque a fourni sciemment des renseignements inexacts en vue de l'obtention des agréments prévus aux articles 199 undecies A<sup>108</sup>, 199 undecies B<sup>109</sup>, 217 undecies<sup>110</sup> et 217 duodecies<sup>111</sup> ou de l'autorisation préalable prévue à l'article 199 undecies A<sup>112</sup>.*”

44 - Afin de caractériser ces comportements, il faudra démontrer à la fois l'intention du contribuable de réduire ou d'annihiler toute imposition, élément intentionnel (2°), intention caractérisée par des actes, autrement dit par un élément matériel (1°)<sup>113</sup>.

### 1°) L'élément matériel de la fraude

45 - Comme tout comportement réprimé pénalement, les comportements visés à l'article 1741 et 1743 du CGI, nécessitent l'existence d'un élément matériel caractérisé en cette matière par la soustraction, ou par la tentative de soustraction au paiement, total ou partiel de l'impôt.

La notion de tentative, longtemps difficile à appréhender, a été finalement clarifiée par la Cour de cassation qui a précisé qu'elle ne pouvait être caractérisée sans un commencement d'exécution<sup>114</sup>. Selon cette jurisprudence, le commencement d'exécution sera caractérisé par des « *actes qui tendent directement au crime avec l'intention de le commettre* ». A contrario, l'impunité ne peut être retenue qu'en cas de désistement volontaire<sup>115</sup>, antérieur à la consommation de l'infraction<sup>116</sup>.

46 - Le délit de fraude fiscale recouvre donc des situations très variables, et va s'appliquer sans distinction, aussi bien en matière d'assiette que de recouvrement, c'est à dire, tout aussi bien pour le calcul de l'impôt que pour son paiement.

Le champ d'application de ce texte est d'autant plus large qu'il s'applique à tous les impôts et taxes, c'est à dire à tous les impôts directs ou indirects, les taxes sur le chiffre d'affaires, les droits d'enregistrement et assimilés, ainsi qu'à l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF).

---

<sup>108</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 67.

<sup>109</sup> Modifié par Loi n°2014-1654 du 29 décembre 2014, art. 67 et 71.

<sup>110</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 67.

<sup>111</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 67.

<sup>112</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 67.

<sup>113</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°1.

<sup>114</sup> Cass. crim., 5 juillet 1951 ; Bull. crim. n°198.

<sup>115</sup> CA Douai, 4<sup>ème</sup> ch., 6 mai 2003, Christophe D. ; Dr. pén. 11/03, comm. 122.

<sup>116</sup> Cass. crim., 19 mars 1992 ; Bull. crim. 121 et Cass. crim., 26 janvier 1993 ; Bull. crim. n°43.

Ce champ d'application très large, permet à l'administration de sanctionner un très grand nombre de comportements, mais également les comportements déviants des entreprises commis par le biais de leurs dirigeants et ce, à n'importe quel stade de l'imposition.

## 2°) L'élément intentionnel de la fraude

47 - En plus d'un élément matériel (V. supra) et afin que le délit général de fraude fiscale de l'article 1741 du CGI soit caractérisé, il faudra impérativement que l'auteur de l'infraction ait fait part de sa volonté de frauder l'établissement ou le paiement de l'impôt.

Comme en matière pénale, la preuve de cet élément intentionnel incombe à l'administration et au ministère public<sup>117</sup>, comme en dispose l'article L 227 du LPF<sup>118</sup>. Ainsi, lorsqu'il n'est pas prouvé que le contribuable a eu connaissance du fait qu'il accomplissait un acte frauduleux, le délit ne peut être caractérisé. Pour apporter cette preuve, l'administration démontrera par exemple qu'elle n'a pas été correctement informée de l'importance des revenus du contribuable, du montant de ses recettes taxables, ou de la situation de ses revenus ou biens disponibles et ce, dans le but d'empêcher le bon recouvrement de l'impôt.

Selon une jurisprudence constante, si le caractère volontaire des agissements est une des conditions essentielles de la caractérisation du délit de fraude fiscale, il en est également une condition suffisante<sup>119</sup>. Ainsi, si la preuve du caractère volontaire des agissements est apportée, il ne sera pas nécessaire de prouver que le contribuable a eu recours à des manœuvres frauduleuses, telles qu'elles sont définies par l'article 1729 du CGI ou par l'article 313-1 du Code pénal.

Les agissements frauduleux définis à l'article 1729<sup>120</sup> du CGI correspondent à des « *inexactitudes* » ou « *omissions relevées dans une déclaration ou un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt ainsi que la restitution d'une créance de nature fiscale dont le versement a été indûment obtenu de l'Etat* ».

---

<sup>117</sup> Cass. crim., 25 mai 1987, n°85-95191 ; BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°50.

<sup>118</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°1 et s.

<sup>119</sup> Cass. Crim. 6 décembre 1993, n°93-80-803 ; BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°50 et s.

<sup>120</sup> Modifié par Loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008, art. 35 (V).

Ces comportements, sont sanctionnés par des majorations, de 40% en cas de manquement délibéré, 80% en cas d'abus de droit (V. n°138 et s.). Les majorations sont ramenées à 40% lorsque le contribuable n'a pas eu « *l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire* » et peuvent être majorées à « *80% en cas de manœuvres frauduleuses ou de dissimulation d'une partie du prix stipulé dans un contrat ou en cas d'application de l'article 792 bis<sup>121</sup>* ».

Les agissements frauduleux définis à l'article 313-1 du Code pénal<sup>122</sup> sont ceux relevant de l'escroquerie qui « *est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge* ».

**48 -** On le voit, les actes constitutifs d'un comportement frauduleux au sens du droit fiscal sont très divers et vont permettre en théorie à l'administration fiscale de sanctionner de nombreux contribuables. Pour autant, nous verrons plus loin que la procédure de fraude fiscale, lourde à mettre en place, est souvent inadaptée à l'économie moderne et notamment aux comportements des entreprises.

## **B) Les différentes formes du délit de fraude fiscale**

**49 -** Comme nous l'avons vu dans le cadre de la définition du délit de fraude fiscale, celui-ci peut être caractérisé par différents comportements, comme l'omission volontaire de déclaration (1°), la dissimulation volontaire de sommes normalement assujetties à l'impôt (2°) et l'organisation volontaire de l'insolvabilité ainsi que par d'autres comportements sanctionnés (3°).

Cette liste n'est pas limitative et selon la lettre du texte, tout autre moyen considéré comme frauduleux pourra être sanctionné par les dispositions de cet article<sup>123</sup>. Dans tous les cas,

---

<sup>121</sup> Cet article définit l'intention libérale telle qu'elle sera caractérisée en cas de transmission de biens ou droits « *faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens, droits ou fruits ainsi transférés, appréciée à la date de ce transfert. Ils sont liquidés selon le tarif applicable entre personnes non parentes mentionné au tableau III de l'article 777* ».

<sup>122</sup> Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.

<sup>123</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°80.

ces comportements démontreront l'intention du contribuable de soustraire ou de tenter de soustraire tout ou partie de ses revenus ou recettes de l'impôt.

Pour autant, afin de rentrer dans le champ d'application du texte il faudra toujours que la fraude excède le seuil de tolérance légale qui est de 153 euros ou de 10% du montant imposable<sup>124</sup>. Sur ce point, il ne sera pas nécessaire que l'administration ou le ministère public établisse le montant exact de la somme dissimulée, mais seulement prouver qu'elle est supérieure à la tolérance légale<sup>125</sup>. Ce point, facilite le contrôle des juges, notamment lorsque le contribuable n'a déclaré qu'un déficit. Dans ce cas, l'existence d'un bénéfice, suffira à démontrer que la dissimulation est supérieure à la tolérance légale.

### **1°) L'omission volontaire de déclaration dans les délais prescrits**

**50 -** Pour toutes les taxes ou les impôts auxquels le contribuable est assujéti, le CGI prévoit des délais dans lesquels les revenus soumis à imposition doivent être déclarés et parallèlement, quels sont les délais pour payer l'impôt afférent à ses revenus.

Le non respect de ces obligations pourra entre autre, entrainer l'application des pénalités de retard prévues par l'article 1728 du CGI<sup>126</sup> rédigé comme il suit :

*« 1. Le défaut de production dans les délais prescrits d'une déclaration ou d'un acte comportant l'indication d'éléments à retenir pour l'assiette ou la liquidation de l'impôt entraîne l'application, sur le montant des droits mis à la charge du contribuable ou résultant de la déclaration ou de l'acte déposé tardivement, d'une majoration de :*

*a. 10% en l'absence de mise en demeure ou en cas de dépôt de la déclaration ou de l'acte dans les trente jours suivant la réception d'une mise en demeure, notifiée par pli recommandé, d'avoir à le produire dans ce délai ;*

*b. 40% lorsque la déclaration ou l'acte n'a pas été déposé dans les trente jours suivant la réception d'une mise en demeure, notifiée par pli recommandé, d'avoir à le produire dans ce délai ;*

---

<sup>124</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°180.

<sup>125</sup> Cass. crim., 29 octobre 1958 ; RO p. 306.

<sup>126</sup> Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, art. 60 (V).

*c. 80% en cas de découverte d'une activité occulte<sup>127</sup>.*

*2. Pour les déclarations prévues à l'article 800, la majoration de 10% est applicable à partir du premier jour du septième mois suivant celui de l'expiration des délais de six mois et de vingt-quatre mois prévus respectivement aux articles 641 et 641 bis.*

*La majoration de 40% s'applique lorsque cette déclaration n'a pas été déposée dans les quatre-vingt-dix jours suivant la réception d'une mise en demeure, notifiée par pli recommandé d'avoir, à la produire dans ce délai.*

*3. En cas de retard dans l'exécution de la formalité fusionnée prévue à l'article 647, il n'est pas tenu compte de la période comprise entre le dépôt de l'acte refusé et la nouvelle présentation à la formalité si celle-ci intervient dans le mois de la notification du refus.*

*4. Lorsque la déclaration d'ensemble des revenus prévue à l'article 170 déposée hors délai comporte des éléments provenant d'une ou plusieurs déclarations de revenus catégoriels également déposées hors délai et que plusieurs majorations de taux différents sont encourues, ces dernières sont appliquées à l'impôt sur le revenu réparti proportionnellement aux revenus représentatifs de chaque infraction. Toutefois, le taux de la majoration encourue au titre de la déclaration d'ensemble des revenus s'applique à la totalité de l'impôt lorsqu'il est supérieur à celui applicable au titre des autres déclarations.*

*5. Pour les obligations déclaratives prévues à l'article 885 W, la majoration de 10% prévue au a du 1 du présent article est portée à 40% lorsque le dépôt fait suite à la*

---

<sup>127</sup> Il est à noter sur ce point que le Conseil d'Etat a récemment jugé que la majoration applicable en cas d'activité occulte pouvait être écartée dans l'hypothèse où le contribuable arriverait à prouver sur le défaut de déclaration est dû à une erreur, à l'inverse, l'administration va pouvoir appliquer la majoration sans qu'elle ait à prouver le caractère non intentionnel de la dissimulation. CE, plén., 7 décembre 2015, n°368227, Sté Frutas y Hortalizas Murcia SL ; Dr. fisc. 2016, n°23, comm. 370, concl. F. ALADJIDI, note A. BONNET ; RJF 2016, n°160, concl. F. ALADJIDI ; RJF 2016, n°160. Il faut d'ailleurs noter que l'administration est tenue d'adresser à l'entreprise un avis de mise en recouvrement de la pénalité de 100% avant de mettre en jeu la solidarité de paiement du dirigeant. CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 décembre 2015, n°367310, M. Palaprat ; Dr. fisc. 2016, n°7-8, comm. 183 ; RJF 2016, n°248, concl. B. BOHNERT. Il faut également noter que la notion d'activité occulte a par ailleurs été précisée récemment par le Conseil d'Etat, CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ch., 20 mai 2016, n°376667, min. c/ SAS DC immobilière, et n°376672, min. c/ Sté La Faisanderie ; Dr. fisc. 2016, n°28, act. 442 ; RJF 2016, n°738, concl. B. BOHNERT. V. également, C. CASSAN, *La notion d'activité occulte au sens des articles L 169 du LPF et 1728 du CGI*, Dr. fisc. 2016, n°28, act. 442.

*révélation d'avoirs à l'étranger qui n'ont pas fait l'objet des obligations déclaratives prévues aux articles 1649 A, 1649 AA et 1649 AB ».*

Par ailleurs, ces pénalités sont assorties d'un intérêt de retard dont les conditions et montant sont fixés par l'article 1727 du CGI<sup>128</sup>. Cet intérêt de retard « *s'applique sur le montant des créances de nature fiscale mises à la charge du contribuable ou dont le versement a été différé* »<sup>129</sup> et pout un montant de 0,40% par mois.

**51 -** L'omission ou le défaut de déclaration est évidemment le moyen le plus simple d'éluder le paiement de l'impôt, cependant, afin de respecter la lettre de l'article 1741 du CGI, l'administration doit pour que soit reconnu le délit de fraude fiscale, prouver que cette omission ou ce défaut est volontaire. Cette preuve est bien évidemment plus facile à apporter lorsque le contribuable a été au préalable mis en demeure de régulariser sa situation puisque, de par la réception de cette mise en demeure, il ne pourra plus ignorer l'étendue de ses obligations fiscales<sup>130</sup>. Le contribuable qui persistera dans son abstention de régulariser sa situation démontrera ainsi son intention d'éluder ses obligations fiscales<sup>131</sup>.

Sur ce point, la question de la mise en demeure nécessite quelques précisions, l'article L 229 du LPF<sup>132</sup>, précise ainsi que lorsqu'une plainte est déposée par le service de l'assiette ou du recouvrement, le contribuable n'a pas au préalable à être mis en demeure de régulariser sa situation fiscale. Pour autant, certains impôts<sup>133</sup> et certains revenus catégoriels<sup>134</sup>, nécessitent une mise en demeure préalable avant de procéder à la taxation d'office, il s'agira donc d'adapter cette éventuelle exigence aux circonstances d'espèce.

---

<sup>128</sup> Modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, art. 20.

<sup>129</sup> Article 1727 III du CGI.

<sup>130</sup> Cette preuve pourra également être apportée en fonction des circonstances de faits, qui seront propres à chaque affaire, BOI-INF-40-10-10-10 n°90.

<sup>131</sup> Cass. crim., 25 mai 1987, n°85-191 et Cass. crim., 11 décembre 1989, n°85-228 ; BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°50.

<sup>132</sup> Modifié par Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, art. 46.

<sup>133</sup> Ce sera notamment le cas de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les sociétés les droits d'enregistrement.

<sup>134</sup> Ce sera notamment le cas des bénéfices industriels et commerciaux, les bénéfices non commerciaux et les bénéfices agricoles.



## 2°) La dissimulation de sommes assujetties à l'impôt

52 - La dissimulation, est une sorte de prolongement de l'omission volontaire de déclaration, elle est cependant plus subtile puisque le contribuable va déclarer une partie de son revenu imposable, mais en dissimulera une autre afin que cette dernière ne soit pas assujettie à l'impôt.

La dissimulation, comme l'omission, doit pour être sanctionnée, être volontaire. Elle va pouvoir par ailleurs être identifiée selon une pluralité de comportements.

Elle peut par exemple concerner le bénéfice, le chiffre d'affaires, ou encore les recettes professionnelles du contribuable, qui minorera le montant de son produit taxable ou a contrario, augmentera les charges déductibles qui viendront s'imputer sur ce dernier.

La dissimulation, peut donc être caractérisée par des comportements divers et parfois très complexes. Sur ce point, la jurisprudence a admis que pouvait être sanctionné du délit de fraude fiscale par dissimulation, le fait de se placer sous un régime fiscal indu<sup>135</sup>. L'hypothèse jugée dans cette affaire était celle d'une entreprise, créée sous le régime de l'article 44 bis du CGI<sup>136</sup> et applicable jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 1982, qui prévoyait, sous certaines conditions et pour les activités nouvelles, une exonération d'impôt sur le revenu ou sur les sociétés, des « *deux tiers de leur montant lorsque ces entreprises ont été créées à partir du 1er juin 1977 et avant le 1er janvier 1982* » et « *pour la moitié de leur montant lorsqu'elles ont été créées à partir du 1er janvier 1982 et jusqu'au 31 décembre 1983* ».

En l'espèce, l'entreprise, n'avait pas été créée dans le but de démarrer une nouvelle activité, cette dernière avait en effet été constituée par un contribuable dans le but exclusif de reprendre l'activité exercée par une précédente société créée par lui et qui avait simplement été mise en sommeil.

Ce régime, favorable aux entreprises nouvelles, connaît d'ailleurs de nouveaux développements puisque la législation fiscale actuelle, a mis en place un certain nombre de dispositifs permettant de favoriser la création d'entreprises ou l'implantation d'entreprises dans des zones sinistrées, ce qui peut engendrer des cas de fraudes similaires (V. n°811 et s.).

---

<sup>135</sup> Cass. crim., 28 octobre 1991 ; Bull. Crim, n°382 p.957.

<sup>136</sup> Loi n°81-1160 du 30 décembre 1981, art. 84 (P).

Plus récemment, il a été jugé<sup>137</sup> que le fait de placer indument une société sous le régime de l'article 44 sexies du CGI<sup>138</sup>, qui octroie notamment sous conditions de détention<sup>139</sup>, d'implantation<sup>140</sup> et de réalisation de chiffre d'affaires<sup>141</sup>, certaines exonérations d'impôt, était constitutif d'un comportement frauduleux.

**53 -** Au delà de cette fraude au régimes fiscaux favorables, nous pouvons retenir certains arrêts qui ont particulièrement marqué la question de la dissimulation.

Dans un arrêt de 1983<sup>142</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi jugé qu'était constitutif de fraude fiscale par omission, le fait pour un contribuable, d'omettre de comptabiliser certaines recettes, alors qu'il avait préalablement comptabilisé les frais d'achats de marchandises correspondants.

Dans un autre domaine qui concerne la TVA, enjeux majeurs de la lutte contre la fraude fiscale, la jurisprudence a eu à se prononcer par exemple sur la dissimulation de recettes visant à reporter le paiement de la TVA<sup>143</sup>.

Le fait que cette dissimulation n'ait été effectuée que pour respecter les capacités de la trésorerie, n'exclue pas l'intention frauduleuse du contribuable.

La jurisprudence dans le cadre de différentes affaires, a également sanctionné en matière de chiffre d'affaires, le fait d'utiliser des crédits de TVA fictifs, ou de majorer sciemment certains droits à déduction. Cette hypothèse se retrouve notamment dans le cadre de sociétés sans activités réelles émettant de fausses factures<sup>144</sup> à des sociétés liées.

Toujours en matière de TVA, on retrouve également des manœuvres visant à bénéficier de manière indue du régime fiscal de la TVA sur la marge, applicable notamment dans le cadre de la circulation des biens d'occasion ou des œuvres d'arts<sup>145</sup>.

---

<sup>137</sup> Cass. crim., 4 juin 2009, n°08-86.778 ; RJF 2009, n°1014.

<sup>138</sup> Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 47.

<sup>139</sup> La société en question ne doit pas être détenue directement ou indirectement par une autre société à plus de 50%.

<sup>140</sup> L'article 44 sexies dispose que « le bénéfice du présent article est réservé aux entreprises qui se créent à compter du 1er janvier 2007 et jusqu'au 31 décembre 2020 dans les zones d'aide à finalité régionale, à la condition que le siège social ainsi que l'ensemble de l'activité et des moyens d'exploitation soient implantés dans ces zones ».

<sup>141</sup> L'article susvisé dispose que la « condition d'implantation est réputée satisfaite dès lors qu'elle réalise au plus 15% de son chiffre d'affaires en dehors de ces zones. Au-delà de 15%, les bénéfices réalisés sont soumis à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun en proportion du chiffre d'affaires réalisé en dehors des zones déjà citées. Cette condition de chiffre d'affaires s'apprécie exercice par exercice ».

<sup>142</sup> Cass. crim., 3 juillet 1991, n°90-84636 ; RJF 1991, n°1457.

<sup>143</sup> Cass. crim., 3 avril 1978 ; RJ IV p. 207.

<sup>144</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°260 et s.

<sup>145</sup> Cass. crim., 22 octobre 2008, n°07-88.134 ; RJF 2009, n°279.

D'autres exemples de manœuvres frauduleuses ont notamment consisté en la création de sociétés fictives<sup>146</sup> afin de dissimuler la continuation d'une activité ou encore, l'utilisation d'un « *homme de paille* »<sup>147</sup>, titulaire de mandats fictifs afin de réaliser des opérations commerciales ainsi soustraites de l'application de la TVA, alors que celles-ci sont en réalité effectuées directement par la société mandataire.

### 3°) L'organisation d'insolvabilité et les autres comportements frauduleux

54 - *L'organisation de l'insolvabilité.* Dans ce cadre, le contribuable va utiliser diverses manœuvres ayant pour but de soustraire ou tenter de soustraire ses biens, qui pourraient autrement être soumis à l'impôt<sup>148</sup>.

55 - *Un fondement général afin d'englober un maximum de comportements.* A la suite des principaux comportements frauduleux que nous avons étudiés, le législateur a ajouté un quatrième fondement moins spécifique afin de ne pas définir de manière limitative le délit général de fraude fiscale et qui permet de réprimer les contribuables qui se soustraient ou tentent de soustraire à leurs obligations fiscales.

La Cour de cassation a d'ailleurs été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les dispositions de l'article 1741, alinéa 1<sup>er</sup> du CGI, en tant qu'elles incriminent les comportements de « *toute autre manière frauduleuse* », formulation qui selon les requérants, méconnaîtrait le principe constitutionnel issu de l'article 8 de la DDHC qui impose au législateur de définir les infractions en des termes suffisamment clairs et précis, afin d'exclure tout risque d'arbitraire. La Cour a répondu en l'espèce que la question posée ne présentait pas de caractère sérieux<sup>149</sup> et a jugé ce texte suffisamment clair en visant ainsi tout procédé, tendant à la soustraction intentionnelle du contribuable à l'établissement et au paiement de l'impôt.

56 - *Un possible cumul des sanctions ?* On le voit, dans le cadre de la non déclaration de sommes imposables, il peut exister un cumul de sanctions pénales et fiscales, lorsque l'on applique les dispositions des articles 1729 et 1741 du CGI.

---

<sup>146</sup> CA Paris 8 mai 1941 ; RO p. 385.

<sup>147</sup> Cass. crim., 3 octobre 1956 ; BOCI 1957-I-19.

<sup>148</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°240.

<sup>149</sup> Cass. crim., 22 septembre 2010, n°10-82. 148 (n°5256 F-D), D ; RJF 2011, n°216.

Ce cumul, a lui aussi fait l'objet d'une QPC<sup>150</sup>, transmise au Conseil constitutionnel par la Cour de cassation<sup>151</sup>, dans laquelle les requérants, soutenaient que les sanctions administratives et pénales, qui s'appliquent aux mêmes faits, commis par une même personne et qui viennent donc, protéger les mêmes intérêts sociaux d'une nature et d'une sévérité équivalente et qui relèvent du même ordre juridiction, sont contraires à la Constitution. Après avoir fait ces différentes constatations, les requérants ont donc considéré que l'application cumulée de ces deux articles serait contraire à la règle du non cumul des peines (« *non bis in idem* »), au principe de nécessité des délits et des peines, ainsi qu'au principe de proportionnalité des peines, tous garantis par l'article 8 de la DDHC.

Dans le cadre de sa décision, le Conseil a dans un premier temps considéré que prises isolément, les dispositions des articles 1729 et 1741 du CGI, n'étaient pas contraires à la Constitution, notamment du fait que les sanctions encourues ne sont pas disproportionnées.

En ce qui concerne leur application combinée, le Conseil a jugé que les articles 1729 et 1741 du CGI, permettent d'assurer ensemble, à la fois de manière dissuasive et répressive, la protection des intérêts financiers de l'Etat, mais également l'égalité devant l'impôt. Du fait de la gravité des comportements visés, la possibilité d'engager une procédure complémentaire aux poursuites pécuniaires de l'administration fiscale est donc jugée comme nécessaire à la réalisation de ces objectifs, les dispositions de l'article 1741 du CGI, ne venant s'appliquer qu'aux cas de fraude les plus graves.

Le Conseil a souligné par ailleurs que l'application combinée de ces articles ne peut conduire à l'engagement de poursuites différentes visant à sanctionner les mêmes faits et de ce fait, ne méconnaît pas le principe de nécessité des délits et des peines.

Par ailleurs, si deux procédures engagées conduisent à un cumul de sanction, le montant global des sanctions ne pourra pas dépasser le montant maximal de l'une des deux sanctions encourues. Le principe de proportionnalité des peines n'est ainsi pas méconnu.

De ce fait, les dispositions des articles 1729 et 1741 du CGI, ont sous ces réserves, été déclarées conformes à la Constitution<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Cons. const., 24 juin 2016, n°2016-545 et 2016-546, QPC, M. A. W. et a. ; Dr. fisc. 2016, n°27, comm. 405, note S. DETRAZ.

<sup>151</sup> Cass. crim., 30 mars 2016, n°16-90.001, FS-P+B+I, M. W et a. et n°16-90.005, FS-P+B, M. C et a. ; Dr. fisc. 2016, n°14, comm. 268, note R. SALOMON.

<sup>152</sup> N. JACQUOT et P. MISPELON, *QPC sur le cumul des sanctions pénales et fiscales : une décision sans gravité*, Dr. fisc. 2016, act 409.

## **§II) L'ouverture de la procédure pénale**

57 - L'ouverture de la procédure pénale en matière fiscale est un sujet délicat puisqu'elle peut être relativement complexe à mettre en œuvre ; nous verrons ainsi dans ce paragraphe comment est mise en œuvre la poursuite pénale fiscale (A), puis nous étudierons le cas spécifique de l'enquête pénale (B).

### **A) La mise en œuvre des poursuites**

58 - *Une procédure spécifique à la procédure pénale fiscale.* La procédure pénale applicable en matière fiscale, est différente de la procédure pénale générale, dans laquelle le procureur<sup>153</sup>, est l'autorité compétente pour la mise en œuvre des poursuites<sup>154</sup>.

En matière fiscale, ce dernier ne pourra engager les poursuites que si l'administration a au préalable, déposé plainte, condition substantielle, qui si elle n'est pas respectée, entraîne la nullité de la procédure (nullité d'ordre public)<sup>155</sup>. Cette dernière pourra ainsi être prononcée lorsqu'elle sera soulevée avant toute défense au fond. La Cour de cassation a cependant quelque peu remis en question la position de l'administration, puisque elle a considéré que cette nullité n'a pas à être soulevée d'office par le juge<sup>156</sup>. Il est enfin important de souligner que le dépôt de plainte de l'administration, n'est pas soumis à l'envoi d'une mise en demeure au contribuable visant à ce que ce dernier régularise sa situation<sup>157</sup>.

L'ouverture de la procédure pénale fiscale va tout d'abord nécessiter un accord de la Commission des infractions fiscales (CIF) (1°), cette dernière ayant ces dernières années eu à traiter d'un nombre croissant de dossier (2°), nous verrons ensuite que les récents scandales financiers, se sont révélés être une motivation supplémentaire pour les Etats dans la lutte contre les comportements frauduleux (3°).

---

<sup>153</sup> Code de procédure pénale, art. 40 et s.

<sup>154</sup> V. DUSSART, *La police fiscale*, Dr. fisc. 2014, n°51-52, étude n°695.

<sup>155</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-20 n°1 et 10.

<sup>156</sup> Cass. crim., 10 janvier 1994, n°M 93-80.353 D. Jammet et SARL « Le Memphis » ; RJF 1995, n°912.

<sup>157</sup> Article L 229 du LPF modifié par la Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, art. 46.

## 1°) Un accord préalable de la Commission des infractions fiscales

**59 -** L'administration fiscale, ne connaît par principe aucune contrainte législative ou réglementaire dans l'appréciation de l'opportunité des poursuites<sup>158</sup>, pour autant, elle devra avant de déposer plainte, obtenir un avis conforme de la CIF<sup>159</sup> sur le « *caractère raisonnablement suffisant des soupçons de fraude fiscale déclarés au service* »<sup>160</sup>.

Sur ce point, la Cour de cassation a jugé<sup>161</sup> qu'il n'était pas nécessaire de renvoyer au Conseil constitutionnel, la QPC visant à démontrer que l'obligation faite à l'administration de saisir la CIF avant tout dépôt de plainte en matière de fraude fiscale est contraire à l'article 16 de la DDHC garantissant les droits de la défense<sup>162</sup>. Selon la Cour de cassation, la question posée n'avait pas de caractère sérieux puisque les principes alors invoqués ne s'appliquent pas devant la CIF, organisme administratif indépendant, dont le seul but est de limiter le pouvoir du ministre compétent en matière de poursuites pénales fiscales. La Cour a par ailleurs indiqué que le contribuable visé par une telle procédure, conservait toujours la possibilité de contester par la suite les faits qui lui ont été reprochés devant un tribunal indépendant et impartial.

Par ailleurs, il faut souligner que le Conseil constitutionnel, dans le cadre d'une QPC<sup>163</sup>, a validé la subordination du déclenchement des poursuites pénales pour fraude fiscale, au dépôt d'une plainte par l'administration fiscale. Ce « *monopôle* » de Bercy, est donc considéré comme respectant les dispositions du bloc de constitutionnalité.<sup>164</sup>

**60 -** Le rôle et le fonctionnement de la CIF sont définis par le CGI et le LPF<sup>165</sup>. L'article 1741 A du CGI<sup>166</sup> vient ainsi définir sa composition ; elle est présidée par un

---

<sup>158</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 novembre 1980, n°16212, Gaillard ; Rec. CE 1980, tables p. 65 ; RJF 1981, n°84.

<sup>159</sup> Article L 228 du LPF, Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, art. 9.

<sup>160</sup> Article L 228 A du LPF, créé par l'Ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009, art. 11.

<sup>161</sup> Cass. crim., 9 février 2011, n°10-86.072 (n°914 F-D) ; RJF 2011, n°737.

<sup>162</sup> S.-M. CABON, *Le particularisme du déclenchement des poursuites pénales : le maintien du verrou de Bercy*, Dr. fisc. 2014, n°46, 620.

<sup>163</sup> Cons. const. 22 juillet 2016, n°2016-555, QPC ; Dr. fisc. 2016, n°30-35, act. 466.

<sup>164</sup> Un communiqué du ministère des finances (Min. fin. Communiqué n°10, 5 septembre 2016) est venu rappeler les modalités de poursuite pour fraude fiscale, telles que nous les envisageons ici.

<sup>165</sup> Ce régime est défini articles 1741 A du CGI, 384 septies-0 A à 384 septies-0 I de l'annexe II au CGI, ainsi qu'aux articles L 228, L 230, et R 228-1 à R 228-6 du LPF.

<sup>166</sup> Modifié par l'ordonnance n°2005-1512 du 7 décembre 2005, art. 14 JORF 8 décembre 2005 en vigueur le 1er janvier 2006.

conseiller d'Etat et ses membres<sup>167</sup>, conseillers d'Etat ou conseillers maîtres de la Cour des Comptes sont nommés pour 3 ans.

La mise en place d'un cadre juridique relativement stricte à l'engagement des poursuites pénales par l'administration, vise à limiter l'arbitraire et offrir certaines garanties procédurales aux contribuables. Deux conclusions s'imposent donc sur le rôle de la CIF, premièrement, sa saisine est une condition substantielle préalable à tout dépôt de plainte de l'administration, deuxièmement, cette dernière n'est compétente que si le délit est poursuivi à la suite à une plainte de l'administration. Les autres agissements à connotation fiscale tels que l'escroquerie, qui ne sont pas soumis à une action de l'administration ne relèvent donc pas de son champ de compétence<sup>168</sup>. Il en est de même en matière de blanchiment de fraude fiscale, délit sanctionné par l'article 324-1 du Code pénal et qui constitue une infraction générale, distincte et autonome du délit général de fraude fiscale<sup>169</sup>.

**61 -** Dans un but d'information et de statistique, la CIF présente chaque année au Gouvernement et au Parlement, un rapport d'activité<sup>170</sup>. Ce rapport, va faire état du nombre de dossiers étudiés et du nombre d'avis émis. Les statistiques sont réparties par impôts et taxes et par catégories socioprofessionnelles. Le rapport précise également le montant des droits poursuivis.

Une des conclusions qui apparaissent à la lecture de ces rapports, est que l'administration ne poursuit que rarement au pénal les auteurs de fraude fiscale, cette dernière nous le verrons disposant d'un éventail relativement large de mécanismes sanctionneurs plus spécialisés et plus faciles à appliquer afin de compenser le préjudice subi par le Trésor, tout en permettant de sanctionner lourdement les comportements déviants.

Sur ce point, la réponse du Service des relations avec le public du ministère des Finances donnée lors de la Journée d'études et d'information de Strasbourg du 24 novembre 1987<sup>171</sup> conserve encore tout son intérêt. Le Service indiquait alors que *« d'une façon générale, l'administration fiscale estime que l'application des pénalités fiscales encourues doit suffire dans la grande majorité des cas à sanctionner par une réparation pécuniaire appropriée les manquements aux obligations prescrites par le code général des impôts, et*

---

<sup>167</sup> La CIF se compose de 12 membres comme en dispose l'article 384 0-A du CGI.

<sup>168</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-20 n°20 et s.

<sup>169</sup> Cass. Crim. 20 février 2008, n°07-82.977 (n°1177 FS-PF) ; RJF 2008, n°745.

<sup>170</sup> Article L. 228 B DU LPF créé par l'article 16 de la Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013.

<sup>171</sup> Dr. fisc. 1988, n° 40, comm. 1840.

*qu'une utilisation sélective des poursuites correctionnelles, réservée aux cas de fraude les plus répréhensibles, est plus conforme à leur finalité propre que la poursuite massive du délit, telle que pourrait l'autoriser une stricte application des seuils quantitatifs visés à l'article 1741. Dans cette perspective, l'administration considère qu'il faut réserver une suite pénale non seulement à certains types d'agissements, particulièrement élaborés, destinés à faire échapper leurs auteurs aux investigations les plus poussées ou qui s'accompagnent de manœuvres ou de procédés ayant pour objet de donner une apparence de régularité à des opérations frauduleuses, mais encore à ceux qui, pour banales qu'en aient été les modalités d'exécution, n'en sont pas moins efficaces et révélateurs de la volonté de leurs auteurs de se soustraire à l'établissement ou au paiement de l'impôt. À plus forte raison, l'administration estime-t-elle que la fraude - même simple - doit être poursuivie lorsqu'elle revêt des aspects inadmissibles eu égard, par exemple, à la qualité ou à la profession des contribuables qui se sont laissé aller à la commettre ».*

## **2°) Un nombre de dossiers en augmentation**

**62 -** Lorsque l'on s'intéresse aux statistiques des affaires poursuivies pénalement, les rapports de la CIF indiquent qu'environ un millier de plaintes sont déposées chaque année. Ce chiffre est dans les faits extrêmement faible lorsqu'on le compare au nombre de contrôles fiscaux (examen de la situation fiscale personnelle pour les particuliers et vérification de comptabilité pour les entreprises), qui est l'ordre de 50 000 par an<sup>172</sup>. Si bien entendu l'ensemble de ces contrôles fiscaux ne pourrait relever de la fraude fiscale, il n'en demeure pas moins qu'il démontre de la difficulté pour l'administration d'engager une procédure pénale à l'encontre des contribuables, lorsque l'on connaît le montant de la fraude fiscale aujourd'hui (V. infra).

Le tableau suivant<sup>173</sup> récapitule les différentes situations poursuivies dans le cadre de la procédure de répression du délit de fraude fiscale :

---

<sup>172</sup> <http://www.impots.gouv.fr>, rubrique statistiques.

<sup>173</sup> B. THEVENET, *Fraude fiscale* (Délict général), Dalloz, 2014.



<b>Poursuites pénales</b>		<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>
Propositions de poursuites à la Commission des infractions fiscales		1043	1046	1126
Avis favorable		981	966	987
Plaintes pour fraude fiscale :	dont : - défaut de déclaration et exercice d'activités occultes	330	285	299
	- constatation de dissimulations	435	429	406
	- réalisation d'opérations fictives	105	81	72
	- autres procédés de fraude	111	171	210
Plaintes pour escroquerie		73	94	100
Procédure d'opposition à fonction		50	71	70
Dossiers transmis à la « <i>Police fiscale</i> »		37	42	60

Si le nombre de dossiers présentés à la CIF avant 2012 est relativement stable, on constate une légère augmentation des poursuites pénales notamment en 2013<sup>174</sup>, année durant laquelle la CIF a été saisie de 1182 demandes d'avis. Cette augmentation est bien évidemment une conséquence de la volonté du Gouvernement qui a décidé de tout faire pour mettre fin à la fraude fiscale, qui représente un manque à gagner important pour les finances publiques.

En effet, lorsque l'on s'intéresse au manque à gagner des finances publiques, le montant de la fraude fiscale annuelle représente entre 60 et 80 milliards d'euros en France, montant à comparer avec le montant des droits visés pénalement en 2013 dans les dossiers soumis à la CIF, qui tous impôts et toutes taxes confondus est évalué à environ 252 millions d'euros dont 159 sont liés à la TVA. L'impôt sur le revenu représentant environ 60 millions d'euros et l'impôt sur les sociétés seulement 32 millions d'euros.

L'écart est donc très important entre le montant estimé de la fraude et les montants potentiellement récupérables dans les procédures pénales pour fraude fiscale. Cet écart s'explique notamment par la préférence de l'administration pour des procédures

---

<sup>174</sup> Commission des infractions fiscales : Rapport annuel à l'attention du Gouvernement et du parlement, 2013.

spécifiques, moins lourdes à mettre en place qui donneront tout de même lieu au paiement de pénalités et d'intérêts de retard, à l'exclusion des amendes et des peines d'emprisonnement, réservées aux procédures pénales. Le faible nombre de dossier est également dû à l'habileté des contribuables fraudeurs que l'administration peine à identifier, même si aujourd'hui, les lanceurs d'alertes<sup>175</sup> participent à la découverte de nombreux comportements déviants d'envergure.

A titre de comparaison, en 2015, le montant des redressements a atteint 21,1 milliards d'euros dont près de 5 milliards en matière d'IS et 2 milliards en matière de TVA<sup>176</sup>

**63 -** *La procédure devant la CIF.* Lorsqu'elle est saisie d'une affaire, la CIF, par le biais de son secrétaire, en averti le contribuable, sauf s'il est attesté par le ministre qu'il existe un risque important de dépérissement des preuves<sup>177</sup>.

Le contribuable, au moment où il est informé de la saisine de la CIF, prend connaissance des faits qui lui sont reprochés ; il est alors invité à fournir par écrit dans les trente jours qui suivent, toutes les informations qu'il jugera nécessaires afin d'éclairer l'avis de la commission.

Après discussions et si la CIF a rendu un avis favorable, l'administration est en droit de déposer plainte et ce, jusqu'à la fin de la sixième année qui suit celle au cours de laquelle l'infraction a été commise. Lorsque la plainte est déposée, la prescription de l'action publique est suspendue pendant une durée maximum de six mois, allant de la date de saisine de la CIF à la date à laquelle elle a rendu son avis<sup>178</sup>.

La plainte se présente sous la forme d'une lettre au procureur de la République, reprenant les faits attestant de la fraude, elle mentionne également que l'administration se constituera partie civile ainsi que bien évidemment, l'obtention de l'avis conforme de la CIF<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> On pense notamment au scandale HSBC, au LuxLeaks et plus récemment au Panama papers qui sont venus agiter récemment les classes politiques comme la société civile. V. E. JOLY, *Au delà des révélations des « Panama papers » : Pour en finir avec l'impunité fiscale*, Le monde diplomatique, juin 2016.

<sup>176</sup> Dr. fisc. 2016 n°10, act. 144.

<sup>177</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-20 n°110 et 120.

<sup>178</sup> Article L 230 du LPF, modifié par Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, art. 53

<sup>179</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-20 n°180 et s.

### **3°) Les récents scandales fiscaux et financiers, une motivation supplémentaire pour les pouvoirs publics dans le renforcement de la lutte contre la fraude**

**64 -** *Des scandales d'une envergure mondiale.* Nous allons ici envisager quelques récents scandales qui ont récemment agité l'opinion publique quant aux pratiques de certains contribuables et qui mettent en lumière l'inefficacité des administrations fiscales dans l'identification des schémas complexes parfois mis en place par certains contribuables, personnes physiques ou morales.

Ces scandales, qui ont éclaté grâce à des lanceurs d'alerte, ont notamment permis de mettre en lumière le rôle joué par les administrations fiscales de certains Etats, prêts à tout pour attirer les investisseurs quitte à pratiquer le dumping fiscal.

Si l'affaire HSBC qui a largement animé le débat public en France du fait qu'elle a concerné l'ancien ministre des finances français J. CAHUZAC n'est pas sans intérêt<sup>180</sup>, elle concernait surtout que des contribuables personnes physiques<sup>181</sup>, lesquels ne sont pas au centre de notre étude, nous allons donc nous concentrer sur des affaires concernant les entreprises.

**65 -** La première affaire qui nous intéresse ici est celle dite, du « *Luxleaks* », révélée en 2014 et qui est en relation avec la pratique des « *rulings* », pratiquée par certaines administrations fiscales et en l'espèce, celle du Luxembourg.

Cette pratique administrative, qui nous le rappelons est une pratique légale, puisqu'elle permet normalement d'obtenir l'avis de l'administration sur un montage ou une opération ayant des conséquences fiscales, a été détournée de son objet puisqu'une enquête menée par 40 médias internationaux, a démontré que ces accords fiscaux, révélaient en réalité un système d'évasion fiscale massif concernant environ 550 accords fiscaux et 340 sociétés multinationales. La Commission européenne, nous allons le voir plus loin, s'est d'ailleurs penchée sur cette pratique en ouvrant des enquêtes pour versement illicite d'aides d'Etat,

---

<sup>180</sup> G. DAVET et F. LHOMME, *Affaire HSBC : les dessous d'une gigantesque fraude fiscale*, Le monde, 10 juin 2014.

<sup>181</sup> Dans cette affaire, plus de 3000 contribuables français, sollicités par différents démarcheurs, ont fraudé le fisc pour un montant supérieur à 4 milliards d'euros. La société HSBC Private Bank a notamment mis à disposition de ses clients, des comptes au nom de différentes sociétés offshore afin de dissimuler leurs avoirs.

procédure qui concerne également l'Irlande, la Belgique et les Pays-Bas, pour des pratiques similaires, ce qui démontre bien de l'ampleur du phénomène.

**66 -** *Une négociation « sur mesure » des taux d'imposition.* Lorsque l'on s'intéresse aux quelques 28 000 pages d'accords fiscaux concernant des entreprises internationales majeures telles que Disney, Skype, Amazon, Pepsi, Apple, AIG, mais également françaises comme Aviva, Axa Group, BNP ou encore le Crédit Agricole, on constate que les rescrits fiscaux, ont notamment permis aux multinationales de réduire de manière très importante leur taux effectif d'imposition (on parle d'un taux effectif de 1%, à mettre en rapport avec le taux normal qui est de 29%).

Ces schémas, qui concernent notamment les groupes fonctionnant sous le système des franchises tels que McDonald's, permettent un encaissement des commissions d'utilisation de la marque, de mise au point d'équipements, des plateformes de cuisine, qui sont déductibles en France, au Luxembourg où ces dernières ne sont imposées qu'au taux de 10,2%. Ces revenus sont ensuite déplacés vers la Suisse puis, vers une boîte au lettre implantée aux Etats-Unis, société dépourvue de réelle substance.

Si la pratique n'est en soit répréhensible, les autorités françaises reprochent notamment à la société luxembourgeoise et à sa succursale Suisse, d'opérer directement sur le territoire français en y réalisant des prestations. En effet, les franchisés bénéficient de moyens humains et matériels alloués directement par McDonald's France. Le montant des redevances versées devrait être ainsi revu à la baisse ce qui ferait corrélativement, augmenter l'imposition en France.

Si McDonald's nous sert ici d'illustration, il faut souligner que cette société n'est pas la seule à avoir bénéficié des « services » sur mesure, proposés par l'administration fiscale luxembourgeoise.

**67 -** La seconde affaire qui va nous intéresser ici est celle dite des « *Panama papers* », unanimement considérée comme la plus grosse fuite d'informations relatives à l'utilisation de sociétés offshores<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> E. SIEMENS, *Offshore Company law*, Academy and Finance, Genève, 2009 et F. VAN HASSEL, *L'utilisation des sociétés étrangères à des fins d'évasion fiscale*, Thèse, Université Panthéon-ASSAS, (PARIS II), 1998.

En effet, 11,5 millions de fichiers provenant du cabinet panaméen Mossack Fonseca, allant de 1977 à 2015 et concernant des personnalités politiques, sportives, industrielles mais également plus de 1000 contribuables français, ont été divulgués par la presse.

Ces documents, font état de l'existence de plus de 214 000 sociétés offshore gérés par ce cabinet à la fois au Panama, aux Iles Vierge Britanniques, aux Seychelles, aux Bahamas, au Samoa et à Niue, Etats et territoires il est intéressant de le souligner, qui ont tous été un temps inscrits dans les listes des ETNC ou des de paradis fiscaux (V. n°440).

## **B) Le cas particulier de la procédure d'enquête fiscale**

**68 -** *Une procédure spécifique applicable sous condition.* Cette procédure spécifique, a été mise en place par une loi du 30 décembre 2009<sup>183</sup> dans le but de permettre à certains agents des services fiscaux, habilités et dirigés par le parquet, de mener des enquêtes judiciaires ayant trait à des cas graves de fraude fiscale. Les affaires concernées par cette procédure, sont généralement complexes et concernent des situations où sont notamment utilisés des documents falsifiés ou des comptes détenus directement ou indirectement dans des ETNC.

Cette procédure, ne peut être mise en œuvre que si l'administration a préalablement déposé plainte et que la CIF, saisie pour avis, s'est prononcée en faveur de l'ouverture des poursuites pénales. Le ou les contribuables visés par la procédure, ne seront ni informés de l'avis de la commission, ni de sa saisine et ce, afin d'éviter tout risque de déperdition des preuves.

**69 -** *La nécessaire réunion de divers éléments.* Elle va dans un premier temps nécessiter l'existence de présomptions caractérisées, c'est à dire que la saisine de la CIF ne portera pas simplement sur l'existence d'une fraude, mais également sur l'existence de présomptions suffisamment graves pour autoriser l'ouverture d'une enquête judiciaire fiscale<sup>184</sup>.

Elle va ensuite nécessiter la mise en œuvre de pratiques frauduleuses spécifiques. En effet, le champ d'application de l'enquête fiscale est délimité par l'article L 228 du

---

<sup>183</sup> Loi 2009-1674 du 30 décembre 2009, art. 23.

<sup>184</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-30 n°50 et s.

LPF<sup>185</sup>, qui vise des comportements d'une complexité certaine, dont le stéréotype est la fraude fiscale internationale, que l'on retrouve notamment dans les affaires de blanchiment d'argent, trafics, ou encore dans le cadre du financement des activités terroristes.

Sont ainsi visés et ce, de manière limitative, l'utilisation de comptes ou de contrats souscrits dans des ETNC ; l'interposition dans un de ces territoires, de personnes physiques ou morales ou, de tout organisme, fiducie ou institution comparable (trusts<sup>186</sup>) et enfin, l'usages de faux documents et notamment d'identité ou de tout autre falsification au sens de l'article 441-1 du Code pénal, hypothèses que l'on retrouvait déjà dans les dispositions de l'article 1741 du CGI dans la définition de la fraude fiscale.

La procédure étant basée sur une présomption de fraude, il est nécessaire que l'enquête puisse démontrer l'existence de cette dernière, il ne faudra donc pas que les éléments qui pourront être utilisés dans le cadre de la procédure, puissent être altérés ou disparaître.

**70 - Un impact sur la procédure fiscale.** L'ouverture de ce type d'enquête, va tout d'abord prolonger le délai de reprise de l'administration puisque selon les dispositions de l'article L 188 B du LPF<sup>187</sup>, les omissions et insuffisances d'imposition normalement couvertes par le délai de reprise de l'administration<sup>188</sup>, peuvent être réparées jusqu'au 31 décembre de l'année suivant la décision mettant fin à la procédure, et au maximum, au 31 décembre de la dixième année suivant celle au titre duquel l'imposition est normalement due, ce qui déroge aux délais classiques.

Par ailleurs, cette procédure déroge également à l'interdiction qui est normalement faite à l'administration de renouveler un contrôle fiscal. En effet, lorsque cette dernière procède à une vérification de comptabilité, concernant une période déterminée et sur certains impôts ou taxes, dès que le contrôle est achevé, l'administration, en vertu des dispositions de l'article L 51 du LPF<sup>189</sup>, ne peut par principe, procéder à un nouveau contrôle portant sur les mêmes exercices et sur les mêmes impositions.

---

<sup>185</sup> Modifié par Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, art. 9.

<sup>186</sup> Un décret du 10 mai 2016 (n°2016-567), a mis en ligne à compter du 30 juin 2016, un registre des trusts, permettant à toute personne intéressée d'accéder notamment, à l'identité des bénéficiaires. Dr. fisc. 2016, n°28, act. 457. Ce dernier a été jugé inconstitutionnel : Cons. const., 21 octobre 2016, n°2016-591, QPC.

<sup>187</sup> Créé par l'article 23 de la Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009.

<sup>188</sup> Les articles L. 169 LPF et L. 169 A du LPF, accordent un droit de reprise à l'administration concernant l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les sociétés et des taxes assimilées allant jusqu'à l'expiration de la troisième année suivant celle au titre de laquelle l'imposition est due.

<sup>189</sup> Modifié par l'article 15 de la Loi n°2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007.

Enfin, l'ouverture d'une telle enquête ne limite pas la durée des contrôles effectués sur place, qui est normalement et à peine de nullité, limitée à 3 mois<sup>190</sup>.

**71 -** Jusqu'à la création de cette procédure, et à la différence des autres délits pénaux, les moyens judiciaires classiques ne pouvaient être utilisés sans l'ouverture d'une enquête administrative suivie d'un dépôt de plainte de l'administration, l'enquête était effectuée seulement une fois le procureur saisi ou au moment de l'instruction. L'administration fiscale n'avait donc à sa disposition pour caractériser la fraude, que les moyens prévus par les textes fiscaux, ce qui emportait un risque important de dépérissement des preuves et manquait cruellement d'efficacité dans ces affaires complexes.

La mise en place de cette enquête, représente donc une évolution majeure pour la détection des cas extrêmes de fraude fiscale grâce à l'utilisation des moyens de police judiciaire, qui permettent de mieux identifier les auteurs et complices et de rendre plus efficaces les contrôles fiscaux, puisque les informations recueillies lors de l'enquête pourront être réutilisées par l'administration dans le cadre de l'enquête judiciaire<sup>191</sup>.

Lorsque l'on parle des moyens de police judiciaire, nous faisons notamment référence à la surveillance, l'infiltration, les interceptions de correspondances téléphoniques, les sonorisations et fixations d'images de certains lieux et véhicules, la captation, la conservation et la transmission de données informatiques, ainsi que les saisies conservatoires, procédés qui seront bien entendus utilisés sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

## **Sous-section II : Les sanctions de la fraude**

**72 -** La fraude fiscale est selon les pouvoirs publics, un comportement remettant en cause deux principes fondateurs de la « *démocratie fiscale* », l'égalité devant l'impôt<sup>192</sup> et le consentement à l'impôt, inscrits dans le cœur même de la DDHC de 1789.

On ne peut remettre en cause cette affirmation, la fraude est un délit, réprimé pénalement puisqu'elle porte atteinte à la paix sociale, mais également aux financements publics.

---

<sup>190</sup> BOI-CF-INF-40-10-10-30 n°200.

<sup>191</sup> V. les articles L 82 C et L101 du LPF sur le droit de communication.

<sup>192</sup> Principe également consacré par la jurisprudence, V. CE, ass., 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de chène-liège d'Algérie ; AJDA 1958 II p. 130 et CE, ass., 22 février 1974, n°86102, Association des maires de France ; Rec. CE 1974, p. 136 ; Dr. fisc. 1974, n°14-15, comm. 419 ; AJDA 1974, p. 269, note P. MOULIE ; D. 1974 p. 520.

Cette atteinte<sup>193</sup> au « *pacte républicain* », qui cimente les relations entre les contribuables et la société par un ensemble de valeurs communes, est encore plus grave en période de difficultés économiques structurelles, puisque le préjudice pécuniaire du Trésor n'est pas forcément réinjecté dans le circuit économique. L'Etat, victime de ce préjudice, ne peut de ce fait pas réutiliser cet argent, pour investir, ou soutenir l'économie.

Les comportements frauduleux doivent donc en vertu de ces principes, être sanctionnés sévèrement, ce qui permettra en plus de récupérer l'argent injustement soustrait des impositions, de dissuader les éventuels candidats à la fraude. Nous allons donc voir premièrement quelles sont les sanctions applicables au délit de fraude fiscale (§I) et en comment ces dernières, ont été renforcées ces dernières années (§II).

## **§I) La sanction de la fraude fiscale**

73 - Avant d'étudier quelles sont les sanctions applicables au délit de fraude fiscale (B), nous allons nous intéresser premièrement à la décision de justice préalable (A).

### **A) Une nécessaire décision de justice préalable**

74 - Dans un Etat de droit, un des principaux objectifs est comme chacun le sait la limitation de l'arbitraire, pour ce faire, de nombreux mécanismes trouvant leur source dans le bloc de constitutionnalité, viennent limiter et sanctionner les éventuels abus législatifs et administratifs, dont pourraient être victimes les contribuables.

Parmi ces principes, certains sont relativement généraux comme par exemple le droit à un procès équitable<sup>194</sup>, procès qui pourra engendrer la mise en place de sanctions, sanctions qui seront quant à elles, soumises au principe de légalité<sup>195</sup> qui veut que ces dernières soient prévues par la loi.

Comme dans toutes les problématiques pénales, le procureur saisi d'une plainte, dispose de plusieurs options, il peut classer l'affaire sans suite, ordonner l'ouverture d'une

---

<sup>193</sup> J.-P. BRARD, *Fraude et évasion fiscale*, Rapport d'information n°1105, déposé à l'Assemblée nationale le 8 septembre 1999.

<sup>194</sup> Issu de l'article 6 de la CEDH, V. le rapport de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Guide de l'article 6 : Droit à un procès équitable (volet pénal)*, 2014.

<sup>195</sup> R. GASSIN, *Le principe de la légalité et la procédure pénale*, RPD 2001, p. 300, et spéc. p. 326-327. Pour une application jurisprudentielle, V. Cons. const., 30 décembre 1982, n°82-155 DC, Loi de finances rectificative pour 1982, cons. n°33 ; Rec. Cons const., p. 88. V. également, L. FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale*, Mélanges A. VITU, Cujas 1989, p. 169.



enquête préliminaire, citer directement le ou les contribuables à comparaître devant le tribunal correctionnel compétant ou enfin, ouvrir une information judiciaire.

Sur cette question, il est intéressant de noter que l'intervention de la loi du 6 décembre 2013<sup>196</sup>, a créé le statut de procureur de la république financier qui contrairement aux autres procureurs, ne connaît pas de limite dans sa compétence territoriale. Il sera notamment saisi pour des affaires qui impliquent des montages financiers et fiscaux complexes, mettant par exemple en cause des parties installées sur différentes parties du territoire. Ce dernier devra simplement informer les procureurs locaux des actions mises en places sur leur territoire de compétence.

## **B) Des sanctions applicables aux personnes physiques mais également aux personnes morales**

**75 -** Nous avons vu précédemment que les sanctions encourues par les contribuables convaincus de fraude fiscale se révèlent lourdes (V. n°37), notamment dans un but de dissuasion. La question qui se pose ici est de savoir dans le cadre des affaires impliquant des sociétés, comment peuvent s'appliquer ces sanctions. Le dirigeant doit-il être le seul sanctionné ou la société peut-elle également être l'objet de sanctions ?

Dans ce genre d'hypothèses, deux types de responsabilités sont en jeux.

Si le Code pénal pose le principe d'une responsabilité pénale personnelle<sup>197</sup>, il prévoit également sous certaines conditions, la responsabilité pénale des personnes morales<sup>198</sup>.

La fraude, pour être sanctionnée, doit dans ce cadre être imputable aux organes représentants la société, dans le cadre d'une décision ou un acte passé par une personne physique.

Cette décision ou cet acte, doit par ailleurs avoir été effectué pour le compte de la personne morale, c'est à dire que l'infraction n'est pas nécessairement commise dans des circonstances exceptionnelles, mais a été accomplie dans le cadre de l'activité courante de la société.

---

<sup>196</sup> Loi n°2013-1115 du 6 décembre 2013 parue au JO n°284 du 7 décembre 2013 ainsi que de la circulaire ministérielle FCPE1412006C du 22 mai 2014 et la circulaire du 31 janvier 2014 de politique pénale relative au procureur de la République financier (NOR : JUSD1402887C).

<sup>197</sup> L'article 121-1 du Code pénal dispose en effet du fait que « nul ne peut être responsable que de son propre fait ».

<sup>198</sup> Article 121-2 du Code pénal.

Avant le 31 décembre 2005<sup>199</sup>, le Code pénal posait le principe de spécialité, c'est à dire que la responsabilité de la personne morale ne pouvait être mise en jeu que lorsqu'elle était prévue par le texte d'incrimination, ce qui n'est pas le cas de l'article 1741 du CGI. Depuis l'adoption de cette loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, ce principe n'est plus opérant. Il est donc dorénavant possible en matière de fraude fiscale, de cumuler la responsabilité pénale des personnes physiques avec celle de la personne morale dans le cadre d'une même infraction.

## **§II) Un alourdissement des sanctions dans le cadre d'une politique globale de préservation des recettes fiscales**

**76 -** *Une fraude pendant trop longtemps ignorée.* Nous avons souligné à plusieurs reprises que les pouvoirs publics ont décidé ces dernières années, de lutter plus efficacement contre l'érosion de leurs recettes taxables, érosion due en particulier aux comportements déviants comme la fraude fiscale.

Si de nombreux mécanismes permettent aujourd'hui à l'administration de limiter les abus liés à l'optimisation fiscale agressive, les textes qui sanctionnent les comportements frauduleux ont été largement modifiés ces dernières années.

Si pendant longtemps, l'importance de la fraude fiscale a été ignorée des pouvoirs publics, impuissants dans leur lutte contre les comportements frauduleux notamment du fait du manque de moyen de l'administration fiscale et de la relative inefficacité des politiques mises en place pour lutter contre ces comportements. Ce sentiment, exacerbé en période de difficultés économiques, a encouragé le législateur à mettre en place de nouveaux mécanismes sanctionneurs et de coopération notamment au niveau international, afin de dissuader les actions frauduleuses, mais également afin d'identifier plus facilement et de sanctionner plus lourdement les fraudeurs.<sup>200</sup>

**77 -** Parmi les textes qui ont fait évoluer les mécanismes de lutte contre la fraude fiscale, nous pouvons notamment citer la loi organique n°2013-906 et la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013, relative à la transparence de la vie publique, la loi organique n°2013-

---

<sup>199</sup> Article 54 de la Loi 2004-204 du 9 mars 2004, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. JO n°59 du 10 mars 2004

<sup>200</sup> Circulaire FCPE1412006C relative à la lutte contre la fraude fiscale, Ministère des finances et comptes publics/Ministère de la justice du 22 mai 2014.

1115 du 6 décembre 2013, relative au procureur de la République financier et la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, qui contiennent toutes des mesures structurelles profondes pour lutter contre les « *déviations fiscales* »<sup>201</sup>.

**78 -** *Le rôle majeur de la loi contre la fraude et la grande délinquance économique et financière.* Si ces différentes lois sont d'un intérêt certain, les principales évolutions à retenir se retrouvent dans les dispositions issues de la loi relative à la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. Cette loi, qui a donné lieu à des débats parlementaires houleux, représente une avancée majeure dans la lutte contre la fraude fiscale. Si de nombreux dispositifs ont été sanctionnés du fait de l'intervention du Conseil constitutionnel, on peut pour autant retenir certains dispositifs marquants.

Le premier concerne le renforcement des liens entre les différents acteurs de la lutte contre la fraude fiscale à tous les niveaux de la procédure, c'est à dire de la détection de l'infraction jusqu'à sa répression. Ainsi, a été créé le poste de procureur de la République financier, dont le but est de coordonner les actions des différents parquets lorsque les affaires sont complexes et que les faits se produisent sur différentes régions du territoire. Par ailleurs, comme nous l'avons également introduit dans le cadre de l'étude de la procédure d'enquête fiscale réalisée par la police fiscale, cette dernière a désormais l'autorité pour mettre en place certaines mesures attentatoires aux libertés individuelles qui étaient jusqu'alors réservées exclusivement aux enquêtes criminelles<sup>202</sup>.

Le second axe se caractérise par le renforcement de la répression et donc de sanctions plus sévères dont l'un des principaux objectifs est la dissuasion.

Nous avons étudié précédemment les éléments constitutifs du délit général de fraude fiscale tels que définis par l'article 1741 du CGI (V. n°37). Celui-ci a donc logiquement été modifié par l'adoption de certaines dispositions prévues dans la loi du 6 décembre 2013 qui a notamment mis en place des circonstances aggravantes au délit.

Parmi ces dernières, on pourra retenir notamment l'usage d'une fausse identité ou de faux documents au sens de l'article 441-1 du Code pénal<sup>203</sup>, qui ne sont pas au cœur de notre sujet, à l'inverse par exemple du recours à l'ouverture de comptes à l'étranger, ou la mise

---

<sup>201</sup> Ph. OUDENOT et A. LAUMONIER, *Les nouveaux moyens de l'administration fiscale pour lutter contre la fraude fiscale*, Dr. fisc. 2014, n°46, 618.

<sup>202</sup> G. BACHELIER, G. EL KAROUI et M. GUICHARD, *La détection des fraudes : table ronde sur les nouvelles armes de l'administration*, Dr. fisc. 2014, n°46, 619.

<sup>203</sup> Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3 (V).

en place de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger puisque dans le cadre de leurs opérations internationales, les entreprises peuvent directement ou indirectement par le biais de structures partenaires, avoir recours à l'ouverture de comptes ou à la signature de contrats dans divers Etats ou territoires parfois peu regardant sur la pratique des affaires qu'ils attirent et qui proposent certains avantages inexistant dans d'autres pays, ce qui sera notamment le cas des ETNC ou les pays à fiscalité privilégiée, qui sont particulièrement visés dans ce cadre.

Nous pouvons également citer ici l'hypothèse de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiduciaire ou institution comparable, qui permettent de diluer les liens capitalistiques, ou de masquer le bénéficiaire effectif des revenus.

La domiciliation fiscale fictive ou artificielle à l'étranger, concernera quant à elle plus généralement les particuliers et n'est pas pertinente dans le cadre de notre étude, bien que cette pratique puisse être rapprochée de celle qui vise, par le recours à un acte fictif ou artificiel, ou par l'interposition d'une entité fictive ou artificielle dans le cadre de montages dits « *coquillards* » ou offshores, qui visent à profiter de régimes fiscaux avantageux dans des pays étrangers, schémas qui ont notamment été sanctionnés notamment pour défaut de substance (V. n°149 et s.).

La circonstance de bande organisée, est elle aussi intéressante, dans la mesure où la notion de bande est simple à caractériser puisqu'elle ne nécessite que deux personnes, on peut donc l'appliquer à des dirigeants de sociétés s'ils ont par exemple, agi de concert afin de commettre un acte constitutif de fraude fiscale.

La fraude fiscale pour laquelle serait retenue une de ces circonstances aggravantes sera dorénavant passible d'une peine de sept ans d'emprisonnement et d'une amende de 2 millions d'euros.

Il est à noter enfin que ces circonstances aggravantes, s'appliquent seulement aux actes commis à compter du 8 décembre 2013, date d'entrée en vigueur de la loi, la date d'entrée de cette disposition ne pouvant être antérieure en vertu du principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères<sup>204</sup>.

---

<sup>204</sup> Cons. const., 16 juillet 1971, n°71-44 DC ; Rec. Cons. const., p. 29.

## **Section II : Un phénomène touchant en particulier la TVA**

79 - La fraude fiscale, représente nous l'avons vu pour la France un manque à gagner estimé entre 60 en 80 milliards d'euros par an pour le Trésor. Ce montant impressionnant de prime abord, semble pour autant bien faible lorsque l'on s'intéresse au montant de la fraude au niveau mondial. En effet, même s'il est difficile de l'évaluer avec précision, la fraude fiscale mondiale représenterait un manque à gagner pour les finances des Etats d'environ 2 000 milliards d'euros en Europe et entre 20 000 et 30 000 milliards d'euros au niveau mondial<sup>205</sup>.

Si ces montants fraudés concernent tout aussi bien les particuliers que les entreprises, il faut souligner que la TVA, notamment dans le cadre de l'UE, représente un des postes les plus importants parmi les montants fraudés.

En effet, lorsque l'on s'intéresse aux rentrées fiscales d'un Etat, la TVA est le poste le plus important de recettes. Elle représentait ainsi à elle seule en 2013 en France 47,28% du montant des rentrées fiscales annuelles<sup>206</sup>.

Si il n'y a pas de hiérarchisation de la fraude en fonction des impôts ou taxes, on se rend compte que les Etats et y compris la France s'intéressent de près aux comportements des opérateurs envers la TVA, dont le mode de fonctionnement peut faciliter la fraude.

Nous allons donc voir ici que le fonctionnement de la TVA, peut être à l'origine de la fraude (§I) et que cette fraude concerne bien souvent, des schémas complexes (§II).

### **§I) Le fonctionnement de la TVA, à l'origine de la fraude**

80 - *Une imposition harmonisée au niveau européen.* La TVA, mécanisme institué en 1954<sup>207</sup>, repose sur le principe d'égalité, chaque contribuable va payer la même taxe pour un même bien ou un même service, elle repose par ailleurs sur un mode de perception original. Ce dernier est en effet fractionné à chaque étape de la chaîne de production, de la création de valeur ; ce sont les différents opérateurs de cette chaîne qui, chacun à leur

---

<sup>205</sup> Selon une étude réalisé par J. HENRY, membre du groupe de pression Tax justice, citée par le journal The Guardian le 21 juillet 2012.

<sup>206</sup> La TVA représente 141,2 milliards d'euros sur un montant total de 298,6 milliards d'euros de recettes fiscales nettes (après dégrèvements et remboursements d'impôts. V. <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/ressources-dependances-etat/ressources/quels-sont-differents-impots-percus-par-etat.html>.

<sup>207</sup> Loi n°54-404 du 10 avril 1954 portant réforme fiscale, JO 11 avril 1954.

tour, en achetant, puis en revendant des biens taxés soumis à la TVA, vont collecter cette dernière pour le compte de l'Etat, en la facturant à leurs clients, tout en déduisant dans le même temps la TVA qui leur a été facturée par leurs fournisseurs<sup>208</sup>.

Selon ce mécanisme, si la TVA collectée par le vendeur est supérieure à la TVA déductible, il reverse à l'Etat une TVA nette, dans le cas contraire, il obtiendra un crédit de TVA<sup>209</sup>, imputable sur ses déclarations ultérieures ou qui sera remboursé par l'Etat.

On comprend donc l'intérêt de certains contribuables de faire apparaître un maximum de crédits de TVA et ce, afin d'en obtenir le remboursement, quitte à utiliser des mécanismes frauduleux.

A l'origine, ce système a pourtant été mis en place parce qu'il permet en principe de limiter le risque de fraude notamment du fait de la stabilité de l'assiette de la TVA qui est le prix du bien ou du service et parce que le mécanisme du paiement fractionné, permet à chaque opérateur en amont ou en aval, de connaître le montant de TVA collecté par le vendeur. Ce dernier correspond en effet au montant de TVA déduit par le client.

Ce contrôle mutuel, exercé entre les différents opérateurs, a cependant une limite en cas de connivence entre les différents membres de la chaîne de production, qui pourront minorer le montant de TVA collectée à reverser à l'Etat ou majorer au contraire, le montant de TVA déductible.

Si ces arguments sont valables, il ne faut pas oublier que les règles qui établissent le régime fiscal de la TVA sont d'une rare complexité et ce, malgré une certaine harmonisation européenne<sup>210</sup>. Cette harmonisation, qui est la plus avancée en matière fiscale, n'est pour autant pas totale et laisse une certaine liberté aux Etats dans la définition de certaines caractéristiques de la TVA.

Cette liberté, se caractérise par la possibilité pour les Etats de choisir un taux normal de TVA, qui ne peut cependant pas être inférieur à 15% et un ou deux taux réduits, applicables à certains biens et services désignés et qui ne peut être inférieur à 5%. On peut également envisager la mise en place d'un taux super-réduit comme c'est le cas en France.

---

<sup>208</sup> La taxe est assumée par le consommateur final, seul à ne pas pouvoir procéder à des déductions.

<sup>209</sup> La TVA à reverser est calculée par différence entre la TVA collectée sur les ventes et celle déductible sur les charges, quand le montant à déduire est supérieur à celle perçue (à reverser), l'entreprise possède un crédit de TVA à imputer en principe sur les versements de TVA. Si il n'est pas imputé sur ces versements, il peut sous conditions être remboursé par le Trésor.

<sup>210</sup> Ces dispositions sont notamment issues de la directive 2006/112/CE du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée.

Cette liberté, qui permet de préserver la souveraineté nationale des Etats, peut également encourager les opérateurs à mettre en place des schémas frauduleux afin de bénéficier des meilleurs taux, ce qui peut également nuire au contrôle de cet impôt dans le cadre des opérations transfrontalières.

Il est à noter qu'il existe par ailleurs nombre de dérogations aux différents régimes de TVA qui étaient en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1991 et qui sont encore applicables<sup>211</sup>, ce qui ne facilite pas la compréhension globale du système de la TVA.

**81 - Une grande complexité remettant en cause l'harmonisation.** Lorsque l'on s'intéresse aux différents taux de TVA des Etats au sein de l'UE, on se rend vite compte que les disparités rencontrées entre les différents Etats, sont de nature à alimenter les comportements frauduleux. La France, compte ainsi au 1<sup>er</sup> janvier 2015, 4 taux de TVA (un taux normal à 20%, un taux intermédiaire à 10% et deux taux réduits à 2,1% et 5,5%), en fonction des biens ou services utilisés et de la localisation de leur consommation, comme c'est le cas en Corse et en outre mer, complexité que l'on ne retrouve pas dans de nombreux autres Etats de l'Union. Ainsi l'Allemagne, applique un taux de réduit de 7% et un taux normal de 19%, le Danemark, un taux unique de 25% et les Pays-Bas, un taux réduit de 6% et un taux normal de 21%<sup>212</sup>. Il est à noter que le plus faible taux réduit est de 5%, le plus faible taux normal est de 17% (Luxembourg), le taux super réduit le plus faible étant le taux français (V. supra).

Il existe également pour les Etats membres de l'UE la possibilité d'adopter des modalités simplifiées d'imposition et de perception de la taxe pour les petites entreprises.

Ainsi, la France connaît trois régimes simplifiés réservés à certains secteurs d'activités et selon le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises.

Ces régimes sont le régime simplifié d'imposition (RSI), le régime simplifié agricole (RSA) et la franchise en base (pour les micro-entreprises, par exemple celles des auto-entrepreneurs)<sup>213</sup>.

Lorsque l'on s'intéresse au tissu économique français, on constate que ce dernier est majoritairement composé de PME soumises à ces régimes dérogatoires, ces derniers constituent donc la majorité des hypothèses d'application de la TVA. Selon les

---

<sup>211</sup> Qui correspond à l'adoption de la directive 72/77 qui a mis en place la réglementation européenne sur les taux.

<sup>212</sup> Taux de TVA appliquée dans les Etats membres de l'Union européenne, Taxud.c.1 (2016).

<sup>213</sup> Pour de plus amples informations sur les régimes d'impositions simplifiés de la TVA V. Memento Fiscal Francis Lefebvre, 2016, n°58500 et s.

statistiques en effet, 71% des entreprises françaises bénéficient d'un de ces régimes dont 41% pour le RSI, 10% pour le RSA et 20% pour le régime des micro-entreprises.

Ces statistiques sont à rapprocher des statistiques de la fraude fiscale (V. n°62 et s.), où l'on a vu que celle-ci concernait en majorité les petites entreprises. Simplicité n'est donc pas, à tout le moins en matière de TVA, synonyme d'efficacité.

**82 -** *La problématique des redevables partiels.* Une des autres difficultés d'appréhension du fonctionnement de la TVA, réside dans le fait que certains opérateurs ne sont que des redevables partiels, ou des assujettis partiels, du fait que certaines activités sont exonérées<sup>214</sup> de cet impôt (l'enseignement, la majorité des activités bancaires et d'assurance ou les activités internationales), ce qui peut dans une certaine mesure favoriser les comportements déviants en se plaçant par exemple de manière indue sous un régime d'exonération. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que les évolutions récentes de l'économie, issues notamment de la mondialisation des échanges et de la dématérialisation de ceux-ci, offrent de nouvelles perspectives de fraude fiscale en supprimant les frontières physiques entre les différents Etats, entre les particuliers et les entreprises et entre les biens et les services.

## **§II) Une fraude massive reposant sur des schémas complexes**

**83 -** Nous avons à plusieurs reprises souligné la prise de conscience globale relative à la nécessité de réagir face à l'importance de la fraude fiscale dans le budget des Etats, la fraude à la TVA est donc devenue un des enjeux majeur de la lutte contre la fraude fiscale mise en place nombre de gouvernements. Nous allons ainsi voir premièrement quelle est la situation de la fraude à la TVA (A) et comment fonctionne le principal schéma de fraude, que l'on appelle classiquement, le « *carrousel* » (B).

### **A) Une fraude importante qui peine à être ralentie**

**84 -** Nous avons vu précédemment que la TVA représente à la fois le plus important poste de recettes pour l'Etat, mais également des montants fraudés bien supérieurs aux autres impôts et taxes. On retrouve des précisions chiffrées dans un rapport de la Cour

---

<sup>214</sup> Memento Fiscal, Op. cit. n°46580 et s.



des comptes rendu fin 2012, suite à une demande de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur la gestion et le contrôle de la TVA<sup>215</sup>. Selon ce rapport, entre 2000 et 2006, la fraude à la TVA représentait entre 5,2 et 10 milliards d'euros, aujourd'hui l'estimation des montants fraudés a été ramenée aux alentours des 10 milliards d'euros, soit entre un quart et un tiers de la totalité de la fraude fiscale.

Selon ce rapport et malgré une relative stabilisation des montants fraudés depuis 2012, la situation de la France tendrait à se dégrader puisque si les recettes nettes de TVA perçues par le Trésor depuis 2000 ont augmenté de 22%, les droits redressés restent eux cantonnés aux alentours des trois milliards d'euros, ce qui implique que seule la moitié environ des montants redressés est effectivement recouvrée et qu'une partie de ces montants n'a aucun impact au niveau budgétaire puisqu'ils concernent des problématiques relatives à décalages de recettes.

**85 - Une fraude à formes diverses.** La fraude à la TVA est au delà de ces diverses préoccupations, un phénomène difficile à endiguer puisqu'elle peut révéler des formes diverses. Elle peut en effet recouvrir des formes classiques (activités occultes, fausses facturations, défaut de déclaration ou sous déclaration<sup>216</sup>), mais également des formes très complexes notamment dans le cadre des opérations internationales. Cette dernière va également suivre l'évolution du tissu économique qui implique la dématérialisation des flux<sup>217</sup> et la disparition des frontières physiques entre les opérateurs.

En effet, dans le cadre de l'économie du 20<sup>ème</sup> siècle, les flux étaient généralement physiques, ce qui permettait une certaine efficacité dans les contrôles, puisque la TVA était directement récoltée lors du passage des frontières, ce qui n'est plus le cas dans le cadre d'une économie « numérique », puisque dans le cadre des services dématérialisés, il n'existe plus de flux physiques, ce qui déconnecte les factures de la réalité matérielle de l'opération et rend plus difficile toute détection de fraude.

---

<sup>215</sup> Rapport d'information n°4467 relatif à la gestion et au contrôle de la TVA déposé par MM. J. CAHUZAC et T. CARCENAC, déposé à l'Assemblée nationale le 9 mars 2012.

<sup>216</sup> La sous déclaration est notamment illustré dans le cadre du rapport Bocquet par l'exemple de la « sous-déclaration auprès de la DGDDI des volumes de produits énergétiques mis à la consommation (le régime dérogatoire de « TVA pétrole » permettant aux opérateurs d'effectuer en suspension de TVA les opérations portant sur les produits pétroliers avant la mise à la consommation de ceux-ci sur le marché intérieur français) ».

<sup>217</sup> Rapport d'information n°272 (2011-2012), *Commerce électronique : l'irrésistible expansion* de J. BOURDIN, fait au nom de la Délégation à la prospective, déposé au Sénat le 18 janvier 2012.

## **B) Le mécanisme dit du « carousel »**

**86 -** La fraude « *carousel* », dont l'appellation rend hommage au célèbre manège, est le mécanisme le plus connu de la fraude à la TVA. Cette fraude est très efficace et difficile à appréhender pour l'administration fiscale du fait de la succession et de la volatilité des opérations qui la composent. Elle s'est développée notamment suite à la mise en place du régime de franchise de TVA sur les importations de marchandises directement suivies de leur exportation dans un autre Etat membre de l'Union<sup>218</sup>.

Cette fraude repose sur le principe de la création de sociétés implantées dans différents Etats de l'Union et qui réalisent entre elles, une succession d'opérations commerciales dans le but de « *détourner* » la TVA.

Si elle est difficile à identifier, cette fraude repose pourtant sur un mécanisme simple, le rapport Bocquet<sup>219</sup>, présente l'exemple « *d'une entreprise A (par exemple en France) acquiert un bien auprès d'une entreprise B établie dans un autre État membre (vente qui est exonérée de TVA, puisqu'elle constitue une livraison intracommunautaire), puis le revend (en facturant la TVA) à une entreprise C établie en France. L'entreprise A collecte ainsi la TVA mais ne la reverse pas à l'État, ni à son fournisseur (puisque la vente était exonérée). L'entreprise C, pour sa part, demande le remboursement de la TVA qu'elle a acquittée (ou la déduit) et peut ensuite revendre les marchandises à l'entreprise B (ou à toute autre entreprise située dans un autre État membre), en exonération de TVA, ce qui permet d'enclencher un second tour de fraude* ».

Les sociétés membres de ce schéma, profitent des délais nécessaires à l'administration fiscale de chaque Etat membre pour s'apercevoir de ces fraudes, pour disparaître et les crédits de TVA qui ne sont pas reversés, sont détournés par les commanditaires de l'opération. La Cour des comptes a d'ailleurs dans son rapport indiqué que si les redressements sont très rares en la matière, les recouvrements sont eux quasiment inexistant<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> Le régime dit « 42 » vise notamment à simplifier la récupération par un assujetti à la TVA, d'un crédit de TVA qui apparaîtrait lors du paiement de la TVA lors de l'exportation d'un bien. V. doc. Pratique Francis Lefebvre, TVA Division IV, trafic international de biens, n°13680-1 et s.

<sup>219</sup> Rapport d'information au Sénat n°272 préc. cit.

<sup>220</sup> Rapport précédemment cité.

Ce schéma ancien, a également été identifié par la fraude aux quotas de CO<sub>2</sub><sup>221</sup>. Lorsque ces derniers ont été soumis à la TVA avant leur exonération<sup>222</sup> moins d'un an après, le Trésor français a perdu dans ce cadre 1,6 milliards d'euros du fait de la fraude à laquelle ils ont donné naissance.

Le procédé impliquait des sociétés créées dans le but exclusif d'acheter des quotas de CO<sub>2</sub> en franchise d'impôt, comme cela était prévu par les différentes réglementations communautaires, puis, de les revendre en France en facturant de la TVA à 19,6%<sup>223</sup> sans pour autant la reverser au Trésor. Le produit de cette fraude était ensuite réinvesti dans ce circuit à plusieurs reprises afin d'en maximiser les gains.

**87 -** La fraude fiscale, particulièrement au niveau européen, met en lumière les difficultés structurelles rencontrées par les administrations fiscales notamment en terme de communication entre les différentes administrations. La pluralité d'acteurs<sup>224</sup>, le manque de coordination des différentes autorités et le manque d'instruments communs, viennent donc favoriser les comportements frauduleux, comme nous l'avons envisagé pour la fraude liée à la revente de véhicules d'occasion sur le marché européen.

Cette fraude, apparue suite à la mise en place d'un régime particulier de TVA sur marge<sup>225</sup>, applicable lors de l'achat d'un bien à une personne non redevable de la TVA, qui peut en revanche ou non, être un assujetti qui ne peut déduire la TVA (la livraison du bien étant exonérée), fait entrer en jeu un fraudeur qui revendra ensuite le véhicule acheté d'occasion<sup>226</sup> dans un autre Etat, en prétendant pouvoir bénéficier du régime de la TVA sur la marge réalisée alors que la TVA devrait normalement frapper l'intégralité du prix de vente.

Cette fraude a deux conséquences, la première évidente, est une perte de recettes fiscales pour l'Etat, la seconde sera au contraire, un gain important pour le fraudeur qui obtient un avantage sur le prix de vente et permet de vendre le véhicule TTC moins cher que ses concurrents.

---

<sup>221</sup> Les quotas de CO<sub>2</sub> ont été institués en 2005 afin que les Etats membres, sous réserve de restitution, puissent attribuer des quotas d'émission de gaz à effet de serre pour certaines entreprises liées à des secteurs d'activités spécifiques, V. Directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté.

<sup>222</sup> Instruction fiscale n° 3L-1-09, du 11 juin 2009.

<sup>223</sup> Qui était le taux normal de l'époque.

<sup>224</sup> M. BENEJAT, *La détection des fraudes fiscales : les nouveaux acteurs*, Dr. fisc. 2014, n°46, 617.

<sup>225</sup> BOI-TVA-SECT-90-20 n°1 et s.

<sup>226</sup> Un véhicule est considéré d'un point de vue fiscal comme étant d'occasion lorsqu'il est âgé de plus de six mois à la date de livraison et a parcouru plus de 6000 km (glossaire de l'administration française).

Le problème de cette fraude est que l'administration qui contrôle les documents nécessaires à l'immatriculation du véhicule et à l'obtention d'un quitus fiscal auprès du service des impôts, n'alerte pas toujours les services de contrôles d'un possible cas de fraude. On le voit, la lutte contre la fraude fiscale si elle passe bien évidemment par des contrôles efficaces et des sanctions lourdes, doit également s'opérer par une meilleure coopération entre les différentes composantes de l'administration fiscale, mais également entre les différentes administrations fiscales des Etats.

**88 -** *L'auto-liquidation : un moyen efficace de lutte contre la fraude ?* Afin de prévenir certains cas de fraude, l'UE, consciente des difficultés à mettre en place une coopération forte entre les différents Etats a décidé, d'autoriser les Etats à promouvoir le mécanisme de l'auto-liquidation. Ce mécanisme, repose sur une collecte et une déduction simultanée de la taxe par l'acquéreur assujetti, ce qui permet d'endiguer la captation frauduleuse de la TVA selon les mécanismes du carrousel (V. supra).

Deux directives du 22 juillet 2013<sup>227</sup>, sont venues modifier le champ d'application du mécanisme d'auto-liquidation, qui était réservé à certains secteurs<sup>228</sup>, afin de limiter, les risques de fraude.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de ces textes, la liste des opérations éligibles au système d'auto-liquidation de la TVA, a été élargie aux secteurs de la téléphonie et de l'électronique, au gaz et à l'électricité, ainsi qu'aux certificats y afférent, aux activités céréalières et métallurgiques, ainsi qu'aux différents services de télécommunication.

Par ailleurs, a également été modifiée la procédure d'autorisation d'application dérogatoire du mécanisme d'auto-liquidation aux secteurs en principe non éligibles. Depuis cette modification, les Etats peuvent directement mettre en place un mécanisme d'auto-liquidation au moment de l'introduction de la demande à la Commission (si cette dernière ne s'y oppose pas), alors qu'il était auparavant nécessaire d'attendre la réponse de la Commission après instruction de la requête.

Afin de préserver un certain contrôle sur cette dérogation, le mécanisme n'est applicable que jusqu'en 2018 et les Etats sont astreints à certaines obligations.

---

<sup>227</sup> Directive 2013/42/EU et directive 2013/43/EU, modifiant la directive 2006/112/CE, préc. cit.

<sup>228</sup> Il s'agissait notamment des activités de construction et celles relatives aux déchets industriels.

L'Etat membre concerné devra ainsi justifier de l'existence d'un risque de fraude, informer les Etats membres de la mise en place d'un nouveau mécanisme d'auto-liquidation et évaluer l'impact de la mesure sur le secteur.

Si ces mesures sont relativement efficaces, elles sont toujours dépendantes de la capacité des Etats membres à se mobiliser collectivement pour détecter les cas de fraude à la TVA.

Enfin, a récemment été mis à la charge des assujettis revendeurs pour pouvoir bénéficier du régime de la marge, une obligation de présentation d'une copie du certificat d'immatriculation délivré à l'étranger, ainsi qu'une copie de la facture de vente délivrée par le titulaire de ce certificat<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> Décret 2015-725, du 24 juin 2015.

## CHAPITRE II : L'OPTIMISATION : UNE PRATIQUE LEGALE A GEOMETRIE VARIABLE

**89 -** Nous avons dans le cadre de notre travail, insisté à plusieurs reprises sur le fait que la crise économique et financière traversée par de nombreux Etats, a encouragé les Etats à trouver des solutions efficaces pour redresser le montant des comptes publics et préserver les recettes budgétaires.

Ce phénomène, lié aux difficultés économiques rencontrées par de nombreux contribuables qui ont vu pour beaucoup leur imposition augmenter, s'est transformé en un rejet de la politique fiscale de nombreux Etats où les écarts entre les richesses possédées et les efforts contributifs effectifs se sont creusés. Par ailleurs, un sentiment « *d'injustice fiscale* » s'est développé au sein de la société du fait que certains comportements fiscaux pratiqués notamment par les entreprises multinationales, ne sont plus jugés comme acceptables par les citoyens et leurs dirigeants.

Si le premier impératif est de mettre un terme à l'évitement total de toute imposition par le biais de l'utilisation de mécanismes frauduleux, nous allons cependant voir que la lutte contre la fraude fiscale n'est pas le seul moyen de trouver de nouvelles recettes budgétaires. En effet, aujourd'hui de nombreux contribuables, qu'ils soient personnes physiques ou morales, essaient et bien souvent parviennent, en toute légalité, à réduire ou annihiler leurs impositions, ces méthodes sont appelées méthodes d'optimisation fiscale.

**90 -** Dans le cadre de nos propos introductifs, nous avons tâché d'esquisser les contours de l'optimisation fiscale, qui doit être distinguée de la fraude et de l'évasion fiscales puisque ces pratiques sont, surtout en ce qui concerne la fraude, entachées d'illégalité.

Nous verrons que si la loi prévoit parfois des mécanismes fiscaux incitatifs dans le but de promouvoir certaines activités, les entreprises dans le cadre de leurs décisions stratégiques mettent également en place des mécanismes d'optimisation. L'impôt est aujourd'hui considéré pour les entreprises comme une charge venant en diminution des profits distribuables ou à réinvestir et qui doit donc comme toutes les charges, être minimisée.

Cette problématique de l'optimisation fiscale n'est pas nouvelle, elle est cependant aujourd'hui au centre des débats, aussi bien au niveau national qu'international.

En effet aujourd'hui plus que jamais, l'optimisation comme nous l'avons vu pour la fraude, a pris une dimension internationale<sup>230</sup>, ce qui rend très difficile le contrôle des opérations pour les administrations fiscales, notamment lorsque les entreprises sont comme elles le sont aujourd'hui, implantées sur différents territoires et ont des activités de plus en plus dématérialisées.

Cette dématérialisation des activités et des flux, ainsi que la pluralité des territoires d'implantation ont par ailleurs démontré que la législation actuelle en matière de lutte contre les comportements abusifs était parfois dépassée par les pratiques des entreprises.

Afin de remédier à ces problématiques, plusieurs obstacles doivent être franchis par les Etats, afin de développer une convergence législative dans la lutte contre les comportements abusifs, convergence initiée notamment par l'UE et l'OCDE.

**91 -** Il ne faudra pas cependant perdre de vue que si les Etats modifient aujourd'hui de plus en plus leurs législations dans le but de contrôler efficacement les comportements fiscaux des entreprises, c'est que ces derniers ont pris une trop grande place dans la détérioration des recettes fiscales des Etats.

Par ailleurs, le développement des activités et des échanges à l'étranger, a également été un formidable promoteur d'optimisation fiscale pour les entreprises, qui peuvent aujourd'hui s'adapter aux différents marchés et tirer les avantages de leurs différentes législations.

**92 -** Avant d'aller plus loin dans l'étude des moyens utilisés par les administrations fiscales afin de lutter contre les pratiques fiscales des entreprises, nous devons nous intéresser en premier lieu au cadre de l'optimisation fiscale, et voir en quoi celle-ci peut se transformer en une source d'évasion fiscale.

Nous verrons ainsi dans une première section que l'optimisation est une notion difficile à cerner mais centrale de la vie des affaires (Section I), puis dans le cadre d'une seconde section, nous verrons comment sont sanctionnés les abus des contribuables, tant dans leur gestion, que dans le cadre des décisions purement fiscales (Section II).

---

<sup>230</sup> Colloque : *Actualité et enjeux de l'optimisation fiscale internationale*. 16 mai 2013. Université de Paris Descartes / université de Genève, Dr. fisc. 2013, n°39, n°436 et s.

## **Section I : Une pratique difficile à cerner, mais centrale pour les entreprises**

93 - Tous ceux qui s'intéressent de près à l'optimisation fiscale, s'accorderont pour affirmer que définir l'optimisation fiscale est une tâche relativement hasardeuse. Même si l'on peut affirmer que l'optimisation produit les mêmes effets que les pratiques frauduleuses et d'évasion fiscale, dans la mesure où elle permet de réduire ou d'annuler l'imposition du contribuable dans une situation donnée, elle doit cependant en être distinguée du fait de sa nature propre, qui demeure légale.

En effet, nous avons précédemment vu que la fraude fiscale (V. supra), nécessite pour être caractérisée, une violation ou une tentative de violation (élément matériel) volontaire (élément intentionnel) d'une règle de droit. Les manœuvres utilisées par le contribuable sont clairement illicites et ont pour but exclusif de faire échapper le fraudeur à tout ou partie de ses obligations fiscales.

Si l'on devait s'en tenir là, on pourrait effectivement penser que la distinction entre la fraude et les autres comportements serait simple puisque binaire, il existerait d'un côté des pratiques d'optimisation fiscale, légales et parfois encouragées par les textes et d'un autre côté, des pratiques illégales, caractérisées par des comportements frauduleux, pouvant le cas échéant, recevoir une qualification pénale (V. n°37 et s.).

Cette problématique est dans les faits bien plus complexe, en effet, on parle aujourd'hui avec insistance de la notion d'évasion fiscale, qui semble s'intercaler entre les notions d'optimisation et de fraude fiscales et qui, lorsqu'elle ne démontre pas de l'emploi de moyens illégaux, doit plutôt être considérée comme une forme d'optimisation, très avancée, agressive et complexe, notamment dans le cadre d'opérations internationales. De ce fait, elle sera donc bien souvent sanctionnée comme les comportements d'optimisation, c'est à dire par le biais de mécanismes spécifiques (V. n°307 et s.), ou par des mécanismes plus généraux tels que celui de l'abus de droit (V. n°138 et s.), mais s'avère être d'autant plus difficile à appréhender puisqu'elle ne connaît pas de définition juridique particulière en droit français (V. infra).

Nous allons tâcher ici de définir dans le cadre d'une première sous-section quels sont les contours de l'optimisation fiscale (sous-section I), nous verrons ensuite (sous-section II), que celle-ci est devenue aujourd'hui un outil de gestion important pour les entreprises.



## **Sous-section I : Une difficile distinction avec l'évasion fiscale**

94 - L'optimisation fiscale est nous l'avons vu, la caractérisation de la volonté de certains contribuables de réduire leur charge fiscale dans un cadre en théorie légal, l'évasion, notion plus hybride, va dépendre des moyens utilisés par le contribuable mais sera généralement la caractérisation d'une optimisation fiscale agressive.

Nous verrons donc dans le cadre de cette sous-section quelle peut être la définition à retenir de l'optimisation fiscale et comment peut-elle être distinguée de l'évasion fiscale (§I) et que celle-ci peut être considérée comme une remise en cause de certains principes républicains (§II)

### **§I) Une définition difficile à cerner dans le cadre de l'économie mondialisée**

95 - Classiquement, la jurisprudence française et européenne reconnaissent le droit des contribuables à optimiser leur situation fiscale et notamment de choisir dans le cadre de leur politique fiscale, la voie la moins imposée, sous réserve des comportements abusifs. Pour autant, elle ne définit pas clairement l'optimisation fiscale, ni l'évasion (A), contrairement aux institutions internationales qui tachent, autant que faire se peut, d'en dresser les contours (B).

#### **A) Une jurisprudence reconnaissant un droit à l'optimisation fiscale**

96 - *L'optimisation fiscale, un droit reconnu.* Le droit à l'optimisation fiscale, représente pour les entreprises un des corollaires de la liberté de gestion. L'optimisation doit donc être franchement distincte de la fraude fiscale, comportement illicite, pénalement sanctionné du fait que le contribuable va contrevenir, de manière directe et délibérée aux règles fiscales (V. n°47 et s.). Qu'en est-il en revanche de sa distinction avec l'évasion fiscale ? Cette dernière est une notion hybride dont la principale conséquence est la soustraction de richesses à l'imposition d'un pays ou d'un territoire, où les revenus sont considérés comme fortement imposés, pour les déplacer vers un autre Etat ou territoire où l'imposition de ces mêmes revenus sera plus clémente, tout en les rapatriant ensuite, si possible en franchise d'impôt par le biais du jeu des conventions

fiscales ou des régimes de faveurs faisant la promotion de la libre circulation des capitaux, tels que l'on en connaît notamment au sein de l'UE (régime mère-fille).

La spécificité de l'évasion fiscale, ce qui la rend hybride et la fait pencher parfois vers la fraude, parfois vers l'optimisation est qu'elle peut être « *identifiée* », quelques soient les mécanismes, montages et moyens utilisés par le contribuable<sup>231</sup>. Ce dernier peut très bien utiliser des moyens légaux, dans ce cas on parlera simplement d'optimisation fiscale agressive, mais également des moyens illégaux et dans ce cas on se rapprochera des comportements frauduleux, même si il sera toujours difficile de le démontrer.

La principale difficulté à laquelle nous devons faire face ici est que cette notion, ne connaît pas de consécration en droit français, on peut cependant retenir qu'elle se base sur des mécanismes qui, bien qu'ayant une apparence de légalité traduisent une intention claire de contourner la norme fiscale. Elle n'est animée que par un seul objectif, la minoration de l'imposition, même si l'enrobage de ces montages permet de démontrer de l'existence d'autres avantages, tels que des avantages financiers, commerciaux, comptables etc. Elle doit donc lorsque elle est abusive, être sanctionnée comme la fraude si les moyens mis en œuvre relèvent de la qualification pénale, ou par des mécanismes tels que l'abus de droit, lorsqu'elle sera simplement une optimisation abusive.

**97 -** *Un droit, limité par la loi fiscale.* L'optimisation fiscale, si elle demeure par principe un droit pour les contribuables, n'est pas pour autant pas absolue et doit être contrôlée. Elle n'est en effet pas toujours légale et peut être dans certaines circonstances, sanctionnée lorsqu'elle sera par exemple constitutive d'un abus de droit<sup>232</sup> (V. n°138 et s.), puisqu'elle s'inscrit dans les cadres définis par la loi et qu'elle est au cœur de l'interprétation et de l'utilisation de la norme fiscale. Elle sera également nous le verrons sanctionnée par des mécanismes plus spécifiques, notamment dans le cadre de l'utilisation par les contribuables de territoires à fiscalité privilégiée (V. n°945 et s.), ou encore dans le cadre de la gestion des prix de transfert (V. n°628 et s.).

---

<sup>231</sup> B. DELAUNAY, *Où commence l'optimisation fiscale internationale ? Fraude, évasion fiscale et tax planning*, Dr. fisc. 2013, n°39, 437.

<sup>232</sup> P. DIBOUT, *La procédure de répression des abus de droit. Pratique et critique*, Dr. fisc. 1992, n°45, 100038.

98 - *L'hypothèse de la transformation de société.* Le droit à l'optimisation fiscale que nous avons introduit plus haut, a été reconnu par la Cour de cassation dès 1988<sup>233</sup> en jugeant que « *les préoccupations fiscales de la part des parties* » sont « *licites en elles-mêmes* », l'habilité déployée dans le cadre des options fiscales prises par les contribuables, ne peut donc être remise en cause lorsqu'elle demeure dans un cadre légal. La Cour de cassation a par exemple reconnu<sup>234</sup> que la transformation d'une SARL en SA juste avant la cession de contrôle, si elle permettait d'éviter l'application du droit d'enregistrement de 4,80% qui touchait les cession de parts sociales, ne pouvait être jugée comme abusive que si la société reprenait ensuite sa forme juridique primitive.

Un parallèle peut également être établi avec une décision plus récente<sup>235</sup>, rendue à propos de la transformation d'une SA en SNC<sup>236</sup>.

Dans cette affaire<sup>237</sup>, et dans le cadre d'une importante opération de restructuration, la société Leader Price, filiale intégrée du groupe TLC Beatrice International Holding, racheté par le groupe Casino en 1997, a été transformée en SNC, dont le capital était détenu par Asinco (nouveau nom de TLC Beatrice International Holding dans le cadre de son intégration au groupe Casino) à 70% et à 30% par la société Sibel. Elle a enfin été apportée à la société Leader Price Holding avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 1999.

Dans le cadre d'une vérification de comptabilité ayant eu lieu en 2001, l'administration fiscale a considéré en application des dispositions de l'article L 64 du LPF, que la transformation de la société Leader Price, combiné avec l'apport différé de la société Asinco, n'avait pour objectif que d'opérer une compensation entre ses résultats et le déficits de la société Asinco. Si le TA de Cergy-Pontoise et la CAA de Versailles, ont rejeté la demande en réduction des impositions du contribuable<sup>238</sup>, le Conseil d'Etat, n'a quant à lui pas retenu l'existence d'un abus de droit.

---

<sup>233</sup> Cass. com., 19 avril 1988, n°86-19.079, Mme Fanny Joseph, épouse Donizel ; Bull. civ. 1988, IV, n°134 ; Dr. fisc. 1988, n°32-38, comm. 1733 ; RJF 1989, p. 429, concl. P. LOBRY.

<sup>234</sup> Cass. com., 10 décembre 1996, n°94-20.070, RMC-France ; Dr. fisc. 1997, n°17, comm. 471, obs. P. DIBOUT.

<sup>235</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 février 2016, n°374071, SNC Distribution Leader Price ; Dr. fisc. 2016, n°17, comm. 304, concl. B. BOHNERT, note E. MEIER, R. TORLET et R. ADADY ; RJF 2016, n°465 ; RJ Com, 2016, n°3, com. A. DE BISSY, p. 262.

<sup>236</sup> E. MEIER, R. TORIET et R. ADADY, *Transformation d'une SA en SNC et abus de droit : pour garantir la forme, rien ne vaut l'exercice d'une activité sur la durée*, Dr. fisc. 2016 n°17, comm. 304.

<sup>237</sup> F. DEBOISSY, *Transformation, consolidation sauvage et abus de droit.- Les apports de l'arrêt SNC Distribution Leader Price du 15 février 2016*, Dr. fisc. 2016, n°11, act. 149.

<sup>238</sup> TA Cergy-Pontoise, 8 juillet 2011, n°0700747 ; Dr. fisc. 2016, n°17, comm. 304 et CAA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., 22 octobre 2013, n°11VE03449, SNC Distribution Leader Price ; Dr. fisc. 2016, n°17, comm. 304.

La Haute juridiction, a donc annulé pour erreur de droit l'arrêt de la Cour d'appel et tranché le litige au fond, en indiquant que le principe de liberté de gestion, permettait au contribuable de choisir la forme sociale de son choix dans le cadre d'une opération de restructuration (et donc en l'espèce de transformation), dès lors qu'il existe une justification économique. Cette dernière, doit aller au delà du simple avantage fiscal obtenu, ce qui était le cas en l'espèce, puisqu'on a pu constater, la continuation de l'activité après la transformation et jusqu'à son apport à une autre société et qu'elle avait également conservé sa forme sociale après l'opération d'apport.

**99 -** *Le cas des aides aux entreprises liées.* Il a été dans ce cadre admis qu'une société mère pouvait venir en aide à une filiale en difficulté selon la méthode qui lui semblera la plus appropriée et ce, même si ce choix n'est pas neutre d'un point de vue fiscal. Il lui est ainsi possible de soutenir sa filiale par le biais d'une subvention ou d'un abandon de créance, qui sera déductible sous certaines conditions ou encore, par le biais d'une augmentation de capital.

Nous verrons également que dans les hypothèses de restructuration, la jurisprudence admet que la technique juridique choisie (cession d'actifs, de droits sociaux, apport partiel d'actif, fusion, ou encore la création d'une holding de reprise) par une société, ne puisse pas être remise en cause, lorsque cette dernière répondra à intérêt autre que fiscal même si l'avantage qui en découlera sera important pour l'entreprise.

Cette position, est d'ailleurs constante si l'on s'intéresse aux différentes décisions du Conseil d'Etat en matière de financement de l'activité des succursales et filiales étrangères<sup>239</sup>, de la gestion de restructuration notamment dans le cadre d'une opération de coup d'accordéon<sup>240</sup> ou encore, dans le cas des abandons de créances<sup>241</sup>.

**100 -** La jurisprudence administrative a également consacré ce droit à l'optimisation fiscale en affirmant que dans une situation donnée, le contribuable qui a le choix entre

---

<sup>239</sup> CE, sect., 30 décembre 2003, n°233894, SA Andritz ; Dr. fisc. 2004, n°16, comm. 427, concl. G. BACHELIER, note P. MASQUART ; RJF 2004, n°238, chron. L. OLLEON ; BGFE 2004, n°2, p. 12, obs. N. CHAHID-NOURAI et CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 17 juin 2015, n°369722, n°369724 et n°369725, min. c/ Sté AIG Management France SA ; Dr. fisc. 2015, n°38, comm. 569, concl. E. CREPEY ; V. C. ACARD, *Fiscalité financière*, Dr. fisc. 2015, n°38, comm. 557, n°14.

<sup>240</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 20 mars 1989, n°56087, Malet Matériaux ; Dr. fisc. 1989, n°11, comm. 533 ; RJF 1989, p. 277.

<sup>241</sup> CE, plén., 30 avril 1980, n°16253 ; Dr. fisc. 1980, n°30, comm. 1642 ; Dr. sociétés 1980, comm. 238 ; RJF 1980, n°467, concl. B. MARTIN LAPRADE, p. 246 ; RJF 1980, chron. GAMBIER, p. 491 ; GA, 4<sup>ème</sup> éd., n°33 ; RJF 1982, n°7,

deux solutions ayant les mêmes conséquences juridiques, sera totalement libre de choisir celle qui sera la moins imposée<sup>242</sup>.

Cette solution, avait d'ailleurs un temps été retenue par la doctrine administrative qui indiquait que « *dans certains cas, les contribuables ont la possibilité de choisir entre plusieurs solutions pour réaliser une opération déterminée. Le fait qu'ils optent pour la solution la plus avantageuse au plan fiscal ne permet pas de conclure à l'abus de droit s'il apparait que les actes juridiques sur lesquels repose cette solution sont conforme à la réalité* »<sup>243</sup>.

**101** - Nous verrons cependant que cette liberté n'est pas absolue et que certains mécanismes ont été mis en place afin de limiter les abus, et notamment la théorie de l'abus de droit, définie à l'article L 64 du LPF.

Ainsi, l'abus de droit, constitue la ligne rouge à ne pas franchir pour les praticiens de l'optimisation fiscale, sous peine de se voir infliger des sanctions relativement dissuasives puisque les pénalités applicables peuvent atteindre 80%<sup>244</sup>, auxquelles s'ajouteront en plus, des intérêts de retards mensuels fixés à 0,40% par mois<sup>245</sup>.

**102** - La jurisprudence constitutionnelle a également reconnu comme légale l'optimisation fiscale et a tracé une frontière relativement claire entre cette notion et celles de fraude et d'évasion fiscales.

Dans le cadre de sa jurisprudence, on retiendra que la lutte contre l'évasion et la fraude a été consacrée comme objectif à valeur constitutionnelle<sup>246</sup>, la lutte contre l'optimisation fiscale quant à elle ne constituant qu'un simple motif d'intérêt général<sup>247</sup>.

**103** - Nous verrons également plus loin que la jurisprudence européenne a également un rôle important à jouer dans la définition de ce qui relève de l'acceptable, si l'on étudie les

---

<sup>242</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 16 juin 1976, n°95513 ; Rec. CE 1976, p. 313 ; Dr. fisc. 1976, n°44, comm.1533, concl. M.-A. LATOURNERIE et CE, plén., 10 juin 1981, n°19079 ; Dr. fisc. 1981, n°48-49, comm. 2187, concl. P. LOBRY ; RJF 1981, n°787 ; GAJF, 2<sup>ème</sup> éd., n°22-7, étude B. PLAGNET,

<sup>243</sup> Doc. Adm. 13 L-1531, §20.

<sup>244</sup> Article 1729 du CGI

<sup>245</sup> Article 1727 du CGI.

<sup>246</sup> Cons. const., 23 juillet 2010, n°2010-16, QPC, M. Exbrayat, (considérant 6) ; RJF 2011, n°86 ; BF 1/11, n°32 ; Cons. const., 20 novembre 2010, n°2010-70, QPC, M. Moreau, (considérant 4) ; Dr. fisc. 2011, n°6, comm. 209, note F. DIEU ; RJF 2011, n°210 ; Cons. const., 16 septembre 2011, n°2011-165, QPC, Société Heatherbrae Ltd, (considérant 5) ; Dr. fisc. 2011, n°38, act. 284 ; RJF 2011, n°1349.

<sup>247</sup> Cons. const., 29 décembre 2012, n°2012-661, DC, Loi de finances rectificative pour 2012 (considérant 19) ; Dr. fisc. 2016, n°18-19, 307 ; RJF 2013, n°336.

contentieux relevant de la conformité des droits nationaux avec les libertés communautaires, mais également dans certaines affaires intéressant les hypothèses d'abus de droit au plan communautaire.

Sur ce point, on peut retenir notamment la jurisprudence Halifax<sup>248</sup>, qui a fait l'objet d'un important débat, puisque selon certains parlementaires très investis dans la lutte contre les pratiques fiscales abusives des entreprises, ont jugé que la terminologie utilisée dans un des considérants constituait un revirement de jurisprudence quant à l'appréciation de la notion d'abus de droit (V. n°138 et s.). On le voit, la matière est sensible et le vocabulaire<sup>249</sup> a son importance, au risque d'ajouter des amalgames à des situations aussi bien factuelles que juridiques, déjà parfois difficiles à appréhender.

## **B) La position des instances internationales**

**104 -** Dans le cadre de notre travail, nous verrons que deux institutions internationales sont très investies dans le cadre des discussions relatives à la mise en place d'une politique commune afin de réguler les comportements fiscaux des contribuables. Il s'agit de l'UE, en particulier par le biais des travaux de la Commission européenne et de l'OCDE dans le cadre de la définition des différents comportements.

**105 -** La Commission européenne, a ainsi défini la notion de planification fiscale agressive comme le fait de « *tirer parti d'un système fiscal ou des incohérences entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux, afin de réduire l'impôt à payer* »<sup>250</sup>. Il nous semble étonnant ici de juger comme étant agressives ou illicites, des pratiques qui ne sont que la conséquence des incohérences des systèmes fiscaux actuels<sup>251</sup>.

**106 -** *Les définitions retenues par l'OCDE*<sup>252</sup>. Cette organisation, qui est un des acteurs centraux de la lutte contre les comportements fiscaux abusifs, a publié un glossaire des

---

<sup>248</sup> CJCE, 21 février 2006, aff. C-255/02, Halifax ; Europe, 2006, n°4, comm.126

<sup>249</sup> L. AGRON, *Histoire du vocabulaire fiscal*, Thèse, Université Panthéon-ASSAS (Paris II), 2002.

<sup>250</sup> Communication de la commission ; COM (2012), 8806, final, relative à la planification fiscale agressive.

<sup>251</sup> J.-J. GIMENEZ et M.-T. SOLER-ROCH, *Compatibilité de l'article 209 B et de l'article 155 A avec la norme conventionnelle : la voie vers une prolifération de la norme anti-abus est elle à nouveau ouverte ?* Dr. fisc. 2013, n°24, note n°315.

<sup>252</sup> OCDE, *Fraude et évasion fiscale*, OCDE publications, Paris, 1980.

termes fiscaux<sup>253</sup>, qui regroupe les différentes définitions retenues par l'Organisation pour ces différentes notions.

La fraude est ainsi définie par le glossaire de l'OCDE comme « *une forme délibérée d'évasion qui revêt généralement un caractère pénal. Le terme inclut des situations au titre desquelles l'utilisation de déclarations délibérément erronées, de faux documents etc.* ».

L'OCDE s'est également intéressée à la notion d'évasion fiscale, tout en reconnaissant que cette notion était délicate à définir car elle recoupe différentes réalités et différents mécanismes, qui ne peuvent être envisagés que dans leur ensemble. Cette notion doit « *caractériser les dispositions illégales grâce auxquelles les obligations fiscales sont occultées ou ignorées. Le contribuable acquitte un impôt moins élevé qu'il ne le devrait juridiquement en dissimulant des revenus ou des informations aux administrations fiscales* ». On le voit, cette définition est bien plus grave dans ses conséquences que celle que l'on retient d'un simple point de vue littéraire puisque nous l'avons vu, l'évasion, est classiquement définie comme la simple soustraction de sommes à l'application de l'impôt sur un territoire donnée. L'OCDE rapproche ainsi en un sens l'évasion de la fraude puisque dans la définition même du terme, on retrouve les notions d'illégalité et de dissimulation, que l'on retrouve dans le cadre de notre droit national dans les caractéristiques de la fraude fiscale (V. n°37 et s.).

**107 -** Afin de ne pas englober tous les comportements d'évitement de l'impôt dans des mécanismes frauduleux, l'OCDE, contrairement à ce que l'on retrouve dans la majorité des systèmes juridiques, a également défini la notion d'évitement. Cette dernière, plus souple dans ses conséquences est définie comme caractérisant « *les dispositions prises par un contribuable dans le but de réduire sa charge fiscale et qui, bien qu'elles puissent être strictement légales, sont généralement en contradiction avec l'esprit des législations qu'elles prétendent respecter* ».

Cette notion d'évitement, est donc quant à elle à rapprocher de la notion d'optimisation, mais dans sa forme la plus extrême, qui sera souvent sanctionnée par des mécanismes anti-abus comme l'abus de droit ou de la fraude à la loi (V. n°180 et s.).

---

<sup>253</sup> <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

**108** - L'OCDE, a également défini la notion d'optimisation fiscale comme étant l'ensemble des « *dispositions prises par le contribuable dans la conduite de ses affaires fiscales professionnelles ou privées dans le but de minimiser sa charge fiscale* ». Il s'agit donc d'un ensemble de comportements légaux, parfois même encouragés par les textes fiscaux, dans le but de réduire son imposition, attitude nous le rappelons qui n'a jamais été considérée par principe comme abusive.

On le voit, toutes ces notions, mise à part celle de la fraude qui correspond de manière caractérisée à un comportement illicite, sont difficiles à définir strictement et ces dernières, ne connaissent in fine pas de frontières étanches notamment dans un contexte international.

## **§II) Une remise en cause de certains principes républicains**

**109** - La recherche par les contribuables de moyens visant à réduire ou annihiler leur charge fiscale, correspond on le voit en un sens, à une remise en cause du principe du contentement à l'impôt par les contribuables et représente la caractérisation du sentiment que l'impôt est devenu trop confiscatoire (A) et qu'il remet également en cause dans certaines circonstances, des principes fondamentaux de notre droit (B).

### **A) L'impôt confiscatoire, un concept aux contours difficiles**

**110** - L'étude du caractère confiscatoire de l'impôt est complexe puisque de tout temps, l'impôt a constitué une contrainte pécuniaire sur les contribuables, nous allons donc voir dans un premier temps comment peut se définir la notion d'impôt confiscatoire (1°), et comment les Etats essaient de limiter le rejet social de l'impôt (2°).

#### **1°) La notion d'impôt confiscatoire**

**111** - Si la notion d'impôt confiscatoire<sup>254</sup> découle selon le Conseil constitutionnel de l'article 13 de la DDHC, il n'existe aujourd'hui pas de définition juridique du caractère

---

<sup>254</sup> D. LARBRE, *Le caractère confiscatoire de l'impôt*, Dr.fisc.2012 n°20, 291.



confiscatoire de l'impôt<sup>255</sup>. Pour autant, la jurisprudence, nationale<sup>256</sup>, comme la jurisprudence communautaire et en particulier la CEDH<sup>257</sup>, ont pu sanctionner dans le cadre de certaines décisions majeures, des impositions confiscatoires.

Le dictionnaire du doyen CORNU<sup>258</sup> présente une définition de ces dernières comme « *l'acquisition par l'État, aux fins d'aliénation à son profit, de tout ou partie du patrimoine d'une personne condamnée ou de l'expropriation intervenant à titre de peine complémentaire dans les cas spécifiés par la loi* ». Cette définition, lorsqu'elle est mise en parallèle avec la définition de l'impôt en tant que « *prélèvement pécuniaire, de caractère obligatoire, effectué en vertu de prérogatives de puissance publique, à titre définitif, sans contrepartie déterminée, en vue d'assurer le financement des charges publiques de l'État* »<sup>259</sup>, montre bien que l'impôt peut être considéré comme confiscatoire par principe, puisqu'il atteint une partie des revenus et du patrimoine des contribuables. Cette affirmation est alors nuancée par le droit de l'Etat de percevoir des impôts, attribut de souveraineté et par le principe consacré du consentement à l'impôt (V. n°13), par lequel le contribuable accepte de participer aux charges publiques, en sacrifiant une partie de son revenu pour le bien commun.

De ce fait, ce n'est pas la nature du prélèvement mais son montant qui pourra démontrer le caractère confiscatoire d'un prélèvement. Plus le taux d'imposition applicable aux contribuables sera important, plus il sera jugé confiscatoire.

De nombreux économistes se sont également penchés sur la notion du juste impôt, notion plus philosophique, et ont essayé de déterminer un taux d'imposition qui serait jugé comme acceptable par tous les contribuables et qui permettrait de ce fait à l'Etat d'en récupérer la quasi totalité. Cette acceptation viendrait en effet, dissuader les contribuables de tenter par des moyens légaux, ou illégaux, de réduire ou de se soustraire à leurs obligations fiscales<sup>260</sup>.

A. SMITH par exemple considère que « *tout impôt doit être conçu de manière à ce qu'il fasse sortir les mains du peuple le moins d'argent possible (...) l'impôt peut avoir un*

---

<sup>255</sup> J.-B. GEFFROY, *Aux sources du bouclier fiscal : l'émergence difficile d'un principe de non-confiscation par l'impôt*, Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame, PUAM, 2010, p. 176 et 177.

<sup>256</sup> Cass. com., 13 novembre 2003, n°01-15.611, F-D, M. et Mme Binet ; Dr. fisc. 2004, n°53, comm. 940. Décision n°2012-661 DC et 2012-662, DC, préc. cit. V. également : CE, 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> ss.-sect., 23 juillet 2012, n°359922, Association de défense des retraités chapeau ; RJF 2014, n°484.

<sup>257</sup> CEDH, 1<sup>ère</sup> sect., 3 juillet 2003, n°38746/97, Buffalo Srl c/ Italie, pt 32 ; RJF 2003, n°1476.

<sup>258</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2016.

<sup>259</sup> G. JEZE, Op. cit.

<sup>260</sup> Intervention de F. BAROIN, ministre des finances au cours du colloque *fiscalité et stratégie entrepreneuriale*, Université Panthéon Sorbonne.

caractère « désincitatif » sur l'activité économique ; les peines trop lourdes sur des impôts mal fondés détruisent des activités utiles à la société et les sources du paiement de l'impôt »<sup>261</sup>. Plus récemment, l'économiste A. LAFFER<sup>262</sup>, a par le biais de sa célèbre courbe, taché de démontrer que la progression des ressources fiscales est inversement proportionnelle à celles des taux d'impositions, plus l'impôt sera élevé, moins les contribuables seront enclins à le payer.

**112 -** Si on le voit, de nombreux principes constitutionnels, tels que la légalité de l'impôt (Art. 41 de la Constitution), le principe du consentement à l'impôt (Art. 14 de la DDHC), le principe de l'égalité devant la loi fiscale (Art. 6 de la DDHC), ou encore d'égalité devant les charges publiques (Art. 13 de la DDHC), viennent préserver les droits des contribuables, notamment dans la défense des atteintes de l'impôt sur leur patrimoine, il n'en demeure pas moins que le sentiment de confiscation, existe et ceci, à des échelles différentes.

En effet, chaque contribuable, a une « tolérance » personnelle par rapport à l'imposition qui lui sera appliquée, en fonction de son activité, de sa structure, de ses recettes et en ce sens, le sentiment d'impôt confiscatoire va encourager le contribuable à mettre en œuvre des moyens ou stratégies, visant à réduire l'impact de ce dernier.

## **2°) La réaction des Etats contre le caractère confiscatoire de l'impôt**

**113 -** *Une protection constitutionnelle des contribuables.* Les Etats, ont eu des réactions diverses quant à la préservation des contribuables vis à vis du caractère potentiellement confiscatoire de l'impôt. Certains d'entre eux ont par exemple adopté des dispositions législatives<sup>263</sup> comme c'est le cas de certains Etats d'Amérique latine tels que l'Argentine et le Venezuela, visant à protéger les contribuables du caractère confiscatoire de l'impôt, en intégrant cette protection par l'adoption de principes constitutionnels tels que la garantie de la propriété, ou l'égalité devant la loi fiscale.

La France, en dehors des principes constitutionnels que nous avons eu l'occasion d'étudier, a également pendant un temps, adopté un mécanisme visant à ce que l'impôt

---

<sup>261</sup> A. SMITH, *L'enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, Economica, 2000, p. 250.

<sup>262</sup> O. BLANCHARD et D. COHEN, *Macroéconomie*, Pearson, 5<sup>ème</sup> éd., 2009, p. 504.

<sup>263</sup> J.-B. GEFFROY, *Aux sources du bouclier fiscal : l'émergence difficile d'un principe de non-confiscation par l'impôt*, op. cit.

payé par un contribuable ne puisse pas dépasser 50% de ses revenus. Ce mécanisme, qui a pris le nom de « *bouclier fiscal* », permettait au contribuable personne physique de plafonner le montant de son imposition directe à 50% de ses revenus. Ce mécanisme a donné l'occasion au Conseil constitutionnel de reconnaître de manière inédite, l'exigence du caractère non confiscatoire de l'impôt sans pour autant fixer un taux plafond.

D'autres Etats ont vu se dégager un principe de protection des contribuables par la jurisprudence, ce fut notamment le cas en Allemagne, où la Cour constitutionnelle, se fondant sur les notions de propriété et d'égalité<sup>264</sup>, a fixé un seuil à la confiscation ; ce seuil serait dépassé par toute imposition dépassant 50% des revenus.

**114 -** *L'importance du droit de propriété.* Ce principe, a bien souvent été retenu dans le cadre de la défense des contribuables contre le caractère confiscatoire de l'impôt. Il a d'ailleurs été repris dans le cadre du Protocole additionnel n°1 à la CEDH, qui instaure une protection des biens, tout en interdisant les impositions à caractère confiscatoire.

Il est d'ailleurs intéressant de voir sur ce point que la notion de biens a connu de nombreuses évolutions dans le cadre de son appréciation dans le cadre fiscal la CEDH<sup>265</sup>. Cette dernière a reconnu qu'une créance de TVA détenue par un contribuable sur l'Etat, alors qu'il versait la TVA en méconnaissance d'une directive communautaire, revêtait le caractère d'un bien. On retrouve dans cette qualification, l'application d'un célèbre principe de notre droit, celui de « *d'espérance légitime* », <sup>266</sup> qui a permis de sanctionner divers mécanismes fiscaux français et notamment l'ancien article 668 du CGI<sup>267</sup> dont la mesure a été jugée comme « *arbitraire, sélective et guère prévisible* »<sup>268</sup>.

**115 -** Cependant, il est à noter que la protection du contribuable par le droit de propriété malgré sa reconnaissance en tant que principe à valeur constitutionnelle, n'est pas absolue. En effet selon certains auteurs<sup>269</sup>, si l'article 2 de la DDHC indique que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles*

---

<sup>264</sup> Pour une analyse pertinente de la décision, V. J. GROSCLAUDE, *De l'inconstitutionnalité de l'imposition de la fortune en Allemagne et en France*, Dr. fisc. 2002, n°24, 21.

<sup>265</sup> CEDH, 3<sup>ème</sup> sect., 16 avril 2002, n°36677/97, SA Dangeville c/ France ; Rec. CEDH 2002-III ; RJF 2002, n°889, GAJF, 5<sup>ème</sup> éd., 2009, thème 5, P.-F. RACINE.

<sup>266</sup> CEDH, 25 janvier 2007, n°70160/01, Aon c/ France, pt 44 et 45 ; Dr. fisc. 2007, n°27, com. 699.

<sup>267</sup> Abrogé le 1<sup>er</sup> janvier 1982.

<sup>268</sup> CEDH, 22 septembre 1994, n°13616/88, Hentrich c/ France ; Rec. CEDH 1994, série A n°296-A.

<sup>269</sup> L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14<sup>ème</sup> éd., 2007, p. 423, 1035 p.

*de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* », il n'est pas interdit que la loi y déroge<sup>270</sup>.

Concernant le droit propriété, l'article 17 de la DDHC le définit comme « *un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé* », qui pourra être remis en question « *lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

Cet article qui s'apparente plus à une contestation de l'Ancien Régime plutôt qu'à un principe absolu de protection, a pour autant été étudié par la jurisprudence notamment à l'occasion d'un litige concernant l'article 990 D du CGI<sup>271</sup>. Cet article, mettait en place une taxation forfaitaire d'un montant de 3% de la valeur des immeubles possédés en France par des personnes morales n'y ayant pas leur siège social. Le Conseil constitutionnel a simplement indiqué dans le cadre de sa décision que cette disposition ne méconnaissait pas l'article 17 de la DDHC<sup>272</sup>, cette absence de précision démontre bien qu'il est difficile de dégager un principe de protection du contribuable contre l'impôt confiscatoire, fondement qui a d'ailleurs été peu à peu mis de côté par le Conseil constitutionnel.

**116 -** Si le principe de l'impôt confiscatoire ne peut donc être défini clairement en France, on peut imaginer que l'on puisse le retrouver de manière implicite dans d'autres principes relativement proches. On pense notamment le principe d'égalité devant les charges publiques, mis en lumière lors de la décision du Conseil constitutionnel relative à la taxation des très hauts revenus<sup>273</sup>, qui a bien illustré en son temps la volonté des pouvoirs publics de maximiser les recettes fiscales<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> A. MOYRAND - article 2, in G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Histoire, analyse et commentaires*, op. cit. p. 77 et 78.

<sup>271</sup> Instauré par l'article 105 de la Loi n°89-935 du 29 décembre 1989 de finances pour 1990, Dr. fisc. 1990, n°2-3, comm. 54.

<sup>272</sup> Const. cons., 29 décembre 1989, n°89-268, DC, Loi de finances pour 1990, consid. 78 ; Rec. Cons. const. 1989, p. 110 ; Dr. fisc. 1990, n°4, comm. 57.

<sup>273</sup> Cons. const., 29 décembre 2012, n°2012-662, DC, Loi de finances pour 2013 ; D. 2013. act. 19, obs. A. MANGIAVILLANO ; RFDA 2013, n°1, étude B. GENEVOIS. V. également : E. DE CROUY-CHANEL, *Fiscalité des personnes : chronique de l'année 2012*, Dr. fisc. 2013, n°9, note 165.

<sup>274</sup> J.-P. DUPRAT, *Finances publiques*, in M. TROPER et D. DALLOGNAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 3, 2012, 825 p., p. 394.

Au final, ce principe de l'impôt non confiscatoire apparaît donc plus comme un principe moral, devant être respecté par le législateur, qu'un principe écrit et validé par les différentes juridictions, bien qu'il fut qualifié par certaines de principe sentinelle<sup>275</sup>.

## **B) La protection des droits des contribuables par les textes fondamentaux**

117 - Le Conseil constitutionnel, joue depuis plusieurs années maintenant un rôle fondamental dans la défense des droits et libertés des contribuables. Si le contrôle à priori des lois votées par le législateur reste nous le verrons, un outil très important dans la limitation des atteintes aux droits et libertés fondamentaux, a été également mis en place dans notre droit, un contrôle de constitutionnalité à postériori. Ce contrôle a pris la forme du mécanisme de la QPC<sup>276</sup>, instituée en 2008. Si de nombreux commentateurs ont avoué leur déception du fait du caractère trop timoré de certaines décisions, on ne peut nier que par ce nouveau mécanisme, le Conseil constitutionnel est devenu un formidable vecteur de conservation des droits et libertés fondamentaux contre l'arbitraire du pouvoir. En effet, le mécanisme de la QPC a permis de remettre en cause certains mécanismes juridiques qui n'avaient pas été « contrôlés » en amont, le contrôle à priori<sup>277</sup> n'étant pas systématique et conservant une coloration politique car souvent utilisé par l'opposition parlementaire afin de s'opposer à un texte.

Les dernières décisions relatives aux récentes lois de finances en sont un formidable exemple à tel point que le Conseil, a reçu de certains praticiens la qualification de « *dernier rempart* »<sup>278</sup> contre l'arbitraire.

Dans le cadre de ces décisions, ont été mis en lumière différents principes et notamment celui de l'égalité devant la loi fiscale qui est nous le rappelons, issu de l'article 6 et l'article 13 de la DDHC<sup>279</sup>, la lutte contre l'arbitraire etc. La principale difficulté pour le

---

<sup>275</sup> B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des libertés*, LGDJ, coll. Manuel, 2003, p. 458.

<sup>276</sup> X. MAGNON, *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité : Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, Lexinexis 2013.

<sup>277</sup> P. COLLIN, *Le Conseil constitutionnel, juge de l'impôt en 61 et 61.1, différences et ressemblances*, Nouveaux Cah. Cons. const. 2011, p. 27 et s.

<sup>278</sup> A. DE BROSES et S. HAMIS, *Conseil constitutionnel, Cour de justice et Cour Européenne des droits de l'Homme : les derniers remparts des entreprises dans le contentieux fiscal*, Le magazine des Affaires, mars 2014.

<sup>279</sup> E. DE CROUY-CHANEL, *Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ?* Nouveaux Cah. Cons. const. 2011, p. 15 et s. et M. COLLET, *Les*

Conseil est de les protéger tout en respectant l'intérêt général, qui nécessite la mise en place d'impositions dans le but de financer les investissements et les politiques publics.

Ces principes, qui sont au cœur de la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>280</sup>, ont aujourd'hui une influence notable dans le cadre du processus de création de la norme fiscale, plus encore que le principe de la défense de la propriété du contribuable et du caractère confiscatoire de l'impôt (V. supra).

On peut également retenir comme instrument de défense des contribuables, l'article 16 de la DDHC<sup>281</sup>, régulièrement repris dans le cadre de ces décisions. Ce dernier dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ». Cet article, souvent invoqué par les auteurs des saisines du Conseil constitutionnel, a permis de sanctionner de nombreux dispositifs fiscaux<sup>282</sup> et a notamment permis de dégager le principe de confiance légitime.

**118 - Le principe de confiance légitime.** Ce principe, issu du droit européen et notamment du principe de sécurité juridique<sup>283</sup>, vise à garantir la stabilité de la réglementation<sup>284</sup> à laquelle sont soumis les contribuables. Il a été affirmé comme principe fondamental de la Communauté européenne en 1981<sup>285</sup>, mais n'a pas connu le même succès en droit interne contrairement au principe de sécurité juridique. Le Conseil

---

bienfaits du « dialogue des juges ». Remarques sur la mise en œuvre par le juge fiscal des articles 14 de la CEDH et 1er de son premier protocole additionnel, Dr. fisc. 2006, n°51 note 70.

<sup>280</sup> O. FOUQUET, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt*, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°33.

<sup>281</sup> J. LAMARQUE, *L'article 16 de la déclaration de 1789*, Dr. fisc. 2015 n°13, comm. 232.

<sup>282</sup> Pour un exemple d'application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen en matière probatoire, V. Cons. const., 4 décembre 2013, n°2013-679, DC, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, consid. 33 : Dr. fisc. 2013, n°51, comm. 563, note Ch. DE LA MARDIERE.

<sup>283</sup> J. POMMIER écrivait, dans ses conclusions sur le jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 8 décembre 1994 (TA Strasbourg, 1<sup>ère</sup> ch., 8 décembre 1994, n°9301085, Entreprise Freymuth ; AJDA 1995, p. 555), que le principe de confiance légitime « est en quelque sorte le corollaire ou le prolongement du principe de la sécurité juridique, mais envisagé du point de vue des droits subjectifs détenus par un individu ». V. également, S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2001.

<sup>284</sup> CJCE, 5 mars 1978, aff. C-112/77, Tröpfer c/ Commission ; Rec. CJCE 1978, p. 1032. et L. BURGOGUE-LARSEN, *Les concepts de liberté publique et de droit fondamental*, in J.-B. AUBY (dir.) : *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 389 à 407, spécialement, p. 402.

<sup>285</sup> CJCE, 5 mai 1981, aff. C-112/80, Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen ; Rec. CJCE 1981, p. 1095.

ayant même jugé dans une de ces décisions « *qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit (...) un principe dit de confiance légitime* »<sup>286</sup>.

Cependant, ce dernier a peu à peu été intégré dans sa jurisprudence notamment dans une décision de 1999<sup>287</sup>, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité d'une loi de validation donc l'objectif était de régler l'incompétence territoriale d'une autorité ayant émis un avis de mise en recouvrement. Selon les commentateurs<sup>288</sup> de cette décision, « *il s'agissait de corriger une malformation législative, correction à laquelle les citoyens devaient s'attendre. Ainsi leur confiance en la prévisibilité du droit n'était pas trahie (...) les contribuables « victimes » de la validation n'ont pas d'intérêt légitime à défendre, leurs droits n'étant ni fondés, ni attachés à un légitime espoir* ».

Dans le cadre de l'application de ce principe, le Conseil a par exemple également validé, dans le but d'empêcher les contribuables d'organiser en toute légalité, l'évitement de l'impôt, la pratique législative visant à faire remonter la date de prise d'effet d'une mesure fiscale au jour où le projet de loi intégrant cette dernière a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, mécanisme communément appelé la « *petite rétroactivité* »<sup>289</sup>.

Ce mécanisme, constitue un avantage pour le législateur puisqu'il empêche les contribuables de profiter de la longueur du processus législatif afin d'anticiper les modifications législatives. Il constitue en revanche pour les contribuables un fondement du sentiment d'insécurité juridique, d'autant plus que la législation fiscale est largement modifiée chaque année en France.

Le Conseil a pourtant jugé que l'objectif fixé par le législateur est d'un intérêt général suffisant pour que ce mécanisme puisse être appliqué<sup>290</sup>.

Si ce mécanisme a permis de rejeter les demandes de contribuables simplement basées sur des irrégularités formelles de la loi, il est peu à peu venu imposer des limites au pouvoir du législateur qui ne peut, sans commettre un abus venir remettre en cause des

---

<sup>286</sup> Cons. const., déc. 30 déc. 1996, n°96-385 DC, Loi de finances pour 1997, consid. n°18 ; RJC 1996, I, p. 691 ; AJDA 1997, p. 161, chron. O. SCHRAMECK ; RTD civ. 1997, p. 412, obs. J. HAUSER, et p. 416, obs. J. MESTRE.

<sup>287</sup> Cons. const., 29 décembre 1999, n°99-425, DC, Loi de finances rectificative pour 1999 ; Rec. Cons. const. 1999, p. 168.

<sup>288</sup> B. MATHIEU, *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel*, RFDA 2000, p. 289,

<sup>289</sup> [www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/janvier-2013-la-retroactivite-fiscale-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.135573.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/janvier-2013-la-retroactivite-fiscale-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.135573.html).

<sup>290</sup> Cons. const., 29 décembre 2012, n°2012-661, DC, consid. 17, préc. cit. et Cons. const., 29 décembre 2013, n°2013-685, DC, Loi de finances pour 2014, consid. 39 ; Dr. fisc. 2014, n°1, comm. 70 ; Dr. fisc. 2014 n°1-2, act. 3, com. O. FOUQUET.

avantages que le contribuable pouvait légitimement espérer conserver, sans que soit en jeu un motif d'intérêt général suffisant.

119 - On le voit, le consentement à l'impôt notamment initié depuis la révolution de 1789, est aujourd'hui mis à mal alors que la Constitution de 1793<sup>291</sup>, avait fait du paiement de l'impôt, « *une honorable obligation* », selon les propos de DELAYE, cité par le Professeur SERLOOTEN<sup>292</sup>. Ce consentement est nous l'avons vu également illustré dans l'article 14 de la DDHC (V. n°112) et encore plus aujourd'hui par l'article 34 de la Constitution qui prévoit que : « *La loi fixe les règles concernant : (...) l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures* ». Le citoyen contrôlant de près ou de loin l'élection du Parlement qui vote la loi.

## **Sous-section II : L'impôt : un outil de gestion pour les entreprises**

120 - Nous avons vu précédemment que l'optimisation fiscale pouvait être définie comme l'utilisation par un contribuable, de moyens légaux dans le but de réduire le montant de l'impôt qu'il doit normalement acquitter. La source de l'optimisation va donc résider dans l'utilisation des règles fiscales applicables, soit parce que la loi fiscale va prévoir la mise en place de mécanismes incitatifs, soit parce que le contribuable va utiliser, ou interpréter la norme fiscale dans un sens qui lui sera fiscalement favorable.

Même si l'interprétation de la loi fiscale est une source de contentieux entre les contribuables et l'administration, l'optimisation fiscale demeure une pratique reconnue par la loi et la jurisprudence, bien que certaines pratiques abusives puissent être sanctionnées par des mécanismes anti-abus, aux conséquences lourdes pour les contribuables.

Le maniement des dispositions fiscales par les contribuables, est donc une pratique à risque du fait des sanctions encourues, mais très courante, la fiscalité étant devenue peu à

---

<sup>291</sup> Constitution du 24 juin 1793, qui n'entra jamais en vigueur malgré sa ratification par le plébiscite du 9 août 1793.

<sup>292</sup> P. SERLOOTEN, *Décisions et Gestion – Septièmes Rencontres 26 et 27 novembre 1998*, Collection Histoire, Gestion, Organisations, n° 7, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1999, p. 335-352), « *le bon père de famille et le bon gestionnaire ont aussi le devoir de payer le moins d'impôt possible* ».



peu, un outil de gestion très intéressant pour les entreprises, qui l'utilisent pour limiter le coût de certaines opérations.

Nous verrons ainsi dans le cadre d'un premier paragraphe, en quoi la fiscalité est devenue un outil de gestion majeur pour les entreprises et ce, notamment dans le cadre de leurs opérations internationales (§I), mais également un outil de gouvernance (§II).

## **§I) Les sources du besoin d'optimisation fiscale**

**121** - La concurrence étant maîtresse des rapports entre les entreprises qui opèrent aujourd'hui dans un marché mondial et sans frontières, ces dernières doivent maximiser leur rentabilité et leurs profits, afin d'être les plus compétitives possible. Cet objectif de compétitivité ne peut être atteint, qu'en utilisant toutes les ressources et mécanismes à leur disposition, afin de réduire les coûts de leurs opérations, ce qui passe donc bien évidemment par une optimisation de la charge fiscale. L'optimisation est donc devenue une nécessité (A), elle est d'ailleurs parfois encouragée par les Etats, qui mettent des mécanismes incitatifs afin de favoriser notamment certains secteurs d'activités (B).

### **A) Une nécessité contextuelle et structurelle pour les entreprises**

**122** - *Un contexte économique et juridique favorable à l'optimisation.* S'il est intéressant comme nous l'avons vu de dégager une définition de l'optimisation fiscale, cette dernière, trop théorique, est dans les faits insuffisante et il faut donc s'intéresser à ses sources, pour bien en discerner les contours. Il faut noter que le besoin d'optimisation fiscale, s'il a toujours existé, s'est développé ces dernières années et vient aujourd'hui prendre une place de plus en plus importante dans la gestion stratégique des entreprises, notamment en période de difficultés économiques. Cette nouvelle approche de l'utilisation du facteur fiscal, a engendré la mise en place de stratégies agressives, que va souhaiter remettre en cause l'administration fiscale, dans le cadre de son pouvoir de contrôle.

Si ces pratiques agressives sont aujourd'hui globalement condamnées, il ne faut cependant pas que l'optimisation fiscale, droit des contribuables, soit in fine, amalgamée avec les pratiques frauduleuses, dont les conséquences morales et économiques sont bien plus graves.

Par ailleurs, si l'optimisation fiscale trouve sa source dans la loi (régimes fiscaux incitatifs, ou choix de régimes d'imposition), elle est également une conséquence de la pression fiscale exercée par le biais de l'augmentation des prélèvements obligatoires. En effet, plus ces derniers seront élevés, plus l'envie de réduire son imposition sera importante.

Il faut également garder à l'esprit que ce phénomène est exacerbé par une économie sans frontières, la disparition des frontières physiques et l'avènement des nouvelles technologies ayant permis d'ouvrir des perspectives quasi infinies pour les opérateurs économiques. Ces derniers utilisent dans ce cadre à la fois les dispositifs législatifs proposés par les Etats, mais s'intéressent également avant de définir une politique d'investissement, aux taux d'imposition applicables dans le cadre de l'exercice de leur activité, ce qui bien évidemment, influencera le choix du territoire d'implantation.

Dans ce contexte globalisé, il est encore plus difficile d'appréhender les contours de ce sujet, comme le relevait le professeur COLLET<sup>293</sup>, lorsqu'il affirmait que « *les affaires internationales donnent souvent lieu à des pratiques que le fisc réproouve, sans pour autant parvenir à en démontrer le caractère frauduleux : soit par difficulté à prouver la violation de la loi, soit parce que le contribuable aura habilement joué avec les silences de celle-ci. C'est par exemple le cas lorsqu'un contribuable aménage ses affaires en faisant en sorte que l'essentiel de ses revenus ou des bénéfices de son entreprise tombe sous le coup de législations de pays où la pression fiscale est moins forte qu'en France. Il s'agit alors de délocaliser une base taxable (un revenu ou un bénéfice le plus souvent). C'est aussi le cas lorsque, tout bonnement, le contribuable décide d'établir son domicile (et donc son domicile fiscal) à l'étranger, ou d'y installer son entreprise. Il s'agit alors d'une délocalisation d'une personne physique ou d'une entreprise. Toute la difficulté consiste à déterminer celles de ces situations qui relèvent de la fraude fiscale pure et dure (interdite et sanctionnée), celle relevant de la simple optimisation fiscale (qui resterait légale), et celles contribuant à des formes d'évasion fiscale qui, à divers degrés, méritent d'être combattues ou en tout cas découragées* ».

Si au plan interne, nous avons pu voir que des dispositifs existent dans le but de prévenir et de sanctionner la fraude fiscale et que d'autres, nous le verrons, visent à prévenir les comportements abusifs, l'internationalisation des échanges nous force à changer notre

---

<sup>293</sup> M. COLLET, *Droit fiscal*, PUF, coll. Thémis, 2015, p. 224.

regard sur la question de l'optimisation fiscale puisqu'aucun Etat n'est aujourd'hui à l'abri d'une perte de recettes fiscales due aux comportements fiscaux des entreprises.

**123 -** *Une conséquence de la pression fiscale.* Comme nous le soulignons plus haut, le besoin d'optimisation est dans bien des cas dû à une pression fiscale jugée par les opérateurs comme étant trop importante, sentiment que l'on retrouve particulièrement dans des pays comme la France qui ont augmenté le taux des prélèvements obligatoires du fait de la crise économique.

La France est en effet aujourd'hui classée parmi les pays où le niveau des prélèvements obligatoires, aussi bien fiscaux que sociaux, est des plus élevés notamment pour les entreprises. Si l'on s'intéresse à la place des prélèvements obligatoires dans le cadre de notre économie, on se rend compte que le ratio impôts/PIB est de 45% en France soit le deuxième ratio le plus important après le Danemark (48,6%) et bien au dessus de la moyenne des pays membres de l'OCDE (33,7%)<sup>294</sup>.

Le ratio français est par ailleurs bien supérieur à celui de ces principaux concurrents puisque celui de l'Allemagne est de 36,7%, celui du Royaume-Uni de 32,9%, et celui des Etats-Unis de 25,4%.

Dans de telles circonstances il est aisé d'établir un lien entre la pression fiscale exercée dans un pays et l'augmentation des pratiques d'optimisation.

La pression fiscale, lorsqu'elle est trop importante, atteint directement la compétitivité par la baisse du bénéfice des entreprises, réduit l'attrait des produits français à l'export qui seront plus chers que ceux de leurs concurrents et enfin, l'attrait de la France comme territoire d'implantation pour les entreprises étrangères.

**124 -** *Le rôle de la complexité de la loi fiscale.* Une des autres sources de l'optimisation, peut être illustrée par la complexité et le manque de stabilité de la loi fiscale, du fait de modifications textuelles annuelles voire pluriannuelles. Chaque année, on estime globalement que 20%<sup>295</sup> des dispositions fiscales sont modifiées, ce qui incite les opérateurs à anticiper des modifications fiscales en tâchant de minimiser leur impact et donc d'optimiser au maximum en amont leur situation dans la crainte d'une augmentation

---

<sup>294</sup> <http://www.oecd.org/fr/presse/les-recettes-fiscales-continuent-de-croitre-dans-la-zone-de-l-ocde.htm>.

<sup>295</sup> Rapport public Thématique, *Les relations de l'administration avec les particuliers et les entreprises*, rapport de la Cour des comptes, février 2012

de leur charge fiscale. Cette complexité et cette instabilité de la norme fiscale, sont facteurs d'insécurité juridique, ce qui inquiète les opérateurs implantés et qui rebute les candidats à l'implantation en France et de ce fait, va ralentir le processus de croissance souhaité par les gouvernants.

Ce sentiment d'instabilité est également exacerbé par la place de plus en plus importante de la doctrine administrative, qui vient interpréter à sa manière les textes fiscaux votés par le Parlement avec parfois une trop grande indépendance.

Le fait qu'il existe en France comme dans d'autres pays une doctrine administrative n'est en soit problématique puisque cette dernière est censée apporter un éclairage sur la manière selon laquelle doit être interprétée la loi, cependant cette dernière vient parfois outrepasser son rôle et créer du droit, ce qui pose de nombreuses difficultés.

En effet, selon l'article 24 de la Constitution de 1958, « *le Parlement vote la loi* » et selon l'article 34 « *la loi fixe les règles concernant [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures* ». Pour autant, on peut se demander si ce principe n'est pas aujourd'hui remis en cause au vu de la place toujours plus importante de la doctrine administrative dans la définition de la norme fiscale. Il arrive parfois même que des instructions fiscales soient rendues publiques et donc opposables à l'administration, avant que le texte de loi qu'elles sont censées interpréter, soit adopté par le Parlement. On peut donc aujourd'hui se retrouver dans des situations où la doctrine est créatrice de droit au lieu de simplement l'interpréter (ce fut le cas par exemple de la modification des modalités d'imposition des terrains à bâtir où la doctrine administrative avait été modifiée avant l'adoption du texte de loi<sup>296</sup>).

## **B) Une optimisation fiscale parfois encouragée par la loi**

**125 -** L'optimisation fiscale, si elle est pratiquée par les contribuables est également on l'a vu, parfois encouragée par le législateur qui accorde dans certaines situations des avantages fiscaux parfois non négligeables et qui représentent des postes de dépenses importants. Ces avantages fiscaux peuvent prendre des formes très variées, il peut s'agir notamment de crédits d'impôt qui permettent aux entreprises qui investissent, d'obtenir des avantages fiscaux, caractérisés soit par la possibilité d'imputer les sommes investies sur l'impôt dû, soit par un remboursement de ce dernier. Divers crédits d'impôts sont

---

<sup>296</sup> BOI-RFPI-PVI-20-20 n°1 et s. ; BOI-RFPI-PVINR-20-10 n°1 et s.

proposés en France dont le crédit d'impôt compétitivité emploi (CICE)<sup>297</sup>, le crédit d'impôt recherche (CIR)<sup>298</sup>, ou encore le crédit d'impôt mécénat<sup>299</sup>.

Elle peut également prendre la forme la forme d'abattements ou d'exonérations sur les transmissions (à titre onéreux ou gratuit) de participations sociales<sup>300</sup>, qui permettent de faciliter la cession de ces participations. On peut également penser aux différents mécanismes visant à promouvoir certaines activités ou territoires jugés comme sinistrés, en prévoyant des réductions d'impôts parfois importantes (V. n°812 et s.).

Cet investissement de l'Etat qui est peu à peu remis en question par la réduction du nombre de niches fiscales et par le plafonnement de nombreux avantages fiscaux, a connu une période de gloire jusqu'en 2012 puisque on a pu relever entre 2002 et 2010, la création de 107 dépenses fiscales d'une grande diversité pour un total d'environ 300 niches fiscales la même période pour un coût de 35,3 milliards d'euros<sup>301</sup> par an.

Cette pluralité de régimes dérogatoires ne favorise pas la lisibilité de la loi fiscale et démontre un certain malaise des autorités publiques vis à vis de la pression fiscale exercée sur les contribuables.

## **§II) L'impôt : un outil de gouvernance pour les entreprises**

**126** - Le rapport des entreprises à la fiscalité a donc on le voit, évolué depuis maintenant plusieurs années, il s'agit pour elles et notamment pour les plus importantes et les plus globalisées, de s'adapter aux exigences de la mondialisation (A), mais également d'anticiper les différents risques fiscaux auxquelles elles doivent faire face durant l'exercice de leurs activités (B).

---

<sup>297</sup> Documentation pratique Francis Lefebvre IS Division IX Crédits et réductions d'impôt n°17000 et s.

<sup>298</sup> D. BOUCHER, *Le crédit d'impôt recherche*, Lexinexis 2015. Pour les aspects pratiques V. F. DEBAUGE, *Guide pratique du crédit impôt recherche*, Eyrolles 2<sup>ème</sup> édition 2011.

<sup>299</sup> Pour une étude approfondie des différents mécanismes de crédits et réductions d'impôt : V. Mémento Fiscal Francis Lefebvre 2016, n°17000 et s.

<sup>300</sup> On pense par exemple à l'abattement pour durée de détention prévu par l'article 150-0 D ter du CGI pour les PME.

<sup>301</sup> Etude sur les entreprises et niches fiscales et sociales réalisée par le Conseil des prélèvements obligatoires en 2010 à la demande de l'Assemblée nationale.

## **A) Une adaptation nécessaire au contexte économique globalisé**

**127 -** *Une conséquence de la fin des frontières physiques.* Nous avons pu constater que depuis la seconde moitié du 20<sup>ème</sup> siècle et l'essor de l'économie mondialisée, que les entreprises se sont implantées sur de multiples territoires. Ce mouvement d'intégration planétaire a engendré la nécessité d'établir des stratégies entrepreneuriales et des politiques marketings, économiques et financières au niveau mondial, la fiscalité, composante essentielle de l'activité des entreprises n'a donc pas été dispensée de cette approche.

Il est important d'ajouter que l'ouverture aux marchés extérieurs a même été initiée par les gouvernements, qui ont peu à peu ouvert certains marchés intérieurs, par la suppression des barrières douanières ou créé des zones de libres échanges telles que l'Accord sur le libre échange nord américain (ALENA) ou l'Association des nations de l'Asie du Sud Est (ASEAN). Dans ce cadre l'UE, représente aujourd'hui le modèle le plus avancé d'intégration, même si cette dernière est aujourd'hui au centre de nombreuses critiques, notamment pour son manque de convergence en matière fiscale.

Si les entreprises, appuyées par d'excellents conseils en fiscalité se sont rapidement adaptées à cette économie mondialisée et ont réussi à tirer parti de la pluralité de législations en vigueur dans les différents Etats ou territoires où elles sont implantées, les Etats ont quant à eux eu beaucoup plus de mal à intégrer les paramètres de la mondialisation des échanges. Ces derniers de manière commune ou isolée, tentent aujourd'hui de faire évoluer leur législation notamment en matière fiscale, afin de répondre aux nombreux défis de la mondialisation.

C'est au cœur de ces intérêts divergents qu'est née, comme nous l'avons vu, la confrontation entre la stratégie entrepreneuriale des opérateurs privés dont le champ d'implantation est quasiment illimité, et les politiques de finances publiques des Etats, limitées d'un point de vue territorial.

**128 -** Le principal objectif de la gouvernance fiscale de l'entreprise sera alors, quelque soit son implantation, d'optimiser son TEI et donc de réduire au maximum l'impact de la fiscalité à chaque niveau de son activité puisque l'impôt influence directement la

rentabilité opérationnelle, le résultat d'exploitation<sup>302</sup>, le résultat financier<sup>303</sup> et l'éventuel résultat exceptionnel<sup>304</sup> de l'entreprise.

Si l'augmentation des différents résultats de l'entreprise augmente la rentabilité de l'entreprise, c'est au contraire la réduction de son TEI qui aura un impact fiscal positif sur cette dernière. Plus ce dernier sera faible, plus la rentabilité de l'entreprise augmentera, ce qui engendrera un développement de ses capitaux et de sa capacité d'autofinancement et d'investissement<sup>305</sup>. Bien entendu, il faut garder à l'esprit que l'augmentation de la rentabilité d'une entreprise aura un impact positif sur la valorisation de celle-ci et donc sur sa capacité à attirer des investisseurs qui pourront permettre son développement ultérieur.

Ainsi, sur un marché donné et dans un contexte économique très concurrentiel, l'entreprise qui aura maximisé sa rentabilité et donc sa capacité d'autofinancement, obtiendra un avantage compétitif certain sur les autres opérateurs économiques.

Cet avantage compétitif, pourra prendre diverses formes, baisse des coûts d'investissement, augmentation de la capacité d'acquisition, réduction de la dépendance au marché du crédit, rémunération plus importante du capital investi.

Au final, si les différents résultats, qui sont la caractérisation de la réussite opérationnelle de l'entreprise, le TEI est quant à lui, un facteur externe, qui doit être optimisé au maximum c'est à dire être le plus bas possible, par le biais des différentes techniques d'optimisation fiscale à la disposition de l'entreprise.

Il faut cependant garder à l'esprit que ces pratiques, ne peuvent être déconnectées de la notion de risque, inhérente par nature aux choix effectués en fonction de leur degré « *d'agressivité* ». Une opération fiscalement attractive de prime abord, perdra tout son intérêt si elle est percluse d'irrégularités qui pourront être sanctionnées par l'administration fiscale<sup>306</sup>. Cette dernière, possède en effet de nombreux instruments visant à remettre en cause les comportements abusifs et notamment le mécanisme de l'abus de droit que l'on retrouve à l'article L. 64 du LPF (V. n°138 et s.).

---

<sup>302</sup> Le résultat d'exploitation est représentatif du résultat que réalise une entreprise dans le cadre de son exploitation habituelle.

<sup>303</sup> Le résultat financier exprime le résultat de l'entreprise en considération de sa situation financière. Il ne prend en compte que les produits et charges financières.

<sup>304</sup> Le résultat exceptionnel est le résultat réalisé grâce à des opérations non courantes (opérations en capital, cession d'actif etc).

<sup>305</sup> *Stratégies fiscales des Etats et des entreprises : souveraineté et concurrence*. Sous la direction de M. AUJEAN et Ch. SAINT-ETIENNE, p. 88, Les cahiers le Cercle des économistes, PUF 2009.

<sup>306</sup> M. CHADEFAX, *l'audit fiscal*, Litec 1987 et M. AGOSTINI, *les options fiscales*, Paris, LGDJ, 1983.

## **B) La gestion des risques fiscaux**

**129** - Lorsque l'on parle de choix stratégiques, on doit garder à l'esprit que ces derniers sont liés à la notion de risque, risque qui est présent tout au long de l'existence d'une entreprise (2°) et qui peut notamment être lié au contexte économique et législatif (1°).

### **1°) Un risque inhérent au contexte économique et législatif**

**130** - Dans le contexte de tensions économiques et concurrentielles qui les entoure, les entreprises sont confrontées dans l'exercice de leur activité, à de nombreux risques fiscaux. Ces derniers, qui peuvent avoir de graves conséquences financières, peuvent également avoir d'importantes conséquences en terme d'image au vu de l'appréhension par la société, dans nombreux scandales fiscaux et financiers actuels (V. n°64 et s.).

En effet, la fiscalité qui est peu à peu devenue avec la fin des monarchies et l'avènement de la démocratie, un élément de la citoyenneté nationale alors même que les entreprises se sont de plus en plus développées et internationalisées en quittant la sphère strictement nationale. Cette affirmation implique qu'une entreprise réalisant du profit, ne peut se permettre d'avoir une image négative de fraudeur ou de tricheur auprès des consommateurs et des autres contribuables qui sont la source de leurs revenus. Ce phénomène est d'ailleurs encore plus accentué dans des périodes de difficultés économiques, où la plupart des contribuables sont touchés par des difficultés financières et soumis à une pression fiscale plus importante du fait de la nécessité pour l'Etat de récupérer des recettes fiscales et qui ne peuvent pas, pour la majorité d'entre eux faute de moyens, mettre en place des mécanismes d'optimisation fiscale sur leur patrimoine.

Dans cet environnement complexe, les directions d'entreprises doivent faire face à de nombreuses difficultés et donc optimiser au maximum leur TEI, afin de préserver leur compétitivité tout en limitant les risques de contentieux, néfastes économiquement, mais également moralement.

Afin de remplir cet objectif, les entreprises qui souhaitent mettre en place des options stratégiques en matière de fiscalité doivent afin d'éviter certains risques, prendre en compte différents éléments.

Une des solutions les plus évidentes à mettre en place afin de prévenir les risques fiscaux ou d'en anticiper les conséquences, serait de faire valider les options fiscales non pas



seulement par la direction fiscale, mais par les organes dirigeants, qui ont une vision plus globale de la vie de l'entreprise et pourront ainsi anticiper les risques éventuels au niveau de la société ou du groupe.

La seconde est que les options choisies devront toujours, si elles ont un impact positif sur l'imposition de l'entreprise, avoir un autre objectif que la minoration de l'imposition, sous peine de se voir sanctionner par l'administration par la procédure de l'abus de droit (V. n°138 et s.). De ce fait, il faut intégrer à ces options, des calculs visant à mettre en perspective les avantages procurés, avec les risques financiers liés à un éventuel contentieux.

Il faut également garder à l'esprit que le risque fiscal n'est pas seulement lié aux options prises par l'entreprise, mais également à la complexité de la loi fiscale, qui évolue rapidement et qui peut avoir un effet rétroactif (V. n°118), ce qui ne facilite pas la visibilité à long terme pour les opérateurs économiques. Par ailleurs, il est important de souligner que la multiplicité des textes fiscaux et leurs interprétations diverses, ne sont pas étrangères à ces risques, ce qui a des conséquences sur la sécurité juridique, pourtant réclamée par les opérateurs économiques<sup>307</sup>.

## **2°) Un risque présent tout au long de l'existence de la société**

**131** - Si l'on exclue les risques liés aux défauts ou inexactitudes dans la fourniture des déclarations fiscales, sources de nombreux contentieux sanctionnés lourdement dans le cadre des dispositions relatives à la fraude fiscale, on se rend compte qu'une multitude de situations, courantes ou exceptionnelles de la vie de l'entreprise sont potentiellement vectrices de risques fiscaux.

**132** - Dès la création de l'entité, se posent en effet des problématiques fiscales puisque les différentes formes d'entreprises peuvent emporter des régimes d'impositions différents.

Une fois l'entreprise créée, cette dernière peut évoluer, ce qui n'est pas non plus sans risque. Nous verrons en effet dans le cadre de la seconde partie de nos travaux que lorsque l'on s'intéresse aux évolutions structurelles de l'entreprise, aux différents flux

---

<sup>307</sup> P. DURANT, *Plaidoyer pour une approche plus transversale de quelques concepts fiscaux*, Rev. Adm., n°326, p. 144-146.

financiers pouvant circuler entre sociétés liées et aux différentes opérations de cessions ou d'acquisitions, qui auront lieu dans le cadre de son développement, ces dernières ne sont pas exemptes de risques fiscaux compte tenu de l'attention grandissante du législateur et de l'administration fiscale pour ces différentes problématiques.

Afin d'illustrer ce propos, nous pouvons dégager deux tendances<sup>308</sup>.

La première, statistique démontre l'intérêt grandissant des organes dirigeants des entreprises pour le sujet fiscal. Une étude réalisée par l'Association des directeurs financiers et contrôleurs de gestion en partenariat avec LesEchosBusiness.fr et PWC a démontré, en interrogeant un panel de dirigeants d'entreprises, que ces derniers, quelque soit la taille de la structure et quelque soit son secteur d'activité, sont de plus en plus attentifs à la place prise par la fiscalité dans leur politique entrepreneuriale. Ces derniers ont d'ailleurs indiqué les priorités attachées au facteur fiscal dans le cadre de leur gestion. S'il ressort de cette étude que pour « *seulement* » 52% des directeurs financiers, la fiscalité est un indicateur de gestion prévisionnelle, bien moins important que la trésorerie ou les indicateurs de performances tels que le ROI, L'EBIT ou l'EBITDA<sup>309</sup>, elle se place directement après ces derniers.

Les dirigeants d'entreprises, sont donc de plus en plus sensibles au facteur fiscal et à l'évolution de la législation fiscale, qui peuvent influencer leur activité et donc leur marge bénéficiaire. Sur ce point, les principaux points de tensions identifiés concernent plus particulièrement le taux d'imposition applicable, la rétroactivité de la réglementation ou encore la mise en place de taxes exceptionnelles ou additionnelles.

Par ailleurs, si l'on constate qu'en fonction des personnes interrogées, les priorités en terme de gestion fiscale ne sont pas les mêmes pour toutes les entreprises, la principale d'entre elles (19% des directeurs financiers interrogés), reste la réduction des coûts par la fiscalité et donc la réduction du poids de l'impôt. A cela s'ajoute également la volonté de procéder à des restructurations opérationnelles, par le biais du développement de la politique des prix de transfert (13% des directeurs financiers interrogés) et la refonte des schémas d'optimisation mis en place afin de les rendre plus efficaces (12% des directeurs financiers interrogés), afin d'optimiser au mieux la variable fiscale.

---

<sup>308</sup> Question d'actualité ; Priorités 2013 du directeur financier en matière de stratégie et gestion fiscale ; FR 2/13.

<sup>309</sup> ROI : Return on investment (retour sur investissement) ; EBIT : Earnings Before Interest and Taxes (revenus avant impôt) ; EBITDA : Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization.

La seconde, plus réglementaire, est caractérisée par une évolution récente des obligations déclaratives auxquelles sont soumises les entreprises et qui facilitent le contrôle de leurs opérations par l'administration fiscale.

On constate en effet que ces dernières années, de nouvelles obligations déclaratives sont apparues notamment en matière de prix de transfert (V. n°628 et s.), ce qui engendre de nombreux risques contentieux par rapport aux informations à fournir à l'administration fiscale et à leur justesse. Par ailleurs, ces nouvelles obligations engendrent un coût important en ressources humaines et en gestion temporelle<sup>310</sup>, même si la situation s'est améliorée notamment par le développement des comptabilités informatisées. Ces obligations, démontrent de l'intérêt grandissant de l'administration pour la mise en place de procédures de contrôles plus larges, plus efficaces et moins contraignantes pour elle. Si ces procédures permettent des gains de temps du fait de la rapidité du processus, ce qui permet également de regrouper les déclarations et de ce fait, les versements d'impôt, l'élargissement du spectre de contrôle ne va pas rassurer les entreprises qui se sentent déjà bien souvent prises à la gorge par une fiscalité de plus en plus lourde et qui voient dans ces obligations de nouvelles sources de contentieux<sup>311</sup>.

**133** - Nous l'avons vu, la fiscalité est aujourd'hui au cœur de la vie de l'entreprise et notamment lorsque celle-ci dispose de choix aux conséquences financières importantes tels que l'option pour une technique d'amortissement, de valorisation du mode de calcul de plus-value ou de la façon dont on va imputer un déficit, choix dépendent d'options prévues par la loi, mais qui peuvent également être issus d'une tolérance ou d'un avis conforme de l'administration fiscale<sup>312</sup>.

Il est à noter qu'existent au delà des options liées quotidien de l'entreprises, des choix plus structurels, tels que le choix d'un régime d'imposition, de la mise en place d'un groupe intégré, du placement sous un régime mère-fille, qui peuvent engendrer certains avantages financiers importants, mais qui sont également porteurs de risques fiscaux lorsqu'ils ne sont pas correctement utilisés.

Par ailleurs, le sujet étant devenu sensible, certaines entreprises n'utilisent pas toujours toutes les possibilités d'optimisation qui leurs sont offertes afin de préserver une certaine

---

<sup>310</sup> Selon une étude réalisée par le cabinet PWC et lesEchos.fr les entreprises françaises consacrent environ 132 heures par an à remplir leurs déclarations.

<sup>311</sup> R. GOUYET, *Contrôle fiscal des comptabilités informatisées : la nouvelle donne*, Les Nouvelles Fiscales n° 955, p. 21.

<sup>312</sup> On pense par exemple à la procédure de rescrit (V. n°209 et s.).

image de bon contribuable<sup>313</sup>, tel est le cas notamment des entreprises dont le capital est pour partie, détenu par l'Etat mais pas seulement.

Ainsi, au Royaume-Uni, la société Starbucks, bien connue pour son implication dans la mise en place de mécanismes d'optimisation agressifs<sup>314</sup>, a décidé en 2012 au vu de sa mauvaise image notamment véhiculée par la presse, de ne plus déduire certaines redevances versées par ses filiales, ce qui a eu pour conséquence une majoration de son résultat taxable. Cette majoration avait alors pour résultat attendu une majoration de l'imposition de la société de plus de 10 millions de Livres sterling.

On le voit, l'approche retenue pour l'appréciation la fiscalité dans le cadre d'une entreprise doit être globale. Si la stratégie fiscale déployée par une entreprise doit lui permettre une augmentation de ses revenus, celle-ci doit être adaptée à la fois à la structure et aux besoins réels de l'entreprise, afin que les opérations mises en places ne soient pas remises en cause par l'administration fiscale. Elle doit également ne pas être trop agressive afin de risquer un opprobre populaire<sup>315</sup>, dévastateur pour l'image de la société et donc de retombées financières. Tous ces facteurs, sont d'autant plus difficiles à appréhender dans un contexte international, puisqu'ils devront être pris en considération sur un nombre parfois très important de territoires d'implantation.

## **Section II : La sanction des décisions abusive : de l'acte anormal de gestion à l'abus de droit**

**134 -** Si nous avons déjà envisagé le fait que le contribuable devait en principe être libre dans ses décisions de gestion y compris fiscale, de par la reconnaissance des principes de liberté de gestion et de non immixtion, cette liberté n'est pas totale et doit pouvoir dans certains cas, être remise en cause par l'administration.

En effet, si l'on s'intéresse par principe à l'aspect financier des décisions prises, on doit en principe considérer que puisque le but de toute entreprise est la réalisation d'un profit maximal, les décisions prises dans le cadre de la gestion de cette dernière doivent permettre la réalisation du profit maximal.

---

<sup>313</sup> B. COLASSE, *Comptabilité générale*, Economica, 2001.

<sup>314</sup> [http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/11/14/optimisation-fiscale-les-pratiques-de-starbucks-et-des-pays-bas-decortiquees\\_4523935\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/11/14/optimisation-fiscale-les-pratiques-de-starbucks-et-des-pays-bas-decortiquees_4523935_3234.html).

<sup>315</sup> S. BEAUMONT, I. DAMSTE, D. H. POLLOCK, *Jongler avec les impôts d'une multinationale*, L'Expansion Management Review, n° 88, mars 1998, p. 45 à 50.

Pour autant, dans les faits le contribuable n'est pas tenu de tirer de sa gestion (cette affirmation est à nuancer lorsque l'on se place dans le cadre de la gestion fiscale pure), le maximum de profit. L'administration ou le juge, ne devant pas dans ce cadre par principe se substituer à lui, afin d'identifier le choix qui aurait le mieux convenu à son entreprise.

Dans le cadre du contrôle des décisions de gestion, il faudra prendre garde à ce que la décision, ou la position prise par le contribuable corresponde à une gestion normale, c'est à dire que les risques et les avantages liés à la décision, ne puissent pas être considérés comme allant à l'encontre des décisions de l'entreprise. Les décisions de gestion pourront donc être sanctionnées par l'application de la théorie de l'acte anormal de gestion<sup>316</sup>, mais également par (l'ancienne) théorie du risque manifestement excessif.

**135 -** D'un point de vu fiscal, la nécessité de remettre en cause les actes de mauvaise foi est également ancienne, il s'agira cependant dans ce domaine de remettre en cause les actes ayant pour objet exclusif de réduire la charge d'impôt normalement due par les contribuables. Ce contrôle, est particulièrement important nous le verrons dans le cadre des opérations d'optimisation fiscale et permettra de distinguer les comportements licites, qui ne pourront être remis en cause et les comportements illicites, qui devront être sanctionnés par l'administration fiscale.

**136 -** Dans ce cadre, on va retrouver différents fondements. Si la fraude à la loi n'est pas inconnue du droit fiscal, elle n'est qu'une branche d'un mécanisme plus général, celui de l'abus de droit, qui permettra à l'administration de sanctionner les opérations abusives et qui est issu d'une longue évolution jurisprudentielle qui trouve sa source dans la jurisprudence civiliste du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>317</sup>.

La Cour de cassation avait en effet estimé à l'époque que l'administration fiscale était en droit de percevoir l'impôt à raison de la réalité de son acte générateur, c'est à dire selon le caractère exact des stipulations contractuelles et cela, quelque soit l'apparence donnée par les parties à l'opération en cause.

Suite à cette jurisprudence, l'abus de droit a été intégré dans les textes fiscaux par une loi de 1941 (V. n°25) et ne concernait seulement à l'époque les droits d'enregistrement, ce mécanisme aujourd'hui généralisé, est codifié à l'article L 64 du LPF.

---

<sup>316</sup> CE, sect., 10 juillet 1992 n°110213, Sté Musel SBP et 110214, M. Brunner, préc. cit.

<sup>317</sup> Cass. civ., 20 août 1867 ; DP 1867, I p. 337.

Si les droits d'enregistrement, sont à l'origine de la création du mécanisme de l'abus de droit, ce mécanisme est applicable aujourd'hui à tous les impôts et à toutes les taxes<sup>318</sup>.

**137** - Nous verrons ainsi dans le cadre d'une première sous-section (sous-section I), comment peuvent être distingués dans le cadre de la pratique de l'optimisation fiscale, les comportements illicites des comportements licites, puis dans une seconde sous-section (sous-section II), comment sont sanctionnées les décisions de gestion, qu'elles soient ou non, purement fiscales.

### **Sous-section I : La sanction des actes abusifs**

**138** - *L'origine de l'abus de droit.* Depuis longtemps, la remise en cause des actes fictifs a été une nécessité pour le législateur et ce, quelque soit la matière en cause. Elle connaît donc naturellement une application en matière fiscale, puisqu'il y a atteinte à l'équité entre les contribuables, à la paix sociale et aux finances publiques.

Cette remise en cause trouve son origine dans la théorie de la fraude à la loi, dont le fondement se dégage de la jurisprudence Princesse de Bauffremont du 18 mars 1978<sup>319</sup>. La Cour de cassation, a ainsi établi qu'il y a fraude à la loi, lorsque les parties ont volontairement modifié un rapport de droit, dans le seul but de se soustraire à la loi normalement applicable, pour se placer sous un autre système légal. Cette jurisprudence a posé les bases du champ d'application de cette théorie, qui nécessite la réunion de trois éléments, un élément intentionnel, un élément légal et un élément matériel.

**139** - L'élément matériel de la fraude se caractérise dans le fait pour le contribuable, de se soustraire au champ d'application d'une disposition législative par l'usage de moyens divers, plus ou moins élaborés. Cette substitution de rattachement législatif n'est cependant pas le seul élément matériel de la fraude à la loi, puisqu'elle peut également trouver son origine dans une action modifiant la qualification d'un acte. Cette hypothèse, ne doit pas pour autant être confondue avec la simulation, qui se caractérise par une simple représentation fallacieuse de la réalité juridique d'un acte. Le but du fraudeur, n'est donc pas simplement de tromper la loi, mais de changer la loi applicable, en se

---

<sup>318</sup> Loi n°63-1316 du 27 décembre 1963 portant unification ou harmonisation des procédures, délais et pénalités en matière fiscale.

<sup>319</sup> Cass. civ., 18 mars 1878 ; S. 1878. 1. 193, note Labbé.

basant sur des éléments objectifs, dotés d'une réalité juridique attestant le respect de la loi invoquée<sup>320</sup>.

L'élément légal de la fraude à la loi, va se retrouver dans l'impératif légal auquel le fraudeur souhaite échapper, afin de se placer sous un autre régime juridique, que celui-ci soit national ou étranger.

L'élément intentionnel enfin, est également essentiel pour la caractérisation de la fraude à la loi (comme nous avons pu le voir dans le cadre de l'étude du délit général de fraude fiscale V°). En effet, si la modification du rapport de droit applicable vers un autre, en utilisant des moyens licites n'est pas en soit répréhensible, c'est le fait que les raisons qui ont inspiré cette modification seront illégitimes, autrement dit qui trouvent leur source dans un « *animus fraudis* ».

**140** - Pour distinguer le licite de l'illicite, on ne peut malheureusement aujourd'hui utiliser des critères mathématiques pour définir et qualifier l'optimisation fiscale, par rapport à ses pendants illicites tels que l'évasion pour partie et la fraude fiscales.

Nous allons donc tenter d'établir des distinctions entre ce qui peut relever de chacun de ces différents comportements qui parfois se retrouvent entremêlés, ce qui ne facilite pas l'appréhension de la notion d'abus et la sérénité des opérateurs économiques.

Nous essaierons donc dans un premier temps d'établir une distinction visant à mieux identifier les comportements illicites (§I), puis nous verrons que l'encadrement qui en découle, permet de limiter la liberté de gestion des contribuables afin d'empêcher au mieux la commission d'abus (§II).

## **§I) L'identification des comportements illicites**

**141** - Nous avons vu que bien souvent dans le cadre de l'étude des comportements fiscaux des entreprises, se posait un problème de définition. En effet, lorsque l'on s'intéresse aux définitions juridiques de la fraude, de l'évasion et de l'optimisation fiscales, l'interprétation n'est pas la même en fonction des ordres juridiques dans lesquels on se place, entre les différents acteurs institutionnels et que des problèmes de linguistique, pouvaient également favoriser les incompréhensions.

---

<sup>320</sup> G. DE LA PRADELLE, *La fraude à la loi*, Trav, comité fr. dr. int. privé, 1971-1973, p. 117

S'il la fraude fiscale représente une violation volontaire de la norme fiscale, l'optimisation et l'évasion fiscales sont des notions plus volatiles car elles se caractérisent par l'utilisation des dispositions législatives applicables dans le but d'obtenir un avantage fiscal dans le cadre d'une opération effectuée dans l'exercice de l'activité de l'entreprise. Nous allons donc premièrement essayer de voir comment peut-on distinguer les différents comportements qui pourront faire l'objet d'une sanction (A), sanction qui reposera toujours sur une certaine artificialité du comportement (B).

## **A) Tentative de distinction entre les différents comportements**

**142** - L'identification des comportements déviants qui pourront être sanctionnés notamment dans le cadre de l'application du mécanisme de l'abus de droit n'est pas une sinécure, il est en effet exclu en cette matière, de procéder à une distinction simplement basée sur la légalité des comportements (1°), comme sur celle, plus morale, qui est basée sur l'acceptabilité des comportements (2°).

### **1°) Le rejet d'une distinction binaire basée sur la légalité des comportements**

**143** - Nous avons vu que si la fraude fiscale est définie par les textes, il n'en est pas de même pour l'optimisation et l'évasion fiscales, il semble donc difficile d'établir une distinction claire en fonction de la légalité des comportements en cause.

Pour autant, si la notion de fraude fiscale est encadrée par la loi en jugeant certains comportements comme délictueux (V. n°37 et s.), on pourra toujours tenter de rapprocher, ou au contraire, d'exclure certains comportements de l'illicéité.

Va également toujours se poser dans ce contexte particulier, la question de l'opportunité des sanctions que décidera de mettre en place l'administration fiscale, qui a parfois le choix d'appliquer des mécanismes anti-abus spécifiques, plus faciles à mettre en œuvre, plutôt que le mécanisme de l'abus de droit, dont la caractérisation est parfois difficile à prouver.



**144** - Pour autant, s'il est difficile d'établir une frontière entre les différents comportements, le Conseil impôts dans un rapport de 1977<sup>321</sup>, avait proposé une distinction entre la fraude et l'évasion fiscale, en se basant sur les moyens mis en œuvre par les contribuables. Il a été retenu à l'époque qu' « *il y a fraude lorsqu'il s'agit d'un comportement délictuel délibéré consistant notamment à dissimuler une fraction des recettes y à majorer les charges ; c'est la fraude qui fait l'objet des majorations de mauvaise foi et, éventuellement, d'une répression pénale...l'évasion est le cas où, intentionnellement le contribuable utilise d'une manière abusive les lacunes du dispositif fiscal national et l'existence de systèmes fiscaux variables selon les différents pays (...)* ». L'évasion fiscale, telle qu'elle était définie en 1977, se retrouve aujourd'hui caractérisée dans la sanction des comportements abusifs par le mécanisme de l'abus de droit et de fraude à la loi (V n°180 et s.), mais ressemble également aux stratégies d'optimisation fiscale mises en place par des entreprises multinationales.

**145** - Pour autant, une distinction binaire entre des comportements illégaux et des comportements légaux n'est pas suffisamment précise, notamment dans le contexte d'économie mondialisée que nous connaissons aujourd'hui et qui a remis en cause de nombreux standards de la fiscalité actuelle. Une appréciation au cas par cas n'est pas non plus satisfaisante pour la promotion de la sécurité juridique, c'est pour autant vers ce genre d'interprétation que l'on semble devoir se tourner lorsque l'on s'intéresse aux récents travaux du Conseil des prélèvements obligatoires, qui regroupent aujourd'hui dans le cadre de l'évasion fiscale « *l'ensemble des comportements du contribuables qui visent à réduire le montant des prélèvements dont il doit normalement s'acquitter. Si il a recours à des moyens légaux, l'évasion rentre alors dans la catégorie de l'optimisation. A l'inverse, si elle s'appuie sur des techniques illégales, ou dissimule la portée véritable des opérations, l'évasion fiscale s'apparentera à la fraude*<sup>322</sup> ».

Au final, l'évasion fiscale ne correspond donc pas en elle même à un comportement légal ou illégal, sa véritable qualification dépendra donc dans les faits, des moyens utilisés par le contribuable dans l'obtention de l'avantage fiscal.

Cette thèse, a d'ailleurs été reprise par les professeurs GEST et TIXIER, qui affirmaient dans leur ouvrage<sup>323</sup>, que l'évasion était le « *coté obscur* » de l'habileté puisqu'elle

---

<sup>321</sup> Conseil des impôts, *Imposition des bénéfiques industriels et commerciaux*, rapport de 1977, p. 107.

<sup>322</sup> Conseil des prélèvements obligatoires, rapport précédemment cité.

<sup>323</sup> G. GEST et G. TIXIER, *Droit fiscal international*, PUF, 2<sup>ème</sup> édition 1990, p. 64 et s.

consiste à soustraire tout ou partie de la matière imposable « *sans contrevenir formellement à la loi* ». Cette affirmation, a même été reprise par la jurisprudence puisque le Conseil d'Etat a affirmé que « *rien ne s'oppose à ce que les contribuables choisissent, pour réaliser une opération, les voies les moins onéreuses sur le plan fiscal pourvu que ces voies soient légales et ne tendent pas, sous l'apparence d'actes réguliers, à dissimuler des profits* »<sup>324</sup>.

## 2°) La question de l'acceptabilité des comportements

146- Nous avons vu ces dernières années, notamment dans le cadre des débats parlementaires et internationaux qui ont suivi la crise économique de 2008, que les différents gouvernements ont fait de la lutte contre les mauvais comportements fiscaux, un des axes de lutte contre la perte de recettes fiscales. Ces comportements, ont également été sanctionnés moralement par la société du fait des inégalités qui en découlaient entre les différents contribuables. Il a en effet été reproché aux grandes entreprises multinationales à l'heure où la pression fiscale s'est accentuée sur l'ensemble des contribuables, mais surtout des classes moyennes, de profiter de leurs ressources, pour mettre en œuvre des mécanismes d'optimisation visant à réduire leurs impositions. Si cette acception morale des comportements fiscaux<sup>325</sup> peut sembler normale dans le cadre du débat public particulièrement en période de crise, cette dernière a pourtant transcendé les discussions de comptoirs et s'est retrouvée au cœur même de différents rapports institutionnels. Sur ce point, l'OCDE dans son rapport de 1987<sup>326</sup> distinguait déjà « *l'évasion acceptable* » et « *l'évasion inacceptable* ». Cette notion, a traversé les époques, puisque le rapport au Sénat de la commission d'enquête sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales, a conclu notamment dans le cadre de l'étude des mécanismes d'optimisation basés sur les prix de transfert (V. n°628 et s.), que « *l'évasion est à la fraude ce que l'obscurité est à l'ombre* ». Ceci démontre bien que pour de nombreux intervenants notamment proches du pouvoir législatif, qu'il n'est pas aisé de définir la notion d'évasion fiscale dans un environnement économique aujourd'hui sans frontière et bien souvent hors d'atteinte du droit national.

---

<sup>324</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 16 avril 1969, n°68662 ; Dr. fisc. 1970, n°51, comm. 1474, concl. L. MEHL.

<sup>325</sup> M. TALY, *L'optimisation fiscale est-elle un sport « no limit »?... ou quand l'efficacité rejoint la morale*, in : *La Gouvernance Juridique et Fiscale des Organisations*, sous la direction de J.-L. ROSSIGNOL, Postface de l'ouvrage, éd. Lavoisier, 2010.

<sup>326</sup> OCDE, *L'évasion et la fraude fiscale internationale. Quatre études*, OCDE publications, Paris, 1987.

147 - Une autre forme de distinction entre ces différents comportements, basée sur l'intention du contribuable, a été retenue dans le cadre du récent rapport de la commission des finances de l'Assemblée nationale sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international<sup>327</sup>. Cette dernière s'est particulièrement intéressée à l'intention des contribuables afin de définir l'évasion fiscale. L'intention se baserait alors selon ce rapport, sur des actes ou mécanismes, bien que légaux ou ayant, l'apparence de la légalité, mais qui auraient pour but dans les faits, de contourner la législation fiscale. Le seul but poursuivi par l'auteur de ces opérations est la minoration de l'imposition, point que l'on retrouve dans le cadre de la définition de l'abus de droit, qui sanctionne les opérations ayant un but exclusivement fiscal (V. n°138 et s.).

Cette classification, basée sur la moralité des comportements n'est pour autant pas non plus satisfaisante dans la mesure où elle ne repose pas sur des considérations juridiques clairement établies. En effet, s'il peut sembler immoral que les Etats subissent une perte de recettes fiscales du fait des stratégies fiscales déployées par les entreprises multinationales, on ne peut faire reposer un sujet aussi sensible simplement sur des considérations sociales ou psychologiques. Par ailleurs, l'absence de réelles définitions, soumet les contribuables à de nombreuses incertitudes en terme de sécurité juridique, ce qui met à mal de nombreuses stratégies fiscales, qui peuvent se voir, d'une disposition textuelles à une autre, remises en cause.

## **B) La distinction par le biais du caractère artificiel des comportements**

148 - Lorsque l'on sanctionne un comportement pour son artificialité, deux attitudes pourront classiquement être remises en cause, c'est à dire dans d'un côté le non-respect de la lettre des textes mais également d'un autre côté, de leur esprit. Sur ce point, deux notions sont importantes, la première, concernera la notion de substance (1°), la seconde plus classique est relative au but exclusivement fiscal des opérations (2°).

---

<sup>327</sup> Rapport précédemment cité.

## 1°) Une substance nécessaire pour valider certains schémas d'optimisation

**149 -** *Une notion difficile à appréhender.* La notion de substance est aujourd'hui au cœur des mécanismes de lutte contre l'évasion fiscale internationale et prend d'ailleurs tout son sens dans le cadre du marché européen, pour l'application des normes communautaires comme le régime mère-fille dans le respect de la liberté d'établissement. Elle guide en effet le fonctionnement de nombreux mécanismes anti-abus dans le cadre d'investissements réalisés depuis la France vers l'étranger, où de l'étranger vers la France par le biais des sociétés étrangères contrôlées (SEC), qui sont d'ailleurs au centre des nouvelles propositions fiscales de l'OCDE (V. n°106 et s.). Pour autant, la substance est une notion difficile à appréhender du fait qu'il existe à priori pour chaque société, une certaine forme de substance.

Afin de définir la substance, il faut donc délimiter ce que l'on peut considérer comme une « *substance minimale* », sorte de référentiel, qui sera pour autant, toujours sujet à interprétation en fonction des circonstances particulières et en fonction des entreprises étudiées. Cette problématique, est la raison pour laquelle on ne retrouve pas de définition de la substance dans le CGI et que ni l'administration fiscale, ni la jurisprudence, n'ont clairement pris position sur la définition de cette dernière. Elle est donc une question de fait qui nécessite une appréciation au cas par cas, ce qui n'est pas selon nous suffisant. Pour dessiner les contours de la substance, on peut, lorsque l'on s'intéresse à certains mécanismes anti-abus, penser qu'une société aura une « *substance suffisante* » si, dans son territoire d'implantation, elle a localement une existence réelle (immatriculation, organes sociaux etc.), ainsi qu'une raison d'être économique et juridique. Autrement dit, son existence doit avoir un but autre que fiscal, elle ne doit pas être une simple boîte aux lettres, ni une coquille vide.

**150 -** *L'hypothèse des coquilles vides.* Nous pouvons en guise d'illustration reprendre le cas de l'affaire Pléiade<sup>328</sup>, qui mettait en cause une société française ayant constitué une holding au Luxembourg, dans le but de pouvoir bénéficier du régime mère-fille prévu par

---

<sup>328</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 18 février 2004, n°247729, SA Pléiade ; Dr. fisc. 2004, n°47, comm. 849 ; RJF 2004, n°510 ; BDCF 2004, n°65, concl. P. COLLIN ; BGFE 2004, n°3, obs. N. CHAHID-NOURAI, p. 17 ; Les petites affiches 9 juillet 2004, p. 17, note J.-C. PAROT ; Les petites affiches septembre 2004, n°178, note E. MEIER ; Banque et Droit 2004, n°95, obs. C. ACARD, p. 65. Dans le même sens V. CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 18 mai 2005, n°267087, min. c/ Sté Sagal ; Dr. fisc. 2005, n°44-45, comm.726, concl. P. COLLIN ; RJF 2005, n°910 ; RJF 2005, p. 943, chron. Y. BENARD ; BGFE 2005, n°4, obs. N. CHAHID-NOURAI ; Rev. adm. n°347, p. 482, obs. O. FOUQUET.

la réglementation communautaire<sup>329</sup>. Cette holding, dépourvue de toute réalité économique, était par ailleurs placée sous l'entière dépendance d'une société établie aux Iles Caïmans, ce qui démontrait son absence de substance et de pouvoir décisionnel.

On peut également penser à l'affaire Alcatel CIT<sup>330</sup>, référence majeure dans l'appréciation jurisprudentielle de la notion de substance. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a indiqué qu'il était nécessaire afin de caractériser la substance, de réunir des moyens matériels et humains nécessaires et suffisants à la réalisation de l'objet social de la société.

Si dans certaines hypothèses on a pu effectivement constater que les sociétés étaient dénuées de substances, dans le cadre de l'affaire Alcatel et malgré les arguments de l'administration, le Conseil d'Etat a considéré que la société avait employé au cours de l'exercice litigieux, un personnel suffisant qui avait effectivement exercé l'activité de centrale financière et de couverture de risques financiers pour le compte du groupe Alcatel. Elle avait dans les faits employé 48 salariés et réalisé un chiffre d'affaires de 660 millions de francs belges. De ce fait, la substance ayant été reconnue par le Conseil d'Etat, l'administration fiscale n'a pu remettre en cause l'augmentation de capital souscrite par la société belge, objet du litige, qui n'avait donc pas de caractère fictif.

Nous verrons dans le cadre de l'étude des mécanismes anti-abus prévus par le CGI, que cette notion de substance est notamment reprise dans le cas de l'imposition de sommes versées par une société française à une société implantée dans un Etat à fiscalité privilégiée (V. n°258 et s.). Ces dernières, doivent en vertu des dispositions de l'article 238 A du CGI<sup>331</sup> afin de pouvoir être déductibles du résultat fiscal français, être rattachées à des opérations réelles, normales et être non exagérées<sup>332</sup>.

**151** - La notion de substance est donc une notion complexe, même si cette dernière prend depuis peu, une place de plus en plus importante dans les différents travaux liés aux nouvelles problématiques liées à la fiscalité internationale.

Ayant pris conscience qu'on ne pouvait définir pour toutes les sociétés une substance « *référence* », le Conseil de l'Union européenne du 8 juin 2010, a retenu une approche emprunte de proportionnalité et de cohérence.

---

<sup>329</sup> Directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents.

<sup>330</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 15 avril 2011, n°322610, min. c/ Sté Alcatel CIT ; Dr. fisc. 2011 n°24, comm. 384, concl. P. COLLIN, note P. DIBOUT ; RJF 2011, n°862.

<sup>331</sup> Modifié par la Loi n 2004-1484-12-30 art. 104 II.

<sup>332</sup> Notion que l'on peut retrouver dans les hypothèses d'application de la théorie de l'acte anormal de gestion ou de risque manifestement excessif (V. n°157 et s.).

L'approche retenue distinguera ainsi la substance d'une société holding pure<sup>333</sup>, qui n'exerce qu'une activité de gestion de revenus, de celle d'une société opérationnelle, qui va déployer des moyens humains et matériels importants dans le but de réaliser une activité commerciale ou industrielle.

Dans le cas d'une holding de participation, la substance nécessaire à la réalisation de l'objet social, peut être limitée en terme de personnel et de matériel. Si l'on écarte les impératifs fixés par la législation locale dans le cadre de la création d'une structure et concernant le nombre de porteurs de parts, les assemblées ou encore le montant du capital social et si la structure a effectivement, une certaine pertinence économique et financière, elle ne devrait pas être considérée comme une coquille vide. Pour autant de nombreuses réorganisations opérationnelles visant à centraliser la trésorerie des entreprises, ou regrouper les opérations de gestion de participations détenues dans des entités étrangères, sont régulièrement remises en cause par l'administration fiscale.

A l'inverse, dans l'hypothèse de l'exercice d'activités commerciales ou industrielles, on peut plus facilement imaginer qu'il sera qui nécessaire d'avoir un certain nombre de moyens personnels, matériels et techniques afin de pouvoir procéder à une gestion quotidienne sur place et justifier d'une substance nécessaire à l'exercice de l'activité.

**152 -** *La problématique de l'économie numérique.* Nous avons également souligné que l'évolution de l'économie tend de plus en plus à dématérialiser les activités et a remis en cause de nombreuses variables de la fiscalité internationale, la substance n'échappe donc bien évidemment pas à cette problématique<sup>334</sup>.

En effet, dans le cadre d'une activité dématérialisée, la notion de substance atteint ses limites puisque la réalité physique des moyens classiquement mis à disposition d'une société, est dépassée par les possibilités offertes par la technologie. La notion de substance doit donc évoluer afin de ne pas perdre tout son sens et provoquer des contentieux complexes, basés sur des réflexions aujourd'hui vides de sens pratique.

Afin de limiter ce risque, il faudra donc que la règle fiscale s'interroge en premier lieu sur l'objet de la société, sur l'intention des parties et sur le sens économique ou financier relatif à cet objet, avant de s'intéresser à la pertinence des moyens mis en œuvre par les

---

<sup>333</sup> R. POIRIER : *Holdings animatrices : de l'incomplète reconnaissance de l'activité économique en fiscalité interne aux problématiques de fiscalité internationales*, Dr. fisc. 2014, n°13, 239.

<sup>334</sup> F. LUGAND, M. VERBAN, D. TOF, *La notion de substance en fiscalité internationale*, Dr. fisc. 2011 n°9, 228.

associés dans la réalisation de celui-ci. Cette problématique est semblable à celle que l'on retrouve actuellement dans la volonté de réformer la notion d'établissement stable dans le cadre des activités numériques (V. n°152 et s.).

## 2°) La sanction des opérations ayant un but exclusivement fiscal

**153** - C'est le mécanisme de l'abus de droit, qui va sanctionner les opérations et montages, mis en place par un contribuable sans aucune autre justification que celle reposant sur l'obtention d'un avantage fiscal (art. L 64 du LPF).

Bien entendu, dans le cadre de la remise en cause des comportements jugés abusifs par l'administration, le contribuable devra, afin d'éviter les lourdes sanctions applicables dans le cadre de cette procédure, justifier que l'opération, si elle lui procure un avantage fiscal, lui procure également d'autres avantages qui peuvent être financiers, comptables, commerciaux ou sociaux et qui permettent donc d'écarter le but exclusivement fiscal.

**154** - Le droit interne, n'est pas le seul à vouloir sanctionner ces pratiques abusives et nous constatons que la lutte contre les pratiques d'optimisation abusives, se joue également sur le terrain international, où le droit européen, mais également les conventions fiscales, intègrent de plus en plus de mécanismes anti-abus, ou des clauses limitatives d'avantages visant à dissuader certaines pratiques d'optimisation fiscale.

En ce qui concerne l'appréciation du but exclusivement fiscal, si la jurisprudence nationale et communautaire a toujours admis qu'il était possible pour un contribuable qui a le choix entre deux solutions, de choisir celle qui est la moins imposée, cette liberté ne doit pas être absolue. Au plan interne, cette limitation se caractérise par le mécanisme de l'abus de droit, au plan communautaire,<sup>335</sup> seront sanctionnées les pratiques qui sous entendent que le comportement du contribuable atteste « *d'une volonté de bénéficier d'un avantage résultant de l'application de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions pour son obtention* », que l'on peut rapprocher de la notion de la fraude à la loi.

**155** - Ces mécanismes de lutte contre les détournements de l'esprit des textes dans le but d'obtenir un avantage fiscal, permettent à l'administration de restituer à l'opération

---

<sup>335</sup> CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-110/99, Emsland Stärke ; Rec. CE 2000, I, p. 11569.

litigieuse son véritable caractère et d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes passés par les parties qui constitueraient un abus de droit.

Cet abus sera caractérisé par exemple, lorsque les actes en question auront un caractère fictif, ou que le contribuable a cherché le bénéfice de l'application littérale des textes, d'une manière allant à l'encontre de la volonté de leurs auteurs. En d'autres termes « *ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportés eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* ».

En revanche, lorsque l'opération a un autre but que celui d'obtenir un avantage fiscal, cette dernière ne pourra être remise en cause par le biais du mécanisme de l'abus de droit. La jurisprudence avait ainsi déjà validé en 1986<sup>336</sup>, le fait qu'une fusion à l'envers, qui consistait à faire absorber une société opérationnelle par une société dont la taille et l'activité était moins importante, mais qui possédait de nombreux déficits imputables sur les bénéfices de la société absorbée (ce qui n'aurait pas été possible dans le cas contraire), ne constituait pas un abus de droit.

**156 -** Nous verrons plus loin (V. infra), que la notion de but exclusivement fiscal dans le cadre de l'application de la procédure d'abus de droit, est aujourd'hui au cœur de plusieurs controverses puisque certains législateurs, souhaiteraient modifier la définition de l'abus de droit en remplaçant le terme « *exclusivement fiscal* » par celui de « *principalement fiscal* ».

Si cette modification présente pour les administrations fiscales un intérêt certain du fait qu'elle permettrait d'élargir le spectre du mécanisme, elle serait vectrice d'une grande insécurité juridique. Cette approche, qui a pour le moment été rejetée tout aussi bien au niveau national par le biais du contrôle de constitutionnalité, que par la jurisprudence communautaire, remettrait en cause selon nous de nombreux principes essentiels du droit.

## **§II) Une remise en cause du principe de liberté de gestion**

**157 -** Dans le cadre de notre propos, nous avons pu voir que la liberté de l'entreprise, en ce qui concerne les choix stratégiques, qu'ils soient relatifs à sa gestion, ou purement

---

<sup>336</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 21 mars 1986, n°53002, SA Auriège ; Dr. fisc.1986, n°31, comm. 1432, concl. O. FOUQUET ; RJF 1986, n°470.



fiscaux n'est pas totale. Nous allons revenir dans ce paragraphe sur les différents mécanismes qui permettent à l'administration fiscale, de sanctionner les comportements qu'elle jugera déviants, abusifs, ou allant à l'encontre de l'intérêt de l'entreprise.

Pour autant, il faut toujours garder à l'esprit que la liberté demeure un principe en France<sup>337</sup>, principe issu de la grande tradition révolutionnaire inscrit au sein même de la devise de la République.

Quelle est alors la place de la liberté dans l'univers juridique ? Beaucoup ont bien sûr à l'esprit les dispositions de l'article 1134 du Code civil<sup>338</sup>, qui présente le principe de la liberté contractuelle et qui dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »<sup>339</sup>. Cette liberté contractuelle ne pouvant être limitée que par les dispositions de l'article 6 du même Code<sup>340</sup>, qui dispose qu' « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Ces conventions ne pouvant donc, être révoquées que par le mutuel consentement des parties, ou « *pour les causes que la loi autorise* » et « *être exécutées de bonne foi* ».

Les principes de liberté de gestion et de non-immixtion dans la gestion, qui caractérisent cette philosophie, ont été admis par la jurisprudence<sup>341</sup> qui a toujours reconnu le droit des contribuables de ne jamais tirer de leurs affaires, le maximum de profit que les circonstances leur auraient permis de réaliser<sup>342</sup>.

En suivant ce raisonnement et comme nous l'avons signalé plus haut, le contribuable, libre dans sa gestion, est également par principe, en droit d'opter dans l'hypothèse où ce dernier aurait la possibilité de faire un choix ayant un impact fiscal, pour la solution la moins imposée, sans que cela puisse lui être reproché.

Si l'on s'intéresse à l'exemple des dépenses de fonctionnement ou de promotion de l'entreprise, ces dernières ne peuvent être en principe remises en cause, même si pour obtenir un résultat équivalent, l'entité dernière aurait pu dépenser des sommes moins importantes.

---

<sup>337</sup> P. SERLOOTEN, *Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l'encadrement de la liberté*, Dr. fis. 2007 n°12, 301.

<sup>338</sup> Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804

<sup>339</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016 et l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, ce principe sera codifié à l'article 1194 du Code civil et le terme convention remplacé par celui de contrat. V. M. LATHINA et G. CHANTEPIE, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016.

<sup>340</sup> Créé par Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803.

<sup>341</sup> CE, 3 décembre 1975, n°89412 ; Dr. fisc. 1976, n°13-14, comm. 467, concl. D. FABRE ; RJF 1976, n°2.

<sup>342</sup> CE, 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 1958, n°35977, préc. cit.

Ce principe n'est pour autant pas absolu et l'administration, possède dans certaines circonstances, un droit de regard sur les décisions prises par l'entreprise. Les divers mécanismes utilisés sont ceux de la fraude à la loi, l'abus de droit, l'acte anormal de gestion et l'ancienne théorie du risque manifestement excessif.

**158** - Si les notions d'acte anormal de gestion, de risque manifestement excessif sont d'un intérêt certain, le mécanisme de l'abus de droit, nous intéressera plus particulièrement puisqu'il est largement utilisé par l'administration fiscale pour sanctionner des montages jugés comme abusifs. Nous reviendrons donc premièrement sur le contrôle des décisions de gestion par le biais des notions d'acte anormal de gestion et de risque manifestement excessif (A), puis nous nous intéresserons aux mécanismes visant à sanctionner les décisions fiscales, par le biais du mécanisme de l'abus de droit (B).

#### **A) La sanction des décisions de gestion**

**159** - Nous avons vu qu'en vertu du principe de non-immixtion, l'administration fiscale, comme les tribunaux, ne peuvent en principe, remettre en cause l'opportunité des décisions de gestion prises par un contribuable, sauf à y déceler, des irrégularités ou une fraude. Ce principe, est la conséquence du fait que ni l'administration, ni les tribunaux, n'assument les risques de l'exploitation de l'entreprise. Pour autant, il a été admis que ces derniers, veillent à ce que les décisions prises par l'entreprise, l'aient été dans l'intérêt de l'exploitation commerciale.

De ce fait, deux constructions prétoriennes sont venues permettre la remise en cause de certaines décisions de gestion prises par un contribuable dans le cadre de son activité, l'acte anormal de gestion (1°) et le risque manifestement excessif (2°).

#### **1°) L'acte anormal de gestion**

**160** - Avant toute chose, il est important de souligner que ce mécanisme, qui permet la remise en question des décisions de gestion, est d'application limitée. Il est en effet réservé aux impositions sur le bénéfice, même si on peut le retrouver de manière très

exceptionnelle en matière de TVA, en ce qui concerne les modalités d'application de la TVA immobilière et des livraisons à soi même<sup>343</sup>.

Si la construction de ce mécanisme trouve sa source dans la jurisprudence, on peut également retrouver une partie de son fondement dans les articles 38<sup>344</sup> et 39<sup>345</sup> du CGI, qui définissent les modalités de calcul du bénéfice net et du bénéfice imposable mais également la déduction des charges dans le cadre de leurs calculs.

**161** - L'application de cette théorie, qui ne concernera pas les simples erreurs de gestion, n'a pas pour objet la remise en cause des situations juridiques souhaitées par les entreprises, mais de vérifier que les décisions prises par ces dernières, ont bien été prises dans l'intérêt de celles-ci.

En d'autres termes, la baisse de l'actif net, qui sera le résultat d'une dépense engagée par l'entreprise dans le cadre d'une décision de gestion, doit avoir pour elle une contrepartie.

La notion d'intérêt de l'entreprise, est donc centrale pour l'application de cette théorie, l'acte de gestion anormal, prendra ainsi sa source dans une décision de l'entreprise qui mettra à sa charge une dépense, une perte, ou qui la privera d'une recette, sans que cette dernière ne soit justifiée par un quelconque intérêt commercial lié à l'exploitation<sup>346</sup>.

Ce critère de l'intérêt de l'entreprise, est aujourd'hui communément admis à la fois par la doctrine<sup>347</sup>, l'administration et la jurisprudence et présente certains intérêts. En effet, si la théorie de l'acte anormal de gestion, est à juste titre considérée comme une atteinte aux principes de liberté de gestion et de non-immixtion, l'intérêt de l'entreprise pose a contrario une limite naturelle à ces atteintes. Par ailleurs, l'intérêt de l'entreprise est une notion qui se marie idéalement avec l'objectif des entreprises et notamment des sociétés, dont le principal intérêt est la réalisation de profits.

**162** - Se pose donc alors la question de l'appréciation de ce critère dans le cadre de la relation entre l'entreprise qui a pris une décision et l'administration qui souhaite la remettre en cause.

---

<sup>343</sup> BOI-TVA-CHAMP-10-20-20 n°1 et s.

<sup>344</sup> Modifié par Loi n°2014-1654 du 29 décembre 2014, art. 80.

<sup>345</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 26 (V).

<sup>346</sup> CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 janvier 1965, n°62099 ; Dr. fisc. 1965, n°8, comm. 265 ; Dr. fisc. 1970, n°3 bis, p. 23 ; RO, p. 260 ; Rec. CE 1965, p. 35.

<sup>347</sup> G. DEDEURWAEDER, *La distinction des erreurs et des décisions de gestion : Essai de présentation renouvelée d'une théorie générale*, art. préc. cit.

Le commissaire du gouvernement O. FOUQUET, a dans un but de clarification utilisé la notion d'avantage accordé à un tiers, en définissant l'acte anormal de gestion comme « celui qui est accompli dans l'intérêt d'un tiers par rapport à l'entreprise ou qui n'apporte à cette dernière qu'un intérêt minime, hors de proportion avec l'avantage que le tiers peut en retirer »<sup>348</sup>.

Cependant, il faudra toujours garder à l'esprit qu'une opération, qui n'est pas contraire à l'intérêt de l'entreprise, mais qui a également procuré un avantage à un tiers, ne pourra par principe être qualifiée d'anormale.

La normalité de la décision va s'apprécier « *in concreto* » par les tribunaux, lorsque l'administration souhaitera remettre en cause une décision prise par une entreprise, en fonction des circonstances de faits.

**163** - Si l'on s'intéresse à la jurisprudence relative à la notion d'acte anormal de gestion, on constate rapidement que les principales affaires soumises à l'appréciation des juges, concernent des décisions relatives à la déduction de charges pour le calcul du bénéfice imposable. Ces dernières ayant été rendues au visa de l'article 39 du CGI qui sert de base à ce mécanisme.

Cet article, dispose que « *le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges* », de ce fait, seules seront admises en déduction par la jurisprudence, les charges exposées dans l'intérêt de l'entreprise.

A contrario, les charges exposées dans l'intérêt d'un tiers et à l'exclusion de tout intérêt pour l'entreprise qui les a exposées, ne peuvent être déduites et doivent de ce fait, être réintégrées dans le résultat taxable de cette dernière. On pense ici notamment aux hypothèses concernant des dépenses exposées dans l'intérêt exclusif des dirigeants sans contreparties, aux dépenses concernant des biens ou services ne concernant pas directement l'exploitation, ou encore certaines libéralités ou dépenses d'agrément.

Sur la question de l'anormalité de la charge, celle-ci peut bien évidemment être déduite de son montant, solution que l'on retrouve à l'article 39 du CGI, qui dispose que les charges excessives sans contreparties, doivent être réintégrées dans le résultat taxable.

**164** - Les charges, ne sont cependant pas le seul domaine d'application du mécanisme de l'acte anormal de gestion, puisque ce dernier peut concerner, toutes sortes d'avantages

---

<sup>348</sup> CE, sect., 10 juillet 1992, n°110213, Sté Musel SBP et 110214, M. Brunner, préc. cit.

ou aides, accordés à des tiers, sans qu'il existe une contrepartie équivalente pour l'entreprise qui les accorde.

On retrouve ainsi l'hypothèse d'achats de biens ou de prestations à un prix majoré, les abandons de créances ou renonciations à recettes<sup>349</sup> et ce, quelque soit la qualité du bénéficiaire, que ce dernier soit un dirigeant, une entreprise tierce, ou encore une société liée.

Sur la question de l'application de l'acte anormal de gestion à des sociétés liées, la question est évidemment plus sensible, une entreprise peut en effet avoir un intérêt certain à aider une de ses filiales ou une autre entreprise liée. Les raisons de cette aide, peuvent être financières (bien que les aides à caractère financiers soient aujourd'hui considérées comme non déductibles)<sup>350</sup>, économiques (notamment dans le cadre de la préservation d'un marché ou d'un secteur d'activité), ou commerciales.

En matière d'aides commerciales, les exigences sont strictes, elles peuvent en effet être considérées comme relevant d'une gestion anormale si l'entreprise qui a accordé l'aide, ne démontre pas qu'elle avait un intérêt propre à le faire. Sur ce point, nous noterons qu'on ne peut justifier l'aide, en invoquant l'intérêt du groupe, qui n'est aujourd'hui pas reconnu par les textes.

Il a été fait application de cette règle dans des situations très variées et notamment dans le cas de réductions ou de dispenses d'intérêts<sup>351</sup>, d'abandons de créances<sup>352</sup>, ou encore dans le cadre d'une facturation à une filiale, retenant un prix équivalent au prix de revient des services fournis<sup>353</sup>.

Dans le cadre des groupes, et particulièrement ceux ayant une activité internationale, la non reconnaissance d'un intérêt de groupe pour l'appréciation du caractère normal d'une aide, est parfois difficile à accepter au vu de l'importance des liens existants entre les différentes entités du groupe notamment dans le cadre d'une intégration fiscale.

---

<sup>349</sup> Sur ce point, le Conseil d'Etat a récemment jugé qu'une entreprise pouvait justifier de son intérêt à renoncer à la rémunération d'une concession de licence de marque dans l'hypothèse où cette dernière parviendrait à démontrer que l'avantage a été consenti en vue de la préservation de l'existence même d'actifs, V. CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 février 2016, n°371258 SA Hôtels et Casino de Deauville; Dr. fisc. 2016, n°24, comm. 374, concl. A. BRETONNEAU, note F. TEPER.

<sup>350</sup> Sur ce point, pour les exercices clos à compter du 4 juillet 2012, les pertes notamment issues d'un point de vue financier, sont exclues des charges déductibles (CGI article 39, 13, al. 1). Cette interdiction s'applique même lorsque l'on pourrait considérer que l'aide consentie relève d'une gestion normale, et sans prendre en compte le fait que la société bénéficiaire connaisse ou non des difficultés financières et ce, dès lors que l'aide est accordée en dehors d'une procédure judiciaire.

<sup>351</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 février 1978, n°4413 ; Dr. fisc. 1978, n°25, comm. 1036 ; RJF 1978, n°149.

<sup>352</sup> CE, plén., 30 avril 1980, n°16253, préc. cit.

<sup>353</sup> CE, sect., 24 février 1978, n°2372 ; Dr. fisc. 1978, n°30, comm. 1212, concl. P. RIVIERE ; RJF 1978, n°161 ; RJF 1978, p. 146, chron. M.-D. HAGELSTEEN.

Ce rejet, est notamment lié à la non reconnaissance d'une personnalité morale aux groupes de sociétés, qui est à l'origine du refus de la prise en compte d'un intérêt de groupe dans le cadre de l'octroi d'aides. On ne peut que souhaiter que cette position soit remise en question un jour, notamment du fait des évolutions récentes que l'on a pu rencontrer dans le cadre du mécanisme de l'intégration fiscale. En effet, le fonctionnement du régime d'intégration fiscale, a récemment évolué du fait de la possibilité offerte aujourd'hui aux entreprises éligibles, d'opter pour une intégration fiscale horizontale (V. n°586 et s.), avancée notoire dans le cadre des structurations internationales. Cette évolution vers la possible reconnaissance d'un intérêt de groupe peut par ailleurs s'appuyer dans une certaine mesure sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière d'octroi d'aides au sein d'un groupe intégré. Dans un arrêt de 2001<sup>354</sup>, le Conseil d'Etat a en effet reconnu qu'il était possible de prendre en compte, pour l'appréciation du caractère normal de la décision de gestion, les contraintes économiques et juridiques venant peser sur des entreprises membres d'un réseau.

Cette situation, réservée pour le moment aux entreprises structurées selon ce schéma particulier, permet du fait des avantages retirés du statut de membre, de considérer certains versements comme déductibles et donc relevant d'une gestion normale. Ces versements, qui permettent notamment réalisation d'actions globales, sont alors considérés comme effectués dans l'intérêt du réseau même s'il n'existe pas d'engagement contractuel formel et que l'entreprise versante, n'en retire pas de contrepartie directe<sup>355</sup>.

**165 -** Enfin, en ce qui concerne la preuve du caractère anormal d'un acte de gestion, c'est par principe l'administration qui doit, lorsqu'elle souhaite remettre en cause une décision de gestion prise par l'entreprise, apporter la preuve que cet acte n'a pas été effectué dans l'intérêt de celle-ci.

En revanche, dans le cadre de certaines procédures d'impositions spécifiques, la preuve repose sur le contribuable, notamment dans le cadre des procédures de taxation d'office<sup>356</sup>, dans lesquelles ce sera à ce dernier, de démontrer que l'opération contestée avait un intérêt propre pour l'entreprise.

---

<sup>354</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 septembre 2001, n°219825 ; RJF 2001, n°1491 ; BDCF 2001, n°145, concl. G. BACHELIER.

<sup>355</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 mars 2006, n°281034, Sté Disvalor ; BF 5/06 n°461 et RJF 2006, n°502.

<sup>356</sup> Articles L 65 à 74 du LPF.

## 2°) La théorie du risque manifestement excessif

166 - Comme nous l'avons vu en matière d'acte anormal de gestion, la prise de risque dans le cadre de la gestion d'une entreprise, est en théorie protégée par les principes de liberté de gestion et de non-immixtion. Dans le cas présent, il ne s'agit pas de sanctionner une décision allant à l'encontre de l'intérêt de l'entreprise, mais les actes ou décisions, qui représentent un risque trop important pour elle. A contrario, on retiendra que l'administration fiscale, ne peut pas reprocher à une entreprise une « *gestion trop prudente ou trop aventurée* »<sup>357</sup>.

Cette liberté a été notamment reconnue en matière de choix financiers puisqu'il est de la compétence propre du chef d'entreprise, de choisir de financer un investissement par des fonds propres ou par de l'emprunt<sup>358</sup>.

Pour autant, la liberté de l'entreprise demeure ici encadrée, le juge accorde en effet à l'administration, un droit de regard sur la gestion de l'entreprise et ce, en vertu de l'objet commun aux sociétés commerciales, qui sera la réalisation de profits.

Lorsque la gestion deviendra défailante du fait des mauvais choix effectués par les dirigeants de l'entreprise, elle pourra alors être regardée comme étant anormale et les pertes qui vont résulter des mauvais choix effectués par l'entreprise, pourront le cas échéant être exclues des charges déductibles du résultat imposable<sup>359</sup>.

167 - La théorie du risque manifestement excessif, est donc une sorte de prolongement de l'appréciation des décisions de gestion par le biais de l'intérêt de l'entreprise, que cet intérêt soit commercial, financier, social, comme en matière d'acte anormal de gestion.

Pour autant, au delà de l'intérêt de la décision, c'est l'ampleur du risque pris dans le cadre du processus de décision de l'entreprise, qui sera également soumis au contrôle du juge.

Deux reproches sont notamment adressés à ce mécanisme de contrôle, le premier réside dans l'appréciation du caractère excessif du risque, qui sera classiquement défini comme étant celui qui excède le risque qu'un chef d'entreprise, peut être conduit à prendre dans une situation normale pour améliorer les résultats de son entreprise sur la base des informations dont il dispose. Etablir une sorte de référentiel à la manière du « *bon père de*

---

<sup>357</sup> P. FUMUNIER et C. MAIGNAN, *La notion de risque excessif*, Dr. fisc. 2015, n°5, comm.155.

<sup>358</sup> CE, 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 décembre 1963, n°52308 ; Dr. fisc. 1964, n°4-5, comm. 156, concl. M. MARTIN ; Dr. fisc. 1964, n°13 ; Dupont 1964, p. 175.

<sup>359</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 février 1981, n°14583 ; Dr. fisc. 1981, n°33-39, comm. 1677 ; RJF 1981, n°307.

*famille* » du droit civil, semble relativement difficile au vu des spécificités que présentent chaque structure et chaque secteur d'activité.

La seconde vient du fait qu'il s'agit d'un contrôle effectué a posteriori, c'est à dire après que la décision ait rendu ses effets. Comme l'expliquait J. TUROT dans une chronique consacrée à cette notion<sup>360</sup>, le Conseil d'État a raisonné « *en empilant les assiettes* », puisqu'un comportement qui apparaît de prime abord normal au cours d'un exercice donné, peut apparaître par la suite comme excessivement risqué, parce que ses conséquences apparaissent alors dans toute leur étendue, ces dernières ne pouvaient potentiellement à l'époque de la prise de décision, anticipées par le chef d'entreprise.

**168** - A l'origine, la théorie du risque manifestement excessif ne concernait que des affaires concernant des exploitants individuels et plus particulièrement les engagements de caution, pris par le professionnel en faveur d'un de ces clients<sup>361</sup>.

Elle fut ensuite élargie aux titulaires de BNC, dans l'affaire Loiseau<sup>362</sup>. Il s'agissait pour les juges de contourner l'impossibilité d'appliquer l'acte anormal de gestion aux titulaires de BNC, ce mécanisme étant réservé aux activités exercées un cadre commercial du fait des dispositions du CGI. Le 1 de l'article 93<sup>363</sup> concernant les BNC, n'autorisant que la déduction des dépenses nécessaires à l'exercice de la profession, alors que l'article 39 concernant les activités commerciales définit le bénéfice imposable comme étant le bénéfice, pris « *sous déduction de toutes charges* ». Par la suite, le mécanisme a finalement été étendu à tous les revenus catégoriels.

**169** - Si pendant plusieurs années, la théorie du risque manifestement excessif n'est apparue que de manière ponctuelle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle a connu une vive renaissance à l'occasion de l'affaire Fralsen Holding, qui a fait directement référence à son application.

Cette affaire mettait en cause la SA Fralsen Horlogerie, membre du groupe Timex Corporation qui contrôlait la société Timex France à 99,99%.

---

<sup>360</sup> J. TUROT, *L'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte qui, sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif*, RJF 1990, p. 735.

<sup>361</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 14 février 1979, n°10812 ; Dr. fisc. 1979, n°21, comm. 1069 ; RJF 1979, n°220.

<sup>362</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 17 octobre 1990, n°83310, préc. cit.

<sup>363</sup> Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 26 (V).



Timex France, en grandes difficultés, a vu sa situation nette négative rétablie suite à un coup d'accordéon<sup>364</sup> et par des avances en comptes courants avec intérêts, qui ont été pratiqués par la société Fralsen.

En 2011, il a été procédé à la dissolution sans liquidation de la société Timex France, suite à cette opération, la société Fralsen, a déduit de son bénéfice imposable une perte exceptionnelle résultant de la disparition de la créance en compte courant qu'elle détenait sur sa filiale car cette dernière, était alors considérée comme irrécouvrable.

L'administration fiscale a considéré que cette opération révélait un acte anormal de gestion, cependant la Cour administrative d'appel de Nancy<sup>365</sup> n'a pas suivi ce raisonnement en affirmant que les arguments visant à démontrer que cette dernière avait des intérêts commerciaux et financiers d'accorder les avances litigieuses étaient convaincants. Ces avantages résidaient notamment dans la préservation de la valeur de sa participation, la sauvegarde de son renom, la préservation des relations commerciales directes, ainsi que le maintien du volume de son activité, sa filiale distribuant en France et dans d'autres pays, des montres équipées des mouvements qu'elle fabriquait.

Le Conseil d'Etat, le 6 novembre 2011<sup>366</sup>, va casser cette décision pour insuffisance de motivation dans la preuve de l'intérêt de la société à accorder les avances litigieuses. Il ajouta par ailleurs que la Cour ne s'était pas prononcée sur la solvabilité de la filiale et sur l'ampleur du risque pris dans l'octroi de ces avances.

On le voit, le risque manifestement excessif qui n'était pas au centre des débats au début de cette affaire, s'est peu à peu affirmé jusqu'à devenir la question centrale lors du second examen de l'affaire.

La Cour administrative d'appel de Nancy<sup>367</sup>, lorsqu'elle a procédé à l'interprétation de la normalité de l'aide, va pour compléter son analyse et comme le lui enjoignait le Conseil d'Etat, procéder à l'étude de l'importance du risque pris. En ce sens, elle va estimer que l'intérêt pour la société Fralsen était en l'espèce minime et que le risque qui en découlait était hors de proportion avec les éventuels contreparties attendues.

Dans le cadre de la seconde cassation, le Conseil d'Etat, a encore reproché à la juridiction d'appel de n'avoir appréciée la situation que sous l'optique de l'intérêt commercial, sans

---

<sup>364</sup> Article L 626-3 du Code de commerce qui définit l'hypothèse du coup d'accordéon comme étant une réduction de capital suivie d'une augmentation de ce dernier afin d'apurer les pertes de la société.

<sup>365</sup> CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 5 février 2009, n°07NC00888, Sté Fralsen Holding ; FR 35/14, inf. n°3.

<sup>366</sup> CE, 3<sup>ème</sup> ch., 16 novembre 2011, n°326913 min. c/ Sté Fralsen Holding ; RJF 2012, n°799 ; BF 8-9/12 n°820.

<sup>367</sup> CAA Nancy, 1<sup>ère</sup> ch., 2 août 2012, n°11NC01938, SA Fralsen Holding ; inédit.

rechercher si le risque pris par la société versante était ou non, réellement excessif. Il valide ainsi la grille d'analyse à appliquer afin d'apprécier le caractère excessif de l'opération litigieuse et a décidé de rétablir la société dans ses droits.

**170** - Afin d'apprécier le caractère excessif d'un risque pris par une entreprise, il faudra donc tout d'abord que celui-ci soit réellement excessif et non pas simplement élevé. Il faudra donc par exemple prendre en compte les capacités de l'entreprise à mobiliser les fonds placés, afin que l'équilibre financier de la société versante ne soit pas remis en cause par l'opération. Il faudra également étudier l'objectif de l'aide accordée et notamment sa juste rémunération. Enfin, il faudra s'intéresser à l'évolution de la situation de l'entreprise bénéficiaire suite au versement de l'aide et ce, dans des conditions normales. En d'autres termes, il ne faudra pas se contenter d'étudier a posteriori une situation largement dégradée qui ne pouvait pas être anticipée au moment du versement de l'aide.

**171** - Si cette nouvelle approche des décisions de gestion par l'administration a pu effrayer plus d'un contribuable et plus d'un conseil, il faut noter que dans le cadre d'une jurisprudence récente<sup>368</sup>, le Conseil d'Etat, a abandonné cette théorie en décidant que c'est au regard du seul intérêt propre de l'entité que l'administration fiscale doit apprécier si les opérations mises en place relèvent ou non d'une gestion normale. Si cette affirmation est dans la droite ligne des principes que nous avons pu étudier, la Haute juridiction a ajouté, qu'indépendamment des hypothèses de détournements de fonds, il n'appartient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité des choix de gestion et notamment sur l'ampleur des risques pris par l'entité pour améliorer ces résultats.

## **B) La sanction des décisions fiscales**

**172** - Nous avons vu en introduction de cette section que le mécanisme de l'abus de droit, qui vient sanctionner les positions fiscales prises par le contribuable, trouvait son origine dans une ancienne jurisprudence civile, avant d'être codifié en 1941 (V. n°25 ).

---

<sup>368</sup> CE, sect., 13 juillet 2016, n°375801, SA Monte Paschi Banque ; Dr. fisc. 2016, n°36, comm. 464, concl. E. BOGDAM-TOGNETTI, note O. FOUQUET.

Suite à cela, la loi Aicardi<sup>369</sup> adoptée en 1987, a modifié le mécanisme afin de renforcer les garanties des contribuables visés par une procédure d'abus de droit. Elle a notamment prévu l'intervention obligatoire du comité de l'abus de droit<sup>370</sup> en cas de demande par le contribuable et mis en place la procédure du rescrit, cette dernière permettant à un contribuable de valider en amont ses options fiscales, afin de se prémunir contre un éventuel contentieux.

Une des difficultés rencontrées dans le cadre de ce mécanisme a été pendant un temps son lien avec le mécanisme de la fraude à la loi. Le Conseil d'Etat, dans sa décision Janfin<sup>371</sup>, a fait évoluer la relation entre ces deux mécanismes, en permettant à l'administration fiscale de déclarer certains actes comme lui étant inopposables sur le fondement de la fraude à la loi, sans pour autant qu'elle accorde au contribuable les garanties prévues pour la procédure de répression des abus de droits, telles que la saisine du comité consultatif.

Par suite, la procédure de l'abus de droit a été modifiée, afin que les procédures de fraude à la loi et de répression des abus de droits soient unifiées et que les mêmes garanties soient accordées aux contribuables dans les deux procédures.

**173** - La version actuelle de la procédure d'abus de droit, est issue de la loi de finances rectificative pour 2008<sup>372</sup>, fruit d'une longue évolution notamment inspirée par la jurisprudence, puisque si cette dernière ne concernait à l'origine que les contrats et conventions, elle a par la suite été élargie aux pratiques abusives qui utilisent d'autres instruments juridiques (notamment l'utilisation des crédits d'impôts).

En partant de cette idée, le Conseil d'Etat a ainsi généralisé la procédure de l'abus de droit aux hypothèses de fraude à la loi, qui est ainsi devenue un cas de mise en œuvre de la procédure de l'abus de droit.

---

<sup>369</sup> Loi n°87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières.

<sup>370</sup> La Loi n°2008-1443 du 30 septembre 2008 a modifié la dénomination et la composition de ce comité, depuis ce texte, le nom de « comité de l'abus de droit fiscal » a remplacé le « comité consultatif pour la répression des abus de droit ».

<sup>371</sup> CE, sect., 27 septembre 2006, n°260050, Société Janfin ; Rec. CE 2006, p. 401 ; Dr. fisc. 2006, n°47, comm. 744, concl. L. OLLEON ; Procédures 2006, comm. 284, note J.-L. PIERRE ; RJF 2006, n°1583, chron. Y. BENARD, p. 1083 et s. ; Bull. Joly Sociétés 2007, p. 104, § 12, note S. REEB-BLANLUET ; BGFE 2006, n°12, p. 30 et s., obs. N. CHAHID-NOURAI et O. FOUQUET, « Fraude à la loi et abus de droit », Dr. fisc. 2006 n°47 étude 65.

<sup>372</sup> Loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008.

**174 - Une résonnance internationale.** Lorsque l'on s'intéresse aux dossiers traités par le Comité de répression des abus de droit<sup>373</sup>, de nombreuses affaires concernent des dossiers internationaux complexes, ce qui donne encore plus d'importance à l'influence de la jurisprudence communautaire sur l'évolution de cette notion.

En effet, de nombreux montages qui concernent des opérations effectuées avec, ou par le biais d'autres pays européens, sont remis en cause régulièrement par le biais de cette procédure, le Luxembourg y est d'ailleurs « *particulièrement à l'honneur* », comme l'a souligné avec une certaine ironie J.-J. LUBIN<sup>374</sup>.

**175 -** Les décisions fiscales considérées comme abusives, nous l'avons déjà souligné, lourdement réprimées par l'application de la procédure d'abus de droit. Dans le cadre de l'application de cette dernière, le contribuable encourt une majoration de 80%, assortie d'un intérêt de retard ce qui engendre in fine, une imposition équivalente au double de l'avantage fiscal obtenu par le contribuable. L'abus de droit est donc, selon les mots de CH. DE LA MADIÈRE, une « *arme de répression fiscale* »<sup>375</sup>, voire un instrument de police fiscale<sup>376</sup>.

Il est intéressant sur ce point d'établir un parallèle avec la sanction par le fisc, d'autres décisions fiscales, en dehors de la procédure de l'abus de droit.

Ainsi, un contribuable qui minorerait sciemment sa base d'imposition, se verrait sanctionner par l'administration fiscale, mais encourt simplement une pénalité de 40%. Les propos de J. TUROT éclairent parfaitement ce point lorsqu'il affirme « *qu'il en coûte plus de chatouiller la loi que de la bousculer* »<sup>377</sup>.

Si la procédure d'abus de droit est difficile à mettre en place pour l'administration, cette dernière peut utiliser d'autres instruments afin de remettre en cause les comportements jugés déviants des contribuables.

En effet, si la procédure d'abus de droit demeure un formidable instrument de dissuasion pour les contribuables tentés par la mise en place d'opérations n'ayant d'autre but que la réalisation d'une économie d'impôt, le législateur a également mis en place de nombreux

---

<sup>373</sup> BOI-CF-IOR-30 n°1 et s.

<sup>374</sup> *Actes pratiques et stratégie patrimoniale*, Revue trimestrielle lexinexis juriscasseur, juillet-août-septembre 2014. P. 1 et s.

<sup>375</sup> Ch. DE LA MADIÈRE, *La notion d'abus de droit, arme de répression fiscale*, Dr. fisc. 2014 n°51-52, 700.

<sup>376</sup> J.-J. LUBIN, *Abus de droit : instrument de police fiscale*, Actes pratiques et stratégie patrimoniale, Revue trimestrielle Lexinexis Juriscasseur, juillet-août-septembre 2014.

<sup>377</sup> J. TUROT, *L'abus de droit est-il un vice ?* RJF 1996, p. 486.

dispositifs anti-abus spécifiques à certaines problématiques identifiées, qui seront plus facilement utilisables par l'administration.

**176 - *Des sanctions lourdes pour le contribuable.*** La répression des abus de droits, peut en un sens s'assimiler à une forme de répression pénale<sup>378</sup>, du fait de l'importance des sanctions encourues et du fait de la similitude de certains de ses éléments constitutifs. Ainsi, l'élément matériel du délit général de fraude fiscale codifié à l'article 1741 du CGI (V. n°37) et qui vise, quelque soit le ou les moyens utilisés, à se soustraire, ou de tenter de se soustraire à l'établissement ou au paiement de l'impôt, peut donc être caractérisé par une omission, une dissimulation ou une fraude à la loi.

L'article L 64 du LPF, qui définit la notion de l'abus de droit, vise quant à lui les actes fictifs qui seront constitutifs d'une fraude à la loi fiscale, ou d'une simulation et il n'y pas de doute dans le fait que la recherche d'un but exclusivement fiscal dans la mise en place de ces actes ou opérations, représente pour le contribuable, un moyen de se soustraire à ses obligations fiscales au sens de l'article 1741 du CGI.

Cette hypothèse est encore plus accentuée du fait que la loi du 6 décembre 2013<sup>379</sup> a défini comme circonstances aggravantes du délit de fraude fiscale, l'acte fictif ou artificiel, mais également l'interposition d'une entité fictive ou artificielle, qui sont des moyens que l'on retrouve généralement dans les décisions de justice qui s'intéressent à l'application de la théorie de l'abus de droit, dans lesquelles les juges ont parfois à faire face à des montages artificiels.

L'élément intentionnel du délit général de fraude fiscale, peut également se retrouver dans l'abus de droit. En effet, afin de caractériser la fraude, il faudra démontrer que le contribuable qui s'est soustrait à ses obligations fiscales, l'a fait de manière volontaire. On ne peut douter que la caractérisation d'un abus de droit ne puisse être établie sans que le contribuable ait agi de manière volontaire, puisque ce dernier a mis en place des actes, ou opérations dans le but de limiter, ou d'éluder sa charge fiscale.

Nous allons donc étudier ici les différentes branches de l'abus de droit (1°), comment ce dernier a trouvé une résonance au niveau communautaire (2°), puis, nous verrons comment ce dernier est mis en œuvre (3°).

---

<sup>378</sup> F. DEBOISSY, *Abus de droit : que est le risque pénal*, Dr. fisc. 2014 n°46, 623.

<sup>379</sup> Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière précitée.

## 1°) Les différentes branches de l'abus de droit

177 - La remise en cause d'opérations effectuées par un contribuable par le biais de la procédure de l'abus de droit, peut se faire selon deux voies, la première celle de la simulation (1), est plus souvent connue du droit fiscal sous le terme de fictivité, la seconde est quant à elle celle relevant du mécanisme de la fraude à la loi (2).

### 1) L'abus de droit par simulation

178 - La simulation tire son origine des mots latins « *simulo* » : feindre et « *similes* » : semblable, ce comportement est bien connu des civilistes, puisque codifiée et sanctionnée par l'article 1321 du Code civil<sup>380</sup>.

Sur la base de ce texte, la simulation est caractérisée par une connivence entre deux parties mettant en place deux actes juridiques différents. Le premier, apparent mais mensonger, vient se substituer publiquement à un second acte qui lui, demeurera secret entre les parties et qui définira les effets réels du contrat. Cet acte secret, prend la dénomination de contre-lettre ; l'hypothèse la plus classique est celle de la donation déguisée, c'est à dire qu'une vente apparente, dissimule dans les faits une libéralité entre les parties.

Cette opération permet ainsi d'éviter l'application des lourds droits de mutation à titre gratuits<sup>381</sup> d'un montant de 60% en cas de donation à un tiers, et de lui appliquer seulement les droits applicables aux transmissions à titre onéreux de 5,09% ou 5,80%<sup>382</sup> lorsque le bien en question est un immeuble. En ce qui concerne les cessions de droits sociaux, le contribuable sera soit soumis à un droit proportionnel de 0,1%<sup>383</sup> en ce qui concerne les cessions d'actions, les parts sociales seront elles taxées à 3% après abattement de 23 000 euros, d'autres taux sont applicables notamment pour les personnes morales à prépondérance immobilière<sup>384</sup>, dans ce cas, le taux applicable sera de 5%.

---

<sup>380</sup> Modifié par la Loi 2000-230 du 13 mars 2000 – art 1 JORF 1<sup>er</sup> mars 2000. Cet article, sera modifié du fait de la réforme du droit des obligations et se retrouvera codifié à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016 aux articles 1201 et 1202 du Code civil, Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>381</sup> Article 777 du CGI.

<sup>382</sup> Article 747 du CGI

<sup>383</sup> Article 726 bis du CGI

<sup>384</sup> BOI-ENR-DMTOM-40-10-20 n°1 et s.

L'article 1321 du Code civil, dispose que la contre-lettre, ne peut avoir d'effets qu'entre les parties au contrat et ne peut en aucun cas, être opposée aux tiers et donc à l'administration fiscale. Ce mécanisme, lui permettra si l'opération est découverte, d'en rechercher les réelles conséquences et ainsi de percevoir le juste impôt.

**179** - Fiscalement, on retrouve rarement le terme de simulation employé en tant que tel, il est en effet souvent remplacé par le terme de fictivité. Cette dernière, a cependant les mêmes conséquences que la simulation au sens civiliste puisque le contribuable, sous couvert d'un acte fictif déguisé, ou par l'interposition d'une personne physique ou morale ou de tout autre instrument (fiducie, trust), transforme la réalité juridique de l'opération. Ces différentes hypothèses sont sanctionnées de manière identique par l'article L 64 du LPF, la différence est seulement liée aux moyens mis en œuvre par le contribuable. Ainsi, si l'acte fictif n'est dans les faits pas réel, l'acte déguisé sera lui réel mais mensonger (contre-lettre). L'hypothèse de l'interposition se retrouvera par exemple dans le cadre de la mise en place d'une convention de prête-nom, où la personne désignée en apparence n'est dans les faits, pas membre de l'affaire et ne devrait en principe pas être le redevable de l'imposition, on peut également le retrouver dans le cadre de la notion de bénéficiaire effectif, qui est aujourd'hui centrale dans la lutte contre les pratiques abusives.

## **2) L'abus de droit par fraude à la loi**

**180** - Lorsque l'on aborde la problématique de la fraude à la loi, il viendra à l'esprit de certains la formule latine suivante : « *Male enim nostro jureuti non debemus, fraus omnia corrumpit* », que l'on connaît classiquement dans sa traduction restreinte « *la fraude corrompt tout* ».

Cette notion d'un usage relativement commun, prend encore tout son sens dans le cadre de la fiscalité tant la tentation de frauder est grande pour des contribuables connaissant de plus en plus de difficultés financières et du fait de la lourdeur du système fiscal.

Nous avons vu en introduction de cette section que la fraude à la loi et l'abus de droit, trouvaient leurs origines dans la jurisprudence de la Cour de cassation du 19<sup>ème</sup> siècle, notion qui ont peu à peu été intégrées dans les textes, notamment par une loi de 1941 (V. n°25).

Cette loi, qui a inséré au CGI un article 156 quinquies, repris en 1948 à l'article 244. Selon les dispositions de cet article, « *Toute opération conclue sous la forme d'un contrat*

*ou d'un acte juridique quelconque et dissimulant une réalisation ou un transfert de bénéfices ou de revenus effectués directement ou par personnes ou sociétés interposées n'est pas opposable à l'administration des contributions directes, qui a le droit, après avoir pris l'avis du comité consultatif (...) de restituer à l'opération son véritable caractère et de déterminer en conséquence les bases de l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou de l'impôt sur les sociétés dû par les parties ».*

Déjà à cette époque, les bases de la consultation d'un comité consultatif étaient envisagées et présentait un avantage pour l'administration.

En effet, lorsque cette dernière souhaitait remettre en cause un montage qu'elle considérait comme fictif, elle pouvait, soit le requalifier selon les prescriptions jurisprudentielles, ce qui supposait qu'elle puisse apporter la preuve de la fictivité du montage, soit, demander l'avis du comité consultatif qui, si ce dernier émettait un avis favorable, lui permettait de renverser la charge de la preuve qui pesait alors sur le contribuable.

Cette interprétation, favorable à l'administration fiscale a rapidement été restreinte par le Conseil d'Etat, qui a limité le pouvoir de requalification de l'administration en abus de droit, seulement lorsque cette dernière agissait dans les conditions applicable à cette procédure<sup>385</sup> sous peine d'irrégularité.

Suite à cette décision, l'administration a souhaité supprimer la nécessité de faire appel au comité consultatif pour la répression des abus de droit, souhait qui ne fut qu'à moitié exhaussé puisque si le comité a été maintenu, sa saisine n'est devenue qu'une simple possibilité pour l'administration fiscale.

**181** - La loi Aicardi (V. supra) a également fait évoluer la saisine du comité puisque à partir de cette loi, ce dernier pouvait non seulement être saisi par l'administration fiscale, mais également par le contribuable qui souhaitait contester la requalification envisagée par l'administration sans attendre une procédure contentieuse, l'avis du comité étant opposable à l'administration fiscale. Il s'agissait de donner au contribuable des moyens de défenses plus efficaces et de le mettre sur un pied d'égalité avec l'administration fiscale en ce qui concerne la saisine du comité de l'abus de droit.

---

<sup>385</sup> CE, sect., 5 novembre 1955, n°22322, Sieur B. ; Rec. CE 1955, tables, p. 696 ; Dr. fisc. 1956, n°1, concl. BOITREAUD, doctr. p. 5 à 8 ; AJDA 1956, II, p. 47, note R. DRAGO.



## 2°) L'abus de droit, perspectives communautaires

**182** - Nous avons vu que l'abus de droit était une création prétorienne, à l'instar de la fraude à la loi, tous deux issus de la jurisprudence du 19<sup>ème</sup> siècle. Cependant, le mécanisme codifié à l'article L 64 du LPF, a connu une longue évolution et pourrait connaître à l'avenir de nombreuses modifications.

Aujourd'hui, l'abus de droit connaît deux principaux domaines d'application, le premier et le plus ancien, est celui qui permet à l'administration de remettre en cause les manœuvres des contribuables qui reposent sur des actes juridiques réguliers en apparence, et qui viennent dissimuler des bénéfices ou revenus dans le but de faire obstacle à l'application de la loi fiscale. C'est ce que l'on appelle classiquement, l'abus de droit par simulation.

Le second, que l'on retrouve dans la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>386</sup> et de la Cour de cassation<sup>387</sup>, a eu pour objet de déclarer comme étant non opposables à l'administration des actes passés par les contribuables qui « *n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'échapper ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles* ». On retrouvait donc déjà à cette époque les principes fondamentaux de l'acception moderne du mécanisme de l'abus de droit.

**183** - Par la suite, un des principaux objectifs de l'administration a été de modifier la définition de l'abus de droit en sanctionnant, non pas simplement les opérations ou montages ayant un but exclusivement fiscal, mais plus généralement ceux ou celles ayant un but essentiellement fiscal, afin d'élargir le champ d'application de ce dernier et de sanctionner un maximum de comportements. Ces velléités nous l'avons vu, ont notamment trouvé leur source dans la jurisprudence Halifax précédemment évoquée (V. n°103).

En effet, si le droit communautaire ne s'est jamais directement intéressé au concept d'abus de droit, il a toujours empêché les contribuables de se prévaloir de manière frauduleuse ou abusive, des dispositions du droit communautaire. L'objectif est ici

---

<sup>386</sup> CE, plén., 10 juin 1981, n°19079, préc. cit.

<sup>387</sup> Cass. com., 19 avril 1988, n°86-19.079, Mme Fanny Joseph, Epse Donizel, préc. cit.

d'empêcher que les transactions réalisées en dehors d'un cadre commercial normal, puissent bénéficier impunément des avantages procurés par le droit européen<sup>388</sup>.

Cependant, comme en droit interne, le droit communautaire a également reconnu la possibilité pour le contribuable qui a le choix entre deux impositions, de choisir la solution qui sera la moins imposée<sup>389</sup>, tout en réservant le cas des pratiques abusives dont le but exclusif est l'obtention d'un avantage fiscal, critère que l'on retrouve dans le cadre du mécanisme de l'abus de droit français.

Si dans le cadre de sa jurisprudence<sup>390</sup>, la Cour de Luxembourg a pu utiliser le terme « *essentiel* » dans le cadre de la caractérisation du but fiscal recherché par le contribuable, cet accro linguistique n'illustre pour autant pas un revirement de jurisprudence communautaire en matière d'abus de droit, puisque dans la pratique la notion d'abus de droit est dans les faits, identique dans les deux ordres juridiques. La Cour a d'ailleurs précisé cette analyse en affirmant que « *l'interdiction des pratiques abusives n'est pas pertinente lorsque les opérations en cause sont susceptibles d'avoir une justification autre que la simple obtention d'avantages fiscaux* »<sup>391</sup>.

**184 - Une approche française conforme au droit communautaire.** Au final, si la conformité de la notion française d'abus de droit à celle retenue par le droit communautaire est établie, il faudra également que le mécanisme français de sanction des abus de droit, n'aille pas à l'encontre d'autres droits et libertés défendus par les textes européens comme la liberté de circulation des capitaux (article 63 à 66 du TFUE) ou la liberté d'établissement prévu par l'article 49 du TFUE, qui impliquent la prohibition de mesures nationales qui viendraient les restreindre. Pour autant, la procédure de l'abus de droit peut potentiellement sanctionner certains choix d'implantation, même au sein de la Communauté.

Par exemple, le Conseil d'Etat a pu reconnaître comme abusive, la création d'une structure au Luxembourg ne supportant aucune imposition sur les bénéficiaires dans ce pays, mais qui bénéficiait des avantages du régime mère-fille institué par le droit

---

<sup>388</sup> CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-110/99, Emsland Stärke, préc. cit

<sup>389</sup> CJCE, 9 octobre 2001, aff. C-108/99, Cantor Fitzgerald International ; Dr. fisc. 2002, n°3, comm. 21.

<sup>390</sup> Arrêt Halifax précédemment cité.

<sup>391</sup> *Ibid.*

communautaire. De par la soumission à ce régime, la société était exonérée d'imposition sur le versement de dividendes en dehors de la réintégration d'une quote-part de 5%<sup>392</sup>.

On le voit, ce mécanisme remet bien en cause dans une certaine mesure le principe de liberté d'établissement, puisqu'il empêche de s'implanter dans un autre Etat de la Communauté, dans l'hypothèse où cette implantation, serait choisie pour des raisons fiscales. Sur ce point particulier, la Cour administrative d'appel de Versailles<sup>393</sup> a posé une question préjudicielle à la CJUE visant à savoir si cette quote-part perçue sur les dividendes étrangers, représentait une restriction à la liberté d'établissement, puisque contrairement à la quote-part de frais et charges applicables aux dividendes de source française, elle ne peut être neutralisée par le mécanisme de l'intégration fiscale.

Si nous sommes encore dans l'attente de la position de la CJUE, la lecture des conclusions de l'avocat général J. KOKOTT rendues publiques le 11 juin 2015, démontre que la quote-part (du fait de l'absence de possibilité de neutralisation), constitue une restriction à la liberté d'établissement, qui n'est justifiée ni par le principe de répartition de l'imposition entre les Etats membres, ni par la cohérence du système de l'intégration fiscale.

On le voit, la restriction des libertés communautaires représente une interdiction de principe, qui connaît cependant quelques exceptions, comme la préservation de la cohérence du système fiscal<sup>394</sup>, ou l'efficacité des contrôles fiscaux<sup>395</sup>.

Il est à noter que ces limitations, sont en matière de répression des abus de droit, inopérantes du fait de la définition même de ce dernier. La seule justification possible est celle qui serait basée sur l'exclusion des montages artificiels qui ont pour but de contourner l'esprit de la loi fiscale<sup>396</sup>, comme c'est le cas en droit interne.

Pour autant peut-on considérer que l'assimilation entre la définition française de l'abus de droit et la définition communautaire est absolue, ou existe-t-il des différences dans l'appréciation des abus de droits entre ces deux ordres juridiques ?

---

<sup>392</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 février 2004, n°247729, SA Pléiade préc. cit. et CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 mai. 2005, n°267087, min. c/ Sté Sagal, préc cit.

<sup>393</sup> CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 29 juillet 2014, n°12VE03691 ; Dr. fisc. 2015, n°25, act. 366.

<sup>394</sup> CJCE, 28 janvier 1992, aff. C-204/90, H. M. Bachmann c/ Belgique ; Dr. fisc. 1992, n°29, comm. 1503, obs. E. KORNPORST.

<sup>395</sup> CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-254/97, XAB-YAB ; Dr. fisc. 2000, n°11, Etude P. DIBOUT, p. 474 à 482.

<sup>396</sup> CJCE, plén., 16 juillet 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries plc (ICI) ; Dr. fisc. 1998, n°48, Etude P. DIBOUT ; RJF 1998, n°1382, concl. G. TESAURO et CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, Cadbury-Schweppes ; RJF 2006, n°1644, concl. Ph. LEGER ; BDCF 2006, n°146 ; Dr. fisc. 2006, n°39, act. 176.

Nous avons vu qu'en droit interne, l'abus de droit était issu d'une jurisprudence qui distingue deux types de comportements, la simulation et la fraude.

Si généralement, les juridictions font référence cumulativement aux deux critères pour caractériser un abus de droit, rien n'oblige par principe l'administration fiscale à procéder un examen successif de ces critères, il est en effet normal de considérer qu'un acte ou un montage fictif, ne soit inspiré que par des motifs fiscaux.

La jurisprudence européenne quant à elle, insiste de manière plus appuyée sur la notion d'artificialité, même s'il n'y a pas pour autant de grande différence avec la tradition dualiste française. La définition communautaire intègre plus simplement, notamment du fait de sa relative jeunesse, les deux critères que l'on retrouve en droit interne.

### **3°) La procédure de l'abus de droit**

**185** - La procédure d'abus de droit est une procédure spécifique qui, si elle a pour objectif de sanctionner les comportements déviants des contribuables, doit également garantir les droits fondamentaux de ces derniers. Elle débute toujours par une proposition de rectification et se poursuit par l'intervention (facultative), d'un comité spécial, saisi pour avis. Cependant, nous verrons plus loin que dans des hypothèses particulières, l'administration fiscale peut, sans suivre la procédure de l'article L 64 du LPF, opérer des redressements relevant de l'abus de droit, avec des conséquences particulières.

**186** - Dans le cadre de la procédure « normale », le choix de mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit de l'article L 64 du LPF, revient à un fonctionnaire de l'administration ayant le grade d'inspecteur divisionnaire, qui la vise spécifiquement dans la proposition de rectification, conformément aux dispositions de l'article R 64-1 du LPF. A ce stade, tous les éventuels vices qui vont influencer la régularité de la proposition de rectification pourront être opposés à l'administration, ce qui aura pour conséquence le prononcer de l'irrégularité de la procédure.

Même si la procédure de l'abus de droit connaît certaines spécificités, il n'en demeure pas moins que les rectifications envisagées doivent être notifiées au contribuable dans le respect de la procédure de rectification contradictoire, conformément aux articles L 57 et R 57-1 du LPF. Le contribuable est alors à ce moment informé que l'administration fiscale a usé de sa faculté à utiliser la procédure de l'abus de droit.

En vertu de ces dispositions, la proposition de rectification doit être motivée de façon à ce que le contribuable puisse formuler ses observations, ou faire connaître son acceptation des redressements envisagés dans un délai de trente jours, à compter de la réception de la notification. Ce délai, peut être prolongé si le contribuable en ressent le besoin notamment afin de se faire assister par un conseil de son choix.

Il est à noter qu'une même proposition de rectification peut contenir plusieurs chefs de redressements, certains vont relever d'une procédure de rectification contradictoire, d'autres de la procédure d'abus de droit. Cette caractéristique, n'est pas répréhensible du moment que les différents chefs de redressements, sont clairement identifiés et identifiables et que le contribuable, n'est pas privé des garanties procédurales applicables à chacun d'eux. Enfin, pour protéger l'action de l'administration, il ne faudra pas que cette dernière fasse une application erronée des majorations spécifiques à la procédure d'abus de droit dans le cadre de la procédure de rectification contradictoire, ce qui serait qualifié d'erreur substantielle et engendrerait une décharge globale de l'imposition<sup>397</sup>.

Après avoir reçu une proposition de rectification, le contribuable peut, soit accepter les rectifications proposées par l'administration, mais il va pouvoir également adresser des observations, qui pourront être acceptées ou rejetées par l'administration. Si, à la suite de leur examen, l'administration fiscale maintient sa proposition, elle en informe le contribuable dans le cadre d'une réponse motivée, cette réponse indiquera que le contribuable a la possibilité de demander la saisine du comité de l'abus de droit fiscal.

**187 -** Lorsque le contribuable demande la saisine du comité de l'abus de droit fiscal, ce dernier doit apprécier le véritable caractère des actes que le contribuable a souhaité opposer aux tiers et donner un avis sur les rectifications proposées par l'administration fiscale dans le cadre de la procédure contradictoire en cours.

Devant ce comité, les dispositions de la CEDH et notamment le droit à un procès équitable qui sont généralement invoquées par les contribuables devant les juridictions ne sont pas applicables. En effet ce dernier n'est pas une juridiction au sens classique du terme<sup>398</sup> et le contribuable aura par ailleurs de toute façon, la possibilité de bénéficier de des garanties procédurales, devant la juridiction saisie par la suite.

---

<sup>397</sup> Cass. com., 6 novembre 2007, n°05-21.527 (n°1207 F-PB), DGI c/ Huber ; RJF 2008, n°238.

<sup>398</sup> Cass. com. 6 novembre 2007 n°05-21.527 (n°1207 F-PB), DGI c/ Huber ; RJF 2008, n°238.

Ce comité peut être saisi depuis la loi Aicardi, soit à la demande du contribuable, soit à l'initiative de l'administration. Il faudra toujours apprécier l'opportunité de recourir au comité de l'abus de droit puisqu'un avis favorable sur la position de l'administration fera peser pour la suite de la procédure la charge de la preuve sur le contribuable, alors qu'en cas d'avis défavorable, c'est l'administration qui devra la supporter.

Au vu du caractère facultatif de sa saisine, le défaut de consultation du comité n'entache pas la procédure d'irrégularité, la seule conséquence est que la charge de la preuve continuera de peser sur l'administration fiscale<sup>399</sup>.

**188** - En cas de saisine du comité de l'abus de droit par le contribuable elle devra respecter les conditions prévues à l'article R 64-2 du LPF<sup>400</sup>, qui prévoit un délai de trente jours à compter de la réponse de l'administration fiscale aux observations du contribuable pour demander l'avis du comité.

Il est à noter que lorsque l'administration substitue une proposition de rectification à une autre, le contribuable doit, s'il est toujours en désaccord avec la nouvelle position de l'administration et même s'il a, en vertu de l'ancienne proposition de rectification déjà demandé la saisine du comité, renouveler sa demande pour la nouvelle proposition de rectification. Cette nouvelle demande, devra également intervenir dans les trente jours de la réception de la réponse de l'administration à ses observations.

La procédure n'est pas en revanche entachée d'irrégularité si l'administration a, suite à une deuxième proposition de rectification, l'initiative de la saisine du comité de l'abus de droit alors que le contribuable n'a pas renouvelé sa demande<sup>401</sup>.

**189** - Lorsque la saisine est engagée, le directeur des finances publiques doit remettre un rapport à la direction générale des finances publiques dans lequel, il va reprendre les faits afin de donner au comité, une vision d'ensemble sur l'affaire, il devra également indiquer la procédure poursuivie par l'administration, sa position, ainsi que les raisons qui l'amènent à remettre en cause la sincérité des actes litigieux en contestant points par

---

<sup>399</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 25 mars 1983, n°30787 ; Dr. fisc. 1983, n°46-47, comm. 2177, concl. D. LEGER ; RJF 1983, n°775 ; CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 juillet 1986, n°51232 ; Dr. fisc. 1986, n°47-48, comm. 2063, concl. O. FOUQUET ; RJF 1986, n°880. Ces jurisprudences rendues sous l'ancien régime de l'abus de droit (avant l'intervention de la Loi du 8 juillet 1987), où l'administration était la seule à pouvoir saisir le comité. Aujourd'hui il en est de même, l'administration est seulement tenue de saisir le comité si l'administration en fait la demande dans le délai qui lui est accordé.

<sup>400</sup> Modifié par Décret n°2009-388 du 7 avril 2009, art. 2.

<sup>401</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 mai 2012, n°329032, Arod ; RJF 2012, n°848.

points, les observations du contribuable. Les actes contestés, doivent bien évidemment être versés au dossier de consultation.

Enfin, il est à noter que la saisine du comité suspend la mise en recouvrement des impositions, cette dernière ne pourra intervenir qu'après que le comité ait rendu son avis et que cet avis ait été notifié au contribuable<sup>402</sup>.

**190** - La composition du comité est définie par l'article 1653 C du CGI<sup>403</sup>. Ces dispositions démontrent la volonté du législateur de réunir des représentants des différents corps de métiers intéressés à la fiscalité et en particuliers dans les montages complexes et ce, afin d'avoir un avis objectif et qualitatif sur les problématiques qui lui seront soumises.

Le comité comprend ainsi, un conseiller d'Etat président, un conseiller à la Cour de cassation, un avocat fiscaliste, un conseiller maître de la Cour des comptes, un notaire, un expert-comptable et un professeur des universités agrégé de droit ou de sciences économiques. Ces membres sont nommés par le ministre du budget sur proposition des représentants des différents ordres professionnels concernés par la nomination.

Bien évidemment, il existe certaines incompatibilités à la présence au sein du comité, par exemple, en cas de condamnation aux cours des 5 années précédentes<sup>404</sup>, l'existence d'intérêts avec une des parties en présence, mais également de fonctions ou mandats.

Dans le cadre de la procédure devant le comité de l'abus de droit et afin de faire application du principe du contradictoire, l'article 1653 E prévoit que le contribuable et l'administration sont invités par le président du comité, à présenter leurs observations dans le cadre d'un débat. La doctrine administrative a précisé que le débat devait être oral et contradictoire, le contribuable ayant dans tous les cas la possibilité de ne pas se présenter ou de se faire représenter<sup>405</sup>.

**191** - A la suite de cette procédure, le comité émet un avis sur le bien-fondé de la mise en œuvre de la procédure<sup>406</sup>, cet avis ne lie pas l'administration qui peut poursuivre la procédure, il est pour autant déterminant en ce qui concerne la charge de la preuve.

---

<sup>402</sup> BOI-CF-IOR-30 n°370.

<sup>403</sup> Modifié par Loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008, art. 35 (V).

<sup>404</sup> Article 131-27 du Code pénal

<sup>405</sup> BOI-CF-IOR-30 n°420.

<sup>406</sup> BOI-CF-IOR-30 n°390.

L'avis du comité ne peut être remis en cause, sauf à ce que soit reconnu un vice de forme ou de procédure. Il est à noter cependant que si le comité a fondé son appréciation sur des erreurs de faits inhérentes à des insuffisances dans son information, cela ne justifiera pas une remise en cause de l'avis et n'aura pas d'incidence sur la charge de la preuve<sup>407</sup>.

Dans l'hypothèse où l'avis du comité serait remis en cause, cela n'influencera pas la procédure de redressement, la seule conséquence serait que la charge de la preuve reposerait alors sur l'administration<sup>408</sup>.

Lorsque le comité a rendu son avis, celui-ci est envoyé au service en charge de la procédure d'imposition qui le notifiera ensuite au contribuable en indiquant les montants du rehaussement d'imposition.

## **Sous-section II : Les principales hypothèses d'application de l'abus de droit et tentatives de réformes**

**192** - La procédure de l'abus droit, s'applique aujourd'hui nous l'avons vu, à toutes les impositions des différents revenus catégoriels, nous ne intéresserons pour autant dans le cadre de notre propos, qu'aux applications relatives aux sociétés. Ces dernières, sont en effet le cœur de notre sujet et sont de plus en plus visées par des procédures d'abus de droit du fait de leurs pratiques d'optimisation, parfois peu respectueuses de l'esprit des lois (§I). Nous verrons par ailleurs que le champ d'application de l'abus de droit risque d'évoluer au vu des volontés législatives qui sont pour l'instant contenues par le Conseil constitutionnel (§II).

### **§I) L'abus de droit : hypothèses d'application**

**193** - Lorsque l'on s'intéresse aux hypothèses d'application de l'abus de droit, on se rend compte que si ce dernier est applicable à toutes les impositions (B), certaines hypothèses et en particulier certains montages, se retrouvent de manière récurrente dans le cadre des contentieux avec l'administration. C'est le cas notamment des montages « *coquillards* » (A), pour autant, il faut également noter dans le cadre de l'étude de ce

---

<sup>407</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 4 décembre 1981, n°29742 ; Dr. fisc. 1984, n°21, comm. 1056, concl. Ph. BISSARA ; RJF 1982, n°73 ; CAA Nancy, 7 février 2008 n°06-327, 1<sup>ère</sup> ch., Picoux ; RJF 2008, n°999.

<sup>408</sup> TGI Nanterre, 16 janvier 2001, n°99-14941, 1<sup>ère</sup> ch., Bouvet ; RJF 2001, n°720.



mécanisme, que les contribuables, afin de se prémunir de l'application des lourdes sanctions liées à l'abus de droit, demandent à bénéficier d'un rescrit (C).

### **A) L'hypothèse historique du montage « coquillard »**

**194** - Depuis de nombreuses années maintenant, l'administration fiscale cherche à identifier et à lutter contre l'optimisation fiscale abusive des entreprises, notamment par l'application de la théorie de l'abus de droit. Cette dernière, peut s'appliquer à tout acte ou mécanisme, mis en place dans un but exclusivement fiscal. Ce mécanisme, a donc logiquement été appliqué par l'administration, et ce, de manière très régulière, aux montages dits « *coquillards* »<sup>409</sup>, schémas fiscalement avantageux, notamment du fait qu'ils permettent l'utilisation abusive du régime mère-fille.

Avant d'aller plus loin, il nous faut définir ces montages, qui sont généralement illustrés par l'existence d'une société, qui acquiert à prix décoté, les titres d'une seconde société, qui a, préalablement à la réalisation de l'opération de l'acquisition, cessé son activité et dont l'actif, n'est généralement composé que de liquidités.

Suite à cette acquisition, la société qui a acquis les titres, se fait distribuer les liquidités sous la forme de dividendes, qui sont sous réserve du respect des conditions de détention<sup>410</sup>, éligibles à l'application du régime mère-fille, en vertu des dispositions combinées des articles 145<sup>411</sup> et 216<sup>412</sup> du CGI (V. n°522 et s.).

Suite à cette opération, la société qui a acquis les titres, constate une provision pour dépréciation de ces titres, venant réduire le résultat taxable de la société d'un montant égal à la provision.

Ces schémas, s'ils comportent de nombreux avantages pour le cessionnaire, permettent également au cédant de retirer de cette vente, certains avantages et notamment de percevoir le prix de cession sous la forme d'une plus-value de cession, dont le régime d'imposition est souvent plus favorable que celui des distributions de bénéfices.

Ces schémas, permettent également en fonction de la situation des parties et des avantages qu'ils souhaitent retirer de l'opération, de procéder à certains choix et

---

<sup>409</sup> E. BOKDAM-TOGNETTI, *Coquilles et abus de droit : les délices de la conchyliologie*, RJF 2013, p. 883.

<sup>410</sup> La participation doit être d'au moins 5% du capital.

<sup>411</sup> Modifié par la Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 71 et 72

<sup>412</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 71.

notamment celui qui vise à remplacer la constatation d'une provision pour dépréciation, par une moins-value court terme dans le cadre de l'absorption, ou de la cession des titres avant la fin du délai de conservation de deux ans<sup>413</sup>. Ces schémas, permettent également de profiter des régimes de neutralisation prévus dans le cadre de l'intégration fiscale en vertu des dispositions de l'article 223 B du CGI<sup>414</sup>, bien que sur ce point, des évolutions récentes concernant la neutralisation dans le cadre des groupes intégrés, ont quelque peu, nuancé les avantages fiscaux, liés à ces opérations (V. n°573).

**195 -** Ces schémas on le voit, sont bien souvent mis en place dans le but d'obtenir un avantage fiscal, potentiellement exclusif, ce qui est nous le rappelons sanctionné par le mécanisme de l'abus de droit, en vertu des dispositions de l'article L 64 du LPF.

Parallèlement à ce mécanisme, le législateur a également mis en place des mécanismes spécifiques pour lutter contre ces schémas, notamment visant à lutter contre l'utilisation abusive du régime mère-fille<sup>415</sup>.

Une première intervention du législateur a eu lieu en 2010<sup>416</sup> sur ce point, afin d'encadrer le bénéfice de la dérogation posée par l'article 145, 1, c du CGI, qui impliquait qu'en cas d'échange des titres cédés avant la fin du délai de deux ans, le bénéfice du régime mère-fille était alors remis en cause, tout en pouvant bénéficier de l'imputation de la moins-value à court terme. Afin de contourner ce problème, il suffisait donc que la filiale se fasse absorber par une autre société du groupe durant ce délai, tout en ne demandant pas l'application du sursis d'imposition<sup>417</sup>, ou d'utiliser l'intégration fiscale, puisque dans ce cas, la moins-value court terme n'est pas neutralisée dans l'hypothèse où la filiale quitterait le groupe à la suite de son absorption. Dans ce cas l'exonération des dividendes n'est pas remise en cause.

Afin de mettre un terme à ces pratiques, le législateur a ainsi modifié la législation applicable, pour que l'entreprise ne puisse bénéficier de la dérogation que si elle opte effectivement pour le sursis d'imposition. Dans le cas d'une intégration fiscale, il a été précisé que si la cession intervient durant le délai de deux ans, le prix de revient est diminué du montant des produits exonérés.

---

<sup>413</sup> Délai qui ouvre droit au régime des titres de participation de l'article 219 du CGI qui permet notamment d'ouvrir droit au régime des plus et moins values long terme : BOI-IS-BASE-20-20-10 n°1 et s.

<sup>414</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 63.

<sup>415</sup> A. DE BISSY, *La gestion du régime « mère-fille » : quel est le risque d'abus*, Dr. fisc, 2012, n°50, 558.

<sup>416</sup> Article 11 de la Loi n°2010-1657 de finances pour 2011 et article 16 de la Loi n°2012-958 de finances rectificative pour 2012.

<sup>417</sup> Art. 38, 7 du CGI.

Une seconde intervention a eu lieu en 2012<sup>418</sup>, visant la situation plus spécifique des sociétés prenant la qualité de marchands de bien, qui constatent des pertes sur stocks (déductibles), celles qui détiennent des participations dans des sociétés à prépondérance financière dont les titres sont exclus du bénéfice du régime des plus-values long terme<sup>419</sup>, ou encore, celles qui absorbent leur filiale dans les deux ans de la prise de participation et qui peuvent de ce fait, profiter d'une moins-value à court terme déductible, du fait de l'annulation des titres.

Afin de mettre fin à ces schémas considérés comme abusifs, le législateur a décidé d'exclure les marchands de biens du régime mère-fille, d'appliquer aux sociétés à prépondérance financière, le régime du long-terme aux moins-values et provisions et ce, à hauteur des distributions qui ont pu profiter de l'exonération au cours de l'exercice de cession des titres, ou de comptabilisation de la provision et ce, sur les cinq exercices précédents et enfin, la moins-value à court terme qui va résulter d'une annulation de titres suite à l'absorption de la filiale, ne sera pas déductible à hauteur des dividendes qui ont été exonérés.

Des modifications ont donc été apportées aux dispositions des articles 145, 210 A, 219 et 223 B du CGI.

**196 -** Si le comité de l'abus de droit fiscal s'est prononcé à de nombreuses reprises sur ces schémas, et a globalement considéré que le contribuable avait commis un abus de droit sauf dans des hypothèses particulières<sup>420</sup>, ils n'ont été que tardivement examinés par le Conseil d'Etat.

La première jurisprudence importante sur cette problématique<sup>421</sup> a notamment permis de connaître la position du Conseil d'Etat sur les sanctions applicables à ces schémas.

En l'espèce, une entreprise, peu après avoir acquis les titres de trois autres sociétés, a perçu des dividendes de ces sociétés en application du régime mère-fille, tout en déduisant dans le même temps une provision pour dépréciation des titres de ces sociétés.

---

<sup>418</sup> Article 16 de la Loi n°2012-958 de finances rectificative pour 2012.

<sup>419</sup> Art. 219, I, a ter du CGI.

<sup>420</sup> Affaire n°2008-18, cf. Rapport 2008 du Comité consultatif pour la répression des abus de droit : Dr. fisc. 2009, n°28, 404 ou Affaire n°2011-03, cf. Instr. 26 avr. 2012 : BOI 13 L-3-12, 9 mai 2012 ; Dr. fisc. 2012, n°21, instr. 14644

<sup>421</sup> CE, n°356523, 360706 et 352989, 17 juillet 2013, min c/ SARL Garnier Choiseul Holding ; Dr. fisc. 2013, n°41, comm. 477, concl. F. ALADJIDI, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; Dr. sociétés 2014, comm. 159, note J.-L. PIERRE ; RJF 2013, n°1064 chron. E. BOKDAM-TOGNETTI, p. 883 ; BDCF 2013, n°119 concl. F. ALADJIDI et Rev. adm. 2013, p. 506, obs. O. FOUQUET,

La juridiction d'appel a de manière assez étonnante dans cette affaire, validé la position du contribuable en ne jugeant pas la succession des opérations comme étant constitutive d'un abus de droit, ce qui n'a pas été le cas lorsque l'affaire a été soumise au Conseil d'Etat, qui est venu donner raison à l'administration fiscale.

Selon la Haute juridiction, la succession des opérations avait en effet un but exclusivement fiscal, dès lors que l'intérêt financier de l'opération était limité à quelques milliers d'euros, somme dérisoire lorsqu'elle était comparée avec l'importante économie d'IS réalisée par le biais de cette distribution de dividendes.

L'avantage économique invoqué par le contribuable, n'était donc pas prépondérant dans l'opération en cause, ce qui démontrait le caractère exclusivement fiscal de cette dernière. On le voit donc, dans une certaine mesure, dans le cadre de l'appréciation des affaires qui lui sont présentées, le Conseil d'Etat, vient quantifier l'avantage fiscal, par rapport aux autres avantages soulevés par le contribuable afin d'écarter l'application de l'abus de droit, argument soulevé dans le cadre des discussions ayant eu lieu durant les débats portant sur la modification de la définition de l'abus de droit (V. n°217 et s.).

**197** - Par ailleurs, cette jurisprudence a également permis de revenir sur la nécessité d'identifier un contournement de l'esprit de la législation fiscale dans le cadre de la répression des abus de droits. En l'espèce, il faut rappeler que le régime mère-fille a été mis en place afin de favoriser l'implication des sociétés dans le développement économique des filiales et non pas simplement, de limiter les risques de doubles impositions du bénéfice. Dans l'affaire en cause, s'il est évident que le contribuable a fait application des dispositions du régime mère-fille afin de bénéficier d'un avantage fiscal, le Conseil d'Etat a noté que le contribuable n'a en revanche pas utilisé les dispositions favorables de ce mécanisme, dans le but de s'investir dans le développement et la gestion des sociétés qu'il avait acquises.

La position du Conseil d'Etat sur ce point peut dans un sens, menacer la sécurité juridique des opérations envisagées par les contribuables, comme ce fut le cas pour les opérations d'apport-cession<sup>422</sup>, dans le cadre desquelles il est aujourd'hui nécessaire de procéder à un réinvestissement économique<sup>423</sup>, conformément aux dispositions de l'article

---

<sup>422</sup> CE, 27 juill. 2012 n°327295 ; Dr. sociétés 2012, comm. 193, note J.-L. PIERRE ; Dr. fisc. 2012, n°46, comm. 522, concl. E. CREPEY, note D. BARSUS et J. BEGUIER ; JCP E 2012, n°1544, note J.-L. MELUS ; RFP 2012, comm. 57 ; RJF 2012, n°1042 ; BDCF 2012, n°129.

<sup>423</sup> Avis n°2012-51 du comité de l'abus de droit fiscal, BF 8-9/13 inf. 771.

150-0 B ter du CGI<sup>424</sup>. Dans ces opérations en effet, l'administration a estimé par exemple que l'absence de contrôle de la société bénéficiaire de l'apport résultant d'une rémunération du contribuable sous forme d'obligations convertibles, peut être considérée comme abusive<sup>425</sup>.

Il faut donc prendre garde dans le cadre des opérations de restructuration à la chronologie des opérations. On peut notamment envisager, d'effectuer les distributions de bénéfices non pas directement après l'acquisition, mais de les étaler dans le temps, ou de conserver une activité au sein de la société acquise.

Cependant, même en prenant garde à ces facteurs, il sera difficile d'anticiper la position des juges sur l'importance des actifs à distribuer par rapport à ceux qui seront conservés, ainsi qu'à l'activité qui sera conservée ou développée au sein de la coquille. Au final, quelque soit la solution retenue, ces obligations feront perdre de l'intérêt à ces opérations de restructurations, notamment d'un point de vue fiscal.

**198 -** La seconde jurisprudence importante sur ce sujet,<sup>426</sup> est venue préciser la position du Conseil d'Etat sur la procédure de l'abus de droit applicable à ces opérations de restructurations.

En l'espèce, une société imposable à l'IS en France, a acquis les titres de deux sociétés, dont les actifs étaient principalement constitués d'obligations émises par une société luxembourgeoise.

Dans les semaines qui ont suivi l'acquisition, les deux sociétés ont procédé à des distributions de dividendes bénéficiant du régime mère-fille, le récipiendaire ayant dans le même temps déduit, une provision à hauteur du montant des titres acquis, en application des dispositions de l'article 219 du CGI<sup>427</sup>.

De ce fait, l'acquéreur des titres a dégagé une importante perte fiscale qui, selon les dispositions du CGI<sup>428</sup>, a pu être pour partie, imputée sur le résultat imposable de l'année n, et pour le surplus, reportée sur les exercices suivants.

L'administration fiscale a jugé que cette succession d'opérations, était constitutive d'un abus de droit et a redressé le contribuable sur le fondement de l'article L 64 du LPF.

---

<sup>424</sup> Modifié par Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013, art. 17 (V).

<sup>425</sup> BOI-RPPM-PVBMI-30-10-60 n°20, 90, 250 et 285.

<sup>426</sup> CE, 23 juin 2014, n°360708, min c/ Sté Groupement Charbonnier Montdidierien ; Dr. fisc. 2014, n°43-44, comm. 598, concl. F. ALADJIDI, note O. FOUQUET ; RJF 2014, n°925.

<sup>427</sup> Modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, art. 20.

<sup>428</sup> Article 209 du CGI.

La Cour d'appel, n'a pas suivi cette position en considérant qu'avant la distribution des actifs, les sociétés avaient eu une existence réelle et n'avaient pas seulement été créées afin de permettre au contribuable de bénéficier exclusivement d'un avantage fiscal. Il n'y avait donc de ce point de vue, pas de détournement de l'objectif des textes régissant le régime mère-fille.

Le Conseil d'Etat, a ensuite censuré la position des juges du fonds au niveau de l'interprétation de l'intention du législateur au moment de la mise en place du régime mère-fille. Selon le Conseil, si ce régime a été institué afin de limiter les doubles impositions entre les résultats imposables de la société mère et de ses filiales au moment de la distribution, il visait également à favoriser l'implication des sociétés dans le développement économique des filiales.

La Haute juridiction démontre par ce biais que l'attitude du contribuable consistant à acquérir des sociétés, dans le but de liquider leurs actifs va à l'encontre de cet objectif, du fait de l'absence d'investissement dans le développement des filiales détenues.

Pour autant, le Conseil d'Etat ne va pas simplement procéder à cette analyse juridique de l'opération, mais également s'intéresser au fonds de l'affaire. Il va ainsi constater, qu'aucune des sociétés ayant fait l'objet de l'acquisition, n'avait les moyens de développer une activité du fait de la distribution des actifs qu'elles détenaient.

Il écarte donc la position du contribuable, qui pour justifier un avantage autre que fiscal, a tenté de démontrer l'existence d'un avantage financier non négligeable, issu de la différence entre le montant des dividendes distribués et le provisionnement des titres, au motif qu'il ne s'agissait dans les faits que d'un partage de l'avantage fiscal entre le cédant des sociétés et le cessionnaire. Un simple avantage fiscal, même si celui-ci n'est pas exclusif à l'une des parties, peut donc être considéré comme relevant de la qualification de l'abus de droit.

Si l'intérêt pratique de cette décision est aujourd'hui limité par la loi<sup>429</sup>, elle illustre formidablement la façon avec laquelle les juges du palais royal, apprécient les affaires relatives à l'application de la théorie de l'abus de droit.

**199** - Ces deux jurisprudences ont donc permis de constater une évolution dans la position du Conseil d'Etat concernant l'application de l'abus de droit aux montages « *coquillards* ». Les contribuables doivent donc pendre garde au facteur économique, en

---

<sup>429</sup> Loi 2010-1657 du 29 décembre 2010 et Loi 2012-958 du 16 août 2012 précités.

plus du facteur temporel dans la réalisation de leurs opérations d'acquisition de sociétés et ce, même si ces sociétés ne distribuent qu'une partie de leurs actifs financiers.

La deuxième évolution inhérente à ces jurisprudences, est relative au partage de l'avantage fiscal. Si jusqu'à présent, on pouvait imaginer que le partage de l'avantage fiscal entre le cédant et le cessionnaire, pouvait permettre de justifier d'un but autre que fiscal dans la mise en place de ces opérations d'acquisition, il ne peut aujourd'hui suffire à écarter l'application de l'abus de droit. Le fait que le cédant accepte un prix inférieur au marché, est en effet directement lié au traitement fiscal qui sera choisi par le cessionnaire et ne correspondra pas à une réelle stratégie économique ou financière, quand bien même cet avantage ne serait pas négligeable et pourra donc être sanctionné.

## **B) Des applications à tous les impôts et taxes**

**200** - Si l'hypothèse du montage « *coquillard* » est nous l'avons vu la référence classique de la mise en œuvre de la procédure d'abus de droit, notamment du fait qu'elle implique généralement des structures complexes et potentiellement implantées dans divers pays, cette procédure va également pouvoir s'appliquer à l'ensemble des impôts et taxes pouvant toucher les contribuables.

Nous allons dans un premier temps nous intéresser à des problématiques liées à l'imposition sur les sociétés (1°), puis à certaines affaires ayant eu attrait à la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux (2°).

### **1°) L'abus de droit et l'imposition sur les sociétés**

**201** - Nous avons introduit l'idée qu'un contribuable, afin d'éviter de se faire sanctionner sur le fondement de l'abus de droit, peut s'il le souhaite, demander par le biais de la procédure de rescrit, l'avis de l'administration sur une position, ou une décision ayant un effet fiscal.

Par ailleurs, une société, mais également certains groupements, conformément à l'article 206, 3 du CGI<sup>430</sup> et dans les conditions de l'article 239 du CGI<sup>431</sup>, peuvent opter pour le régime de l'impôt sur les sociétés, qui emporte non seulement l'assujettissement à cet

---

<sup>430</sup> Modifié par Loi n°2014-1654 du 29 décembre 2014, art. 11.

<sup>431</sup> Modifié par Ordonnance n°2004-281 du 25 mars 2004, art. 18 JORF 27 mars 2004.

impôt, mais également l'application de toutes les dispositions concernant le régime fiscal applicable aux sociétés de capitaux.

Avant de prendre cette option, il faut bien entendu en apprécier les avantages et les inconvénients, qui peuvent être très variables en fonction du type de structure en place et du secteur de l'activité exercée, cette option étant irrévocable<sup>432</sup>.

Le lecteur éclairé comprendra bien évidemment pourquoi nous avons mêlé ici les notions de rescrit et d'option pour l'imposition sur les sociétés, en effet par cette option, le contribuable souhaite bien évidemment bénéficier du régime de faveur des fusions et opérations assimilées, prévu par l'article 210 A du CGI.

En l'espèce, dans le cadre d'une décision de rescrit, il a été indiqué que l'option pour l'IS, s'applique rétroactivement à compter de l'ouverture de l'exercice durant lequel elle a été exercée et que cette dernière, ne peut être écartée sur le fondement de l'abus de droit au seul motif qu'elle permet de se voir appliquer le régime de faveur prévu par l'article 210 A du CGI<sup>433</sup>. L'administration ne peut donc pas remettre en cause de cette manière la position prise par le contribuable et doit prouver que l'opération a un but exclusivement fiscal, c'est à dire que l'option pour l'IS, a été prise exclusivement dans ce but, sans que soient rattachés à cette dernière, des avantages notamment en terme de structuration de l'acquisition.

**202 -** Nous avons vu à plusieurs reprises, que le législateur avait également mis en place des mécanismes spécifiques afin de lutter contre certains comportements. Ainsi, l'article 145, 6°, a du CGI, exclut certains produits<sup>434</sup> du régime mère-fille qui permet aux sociétés, sous réserve du respect de certaines conditions de participation, d'exonérer d'impôt sur les sociétés les produits distribués à leur mère, sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges.

Pour autant, le tribunal administratif de Toulouse<sup>435</sup>, a pu juger que la prise de participation d'une société française dans une société holding, dont l'actif n'était composé que de titres émis par des sociétés non résidentes de France, la société française

---

<sup>432</sup> BOI-IS-CHAMP-40 n°170 et 180.

<sup>433</sup> Décision de rescrit du 1<sup>er</sup> novembre 2011, n°2011/29 FE ; BOI-IS-FUS-10-20-20 n°60.

<sup>434</sup> Il exclut notamment les produits des actions de sociétés d'investissement, les produits de titres auxquels ne sont attachés aucun droits de vote, les dividendes de sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie, les dividendes de sociétés agréées pour le financement des télécommunications, les produits et plus-values de sociétés de capital-risque, les bénéfices des SIIC, les bénéfices de certaines sociétés étrangères et notamment celles établies dans un ETNC.

<sup>435</sup> TA Toulouse, 1<sup>ère</sup> ch., 3 décembre 2002 n°98-251 et 98-252, SA Andros ; RJF 2003, n°739.



ne détenant aucune participation exclue du régime mère-fille, n'était pas abusive. Si cette position est avantageuse pour le contribuable, on peut se demander si les juges auront la même approche dans un cas similaire à l'heure où le législateur a mis en place des mécanismes visant à lutter contre les produits hybrides, qui permettent des doubles exonérations d'impôts (V. n°314).

**203 -** Dans un autre domaine qui intéresse le rachat d'entreprise par le mécanisme du Leverage buy out (LBO), une entreprise implantée aux Etats-Unis avait créé une holding en France, dans le but d'acquérir la totalité des actions d'une société cible.

La particularité de cette opération était que l'opération d'acquisition, était financée principalement par un emprunt souscrit auprès du cédant. La société holding, s'est ensuite constituée tête d'un groupe fiscal formé entre elle et sa filiale nouvellement acquise, dans le but de compenser ses déficits avec les bénéfices de la société cible.

Le Tribunal administratif de Montreuil<sup>436</sup>, qui s'est prononcé sur le caractère abusif de l'opération, a indiqué que le caractère fictif de la société holding, ne pouvait être établi dès lors que cette dernière exerçait régulièrement une activité de détention de titres de participation et que ses organes sociaux fonctionnaient régulièrement, comme indiqué par les dispositions du Code de commerce. On retrouve ici la notion de substance et qui permet de juger de la réelle existence d'une société (V. n°149 et s.).

Le Tribunal a également noté que l'administration fiscale n'avait pas prouvé que la création de la société holding, ainsi que la formation d'un groupe intégré, étaient constitutifs d'un abus de droit malgré une insuffisance de capitaux propres et un recours massif à l'emprunt dans le financement de l'acquisition. L'administration, soutenait par ailleurs que la société cible aurait pu être acquise sans la création d'une société holding intermédiaire, dont le seul avantage était la déduction des charges financières liées à l'acquisition.

Le contribuable soutenait quant à lui que la création d'une holding participait d'une stratégie de structuration des investissements du groupe américain sur le marché européen et qu'elle présentait également un intérêt financier, lui permettant de financer plus efficacement l'emprunt permettant l'acquisition.

---

<sup>436</sup> TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 16 juin 2011 n°0905509 et 1007116, Sté Nordstrom European Capital Group ; RJF 2011, n°1345.

Les juges ont finalement validé la position du contribuable et ont exclu l'application de l'abus de droit, ce raisonnement a d'ailleurs été repris dans une autre affaire concernant une opération équivalente, mais effectuée par le bien d'un OBO (Owner's buy out), dans laquelle les associés d'une société cible avaient créé une holding d'acquisition, qui a racheté les parts de ces mêmes associés, en finançant l'acquisition à l'aide des dividendes que lui versait la société cible<sup>437</sup>.

Pour autant, ces schémas d'acquisitions ont peu à peu perdu de leur intérêt au vu des mécanismes de limitation de la déduction des charges financières et de sous-capitalisation, qui viennent limiter de manière drastique l'intérêt de ces schémas puisque comme nous l'avons souligné, il est difficile pour l'administration de démontrer le caractère abusif de ces opérations dans le cadre d'un contentieux.

**204 -** Toujours concernant les restructurations d'entreprises, nous allons nous intéresser à deux jurisprudences concernant les fusions d'entreprises, opérations qui peuvent permettre l'obtention d'avantages fiscaux et financiers importants, mais qui peuvent également dans certains cas, être jugées comme étant abusives.

Classiquement, la fusion de sociétés engendre normalement les conséquences fiscales de la cessation d'entreprise et donc par principe, la perte du droit au report des déficits détenus par la société absorbée. Toutefois le CGI (article 210 A), a prévu qu'il était possible d'obtenir un agrément<sup>438</sup>, permettant de se placer sous un régime de faveur autorisant un transfert des déficits de la société absorbée vers la société absorbante.

La première affaire qui nous intéresse concerne une société qui, à la clôture de l'exercice précédent son absorption, a procédé à une réévaluation de ses éléments d'actifs afin d'imputer les déficits détenus, sur les plus-values constatées par le biais de la réévaluation. Cette opération, permet de calculer les amortissements futurs, fiscalement déductibles et les futurs plus ou moins-values, sur la base des nouvelles écritures comptables.

---

<sup>437</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 janvier 2011 n°320313, Bourdon ; Dr. sociétés 2011, comm. 123, note J.-L. PIERRE ; Dr. fisc. 2011, n°15, comm. 304, concl. Cl. LEGRAS, note O. FOUQUET et C. CHARPENTIER ; JCP E 2011, 1364 ; RJF 2011, n°472 ; BGFE 5/11, p. 20, obs. J. TUROT ; BDCF 2011, n°51, concl. préc.

<sup>438</sup> Article 209 II du CGI

Si l'administration a souhaité remettre en cause ce type d'opérations par l'application du mécanisme de l'abus de droit<sup>439</sup>, la jurisprudence a indiqué que le contribuable n'avait pas mis en place un montage dont le but exclusif était d'obtenir un avantage fiscal et donc d'éluder l'imposition<sup>440</sup>.

L'administration critiquait le choix du contribuable s'agissant du sens de la fusion et notamment le fait, de faire absorber une société bénéficiaire par une société déficitaire.

L'abus de droit selon elle, résidait dans la compensation des déficits de l'absorbante par les bénéfices de l'absorbée. Si l'on peut penser que l'idée du contribuable était bien l'obtention d'un avantage fiscal grâce au sens de la fusion, l'administration fiscale n'a pas pu apporter la preuve que le but de cette opération était exclusivement fiscal, la Cour n'a donc pas retenu l'abus de droit.

Pour autant, cette preuve peut être apportée et une solution différente a été retenue dans un arrêt plus récent du Conseil d'Etat où l'administration fiscale, a su démontrer que le but de la fusion était uniquement de compenser des déficits et des bénéfices entre la société absorbante et la société absorbée<sup>441</sup>. Cette preuve du caractère exclusivement fiscal de l'opération, a d'ailleurs été rappelée dans le considérant de principe de l'arrêt auquel nous faisons référence et qui indiquait « *que la fusion entre les sociétés Soboco et Disson, qui n'avait aucune justification économique, n'a pu être inspirée par aucun autre motif que de permettre l'imputation des reports déficitaires de la société Soboco sur le bénéfice imposable de la société Disson, par une application littérale des dispositions du I de l'article 209 du CGI, sans avoir à solliciter l'agrément prévu au II du même article ; qu'elle était donc constitutive d'un abus de droit* ».

**205 -** Au final, s'il est parfois difficile pour l'administration fiscale de démontrer que le contribuable a commis un abus de droit, il faut garder à l'esprit que cette preuve peut être apportée et que le législateur peut mettre en place des mécanismes anti-abus spécifiques, afin de sanctionner des comportements abusifs où le but exclusivement fiscal est difficile à démontrer et s'adapter au comportement des contribuables.

---

<sup>439</sup> Rép. PONCELET, Sénat, 12 mai 1982, JO Sénat, p. 1897 n°2059 : BO 4I-1-82 ; [Solution non retrouvée dans BOFIP] D. adm. 4 I-1242 n°88, 1er novembre 1995.

<sup>440</sup> CAA Douai, 2<sup>ème</sup> ch., 22 mai 2001, n°96-2857, ministre c/ SA Etablissements Alfred Dupont ; RJF 2001, n°1425.

<sup>441</sup> CE, 11 avril 2014 n°352999 min. c/ Garnier Choiseul Holding ; Dr. fisc. 2013, n°41, comm. 477, concl. F. ALADJIDI, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; Dr. sociétés 2014, comm. 159, note J.-L. PIERRE ; RJF 2013, n°1064, chron. E. BOKDAM-TOGNETTI, p. 883 ; BDCF 2013, n°119, concl. F. ALADJIDI.

## 2°) L'abus de droit et les bénéfices industriels et commerciaux

**206 -** En matière de BIC, on va également retrouver de nombreux contentieux relatifs à des hypothèses d'application de l'article L 64 du LPF par l'administration fiscale.

Un important contentieux a notamment concerné les contrats de location gérance, qui viennent dissimuler en réalité, la cession du fonds commercial. Cette « *simulation* », prend son origine dans le fonctionnement de la location gérance qui, par rapport à la vente, permet au locataire de déduire les redevances qu'il verse à titre de loyer de son résultat taxable.

Si l'administration fiscale juge que l'opération est constitutive d'un abus de droit, elle doit donc démontrer que l'opération est en réalité constitutive d'une vente afin de contester la déductibilité des redevances et que ces sommes, soient réintégrées dans la base taxable.

Cette situation se rencontrera notamment lorsque le bailleur ne sera plus en mesure de reprendre l'exploitation à l'expiration du contrat<sup>442</sup>.

A cette fin, l'administration pourra notamment démontrer soit que les redevances excèdent la valeur locative<sup>443</sup> du fonds, soit établir la concomitance de la cession des différents éléments qui composent le fonds et le fait qu'à la fin de du contrat, ce dernier n'a plus été exploité par le bailleur<sup>444</sup>.

**207 -** Un autre contentieux important concerne les cessions d'éléments d'actifs à prix minoré, l'administration fiscale vient alors remettre en cause la nature juridique de l'acte passé par les parties, en appliquant la théorie de l'abus de droit. Elle va ainsi déclarer comme lui étant inopposables, les actes qui dissimulent la portée réelle d'un contrat, ou d'une convention et qui correspondent dans la réalité, à un transfert de bénéfices ou de revenus.

La procédure d'abus de droit a donc par exemple été appliquée à une société qui a cédé à un prix minoré et fractionné, certains éléments d'actifs ou l'intégralité d'un fonds de commerce dans le cadre d'une communauté d'intérêts<sup>445</sup>.

---

<sup>442</sup> Cass. com., 18 octobre 1994, n°1854 D, SARL Auto marché de l'Etoile ; RJF 1995, n°116.

<sup>443</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 juin 1986, n°45715 ; Dr. fisc. 1986, n°45, comm. 1937 ; RJF 1986, n°806.

<sup>444</sup> CAA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 24 juin 1998, n°95-1889, Daronne ; RJF 1998, n°1462 ; a contrario V. CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 15 juillet 2009, n°07-2436, min. c/ SA Rentokil Initial ; RJF 2010, n°393.

<sup>445</sup> Avis du comité consultatif des abus de droit du 28 novembre 1963 : BOCD 1963-II-2478 ; D. adm. 4 B-131 n°12, 7 juin 1999 ; BOI-BIC-PVMV-10-20-10 n°130.

Dans l'hypothèse inverse, une société exerçant l'activité de marchand de biens, qui avait acquis des immeubles pour des prix fictivement majorés dans le but d'éluder l'imposition de la plus-value au moment de la revente des biens<sup>446</sup>, a été sanctionnée par l'administration sur le fondement de l'abus de droit. La société a dû réintégrer dans son résultat taxable, la fraction du prix fictivement augmentée.

**208** - Par ailleurs, si d'autres hypothèses telles que des cessions de brevets, destinées à permettre la déduction de redevances fictives<sup>447</sup>, ou d'abandons de créances consentis à des filiales en difficultés<sup>448</sup> ont été sanctionnées, des hypothèses plus particulières ont également été requalifiées par l'administration. Ce fut le cas par exemple d'une société qui a procédé à une distribution de dividendes au profit d'un actionnaire, en prélevant la somme sur le report à nouveau et qui a émis dans le même temps, des obligations remboursables en actions pour le même montant. Ces obligations avaient en l'espèce été souscrites et libérées par l'actionnaire, par compensation de la créance correspondant à la distribution de dividendes.

L'administration fiscale a dans cette affaire, remis en cause la déduction des intérêts supportés par la société émettrice des obligations, car l'objectif de cette opération était selon elle, purement fiscal. A l'inverse, pour le contribuable il s'agissait d'un rééquilibrage des ressources de la société entre les fonds propres et empruntés, décision prise selon lui dans le cadre du principe de liberté de gestion relatif au choix du mode de financement.

Le tribunal<sup>449</sup>, a ici écarté l'argument du contribuable en considérant comme que l'objet de l'opération était simplement la déduction des intérêts liés à l'émission d'obligations.

### **C) La procédure de rescrit, une manière d'éviter la qualification d'abus de droit**

**209** - Cette procédure, connue de la Rome antique, était à l'époque la réponse de l'empereur aux questions posées par les juges ou les gouverneurs de l'empire. Si

---

<sup>446</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 19 novembre 1984, n°35491 ; Dr. fisc. 1985, n°9, comm. 453, concl. O. FOUQUET ; RJF 1985, n°123.

<sup>447</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 3 novembre 1978, n°1116 ; RJF 1978, n°523.

<sup>448</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juin 1984, n°35030 ; Dr. fisc. 1985, n°22-23, comm. 1063, concl. Mme M.-A. LATOURNERIE ; RJF 1983, n°492 ; RJF 1984, n°937.

<sup>449</sup> TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 15 mars 2012 n°1009892, Sté Ingram Micro ; RJF 2012, n°1044.

l'empereur n'est plus, cette procédure existe toujours et a été intégrée dans notre droit par la loi Aicardi de 1987 (V. supra), qui visait déjà en son temps, à améliorer les relations entre les citoyens et les administrations fiscales et douanières<sup>450</sup>. Le mécanisme est aujourd'hui codifié à l'article L 64 B du CGI.

Si les rescrits sont aujourd'hui remis en cause dans certains pays car considérés comme promoteurs de pratiques fiscales anticoncurrentielles, leur objectif, originel est de sécuriser en amont d'une opération ou d'une transaction, la position du contribuable sur un contrat ou un schéma ayant des implications fiscales, afin que ce dernier puisse être considéré comme ne transgressant pas les textes fiscaux. Cet objectif fait donc du rescrit comme l'a souligné le professeur COZIAN, une assurance « *anti-abus de droit* »<sup>451</sup>.

Il est donc dans les faits, une prise de position formelle de l'administration sur une situation factuelle et ce, au regard de la législation fiscale applicable, il faut par ailleurs noter que cette procédure peut être utilisée pour tous les impôts, droits et taxes.

L'avantage de cette procédure, est que lorsque l'administration fiscale a pris une position formelle sur la situation présentée par le contribuable, elle ne peut appliquer d'impositions supplémentaires fondées sur une autre appréciation. Il faut donc qu'elle soit suffisamment informée de la situation, ce qui peut amener le contribuable à fournir des documents sensibles, qui peuvent à terme attirer l'attention de l'administration fiscale<sup>452</sup>.

Une fois la position de l'administration rendue, celle-ci ne peut être remise en cause qu'en cas de changement législatif, qui permet seulement à l'administration de remettre en cause la situation à partir de la date d'entrée en vigueur de la loi, comme cela serait le cas en cas de changement d'interprétation, ou en cas de modification de la situation du contribuable, dans ce cas, l'administration n'est plus liée par sa position initiale.

Lorsque le contribuable effectue une demande de rescrit, l'administration fiscale a 6 mois pour y répondre, délai qui est d'ailleurs jugé trop long par les commentateurs au vu des délais courts qui président à la conclusion des opérations dans le monde des affaires. De nombreuses voix s'élèvent donc pour qu'il soit réduit à 3 mois, ce qui permettrait certainement de développer cette pratique.

---

<sup>450</sup> M. AICARDI, *L'amélioration des rapports entre les citoyens et les administrations fiscales et douanières*, La Documentation française, collection des rapports officiels, Paris, 1986.

<sup>451</sup> M. COZIAN, *L'aménagement de la procédure d'abus de droit, l'amélioration des rapports entre l'administration fiscale et les contribuables*, PUF 1989, p.157 s.

<sup>452</sup> P. SERLOOTEN dans : *Traité de droit commercial*, G. RIPERT, R. ROBLOT, LGDJ, Tome 3, 1997, p. 99.

Si l'administration fiscale ne répond pas dans le délai imparti, on ne peut pas clairement considérer que cette dernière a donné un avis positif sur la question posée, elle ne pourra simplement pas mettre en œuvre la procédure d'abus de droit sur le point en question en cas de déclenchement d'un contrôle fiscal.

**210** - Si les entreprises peuvent utiliser le rescrit pour toute question relative à tous les impôts et taxes, certains d'entre eux concernent des situations plus spécifiques.

Le premier d'entre eux est le rescrit valeur<sup>453</sup>, il permet à un contribuable souhaitant transmettre son entreprise dans le cadre d'une donation, de consulter l'administration fiscale sur la valeur à laquelle cette dernière est estimée. En cas d'accord de l'administration sur le prix, le contribuable peut dans les trois mois qui vont suivre la réponse, procéder à la donation sur les bases qui ont été acceptées par l'administration. Ces bases ne pourront donc pas être remises en cause pour le calcul de l'assiette des droits de mutation<sup>454</sup>.

**211** - Une autre forme particulière de rescrit concerne la création d'entreprise et notamment, la question du droit pour les entreprises nouvelles au bénéfice de certaines exonérations en fonction de leurs zones d'implantations (V. n°812 et s.). Le but de ce rescrit est de vérifier que l'activité exercée est effectivement éligible aux réductions d'impôts applicables dans ces zones.

Il en sera de même pour le bénéfice du statut de jeune entreprise innovante ou pour l'intégration d'un pôle de compétitivité.

**212** - Il existe également une autre forme de rescrit aujourd'hui en plein essor et qui concerne les accords préalables sur les prix de transfert (APP). Ces derniers, posent d'ailleurs aujourd'hui certains problèmes dans quelques Etats de l'Union et ont déclenché l'ire de la Commission européenne, car ils sont potentiellement la source de l'octroi d'aides d'Etat incompatibles avec le marché intérieur (V. n°350 et s.).

Dans ce type de rescrit, il s'agira pour une entreprise d'obtenir l'aval de l'administration fiscale sur la méthode de détermination de ses prix de transfert, cet accord ayant un effet bilatéral, il protégera efficacement l'entreprise contre les risques de contentieux. Il est à

---

<sup>453</sup> Articles L 18 et R 18 – 1 du LPF, BOI-SJ-RES-10-20-20-90 n°20

<sup>454</sup> P.-A ANJUERE, *Le rescrit au service des transmissions d'entreprise*, Les nouvelles fiscales 1998, 778, p. 27 et s.

noter sur ce point qu'une procédure adaptée aux PME permet d'obtenir en France un accord unilatéral engageant l'administration française<sup>455</sup>.

**213** - Enfin, un autre type de rescrit issu de la loi de finances pour 2004<sup>456</sup>, permet d'obtenir l'assurance de l'administration fiscale qu'une entreprise ne dispose pas d'un établissement stable en France ou de base fixe, au sens de la convention fiscale qui lie l'Etat de résidence de cette entreprise à la France. Ce type de rescrit permet de se prémunir contre d'éventuels risques de doubles impositions.

**214** - Il est à noter par ailleurs, que le rescrit n'est pas le seul mécanisme de protection du contribuable puisque l'article L 80 A<sup>457</sup> 1<sup>er</sup> alinéa et l'article L 80 B<sup>458</sup> du LPF, disposent que l'administration ne peut procéder à des rectifications d'impositions antérieures, quand il est établi que le contribuable s'est fondé sur l'interprétation d'un texte fiscal qui a soit, été admise par l'administration, soit que cette dernière avait pris position pour cette interprétation. A ces mécanismes, s'ajoute celui de la relation de confiance (V. n°324 et s.), que l'administration souhaite développer à l'avenir afin de pacifier les relations entre les contribuables et le fisc.

**215** - On le voit, le législateur essaie d'assainir autant que faire se peut, les relations entre les contribuables et l'administration fiscale, en les invitant à s'associer à elle afin de prévenir les contentieux. Cependant, on constate que ces différents mécanismes ne connaissent pas le succès escompté et que la méfiance est toujours de mise. Les contribuables préfèrent donc souvent prendre un risque, plutôt de valider une position avec l'administration, notamment par la crainte que cette demande lui ouvre des possibilités de contentieux<sup>459</sup>.

---

<sup>455</sup> BOI-SJ-RES-20-20.

<sup>456</sup> Loi n°2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2003.

<sup>457</sup> Modifié par Loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008, art. 47.

<sup>458</sup> Modifié par Décret n°2014-550 du 26 mai 2014, art. 1.

<sup>459</sup> Th. LAMBERT, *Conclusion : Le rescrit, une idée à cultiver*, Dr. fisc. 2015, n°27, 451.



## **§II) Une volonté de réforme pour le moment avortée**

216 - Les difficultés économiques traversées par de nombreux Etats, ont obligé nombre d'entre eux au premier rang desquels la France, à trouver de nouvelles sources de revenus et donc à modifier leur législation fiscale, souvent mise à mal par les contribuables, afin de compenser la baisse des rentrées budgétaires.

Si la création d'impositions exceptionnelles, ou la hausse des prélèvements obligatoires<sup>460</sup> a permis d'obtenir des rentrées d'argents immédiates, le législateur a également souhaité lutter plus efficacement contre les mécanismes d'optimisation fiscale. Cette volonté, si elle s'est caractérisée par la mise en place de nombreux dispositifs anti-abus, est également passée par une réflexion sur les mécanismes actuels et a abouti à une tentative de réforme du mécanisme de l'abus de droit. Ce dernier, selon certains parlementaires est en effet trop permissif, trop complexe à mettre en place et ne permet pas de lutter efficacement contre les comportements fiscaux abusifs des contribuables. Nous verrons ainsi dans un premier temps comment le législateur a souhaité réformer le mécanisme de l'abus de droit (A), puis comment le Conseil constitutionnel a réussi, à annihiler cette réforme, jugée comme allant à l'encontre des droits et libertés fondamentaux (B).

### **A) La réforme de l'abus de droit en droit fiscal français**

217 - Le législateur français nous l'avons vu, a notamment depuis la loi de finances pour 2014<sup>461</sup>, fait un grand pas en avant sur les questions de lutte contre l'optimisation fiscale agressive, comportement responsable selon certains, de la perte de plusieurs dizaines de milliards d'euros de recettes fiscales.

Dans le cadre de l'adoption cette loi (article 100 du projet de loi consolidé), la proposition des parlementaires, visait à remplacer à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, la lettre de l'article L 64 d LPF. Ainsi, au lieu de sanctionner simplement les comportements des contribuables ayant un objectif exclusivement fiscal, seraient visés plus largement les montages ou actes, ayant « *pour motif principal* » d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales du contribuable.

---

<sup>460</sup> On pense notamment aux contributions additionnelles à l'IS des articles 235 ter ZCA et 235 ter ZAA.

<sup>461</sup> Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013.

Cette modification textuelle, visait de l'aveu même de P.-A. MUET, à contrer les arguments des contribuables dans le cas d'une procédure d'abus de droit qui bien souvent, présentent des arguments autres que fiscaux à leurs opérations ou montages.

Dans le cadre des discussions en séance publique, si l'idée de cette modification fut sur le principe soutenu par le Gouvernement, ce dernier a souligné que si la modification de la définition de l'abus de droit constituerait un pas en avant dans le cadre de la politique de lutte contre l'optimisation fiscale, cette dernière poserait également de nombreux problèmes juridiques, raison pour laquelle cette réforme fut déjà abandonnée en 2008<sup>462</sup>.

Le ministre a d'ailleurs souligné certaines difficultés inhérentes à une telle formulation. La première selon lui, concernait la manière d'apprécier in concreto le poids du but autre que fiscal, notamment lorsque celui-ci n'est pas aisément chiffrable (but patrimonial, économique, financier, commercial, etc.).

Deuxièmement selon lui, la modification textuelle envisagée changerait la nature de l'interprétation de l'opération, puisque les faits deviendront prépondérants par rapport au droit, interprétation qui ne serait pas neutre en terme de contentieux<sup>463</sup> et de sécurité juridique.

Enfin, le ministre a souligné que cette nouvelle définition, irait à l'encontre des standards européens en la matière, qui nécessitent pour sanctionner un contribuable, un but exclusivement fiscal malgré certains exemples notamment issus du droit anglo-saxon (V. n°395 et s.).

**218 -** Si certains se sont alors félicités de cette initiative, beaucoup se sont interrogés sur l'efficacité de cette nouvelle rédaction. Parmi ces derniers, le président O. FOUQUET<sup>464</sup> a notamment souligné le caractère « *baroque* » de cette réforme, puisque l'abus de droit est une application à la fiscalité du concept de fraude à la loi, qui est à l'origine un concept civiliste.

De ce fait, si la définition de l'abus de droit avait été modifiée dans le sens souhaité par certains parlementaires, elle couperait le lien entre ces deux notions et transformerait l'abus de droit en une notion hybride, dont on aurait du mal à reconnaître l'origine.

---

<sup>462</sup> O. FOUQUET, *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique 2008.

<sup>463</sup> J. TUROT, *Demain, serons nous tous des Al Capone ? A propos d'une éventuelle prohibition des actes à but principalement fiscal*, Dr. fisc. 2013, n°33, 394,

<sup>464</sup> J. TUROT, *Demain, serons nous tous des Al Capone ? A propos d'une éventuelle prohibition des actes à but principalement fiscal*, chron. préc. citée.

Si l'on s'intéresse par ailleurs au raisonnement retenu par les juges dans le cadre du contentieux de l'abus de droit, ces derniers procèdent déjà à une comparaison entre l'avantage fiscal retiré de l'opération et les autres avantages de celle-ci, ces derniers servant de justification pour le contribuable afin de combattre les arguments avancés par l'administration afin de démontrer l'existence d'un abus de droit.

Comme nous l'avons vu dans le cadre de l'étude des affaires relatives aux montages « *coquillards* », lorsque l'avantage fiscal retiré est supérieur aux autres avantages, cette dernière est considérée comme ayant un but exclusivement fiscal. La réforme n'aurait donc sur le fonctionnement des juridictions, qu'un aspect cosmétique par rapport au raisonnement pratiqué, alors qu'elle engendrerait de nombreuses complications dans sa mise en œuvre et dans la justification du caractère abusif de l'opération.

**219** - L'autre argument de poids venant critiquer cette réforme se retrouve dans la jurisprudence communautaire. En effet, lorsque l'on s'intéresse à la conception communautaire de la fraude à la loi, cette dernière ne peut être caractérisée que lorsque l'opération a été réalisée, « *dans le seul but* » de bénéficier des dispositions mises en place par le droit communautaire, même si le contribuable combine à ce dernier, des dispositions issues du droit national<sup>465</sup>.

La grande question à laquelle nous avons du faire face, est que la jurisprudence communautaire a toujours défini la fraude à la loi comme le fait d'avoir l'objectif unique de bénéficier des avantages du droit communautaire. Pour autant, la jurisprudence Halifax précédemment citée, a utilisé dans un de ses considérants, le terme « *essentiellement fiscal* ». Ce terme essentiel, a nourri certains fantasmes de revirement jurisprudentiel, alors même que les différentes chambres de la CJCE, qui ont parfois divergé sur cette notion, n'ont jamais remis en cause la nécessité d'un but exclusivement fiscal<sup>466</sup>. En effet, le raisonnement dans chaque affaire a suivi les prescriptions de la

---

<sup>465</sup> CJUE, 2<sup>ème</sup> ch., 3 septembre 2014, aff. C-589/12, Commissioners for HMRC c/ GMAC UK plc ; Dr. fisc. 2014, n°37, act. 467.

<sup>466</sup> La 2<sup>ème</sup> chambre, CJCE, aff. C-425/06, du 21 février 2008, Part Service Srl ; RJF 2008, n°765, retenait le but essentiellement fiscal alors que la 3<sup>ème</sup> chambre a pu privilégier un but exclusivement fiscal, CJCE, aff. 162/07, du 22 mai 2008, Amplisientifica, avant de revenir au but essentiellement fiscal, CJUE, 22 décembre 2010, aff. 103/09, the Commissioners for her Majesty's revenues and Customs c/ Weald Leasing Ltd ; RJF 2011, n°397. Par la suite, les différentes chambres sont revenues de manière unanime au critère de « la seule fin d'obtention d'un avantage fiscal ». C'est la 7<sup>ème</sup> chambre qui a ouvert la voie dans la décision CJUE aff. 504/10, du 27 octobre 2011, Tanoarch, s. r. o. ; RJF 2012, n°89, puis la 4<sup>ème</sup> chambre, CJUE, du 12 juillet 2012, aff. 326/11, J.-J. Komen en Zonen Bheer Heerhugowaard BV ; RJF 2012, n°1091 et enfin la 3<sup>ème</sup> ch, CJUE, aff. 653/11 du 20 juin 2013, Paul Newey ; RJF 2013, n°1102.

jurisprudence Cadbury Schweppes<sup>467</sup>, qui a défini le mécanisme de l'abus de droit comme correspondant à des « *montages purement artificiels dont le seul but est d'échapper à l'emprise de la législation d'un Etat membre concerné* ».

**220** - Dans le cadre de la loi de finances pour 2015, les parlementaires ont souhaité palier à l'échec de cette réforme (V. infra) par l'introduction d'une disposition similaire. Cette dernière visait à insérer un article 1740 C au CGI, afin de sanctionner la personne qui a conseillé ou assisté un client dans une opération qui a fait l'objet de la mise en œuvre d'une procédure relevant de l'abus de droit, en la rendant redevable d'une pénalité égale à 5% des honoraires facturés par elle à son client au titre de l'opération litigieuse<sup>468</sup>. Ce texte devait alors s'appliquer à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015.

L'objectif de ce texte était selon les rédacteurs, de responsabiliser les cabinets de conseils à l'instar du modèle britannique<sup>469</sup>, qui fournissent aux contribuables leurs schémas d'optimisation et en leur appliquant une amende fiscale en cas de sanction de leur client. Ce texte, apparaissait par ailleurs comme une tentative de contournement de la décision du Conseil constitutionnel n°2013-685, qui a censuré l'obligation de déclaration des schémas d'optimisation fiscale qui figurait dans la loi de finances pour 2014 (V. infra).

## **B) Une jurisprudence constitutionnelle favorable à la préservation des droits et libertés fondamentaux**

**221** - Ces dernières années, le Conseil constitutionnel a eu un rôle majeur dans le contrôle de l'évolution de la législation fiscale, en se prononçant à plusieurs reprises sur des mécanismes anti-abus inédits dans notre droit, mais également sur la réforme de la définition de l'abus de droit.

Nous avons vu ci-dessus que dans le cadre de l'adoption de la loi de finances pour 2014, le législateur a souhaité adopter une modification de la définition de l'abus de droit, avant

---

<sup>467</sup> CJCE, 12 septembre 2006, aff. 196/04, préc. cit.

<sup>468</sup> Toute personne qui, avec l'intention de faire échapper autrui à l'impôt, s'est entremise, a apporté son aide ou son assistance ou s'est sciemment livrée à des agissements, manœuvres ou dissimulations conduisant directement à la réalisation d'insuffisances, d'inexactitudes, d'omissions ou de dissimulations ayant conduit à des rappels ou rehaussements assortis de la majoration prévue au b de l'article 1729 est redevable d'une amende égale à 5% du chiffre d'affaires ou des recettes brutes qu'elle a réalisés à raison des faits sanctionnés au titre du présent article. L'amende ne peut pas être inférieure à 10 000 euros.

« L'article L. 80 D du livre des procédures fiscales est applicable au présent article. »

<sup>469</sup> HM Revenue and Customs (HMRC) General Anti Abuse Rule (GAAR) guidance, Part C 11.

que cette dernière ne soit remise en cause par la saisine du Conseil constitutionnel par 60 députés et 60 sénateurs<sup>470</sup>.

Ce dernier, a décidé<sup>471</sup> de censurer cette disposition qui visait à accroître le champ d'application de l'abus de droit, déjà été critiquée au moment des travaux parlementaire.

La censure de cette réforme fut non équivoque et basée sur différents arguments. Le premier, a été celui du non respect des dispositions de l'article 34 de la Constitution, le législateur ayant fait preuve d'insuffisance rédactionnelle. Le Conseil a en effet tiré de l'objectif à valeur constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>472</sup> (découlant des articles 4, 5, 6 et 16 de la DDHC)<sup>473</sup>, certains impératifs de précision dans la rédaction des textes. Les dispositions législatives doivent en effet être suffisamment claires, non équivoques et la rédaction du texte, doit empêcher à la fois, toute interprétation contraire à la Constitution et tout risque d'arbitraire. La rédaction d'un texte ne doit pas faire peser sur « *les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer les règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ». On retrouve ici un lien entre la compétence du législateur et la sécurité juridique, qui est préservée par le Conseil dans son contrôle de la loi.

Selon lui, la notion d'objectif « *principalement fiscal* »<sup>474</sup>, a pour conséquence de laisser à l'administration fiscale, une trop grande marge d'appréciation dans la reconnaissance d'un cas d'abus de droit. Cette situation, crée un risque d'arbitraire trop important au vu des sanctions encourues par les contribuables dans le cadre de la procédure d'abus de droit. Cette problématique était d'ailleurs d'autant plus importante que l'appréciation du but principalement fiscal, n'est en principe pas contrôlée par les juges de cassation, seuls garant de la juste application de la loi fiscale, ces derniers ne jugeant en principe pas les faits, mais seulement le droit.

**222** - Si une nouvelle tentative de réforme de la notion d'abus semblait exclue suite à cette décision, certains parlementaires ont tout de même dans le cadre de la loi de finances pour 2015, récidivé en instaurant une amende pour les conseils qui apportent leur assistance à des montages sanctionnés par le biais de l'abus de droit.

---

<sup>470</sup> En vertu des dispositions de l'article 61 de la Constitution de 1958.

<sup>471</sup> Décision n°2013-685, DC, du 29 décembre 2013, préc. cit.

<sup>472</sup> V. DUSSART, *L'intelligibilité de la loi fiscale, un objectif inaccessible ?* in, *Ecrits de droits de l'entreprise*, Mélanges en l'honneur de Patrick Serlouten, Dalloz, 2015.

<sup>473</sup> A. DE BROSSES et N. JACQUOT, *Des garanties renforcées pour les contribuables*, FR 1/14, inf. 22.

<sup>474</sup> O. FOUQUET, *Dispositif anti-abus et poursuite d'un but principalement fiscal. À propos de Cons. const., déc., n°2015-726 DC, 29 déc. 2015, Dr. fisc. 2016 n°4, act. 50.*

Le grief principal adressé à ce mécanisme était alors l'atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif, puisque la personne mise en cause n'aurait pas été à même de contester la qualification d'abus de droit retenue par l'administration fiscale.

Si ce grief pouvait s'analyser comme une atteinte aux droits de la défense, le Conseil a retenu une approche basée sur le principe de légalité des délits et des peines, un des axes majeurs de sa jurisprudence dans la défense des contribuables. Le Conseil a notamment retenu dans sa décision deux erreurs dans la rédaction de ce texte.

En premier lieu selon ses commentaires, « *il n'apparaissait pas clairement si il était reproché à la personne mise en cause d'avoir participé à un abus de droit et, si dans ce cas, il lui serait possible de contester la qualification de l'abus de droit, ou si, au contraire, l'existence de majorations au titre de l'abus de droit appliquées au contribuable tiers constituait, dans la définition de l'infraction, une condition purement objective* ». Si l'on peut s'orienter plus facilement sur la première hypothèse lorsque l'on établit le lien avec les droits de la défense, la problématique de la contestation de l'abus de droit, est encore plus importante dans une situation où le contribuable tiers, aurait échoué à remettre en cause l'abus de droit ou ne l'aurait même pas contesté.

L'autre irrégularité de ce texte soulevée par le Conseil, était quant à elle relative à la sanction l'« *assistance dans la commission d'un abus de droit* » et notamment sur l'assiette sur laquelle devait s'appliquer le taux de 5%, pour calculer le plafond de l'amende. La rédaction du texte, laissait entendre qu'il s'agissait du chiffre d'affaires ou des recettes que le tiers mis en cause a réalisé grâce à cette « *complicité* », alors que le Gouvernement soutenait qu'il s'agissait du chiffre d'affaires, ou les recettes brutes perçues par le conseil, « *en raison des faits sanctionnés par la procédure d'abus de droit* »<sup>475</sup>.

**223** - Ces différentes imprécisions, ont été à l'origine de la sanction de ce texte par le Conseil, qui a également sanctionné divers mécanismes, visant à sanctionner plus lourdement les contribuables notamment dans le cadre du non respect de certaines obligations déclaratives.

Gageons cependant que les parlementaires, essaieront à l'avenir de revenir à la charge avec la mise en place de nouveaux mécanismes anti-abus spécifiques.

---

<sup>475</sup> Cons. const., 29 décembre 2014, n°2014-707, DC, Loi de finances pour 2015 ; Dr. fisc. 2015, n°1-2, comm.42.

**224** - Pour autant, il faut souligner que dans les hypothèses où le Conseil constitutionnel rendrait une décision contestable, et ce, quel qu'en soit le fondement (nous pensons notamment ici à la décision venant juger de la conformité à la Constitution de la modification du régime mère-fille français, suite à la modification de la directive européenne relative au statut de société mère (V. n°369 et s.)), il serait dans ce cas possible d'envisager de saisir la CJUE, si le texte litigieux, transpose un texte européen, la CEDH pourra être saisie dans les autres cas.

La réforme du régime mère-fille, illustre bien cette problématique dans le cadre de l'éventuelle saisine de la CJUE, par le biais d'une question préjudicielle.

En effet, la décision de conformité du dispositif à la Constitution, nous semble en contradiction avec les dernières décisions du Conseil, relativement aux droits et libertés garantis par la Constitution et ce, même si le texte demeure conforme au texte européen dont il est issu, notamment du fait que les abus de droits, doivent être définis strictement (V. n°138 et s.).

Dans ce cadre, à l'instar de ce qui avait été jugé par la Cour dans le cadre de l'étude de la clause anti-abus insérée dans la directive fusion<sup>476</sup>, le dispositif inséré dans le cadre de la directive mère-fille, pourrait être considéré comme reflétant le principe général du droit de l'UE, indiquant que l'abus de droit est prohibé<sup>477</sup>. Autrement dit, « *les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes communautaires* », c'est à dire que l'application du droit de l'UE, ne pourrait couvrir des pratiques abusives des différents opérateurs économiques<sup>478</sup>, raisonnement tout à fait transposable en l'espèce.

Pour autant, dans ce cadre, la Cour interprète de manière stricte ces pratiques abusives, comme celles, « *qui ne sont pas réalisées dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de bénéficier abusivement [des avantages prévus par le droit de l'Union européenne]* », raisonnement d'ailleurs transposé en matière de TVA dans le cadre de la jurisprudence Halifax (V. n°103), et ce, malgré les controverses qu'elle a pu engendrer.

---

<sup>476</sup> a) du 1 de l'article 15 de la directive n°2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scission partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre.

<sup>477</sup> CJCE, 5 juillet 2007, aff. C-321/05, Kofoed, pt 38 : Rec. CJCE, I, p. 5795 ; Europe 2007, comm. 238, obs. E. MEISSE.

<sup>478</sup> CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-110/99, Emsland Stärke, préc. cit.

L'interprétation stricte des abus de droit, est donc un rempart important dans le cadre de la défense des contribuables face aux vellétés réformatrices des législateurs, que ces derniers soient nationaux, ou communautaires et dans le cadre du respect du principe de sécurité juridique, mais également du respect des libertés d'établissement et de circulation des capitaux, tel qu'ils ressortent de la jurisprudence Cadbury Schweppes (V. n°267).

Au final, si un recours contentieux interne vient remettre en cause l'application par l'administration fiscale de ce mécanisme anti-abus et qu'une question préjudicielle était adressée par le contribuable à la Cour<sup>479</sup>, cette dernière pourrait venir préciser les modalités d'application du dispositif à la lumière de sa jurisprudence. L'impact d'une telle décision touchant également le droit interne<sup>480</sup>.

---

<sup>479</sup> Procédure prévue par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>480</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 17 juin 2011, n°324392, SARL Méditerranée automobiles et n°314667, Sté Finaparco ; Dr. fisc. 2011, n°37, comm. 502, concl. P. COLLIN, note P.-F. RACINE ; RJF 2011, n°1035 ; RJF 2011, p. 1019, chron. C. RAQUIN.



## **TITRE II : UNE PRISE DE CONSCIENCE**

### **GLOBALE CARACTERISEE PAR**

### **D'IMPORTANTES CHANGEMENTS**

### **LEGISLATIFS**

**225** - La crise financière, qui a violemment touché la majorité des pays développés et dont certaines conséquences se ressentent encore aujourd'hui, a mené de nombreux pays au premier rang desquels les membres du G 20, de l'OCDE ou encore de l'UE, à repenser la manière dont la législation fiscale appréhende les problématiques liées aux pratiques fiscales des entreprises. Cette réflexion, s'est basée sur deux nécessités, la première, est de limiter les pratiques fiscales dommageables des entreprises qui souhaitent limiter le poids de l'impôt sur leur rendement financier, la seconde est relative à la préservation des recettes fiscales, mises à mal par les difficultés économiques et financières, rencontrées par l'ensemble des contribuables.

Suite à ces difficultés, nous avons vu que de nombreux Etats ont réagi par la mise en place de politiques fiscales plus agressives, qui ont à la fois, engendré une augmentation du montant des prélèvements obligatoires, mais également un développement de nombreux mécanismes de lutte contre les comportements abusifs, que ceux-ci soient liés à des pratiques frauduleuses, mais aussi à des pratiques fiscales agressives par le transfert de bénéfices vers des Etats ou territoires ayant une fiscalité plus avantageuse.

Ce bouillonnement législatif, n'a pas été sans conséquence pour les entreprises et plus particulièrement, pour celles qui évoluent dans un contexte international. En effet, de nombreuses possibilités d'optimisation par le biais de structures, produits financiers, ou par l'utilisation des flux entre sociétés, sont aujourd'hui nous le verrons, de plus en plus limitées, voir totalement remises en cause par les récentes réformes législatives.

**226** - La France, à l'occasion de récents rendez-vous législatifs ayant trait à la fiscalité est nous le verrons, un des Etats qui a le plus fait évoluer sa législation fiscale en matière de lutte contre les comportements déviants, mais également dans le développement des outils de contrôle à l'usage de l'administration fiscale. Ces nouveaux outils, tels que la comptabilité informatisée, ou les nouvelles obligations déclaratives (V. n°310 et s.),

permettent à l'administration fiscale de mieux comprendre la situation fiscale des contribuables et de plus facilement contrôler les éventuelles défaillances ou abus qui pourraient éventuellement avoir été commis par les contribuables et ce, même si certains d'entre eux nous l'avons, vu ont été censurés par le Conseil constitutionnel (V. supra).

**227** - Nous avons pu également constater que le législateur, a récemment souhaité faire évoluer la relation entre l'administration fiscale et les contribuables, en mettant en place un mécanisme dit de la relation de confiance, qui vise à promouvoir la collaboration entre les contribuables et l'administration fiscale, afin de prévenir les risques de contentieux. Cette relation, basée sur la durée contrairement à la procédure de rescrit (V. n°209 et s.), permet à l'administration d'accompagner l'entreprise en amont de ses différents processus déclaratifs et concerne l'ensemble des impositions soumises au contrôle de la Direction générale des finances publiques.

**228** - Nous verrons également que cette évolution des mentalités et des législations n'est pas seulement réservée au droit français.

En effet, de nombreux Etats depuis la remise du rapport BEPS<sup>481</sup>, par l'OCDE le 19 juillet 2013, font évoluer leur législation afin de lutter plus efficacement contre la perte de recettes budgétaires due à l'optimisation fiscale agressive.

Nous verrons d'ailleurs que ce rapport<sup>482</sup>, qui s'articule sous la forme de diverses actions<sup>483</sup>, propose l'adoption à plus ou moins court terme, de solutions communes visant à réduire l'érosion des bases d'imposition et les transferts de bénéfices à l'étranger. Ce plan, souhaite également faire évoluer la fiscalité pour que celle-ci puisse répondre efficacement aux défis posés par la mondialisation et l'émergence d'une nouvelle économie basée sur le numérique.

**229** - Du côté de l'Union européenne, les lignes ont également bougé notamment sous l'impulsion de la Commission européenne, qui a eu un rôle majeur dans la promotion de législations et d'actions innovantes, dans la lutte contre la concurrence fiscale dommageable et l'optimisation fiscale agressive pratiquée par les entreprises.

---

<sup>481</sup> G. ABATA, *Mise en œuvre du projet BEPS : Le moment de vérité approche*, Dr. fisc. 2016 n°5, 138.

<sup>482</sup> M. AMINE BENAOUA, E.GUEYE, D. MARTIN, E. MOUROT et C. STOFATI, *BEPS : vœu pieux ou réalité juridique ? Remarques relatives à l'action 5*, Dr. fisc. 2016, n°30-35, 442.

<sup>483</sup> Le rapport BEPS s'articule autour de 15 actions dont la réalisation est divisée en trois périodes (Septembre 2014, Octobre 2015, Décembre 2015).

Nous verrons notamment que la directive mère fille<sup>484</sup>, adoptée en 1990 et qui permet d'éliminer les contraintes fiscales liées à la distribution de bénéfices entre sociétés au sein de l'Union, a récemment été modifiée afin de limiter certains abus dans le cadre de la circulation des profits entre entités liées au sein du marché européen.

Par ailleurs, au sein de l'Union, nous allons aborder une problématique relative à la concurrence fiscale entre les Etats du fait de la préservation de leur souveraineté fiscale. En effet, la Commission européenne, consciente du danger que représente cette concurrence déloyale, a lancé à l'encontre de différents pays européens, plusieurs procédures d'enquêtes pour aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché intérieur. Des pays comme le Luxembourg, la Belgique et les Pays-Bas, sont soupçonnés d'avoir favorisé les pratiques d'optimisation fiscale agressive de grands groupes multinationaux par le biais de décisions administratives prises sous la forme de rescrits.

La publication dans la presse de plusieurs dizaines de rescrits signés par l'administration fiscale luxembourgeoise, n'a fait qu'accroître la volonté de la Commission et de différents Etats membres, de mettre un terme à certaines pratiques abusives, que celles-ci soient favorisées par des Etats membres ou pratiquées par les entreprises.

**230** - Nous verrons donc dans le cadre d'un premier chapitre (Chapitre I) comment la France et l'Union européenne, ont modifié leur cadre législatif afin de limiter les pratiques abusives des entreprises, puis, nous verrons dans le cadre d'un second chapitre (Chapitre II), comment au niveau international, les Etats s'organisent afin de limiter les possibilités d'abus, mais également comment, les organisations internationales et en particulier l'OCDE, essaient de promouvoir une nouvelle approche de la fiscalité afin de développer, une certaine convergence entre les législations des différents Etats.

---

<sup>484</sup> Directive 90/435/CE préc. cit.

# CHAPITRE I : L'EVOLUTION DES LEGISLATIONS

## FRANÇAISES ET EUROPEENNES

**231** - Comme nous l'avons déjà indiqué, la France est un des Etats qui a depuis longtemps mis en place de nombreux dispositifs, visant à limiter les comportements fiscaux déviants des contribuables.

Ces mécanismes, sont de natures diverses et comprennent tout aussi bien, des outils de contrôle, de par la mise en place d'obligations déclaratives strictes permettant de vérifier la situation fiscale du contribuable, mais également, des mécanismes anti-abus spécifiques, applicables par exemple aux investissements dans les pays à fiscalité privilégiée, à la limitation de la déductibilité des charges financières, à la sous-capitalisation (V. n°307 et s.), ainsi que des mécanismes plus généraux tels que celui de l'abus de droit (V. n°138 et s.).

Cependant, même si les préoccupations de la France pour la promotion de pratiques entrepreneuriales plus respectueuses de la norme fiscale sont anciennes, on se rend compte que ces dernières années, notamment du fait des difficultés économiques rencontrées par l'Etat français, qui a connu une importante perte de recettes fiscales suite à la crise de 2008, de nombreux dispositifs législatifs sont venus compléter l'arsenal existant dans le but de limiter l'érosion des bases d'imposition.

**232** - La France n'est pour autant pas le seul acteur de ce mouvement, lorsque l'on s'intéresse à la problématique de la lutte contre les comportements abusifs dans un cadre international, nous constatons un mouvement global, porté par l'Union européenne mais également, l'OCDE, qui ont initié, ou à tous le moins influencé ces réformes. Si le sujet a toujours été discuté, il a pris aujourd'hui des proportions beaucoup plus importantes du fait de la nécessité des Etats, de limiter les conséquences dévastatrices de la crise de 2008 sur les finances publiques, mais également à cause de la mise en lumière des comportements déviants des entreprises multinationales, considérées par les citoyens comme ne respectant pas leurs obligations fiscales, alors que ces dernières dégagent par ailleurs des milliards d'euros de bénéfices annuels.

**233** - Avant de s'intéresser plus en détails aux mécanismes mis en place à travers le monde dans le but de lutter contre les abus, il faut tout d'abord nous intéresser à l'état de

la fiscalité à travers le monde, après plusieurs années d'une crise particulièrement violente pour une économie mondiale qui peine encore reprendre son souffle.

Selon un document de l'OCDE<sup>485</sup>, on se rend compte que ces années de crises ont été difficiles pour de nombreux Etats, mais que les Etats européens et en particulier la Grèce, ont été touchés encore plus violemment par la crise venue des Etats-Unis et qui a engendré la chute de Lehman Brothers, une des principales institutions financières au monde. En effet, lorsque l'on s'intéresse au taux annuel d'augmentation du PIB dans les différents Etats membres de l'OCDE, on se rend compte de la relative fragilité économique des Etats membres de la zone euro, contrairement aux ténors mondiaux, américains ou asiatiques, qui ont plus facilement absorbé les conséquences de la crise. Ainsi, pour l'année 2009, qui a suivi directement le début de la crise, le taux de croissance du PIB de la zone euro était de - 4,3%, celui de l'OCDE de - 3,6%, alors que le taux mondial était de - 1,1%, taux quasiment neutre, largement soutenu par la croissance chinoise, qui enregistrait alors un taux d'augmentation de son PIB de 9,6%.

Si l'on compare ces chiffres avec ceux de 2014, année de sortie de crise pour de nombreux Etats, la zone euro enregistrait une augmentation très faible de 1,1% de son PIB alors que la zone OCDE enregistrait une augmentation de 2,3%, le monde de 4% et la Chine de 8,4%, l'économie européenne peinait donc encore à redémarrer notamment du fait des difficultés rencontrées par de nombreux pays membres de l'Union.

Ces difficultés au sein de la zone euro, se sont également caractérisées par un taux de chômage important puisque qu'on enregistrait en 2014, un taux de chômage de 12% alors que la zone OCDE enregistrait un taux de 8% et le Japon de 4%.

On le voit, si la situation économique s'est largement dégradée depuis 2008 et si de nombreux Etats dont les plus grandes puissances économiques, ont commencé à retrouver une situation économique stable, de nombreux Etats notamment européens sont encore dans la tourmente et doivent faire face à d'importantes difficultés financières et donc, à la nécessité de trouver de nouvelles recettes budgétaires afin de soutenir la croissance. Cette nécessité, passe forcément soit par une modification du taux des prélèvements obligatoires, soit par une modification des règles fiscales et notamment par le durcissement des règles anti-abus<sup>486</sup>.

---

<sup>485</sup> P. LE BLANC, S. MATTHEWS and K. MELLBYE, *The Tax Policy Landscape Five Years after the Crisis*, OECD Taxation Working Papers, n°17, OECD publishing, Paris, 2013.

<sup>486</sup> L. AYRAULT, *Le renforcement des sanctions*, Dr. fisc. 2014, n°51-52, 701.

**234** - Nous verrons donc dans le cadre d'une première section (Section I), quelles ont été les réponses envisagées en France afin de limiter les possibilités d'optimisation et d'évasion fiscales dans le but de réguler les comportements fiscaux déviants. Puis, nous verrons dans le cadre d'une deuxième section (Section II), que si l'Union européenne, a depuis quelques années déjà, essayé de promouvoir une convergence législative visant à harmoniser certaines règles fiscales notamment afin de lutter plus efficacement contre les abus au sein de la Communauté, cette dernière a également franchi un cap important ces dernières années, en modifiant de manière importante certaines directives européennes afin d'empêcher les contribuables de se prévaloir de manière abusive des dispositions du droit européen (V. n°369 et s.).

## **Section I : Une législation française de plus en plus stricte**

**235** - *Diverses méthodes de préservation des recettes budgétaires.* Nous avons déjà souligné que la crise économique mondiale de 2008 avait eu des conséquences importantes sur l'augmentation des déficits de nombreux Etats à travers le monde, la France, Etat structurellement déficitaire, n'a bien évidemment pas été épargnée par ce phénomène. Ces difficultés, ont bien entendu rendu nécessaire la perception, ou à tout le moins, la préservation des recettes fiscales, afin de palier à l'augmentation de ces déficits, pouvant menacer gravement l'investissement de l'Etat dans l'économie. Trois solutions s'offraient dans ce cas au législateur. La première, à court terme mais difficile à justifier politiquement, consiste à augmenter le taux des prélèvements obligatoires, ou à créer de nouvelles impositions, la deuxième, consiste à rendre plus efficaces les procédures visant à garantir le paiement et le recouvrement des impositions existantes et donc, de lutter plus efficacement contre les comportements déviants, la troisième enfin, consiste à réformer la législation existante, en modifiant par exemple l'assiette d'une imposition ou en limitant les avantages de certains dispositifs fiscaux, comme par exemple de la possibilité de reporter les déficits, la limitation de la déduction de certaines charges, solution qui a d'ailleurs été largement privilégiée ces dernières années par le législateur français.

**236** - Si le législateur français a utilisé l'ensemble de ces solutions afin de préserver les recettes budgétaires, nous verrons dans le cadre de cette section que depuis 2013 et en particulier depuis l'entrée en vigueur de la loi contre la fraude fiscale et la grande

délinquance financière<sup>487</sup>, que le législateur français, sous l'impulsion de plusieurs rapports parlementaires, mais également sous l'influence de nombreuses discussions au niveau des instances internationales telles que l'UE, l'OCDE ou encore le G20, a développé de nombreux mécanismes anti-abus.

Nous allons donc voir dans une première sous-section (Sous-section I), comment les différents travaux parlementaires ont influencé la mise en place de nouveaux dispositifs anti-abus, puis, nous verrons quel sont les nouveaux mécanismes adoptés par le Parlement français afin de lutter plus efficacement contre les abus en matière d'imposition des entreprises (Sous-section II).

## **Sous-section I : L'influence des travaux parlementaires**

**237** - Nous avons vu dans le cadre de notre premier titre, que les entreprises et notamment multinationales, considèrent aujourd'hui la fiscalité comme un instrument de gestion permettant maximiser leurs profits et donc, de réduire au maximum l'impact de l'impôt sur leurs résultats.

Dans le cadre de leur politique d'optimisation fiscale, les entreprises peuvent en effet prendre certaines options afin de faire diminuer le montant de leur TEI. La principale problématique étant nous l'avons vu, de segmenter ces différentes options, qui peuvent faire l'objet de qualifications diverses, tant la frontière est étroite entre les comportements qui relèvent de la fraude, de l'évasion ou de l'optimisation fiscales et semblent parfois très proches. Cette proximité, oblige aujourd'hui les opérateurs à bien anticiper les risques<sup>488</sup> liés aux décisions qui sont prises dans le cadre de la gestion de leur politique fiscale.

Pour autant, la législation fiscale ne se limite pas à la sanction de la fraude (V. n°37 et s.) ou des abus de droit (V. n°138 et s.), puisque de nombreux dispositifs existent en France afin de limiter ou d'encadrer les pratiques fiscales des contribuables.

Pour se faire, le législateur peut notamment faire appel à deux types de mécanismes, le premier est relatif au contrôle de l'activité du contribuable, le second quant à lui concerne la limitation des avantages de certains dispositifs fiscaux.

---

<sup>487</sup> Loi n°2013-1117 préc. cit.

<sup>488</sup> A. DE BISSY et G. DEDEURWAERDER, *Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale*, Cahier de droit de l'entreprise, 2012, n°3, dossier 14.

Ces dispositifs, qui ont longtemps été jugés comme suffisants, ont été critiqués du fait des lourdes conséquences de la crise sur les finances publiques. De ce fait, de nombreux parlementaires se sont penchés sur la nécessité de faire évoluer la législation fiscale afin que celle-ci réponde à la fois, aux défis de la mondialisation et de l'avènement de l'économie numérique, mais également à la nécessité de mettre en place des mécanismes de contrôle et anti-abus plus efficaces, afin de limiter les comportements déviants des entreprises. Nous allons donc dans un premier paragraphe (§I), voir comment les rapports Dominati-Bocquet et Muet-Woerth, ont influencé certaines modifications de la loi fiscale, puis nous verrons (§II), quelles solutions le rapport Collin-Colin, a préconisé dans le cadre de la mise en place d'une fiscalité efficace dans sa réponse aux défis de la fiscalité du numérique.

## **§I) Une réponse à l'inadéquation de la loi fiscale avec le comportement des entreprises : les rapports Dominati-Bocquet et Muet-Woerth**

**238** - L'étude de ces différents travaux parlementaires, est d'un intérêt certain dans le cadre de nos travaux, ces derniers permettent en effet de voir comment les parlementaires, souhaitent faire évoluer la législation fiscale, mais également d'avoir un regard global sur le système fiscal français actuel et ses faiblesses. Ce regard, est essentiel dans la compréhension des enjeux que représente aujourd'hui la fiscalité, même dans son acception la plus internationale. Cette dernière, est la source de la nécessaire modification des instruments législatifs actuels, qui ne sont plus suffisamment efficaces afin de limiter certains comportements fiscaux. Nous allons donc reprendre certaines idées qui se dégagent de ces travaux qui listent les dispositifs actuels dont peut faire usage l'administration fiscale afin de limiter les comportements abusifs des contribuables (A), puis, nous verrons quelles solutions sont envisagées par les parlementaires afin d'améliorer leur fonctionnement et leur efficacité (B).

### **A) Un état des lieux des dispositifs actuels**

**239** - *De nombreux dispositifs visant à encadrer un maximum de situations.* Nous avons vu pu voir dans le cadre de notre propos, que les choix stratégiques d'une entreprise,



pouvaient lorsqu'ils étaient jugés comme contraires à son l'intérêt, qu'ils représentaient un risque manifestement excessif, ou une violation de la lettre ou de l'esprit des textes, être sanctionnés par la loi. Cependant, ces mécanismes ne sont pas les seuls à permettre la remise en cause des options fiscales prises par les contribuables puisqu'il en existe de plus spécifiques.

Nous ne pourrions pas ici nous intéresser à l'ensemble des dispositifs qui viennent limiter les optimisations fiscales des contribuables ce qui nécessiterait une étude réservée à ce sujet, mais nous retiendrons ceux qui permettent le mieux de mettre en lumière l'approche retenue en matière fiscale par le législateur depuis la crise de 2008 et qui ont par ailleurs, le plus gros impact au niveau à la fois budgétaire mais aussi sur la pratique.

Nous allons donc voir dans un premier temps, comment le législateur a souhaité limiter la déduction des charges financières venant en réduction de l'assiette taxable (1°), puis ceux venant limiter l'implantation de sociétés à l'étranger dans un but d'évasion de capitaux (2°).

## **1°) Les dispositifs limitant la déduction des charges financières**

**240** - Si l'on s'intéresse aux évolutions législatives dans la mise en place d'une politique anti-abus, on constate que la déduction de charges par les entreprises, est aujourd'hui un des enjeux majeurs de l'optimisation fiscale des entreprises. En effet, cette dernière permet de rapidement réduire le résultat taxable à différents stades du calcul de l'imposition, par l'imputation de sommes sur le chiffre d'affaires réalisé par la structure.

Cette problématique, a connu au fil du temps de nombreuses évolutions législatives et une étape importante fut franchie par l'adoption de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012<sup>489</sup>, qui avait mis en place, la fin du droit pour les entreprises de déduire de leur résultat taxable les abandons de créances à caractère financier. Ce dispositif, codifié à l'article 39 du CGI<sup>490</sup> et applicable aux exercices clos à compter que 4 juillet 2012, a été accueilli difficilement par les contribuables, qui perdirent par ce biais, un avantage fiscal important dans le cadre de leur politique de recapitalisation des sociétés liées.

---

<sup>489</sup> Loi n°2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012.

<sup>490</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 26 (V).

Il faut tout de même noter sur ce point que l'article 216 A du CGI<sup>491</sup>, prévoit une exception à ce dispositif, bien que celle-ci soit très restrictive, puisqu'elle implique que la société bénéficiaire de l'abandon de créance (sous réserve du respect des dispositions de l'article 145 du CGI définissant le statut de société-mère), prenne l'engagement d'augmenter son capital au profit de la société ayant accordé l'abandon, pour un montant équivalent à celui de la créance abandonnée et ce, avant la clôture du second exercice suivant celui durant lequel a eu lieu l'abandon.

Par ailleurs, si la société envisage de remplacer l'abandon de créance par un supplément d'apport dans le capital de la filiale en difficulté, l'opération est fiscalement neutre (la somme est non déductible chez la mère et non imposable chez la filiale), neutralité reposant sur les dispositions de l'article 39 quaterdecies du CGI<sup>492</sup>. Dans les faits, il faudra prendre garde à l'hypothèse de l'existence d'une moins-value de cession liée aux titres reçus en contrepartie de l'apport. La moins-value sur les titres de participation reçus d'une entité en difficulté en contrepartie d'un apport et dont la valeur, au moment de leur émission, est inférieure à la valeur d'inscription en comptabilité, n'est plus déductible à hauteur de la différence entre ces deux valeurs.

Cette mesure, va s'appliquer quelques soient les modalités de l'augmentation de capital, même si généralement on la retrouvera appliquée aux apports en numéraire ou aux incorporations de créance. En effet, dans ces hypothèses où la filiale est en situation de difficulté, la société mère est plus susceptible de recevoir des titres dont la valeur de souscription va être inférieure à leur valeur réelle.

**241** - En dehors de ce mécanisme, d'autres mécanismes plus spécifiques sont venus régler la déduction des charges financières par les entreprises. Tel est le cas du dispositif Carrez (1), du mécanisme de lutte contre la sous-capitalisation (2), de l'amendement Charrasse (3), ces derniers étant par un mécanisme général de plafonnement des charges financières (4).

---

<sup>491</sup> Créé par Loi n°82-1126 du 29 décembre 1982, art. 15 (P) JORF 30 décembre 1982 en vigueur le 1er janvier 1983.

<sup>492</sup> Modifié par Ordonnance n°2013-544 du 27 juin 2013, art. 8

## 1) Le dispositif Carrez

**242** - Ce dispositif, codifié à l'article 209, IX du CGI<sup>493</sup>, issu de la loi de finances rectificative pour 2011<sup>494</sup>, vise à lutter contre l'acquisition de titres de participation<sup>495</sup> par le biais d'un endettement artificiel. Il est applicable aux sociétés et organismes soumis de plein droit, ou sur option à l'IS, ainsi qu'aux établissements français d'une société étrangère également soumise à cet impôt<sup>496</sup>.

L'objectif de ce mécanisme, est d'éviter qu'une entreprise étrangère, puisse profiter du mécanisme de déduction des intérêts d'emprunts en créant en France, une « *coquille vide*<sup>497</sup> » ayant pour but exclusif de s'endetter et d'acheter une société en France. En effet, la déductibilité des intérêts d'emprunts pourra s'apparenter ici à une subvention de l'acquisition de sociétés françaises par des entreprises étrangères.

Dans le cadre de ce dispositif, sont visées toutes les acquisitions à titre onéreux de titres de participation et ce, même si l'opération est réalisée par le biais d'un échange de titres, ou par un apport rémunéré par des titres.

**243** - Ce mécanisme est donc venu interdire la déduction des charges financières liées à ces acquisitions, lorsque la société cessionnaire des titres ne peut pas démontrer que les décisions concernant ces participations sont prises par elle, ou par une autre société établie en France qui la contrôle, ou qui est contrôlée par elle. Il en est de même dans le cas où le contrôle ou l'influence, est effectif sur la société dont les titres sont détenus, sur celle qui les détient, ou sur une autre société établie en France qui la contrôle ou que celle-ci contrôle et que cette dernière, exerce un contrôle ou une influence de manière effective sur la société dont les titres sont détenus. La preuve du contrôle et de l'influence, doit être apportée par tous moyens par la société qui détient les titres. On retrouve ici la notion de substance que nous avons étudiée précédemment (V. n°149 et

---

<sup>493</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, de finances rectificative pour 2014, art. 26, 74 et 88 (V).

<sup>494</sup> Loi n°2011-1978 du 28 décembre 2011, de finances rectificative pour 2011.

<sup>495</sup> Il s'agit des titres définis par l'article 219, I, a, quinquièmes du CGI bénéficiant du régime des plus-values long terme et qui relèvent donc d'une possession durable et utile à l'activité de l'entreprise. On appliquera également ce dispositif aux titres fiscalement assimilés aux titres de participation (titres acquis dans le cadre d'une OPA ou OPE par l'entreprise initiatrice mais aussi les titres qui ouvrent au régime des sociétés mère de l'article 145 du CGI.

<sup>496</sup> BOI-IS-BASE-35-30-10 n°1.

<sup>497</sup> V.

s.), ce qui empêche les holdings passives de pouvoir bénéficier de la déduction des charges financières d'acquisition.

En d'autres termes, si la société ne peut démontrer qu'elle constitue un centre de décision autonome, c'est à dire qu'elle dispose d'un réel pouvoir de décision sur les titres qu'elle détient et qu'elle participe de manière effective au processus de décision, elle pourra se voir refuser la déduction des charges financières liées à l'acquisition.

La preuve sera apportée notamment si la décision d'acquisition a été prise de manière autonome et que, lorsque les titres ont été acquis, la société disposait librement de ces derniers<sup>498</sup>. Plus spécifiquement, elle peut également être apportée par la démonstration de la participation de la société cessionnaire aux organes de décisions de la société cédée, ou en démontrant l'existence de liens organisationnels. La société pourra également démontrer qu'elle représente un organe décisionnel décentralisée dans le but de réaliser certains objectifs liés à la stratégie du groupe et qu'il existe pour cette structure, une politique de gestion spécifique, définie par elle même.

Nous avons souligné plus haut que le contrôle de la participation, pouvait être exercé autrement que par la société détentrice des titres, c'est à dire par une société résidant fiscalement en France qui contrôle la société détentrice de la participation, ou à l'inverse, contrôlée par celle-ci<sup>499</sup> au sens de l'article L 233-3, I du Code commerce<sup>500</sup>.

Enfin, dans le cas où un établissement stable serait le cessionnaire des titres de la société cible, même si ce dernier est dénué de la personnalité juridique, il peut représenter un centre de décision autonome, s'il possède notamment une comptabilité propre et a inscrit les titres objets de l'acquisition à l'actif de son bilan.

## 2) Le mécanisme de lutte contre la sous-capitalisation

**244 - Définition de la sous-capitalisation.** Ce mécanisme, codifié à l'article 212, II du CGI<sup>501</sup>, a été mis en place dans le cadre de la loi de finances pour 2006<sup>502</sup>. Il est applicable aux sociétés ou organismes soumis de plein droit ou sur option à l'IS et donc aux établissements français de sociétés étrangères, lorsque ces derniers respecteront les

---

<sup>498</sup> BOI-IS-BASE-35-30-10 n°100.

<sup>499</sup> BOI-IS-BASE-35-30-10 n°140.

<sup>500</sup> Modifié par Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 33 (V) JORF 27 juillet 2005.

<sup>501</sup> Modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, de finances rectificative pour 2014, art. 20.

<sup>502</sup> Loi n°2005-1719 du 30 décembre 2005, de finances pour 2006.

conditions d'application de l'IS telles qu'elles sont définies à l'article 239 du CGI. Dans ce cas, il faudra établir la réelle répartition de l'endettement de l'établissement, en prenant en compte les dispositions de l'article 209, I du CGI sur l'application territoriale de cet impôt. Il faudra également prendre garde aux définitions retenues par la convention fiscale signée entre les deux Etats intéressés et en particulier, la manière selon laquelle sont définis les bénéficiaires des entreprises<sup>503</sup> et savoir ce qui doit être ou non, rattaché à l'établissement français.

**245 - Application du dispositif.** Dans le cadre de l'application de ce dispositif, on considèrera comme étant sous-capitalisée, une entreprise dont les fonds propres sont inférieurs, ou à tout le moins insuffisants, par rapport aux dettes contractées par la société. Une société sous-capitalisée est donc dans une situation de fragilité financière, puisqu'en cas d'aggravation de ses difficultés économiques, elle pourrait éventuellement ne plus être en mesure d'honorer ses engagements financiers auprès des sociétés liées. Il faut noter sur ce point que la loi exclut de l'application du dispositif, certains produits financiers, tels que les intérêts dus par les établissements de crédit, les intérêts versés par une centrale de trésorerie dans le cadre de la mise en place d'une convention de gestion centralisée, ainsi que les sommes ayant servi à financer l'acquisition de biens par la voie d'un crédit-bail.

**246 -** Afin de calculer ce ratio d'endettement, on doit prendre en considération l'ensemble des intérêts qui viennent rémunérer les sommes mises, ou laissées à disposition de l'entreprise par une société liée, directement ou indirectement selon l'article 39, 12 du CGI<sup>504</sup>, mais aussi les différentes garanties d'emprunts accordées entre les entreprises liées.

Cette notion de sommes laissées ou mises à disposition, a été intégrée dans le cadre de la loi de finance pour 2011<sup>505</sup>, afin de lutter contre les opérations dites de « *back to back* », qui consistent en la substitution d'un prêt accordé par un établissement de crédit à un prêt consenti par une entreprise liée, le prêt bancaire étant garanti par la société liée.

---

<sup>503</sup> Article 7 du modèle de convention OCDE.

<sup>504</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014, art. 26 (V).

<sup>505</sup> Loi n°2010-1957 du 29 décembre 2010, de finances pour 2011, art. 12, puisqu'il était applicable initialement, seulement aux prêts et avances consentis par une entreprise liée au débiteur.

**247** - Ce dispositif, a par exemple appliqué dans le cas où les intérêts versés par une société à ses associés, ont été versés dans le cadre d'un emprunt obligataire<sup>506</sup>, ou encore à des bons de caisse<sup>507</sup>. Il vise donc un nombre important de situations qui attestent de l'existence de liens capitalistiques entre sociétés liées, afin que ces dernières ne contournent pas l'interdiction primaire, par l'utilisation de schémas de financements complexes visant faire diminuer le ratio d'endettement.

Le dispositif, va exclure en plus de celles que nous avons vu plus haut, certaines sommes et notamment la rémunération d'obligations émises dans le cas d'une OPE (offre publique d'échange), les crédits commerciaux, lorsque les sommes versées correspondent à la rémunération d'opérations commerciales dans lesquelles l'entreprise liée intervient en tant que fournisseur ou client. Sont également exclus, les prêts accordés par un établissement financier lié si les sommes prêtées, ne sont pas supérieures aux crédits qui auraient été accordés à une société tierce équivalente et que le taux rémunérant le prêt, n'est pas excessif par rapport aux taux appliqués aux autres membres de la clientèle de l'établissement financier.

**248** - De manière plus spécifiques, certaines opérations de restructuration permettent au delà de ces exclusions prévues par les textes, d'éviter l'exclusion du régime de déduction. En effet, dans le cas du remboursement d'une dette dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, ou dans le cadre d'un changement de contrôle du débiteur, les intérêts versés à raison de sommes laissées ou mises à disposition demeureront déductibles<sup>508</sup>.

Pour autant, ce droit à déduction ne sera effectif que si les termes du contrat d'emprunt prévoient que le prêt sera remboursé immédiatement en cas de changement de débiteur, la déduction des intérêts sera donc refusée si la restructuration de la dette est effectuée dans le cadre d'une simple décision de gestion<sup>509</sup>.

**249** - Certaines opérations d'acquisitions peuvent se révéler délicates pour l'application de ce dispositif, c'est notamment le cas des opérations de LBO. L'administration<sup>510</sup>,

---

<sup>506</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 avril 1991 n°75553, SA Bastide et Cie ; RJF 1991, n°738. V. également Rép. JULIEN, AN 20 février 1957, JO AN, n°4381 et BOI-BIC-CHG-50-50-10 n°70.

<sup>507</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 14 juin 1978, n°1023 ; RJF 1978 n°345.

<sup>508</sup> Loi n°2011-178 du 28 décembre 2011, de finances rectificative pour 2011 – art. 41.

<sup>509</sup> BOI-IS-BASE-35-20-20-10 n°270.

<sup>510</sup> BOI-IS-BASE-35-20-20-10 n°280.

considère en effet que la dette d'acquisition d'un nouvel associé dans l'opération de LBO, rentre automatiquement dans le champ du dispositif, c'est à dire qu'elle n'est selon elle, pas déductible. Pour autant, dans les faits, vont demeurer déductibles, les intérêts venant rémunérer dans le cadre d'une opération de LBO, un prêt global visant à refinancer l'ensemble des sociétés du groupe cible, si et seulement si, comme dans l'hypothèse précédente, le contrat initial prévoit le remboursement immédiat de l'emprunt initial en cas de rachat de la structure.

**250 - *La notion d'entreprise liée.*** Nous avons dans le cadre de l'étude de ce mécanisme, que celui ci fait référence à la notion d'entreprises liées. Cette notion, doit s'interpréter à la lumière des dispositions de l'article 39, 12 du CGI, qui dispose qu'une entreprise est considérée comme étant liée à une autre, lorsqu'il existe entre elles des liens de dépendance. Ces liens de dépendance sont caractérisés de deux façons.

Premièrement, une des deux entreprises détient directement, ou par le biais d'une personne interposée (indirectement), la majorité du capital social de l'autre (contrôle de droit), ou y exerce en fait, le pouvoir de décision (contrôle de fait).

Deuxièmement, deux sociétés peuvent être considérées comme étant liées, lorsque elles sont toutes deux et dans les conditions précédemment définies, sous le contrôle d'une autre entreprise.

De ce fait, le dispositif ne concerne que l'hypothèse où une entreprise est interposée entre la société débitrice et la société garante, elle ne peut donc pas s'appliquer lorsque le remboursement est garanti par une sûreté accordée par une société non liée, elle même garantie par une société liée. Ce schéma, permet aux contribuables de contourner dans une certaine mesure l'application du dispositif, sauf si le montage financier est remis en cause par le mécanisme de l'abus de droit, c'est à dire qu'il n'a pas été mis en place que pour l'obtention d'un but exclusivement fiscal.

**251 - *L'intérêt de la sous-capitalisation.*** Si l'on peut penser qu'une société, dont le montant des capitaux propres, est supérieur à sa dette est plus rentable, plus efficace et plus à même de développer son activité, la pratique de l'optimisation fiscale nous a démontré que la sous-capitalisation avait de nombreux avantages en termes fiscaux.

L'hypothèse classique, sanctionnée par l'article 212, II du CGI, est celle qui met en jeu des entreprises liées (V. supra), implantées dans des pays où le taux d'IS diffère de manière notable.

Dans ce cas, la société implantée dans l'Etat où la fiscalité est la plus élevée, va s'endetter de manière importante auprès d'une ou plusieurs autres sociétés liées qui seront elles, implantées dans des Etats où l'imposition est plus faible. Ce schéma, de par la déduction des intérêts d'emprunts, permet de réduire son résultat imposable, ce qui permet in fine, de localiser les dettes dans les pays où l'imposition est la plus élevée, alors que les profits seront localisés quant à eux, dans des pays où elle sera plus faible.

**252 - Le calcul du ratio d'endettement.** Afin de sanctionner les endettements trop élevés, le mécanisme de l'article 212, II du CGI, a prévu de limiter la déductibilité des intérêts versés aux entreprises liées, lorsque le montant global de ces intérêts dépasse simultanément, au titre du même exercice, trois ratios.

Le premier ratio (II, 1, a de l'article 212 du CGI), est celui de l'endettement, il correspond au montant des intérêts versés par une entreprise aux sociétés liées, *« multiplié par le rapport existant une fois et demie le montant des capitaux propres, apprécié au choix de l'entreprise à l'ouverture ou à la clôture de l'exercice et le montant moyen des sommes laissées ou mises à disposition par l'ensemble des entreprises liées ».*

Le deuxième ratio (II, 1, b de l'article 212 du CGI), est celui de la couverture d'intérêt qui correspond à *« 25% du résultat courant avant impôts préalablement majoré desdits intérêts, des amortissements pris en compte pour la détermination de ce même résultat et de la quote-part de loyers de crédit-bail prise en compte pour la détermination du prix de cession du bien à l'issue du contrat ».*

Le troisième ratio (II, 1, c de l'article 212 du CGI), est celui du montant de l'intérêt qui est servi par les entreprises liées à cette entreprise.

Ainsi, lorsque ces trois ratios sont dépassés sur un même exercice, la société est considérée comme étant sous-capitalisée et la fraction des intérêts qui excèdent la plus élevée de ces limites, ne pourra pas être déduite du résultat taxable au titre de l'exercice en question, sauf si cette dernière est inférieure à 150 000 euros.

Pour autant, il faut noter que la fraction excédentaire, pourra être déduite lors de l'exercice suivant *« à concurrence de la différence calculée au titre de cet exercice entre la limite mentionnée au b et le montant des intérêts admis en déduction en vertu du I. Le solde non imputé à la clôture de cet exercice est déductible au titre des exercices postérieurs dans le respect des mêmes conditions sous déduction d'une décote de 5% appliquée à l'ouverture de chacun des exercices ».*



**253** - Ce dispositif est à mettre en perspective avec le mécanisme visant à limiter la déduction des intérêts versés aux associés ou aux entreprises liées. Ce dernier, codifié à l'article 39, 1 du CGI, vise à interdire aux entreprises de créer de l'endettement artificiel rémunéré de manière excessive, afin de réduire la base imposable de la société, ce qui ne serait pas possible en recherchant de l'endettement sur le marché des crédits. De ce fait, la déduction des intérêts versés par une entreprise en rémunération d'un prêt consenti par une société liée, ou par un associé, ne sera possible, que dans la limite d'un taux plafond. Ce dernier, est « égal à la moyenne des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit pour les prêts à taux variables aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à 2 ans ».

### **3) Le dispositif Charasse**

**254** - Ce dispositif, codifié à l'article 223 B al. 7 du CGI<sup>511</sup>, vise à lutter contre les hypothèses de vente à soi-même, mises en place dans le cadre d'un régime de groupe. L'hypothèse de principe, consiste à ce qu'un actionnaire de la structure tête de groupe, revende une société qu'il détient à une autre société, dont il détient également le contrôle et qui appartient donc au même groupe. Ce mécanisme, est également applicable à l'hypothèse du rachat par une société membre d'un groupe, d'une sous-filiale, qui pourra être ou non, membre du groupe. L'acquisition est dans ce cas, réalisée auprès d'une société intermédiaire, ou, lorsqu'elle porte sur les titres d'une société intermédiaire, auprès des personnes qui contrôlent le groupe, ou d'une société détenue par elle<sup>512</sup>.

L'avantage de ce type d'opération de cession/acquisition est que même si la cession est totale, le cédant ne perd pas le contrôle de la société et récupère ainsi des liquidités. Dans le même temps, l'opération va créer artificiellement, au niveau du cessionnaire, un endettement important, composé de charges financières, déductibles du résultat imposable et qui viennent ainsi diminuer le résultat du groupe.

L'article 223 B al. 7, vient ainsi interdire, la déduction des charges financières présumées rattachées à l'acquisition d'une société cible, par la voie d'un endettement auprès d'un actionnaire contrôlant à la fois la société cédée et la société cessionnaire.

---

<sup>511</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, de finances rectificative pour 2014, art. 63.

<sup>512</sup> Sur la nature des charges à réintégrer au résultat d'ensemble V. CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 mars 2015, n°369048, Sté Groupe JLF Finances ; Dr. fisc. 2015, n°28, comm. 460, concl. A. BRETONNEAU ; RJF 2015, n°475 et BF 6/15 inf. n°493.

Ce mécanisme est l'archétype même des mécanismes anti-abus spécifiques, qui viennent sanctionner des situations qui pourraient en l'absence de réglementation particulière, faire l'objet d'une sanction par le biais du mécanisme de l'abus de droit.

#### **4) Le plafonnement général de déduction des charges financières**

**255** - Dans le cadre de la loi de finances pour 2013<sup>513</sup>, le mouvement législatif visant à la limitation de la déduction de certaines charges par les entreprises, s'est intensifié par la mise en place d'un mécanisme visant à plafonner de manière générale la déduction de ces charges.

En effet, la déduction d'importantes charges financières, est nous l'avons souligné, un enjeu majeur des entreprises dans les opérations d'acquisition de titres, dont les produits (dividendes ou plus-values de cession), sont bien souvent exonérés d'impôts.

De ce fait, un mécanisme de plafonnement général, emportant une réintégration forfaitaire des charges financières acquittées par la société, a été codifié à l'article 212 bis du CGI<sup>514</sup>. Ce mécanisme a été vulgairement surnommé à l'époque de sa mise en place, le « *rabot* ».

Ce régime, est applicable aux sociétés et organismes qui sont soumis sur option, ou de plein droit à l'IS, ainsi qu'aux établissements stables de sociétés étrangères dans les conditions étudiées précédemment (V. supra).

**256** - Lorsque l'on parle de charges financières, il s'agit dans le cadre de ce dispositif, des intérêts ou assimilés, qui viennent en rémunération de sommes laissées ou mises à disposition de l'entreprise. Sont expressément exclues du dispositif, certaines charges, telles que les charges nettes sur cession de valeurs mobilières de placement, les escomptes commerciaux accordés par l'entreprise, ainsi que les pertes de change qui ne se rapportent pas à des sommes laissées ou mises à disposition. Les produits financiers eux, s'entendent des intérêts ou assimilés qui viennent rémunérer des sommes laissées ou mises à disposition par l'entreprise, à l'exclusion notamment des dividendes, des escomptes commerciaux obtenus et des gains de changes, comme en matière de charges.

---

<sup>513</sup> Loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013.

<sup>514</sup> Modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, de finances rectificative pour 2014, art. 20.

La fraction à réintégrer, initialement fixée à 15% est passée à 25% en 2014. Afin de ne pas pénaliser trop fortement les PME, le dispositif s'applique seulement si les charges financières nettes de l'entreprise dépassent les 3 millions d'euros.

**257** - Il est à noter que ces différents dispositifs qui viennent limiter les options fiscales des entreprises dans leur gestion financière et fiscale, doivent être appliqués selon un ordre spécifique. Dans le cas d'une société non membre d'un groupe, on appliquera en premier lieu le dispositif relatif aux taux d'intérêt limite (art. 39-1-3° du CGI V°), puis le mécanisme de lutte contre la sous-capitalisation (art. 212 II du CGI V°), puis le dispositif Carrez (art. 209-IX du CGI) et enfin le mécanisme dit du « *rabot* ».

Il est à noter que chacun de ces dispositifs doit s'appliquer net des charges financières à réintégrer en application du ou des dispositifs appliqués précédemment.

Dans le cadre des groupes, les charges financières nettes sont égales à la somme des produits et charges de chaque société membre du groupe. On appliquera alors en premier lieu le dispositif de sous-capitalisation, puis le dispositif Charasse (223 B al. 7) et enfin le « *rabot* ».

## **2°) Les dispositifs limitant l'implantation de sociétés à l'étranger et l'évasion de capitaux hors de France**

**258** - Parallèlement à la limitation de la déduction des charges financières, un des autres enjeux de la lutte contre l'optimisation fiscale abusive et l'évasion de capitaux, est la limitation de l'érosion des bases d'imposition par l'utilisation de mécanismes transfrontaliers, qui permettent la délocalisation de profits dans des pays où la fiscalité est plus avantageuse que sur le territoire d'implantation.

Avant d'étudier de manière plus spécifique nous reviendrons sur deux définitions importantes dans le cadre de cette étude.

**259** - *La définition des ETNC.* Ces derniers visés par les dispositions de l'article 238-0 A du CGI<sup>515</sup>. « *Sont considérés comme non coopératifs, à la date du 1er janvier 2010, les Etats et territoires non membres de la Communauté européenne dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet*

---

<sup>515</sup> Créé par Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009, art. 22 (V)

*d'un examen par l'Organisation de coopération et de développements économiques et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze Etats ou territoires une telle convention ».*

Cette liste est mise à jour au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année en fonction du comportement fiscal de chacun des Etats en cause<sup>516</sup>. Il faut noter sur ce point que le Panama, suite à l'affaire dite des « *Panama papers* »<sup>517</sup> a été ajouté à la liste des ETNC pour 2016<sup>518</sup>.

**260** - Ce dispositif, trouve sa source dans les dispositions de l'article 238 A du CGI<sup>519</sup>. Il va s'appliquer aux contribuables, personnes physiques ou morales, qui vont transférer des bénéficiaires à l'étranger par le biais de versements de natures diverses, dont le montant va être déduit de la base imposable française. Ces versements, vont dans les faits être effectués au bénéfice de personnes ou structures établies hors de France, dans un Etat ou un territoire, qui va les exonérer, ou les imposer faiblement.

Encore, une fois, l'attitude du contribuable dans ce genre de situation ne sera pas toujours répréhensible, puisque les versements effectués vont dans certains cas, correspondre à une activité réelle et seront donc assortis de contreparties suffisantes, justification essentielle dans la pratique. Ce qui sera en revanche sanctionné par le biais de ce mécanisme, est le versement de sommes à des pays à fiscalité privilégiée qui ne correspondent pas à une activité réelle. Autrement dit, ces derniers sont effectués simplement dans le but d'éviter ou de réduire l'impôt théoriquement dû en France.

**261** - *La définition du régime fiscal privilégié.* Afin de pouvoir appliquer le dispositif, il faudra tout d'abord que le débiteur des sommes versées, soit soumis à l'impôt en France dans la catégorie des BIC, il faut noter que le dispositif, va également pouvoir s'appliquer aux établissements stables français, d'une entreprise étrangère. Par ailleurs, les sommes visées par le mécanisme, doivent correspondre à celles qui sont énumérées par la loi. Il s'agit en l'espèce, des intérêts au sens large, des redevances, des rémunérations de

---

<sup>516</sup> BOI-INT-DG-20-50 n°1 et s.

<sup>517</sup> Arrêté du 8 avril 2016.

<sup>518</sup> La liste comprend pour 2016 : Le Botswana, Nauru, Le Brunei, Niue, Le Guatemala, le Panama et les Iles Marshall.

<sup>519</sup> Issu de la Loi n°73-1150 du 27 décembre 1973, de finances pour 1974.

services de toute nature, quelque soit le lieu où la prestation est réalisée, ou, de tout autre versement correspondant à ces derniers.

Un régime fiscal privilégié, selon l'alinéa 2 de cet article, est identifié soit par une absence totale d'imposition, soit parce qu'il n'existe pas d'imposition sur les bénéfices en question ou que les sommes visées par les dispositions de l'article 238 A, sont exonérées d'impôt dans cet Etat ou territoire<sup>520</sup>. Enfin, il peut être identifié par le fait qu'il existe un écart significatif entre l'impôt acquitté par le contribuable à l'étranger et celui qu'il aurait acquitté en France, si les sommes en question y avaient été imposées, l'écart retenu étant de 50%<sup>521</sup>. Il faut noter sur ce point, que l'appréciation du régime fiscal privilégié, se fait non pas au niveau de la législation de l'Etat ou territoire d'implantation, mais au niveau du bénéficiaire des versements<sup>522</sup>, ce qui va nécessiter une approche par comparaison<sup>523</sup>. Cette dernière devra être précise et donc notamment prendre en compte les règles locales liées à l'assiette de l'impôt, ou les retenues à la source ayant impacté le versement<sup>524</sup>. Ainsi, si les revenus n'auraient pas pu être taxés en France, ils ne peuvent être considérés comme bénéficiant d'un régime fiscal privilégié<sup>525</sup>.

**262** - Cet article, ne se borne pas pour autant à définir ce qu'est un régime fiscal privilégié, puisqu'il prévoit également les conséquences de son utilisation.

Ainsi, si la déductibilité de sommes dues par des contribuables établis en France et versées à des personnes physiques ou morales établies dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée a été limitée, cette dernière a été élargie par la suite<sup>526</sup> aux versements effectués par les contribuables français sur des comptes domiciliés dans des institutions financières établies dans ces Etats. La déductibilité ne sera possible dans les faits que si ces les sommes versées correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne sont pas exagérées.

---

<sup>520</sup> BOI-BIC-CHG-80-10 n°140 et CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 avril 2003, n°237751 et 237753, Sté d'Edition des artistes peignant de la bouche et du pied (APBP) ; Dr. fisc. 2005, n°48, comm. 776 ; RJF 2003, n°693, concl. P. COLLIN ; BDCF 2003, n°75.

<sup>521</sup> BOI-BIC-CHG-80-10 n°150. V. n°160 et s. pour les critères d'appréciation de l'écart d'imposition.

<sup>522</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 mars 1986, n°53002, min. c/ Sté Auriège, préc. cit

<sup>523</sup> BOI-BIC-BASE-60-10-20-20 n°120.

<sup>524</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 novembre 2011, n°327207, min c/ Compagnie des Glénans ; Dr. fisc. 2012, n°5, comm. 128 ; RJF 2012, n°102, concl. P. COLLIN ; BDCF 2012, n°16.

<sup>525</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 novembre 2011, n°32514, min c/ Sté industrielle et financière de l'Artois ; RJF 2012, n°102, concl. P. COLLIN, BDCF 2012, n°16.

<sup>526</sup> Loi n°81-1160 du 30 décembre 1981, de finances pour 1982.

S'il existe une présomption de « *fictivité* » des opérations effectuées en lien avec un paradis fiscal, le contribuable aura toujours la possibilité de démontrer que les sommes versées, n'ont pas de caractère abusif dans leur montant et qu'elles correspondent à de réelles opérations menées sur ces Etats ou territoires, afin de pouvoir les déduire de son résultat taxable<sup>527</sup>.

**263** - Lorsque l'on parle des sommes et donc des charges, il s'agit des charges financières (intérêts, arrérages ou tout autre produit d'obligations ou de créances ainsi que les dépôts<sup>528</sup> ou cautionnements<sup>529</sup>), des redevances de propriété intellectuelle<sup>530</sup>, mais encore des rémunérations de services (salaires, indemnités, loyers etc.<sup>531</sup>).

Ce dispositif, est largement critiqué du fait qu'il met dans une situation différente les contribuables qui relèvent du régime général du calcul du bénéfice net (article 39, 1° - 1 du CGI) et ceux qui relèvent de l'article 238 A du CGI, puisque le mode de calcul du bénéfice des entreprises qui relèvent de chacun de ces mécanismes n'est pas le même, mais n'a pour autant pas été jugé comme remettant en cause les textes européens qui garantissent la liberté d'établissement et de circulation des capitaux. Il a en effet été considéré comme nécessaire à la prévention des risques d'évasion fiscale et n'est donc pas constitutif d'une discrimination allant à l'encontre des stipulations prévues à l'article 14 de la CEDH<sup>532</sup>.

Depuis 2011<sup>533</sup>, il est à noter que lorsque si ces versements sont effectués au profit d'une personne morale ou physique implantée dans un ETNC, qui bien souvent par ailleurs répond à la qualification d'Etat ou territoire à fiscalité privilégiée, les conditions de déduction sont encore plus drastiques, puisque le contribuable devra prouver que le versement des sommes, n'a pas été effectué dans le but exclusif de localiser des dépenses dans ces Etats ou territoire.

---

<sup>527</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 juin 2009 n°298582, Maréchal ; RJF 2009, n°820, concl. L. OLLEON ; BDCF 2009, n°111.

<sup>528</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 mai 1998, n°157974, SA Arthur Loyd ; Dr. fisc. 1998, n°49, comm. 1092, concl. F. LOLOUM ; RJF 1998, n°790.

<sup>529</sup> BOI-BIC-CHG-80-10 n°30.

<sup>530</sup> BOI-BIC-CHG-80-10 n°40.

<sup>531</sup> BOI-BIC-CHG-80-10 n°50.

<sup>532</sup> CAA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 7 mai 2008 n°05-646, SARL, Production métallurgique de Bourgogne ; RJF 2008, n°1304.

<sup>533</sup> Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009, de finances rectificative pour 2009.

**264** - Voyons maintenant quels sont les principaux dispositifs à l'usage de l'administration afin de limiter l'évasion fiscale des contribuables français. Dans un premier temps nous allons étudier le mécanisme de l'article 209 B du CGI (1), l'article 238-0I du CGI (2) et enfin, l'article 57 du CGI (3).

### **1) L'article 209 B du CGI et les bénéfices en provenance de sociétés implantées dans des pays à fiscalité privilégiée**

**265** - Divers Etats, ont mis en place des mécanismes visant à dissuader les contribuables d'investir dans des Etats, ou territoires à fiscalité privilégiée<sup>534</sup>. La France, fidèle à sa logique d'endiguement des comportements abusifs et de régulation des investissements effectués en lien avec des Etats ou territoires où la situation fiscale est avantageuse, s'est dotée dès 1980<sup>535</sup>, d'un mécanisme<sup>536</sup> qui a été inséré à l'article 209 B du CGI<sup>537</sup>. Ce dernier, vise à limiter les possibilités de localisation de bénéfices hors de France et plus particulièrement dans des Etats ou territoires à fiscalité privilégiée au sens de l'article 238 A du CGI. L'intérêt de ce mécanisme, est qu'il permet d'imposer en France, les bénéfices réalisés par une entreprise exploitée hors de France détenue à plus de 50% par une société française soumise à l'IS et qui, dans son territoire d'exploitation bénéficie d'un régime fiscal privilégié. Le taux de détention est ramené à 5% dans le cas où plus de 50% du capital de l'entité étrangère est détenu par des entreprises résidentes en France, ou par des entreprises contrôlées par une personne morale établie en France. Ce taux de 5%, correspond au pourcentage de détention qui permet l'éligibilité au régime mère-fille défini par les articles 145 et 216 du CGI (V. n°522 et s.)<sup>538</sup>.

**266** - *Les structures concernées.* En ce qui concerne la personne morale française, le dispositif est applicable aux entités soumises à l'IS en France au taux normal et ce, même si l'entité n'est pas effectivement soumise à cet impôt (entreprises nouvelles, implantée dans une ZFU, etc.)<sup>539</sup>. La personne morale doit avoir son siège social en France, mais elle peut également être une entreprise exploitée en France par une personne morale dont

---

<sup>534</sup> On pense par exemple aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni.

<sup>535</sup> Loi n°80-30 du 18 janvier 1980 art. 70.

<sup>536</sup> Modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, art. 20.

<sup>537</sup> Ph. OUDENOT, *La prise en compte des bénéfices réalisés dans un pays à fiscalité privilégiée : Etat des lieux de l'article 209 B*, Dr. fisc. 2014, n°38, 528.

<sup>538</sup> Sur la nature de la participation et son calcul V. BOI-IS-BASE-60-10-20-10 n°20.

<sup>539</sup> BOI-IS-BASE-60-10-20-10 n°10.

le siège est installé dans un autre pays, ce qui permet d'appliquer ce dispositif à un établissement ou une succursale d'une société étrangère). La structure étrangère quant à elle, peut tout aussi bien être une entreprise, qu'une entité juridique.

Lorsque l'on parle d'une entreprise, on fait référence aux dispositions de l'article 209, I du CGI, qui définissent la notion d'exploitation, l'exploitation peut ainsi être réalisée par le biais d'un établissement autonome, d'un représentant ou enfin, dans le cadre d'un cycle commercial complet<sup>540</sup>.

La structure étrangère, doit quant à elle, être soumise à un régime fiscal privilégié, tel qu'il en découle des dispositions de l'article 238 A du CGI<sup>541</sup>.

Pour ce qui est des personnes morales étrangères, afin de ne pas se retrouver dans l'impossibilité d'appliquer le mécanisme à des structures inconnues du droit français, entrent dans le champ d'application du dispositif, tous les types de sociétés, les fondations ou organismes doués de la personnalité morale, mais également les « *autres organismes* », ce qui permet d'appliquer le mécanisme à des structures étrangères particulières telles que les « *Anstalten* » et les « *Stiftungen* », spécialités du Liechtenstein<sup>542</sup> inconnues de notre droit. Enfin, sont également concernées par ce dispositif les fiducies ou institutions comparables, ce qui permet d'intégrer certains montages peu connus du droit français comme ceux utilisant les trusts, bien que ces derniers aient récemment reçu un traitement spécifique en France<sup>543</sup>.

Pour autant, dans le cas où l'exploitation hors de France s'effectuerait dans le cadre d'une entreprise, les bénéfices réalisés par elle, ne pourront être taxés à l'IS en France que si la convention fiscale régissant les relations entre la France et l'Etat d'implantation, prévoit de manière explicite l'application de l'article 209 B.

En revanche, lorsqu'il s'agira d'une entité juridique, les revenus de l'entité étrangères seront réputés représenter pour la personne morale, des revenus de capitaux mobiliers à proportion de la participation détenue dans ladite entité par la société française.

**267 - Le champ d'application du dispositif.** Selon le II de cet article, on ne peut faire application des dispositions de ce mécanisme si l'entreprise ou l'entité juridique est établie dans un pays membre de l'UE, sous la seule réserve que le montage ne présente

---

<sup>540</sup> BOI-IS-CHAMP-60-10-20 n°1 et s.

<sup>541</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 février 2012. Sté Sonepar, n°351600 ; Dr. fisc. 2012, n°10, comm. 180 ; RJF 2012, n°505 ; RJF 2012, chron. C. RAQUIN, p. 299 ; BDCF 2012, n°63, concl. P. COLLIN

<sup>542</sup> BOI-IS-BASE-60-10-20-20 n°70.

<sup>543</sup> BOI-DJC-TRUST n°1 et s.



pas de caractère artificiel ayant pour but exclusif, le détournement de l'application de la législation française.

En effet, au niveau européen, la notion de montage artificiel est celle retenue par la jurisprudence de la CJCE<sup>544</sup> et qui, conformément à la jurisprudence Cadbury Schweppes du 12 septembre 2006<sup>545</sup>, doit s'apprécier de manière objective. Il est à noter sur ce point que le Conseil de l'UE, a adopté le 8 juin 2010 une résolution mettant en lumière une liste exhaustive définissant les éléments qui peuvent attester de l'existence d'un montage artificiel à la lumière de dispositifs tels que l'article 209 B<sup>546</sup>. L'application d'un dispositif comme le 209 B, en dehors de l'hypothèse d'un montage artificiel, serait dans ce cadre contraire aux articles 49 et 63 du TFUE, qui défendent le principe de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des capitaux.

En dehors de l'Union, il existe une présomption simple d'évasion fiscale lorsqu'une structure étrangère implantée dans un Etat à fiscalité privilégiée, est contrôlée par une entité française. Pour autant, il est également possible dans cette situation, d'écarter l'application de l'article 209 B, si le contribuable démontre que les opérations effectuées par l'entité étrangère, ont un autre but que la localisation de bénéficiaires dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée. Cette preuve sera notamment apportée lorsque le contribuable pourra démontrer que les bénéfices réalisés proviennent d'une réelle activité commerciale. Cette dernière, peut notamment être caractérisée par de l'achat et revente de marchandises ou la fourniture de services. L'activité peut également être industrielle, c'est à dire correspondre à des activités de production ou de transformation de biens<sup>547</sup>.

Il est à noter sur ce point que l'exercice de l'activité doit être effectif et donc caractériser une réelle implantation dans l'Etat ou le territoire en question, les entités localisées artificiellement dans des pays à fiscalité privilégiée, telles que les coquilles vides ou les boîtes aux lettres, sont donc soumises aux dispositions de l'article 209 B.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où seulement une partie des opérations effectuées par l'entité établie dans un Etat à fiscalité privilégiée ne serait pas commerciale ou industrielle, c'est à dire que cette dernière générerait des revenus d'activités financières ou de conseil, la clause d'exonération automatique ne s'appliquerait pas et la personne morale

---

<sup>544</sup> CJCE, plén., 16 juillet 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries plc (ICI), préc. cit.

<sup>545</sup> CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04 préc. citée.

<sup>546</sup> Résolution du Conseil 2010/C 156/0, sur la coordination des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) et à la sous-capitalisation au sein de l'Union européenne.

<sup>547</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 28 novembre 2012, n°338682, Sté BNP Paribas et n°341128, min c/Sté BNP Paribas ; Dr. fisc. 2013, n°7-8, comm. 158, concl. F. ALADJIDI., note S. AUSTRY ; RJF 2013, n°138 ; BDCF 2013, n°17.

française qui la contrôle, devra prouver que les opérations en cause ont un objet autre que celui de localiser des bénéficiaires dans l'Etat à fiscalité privilégiée.

Ainsi, si l'entreprise étrangère réalise plus de 20% de son bénéfice sur des opérations mettant en cause des actifs financiers ou des incorporels (gestion, prise de participation etc.), l'entreprise française reste dans le champ d'application du dispositif prévu par l'article 209 B<sup>548</sup>. Ce seuil est porté à 50% lorsque qu'il s'agit de prestations intra-groupe et d'opérations sur actifs financiers ou incorporels.

Selon la jurisprudence, il a été reconnu qu'une banque française implantée au Bahamas dans le but de gérer un portefeuille client exclusivement nord américain et ne réalisant aucun investissement en France, ne s'était pas implantée dans un Etat à fiscalité privilégiée dans un but exclusivement fiscal<sup>549</sup>. Dans cette affaire, l'implantation correspondait à une activité spécifiquement liée à un marché localisé et à une clientèle proche et particulière.

Une solution similaire a été retenue pour le cas d'une filiale d'une banque française détenue indirectement et implantée à Guernesey. Cette dernière rassemblait un portefeuille de clients internationaux intéressés par la situation fiscale et bancaire de ce territoire. Dans cette affaire, les juges ont exclu l'application de l'article 209 B puisque l'implantation de la banque n'avait pas d'objectif exclusivement fiscal<sup>550</sup>.

**268 -** En ce qui concerne la charge de la preuve de l'activité, si l'entreprise est simplement implantée dans un Etat à fiscalité privilégiée, c'est à l'administration qu'il incombe de démontrer que l'activité génératrice de revenus n'est pas industrielle ou commerciale. En revanche, dans le cas où l'entité serait implantée dans un ETNC, la charge de la preuve repose alors sur la société française, qui doit démontrer à la fois le caractère commercial ou industriel de l'activité, mais également le non franchissement des seuils de 20% ou 50%.

Le cas échéant, l'entreprise française peut également démontrer que les opérations effectuées ne l'ont pas été dans un but exclusivement fiscal.

---

<sup>548</sup> BOI-IS-BASE-60-10-40 n°130.

<sup>549</sup> CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 décembre 2012, n°349070, min. c/ Sté BNP Paribas ; RJF 2013, n°271 ; CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 décembre 2012, n°349071, min. c/ Sté HSBC France ; RJF 2013, n°271.

<sup>550</sup> CAA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., 18 juillet 2013, n°12VE04203 et 12VE04357, SA BNP Paribas ; RJF 2014, n°10.

**269** - Par ailleurs, l'implantation dans un ETNC emporte des conséquences particulières pour les entreprises, ces dernières doivent en effet remettre à l'administration fiscale afin d'être exclue du régime de l'article 209 B, toutes les informations nécessaires pour qu'elle puisse apprécier correctement l'activité, ainsi que le franchissement des différents seuils de revenus<sup>551</sup>.

Enfin, nous noterons que l'application des dispositions de cet article est indépendante de l'exclusion des plus-values de cession de titres de sociétés établies dans un ETNC du régime favorable des plus-value long terme, conformément aux dispositions de l'article 39 duodecies, 2 c du CGI<sup>552</sup>.

**270** - On remarquera que dans le cadre de ces dispositions, seule la détention directe d'un établissement stable par une société française entre dans le champ d'application de l'article 209 B. Par conséquent, l'établissement stable implanté dans un ETNC d'une filiale détenue dans un autre Etat ne relevant pas de cette qualification, n'est pas visé par le dispositif, même si cet établissement bénéficie localement d'un régime fiscal privilégié. En revanche, la filiale pourrait entrer dans le champ, si lors de la comparaison de sa situation avec celle qui aurait été la sienne si elle était située en France on constate l'existence du bénéfice d'un régime fiscal privilégié relativement aux résultats de son établissement stable étranger.

Pour autant, dans ce cas également, la jurisprudence a pu reconnaître dans deux affaires relatives à des filiales de banques implantées à Guernesey et à Hongkong, que lorsque la localisation des structures était opérée pour des raisons non fiscales, en prenant par exemple en compte les spécificités locales du monde des affaires, la présomption de l'article 209 B devait être écartée<sup>553</sup>.

**271** - Lorsque les dispositions de l'article 209 B pourront être appliquées, la structure française, sera assujettie à l'IS sur les résultats bénéficiaires de l'entité implantée à l'étranger et ce, à proportion de sa participation dans cette dernière. Si l'entité étrangère

---

<sup>551</sup> BOI-INT-DG-20-50 n°270 et 280, 11 février 2014 ; BOI-ANNX-000362 n°50 et 60.

<sup>552</sup> Modifié par ORDONNANCE n°2014-696 du 26 juin 2014, art. 2. V. CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 octobre 2014, n°383259, Association française des entreprises privées et a. ; RJF 2015, n°48, Concl. E. CREPEY ; BDCF 2015, n°9 ; BF 1/15 inf. 6

<sup>553</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 décembre 2015 n°372522 et 372733, min. c/ Sté BNP Paribas ; Dr. fisc. 2016, n°21, comm. 342, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note S. AUSTRY ; RJF 2016, n°225 et 226.

est un établissement de la structure française, elle sera en revanche imposable sur l'intégralité des revenus.

Il faut noter qu'afin d'éviter les doubles impositions, l'impôt équivalent à l'IS acquitté à l'étranger, sera imputable sur l'impôt français, comme ce sera le cas pour les éventuelles retenues à la source applicables au moment de la distribution des revenus à la société française. En revanche les déficits étrangers ne seront pas pris en compte.

**272** - Si la question de la conformité de l'article 209 B avec les dispositions du droit communautaire a pu se poser, il est également intéressant d'étudier sa compatibilité avec les conventions fiscales signées par la France.

Dans un arrêt<sup>554</sup> de 2002, le Conseil d'Etat, a ainsi jugé que l'imposition d'une structure française par l'application des dispositions de l'article 209 B, sur les revenus bénéficiaires de sa filiale établie en Suisse était contraire aux dispositions (art. 7-1) de la convention fiscale ratifiée entre ces deux Etats.

En effet, suivant la position de la Cour d'appel<sup>555</sup>, la Haute-juridiction a considéré qu'il y avait identité de nature entre les bénéfices de la structure suisse et les revenus de cette dernière qui étaient imposés en France au nom de la société mère. Ces bénéfices ne pouvaient donc pas être taxés en France du fait que la filiale n'y disposait pas d'un établissement stable.

## **2) L'article 238 bis-0I et le transfert d'actif hors de France**

**273** - Ce dispositif, qui a été mis en place en 1992<sup>556</sup>, vient s'ajouter aux différents mécanismes qui visent à lutter contre l'érosion des bases d'impositions françaises par le transfert de richesse à l'étranger par un contribuable français, que ce transfert soit effectué directement, ou indirectement par le biais d'un tiers.

---

<sup>554</sup> CE, Ass., 28 juin 2002, n°232276, *Scheider Electric* ; Rec. CE 2002, p. 233 ; Dr. fisc. 2002, n°36, comm. 657 ; Dr. sociétés 2002, comm. 184, note J.-L. PIERRE ; RJF 2002, n°1080, chron. L. OLLEON, p. 755 ; BDCF 2002, n°120, concl. S. AUSTRY ; Rev. sociétés 2002, p. 538 et s., obs. O. FOUQUET ; Les petites affiches, 17 août 2002, p. 4 et s., note B. BOUTEMY, E. MEIER et Th. PERROT ; Bull. Joly Sociétés 2002, n°200, note Ch. NOUEL et S. REEB ; BGFE 2002, n°4, p. 3 et s., obs. E. DAVOUDET ; FR 34/02, p. 14, obs. N. CHAHID-NOURAI et P. COUTURIER ; GAJF, 4<sup>ème</sup> éd. n°4. V. également : D. GUTMANN, R.-J. DANON et H. SALOME, *Point de vue franco-suisse sur l'arrêt Société Schneider Electric du 28 juin 2002, Réflexion sur le problème de l'attribution de revenus en droit fiscal international*, Revue du droit des affaires internationales, 2002, n°8, p. 911 et s.

<sup>555</sup> CAA Paris, 30 janvier 2001, n°94-1408 SA *Schneider* ; Dr. fisc. 2001, n°10, comm. 207, concl. D. MORTELECQ, note P. DIBOUT.

<sup>556</sup> Loi n°92-1476, du 31 décembre 1992, de finances rectificative pour 2002, art. 55.

La spécificité de l'article 238 bis-0 I du CGI, est qu'il permet d'imposer annuellement les entreprises françaises sur les produits d'actifs transférés à une entité étrangère. L'entité étrangère est entendue comme une personne, un organisme, un trust ou toute autre institution comparable.

Le dispositif est applicable à la fois aux sociétés ou organismes soumis de plein droit ou sur option à l'IS, mais également à certains exploitants individuels, soumis à l'IR au sein des catégories BIC, BNC, ou BA.

**274** - La lettre de l'article ne définit pas précisément les transferts soumis à ce mécanisme. Seront donc concernés par le dispositif, tous les transferts, quelque soit leur cadre juridique qu'il y ait ou non un changement de propriétaire.

En revanche, l'article définit le motif du transfert d'actif et retient pour cela, la notion de gestion dans l'intérêt de l'entreprise.

Dans ce cas et contrairement aux situations que l'on pourra rencontrer dans le cadre du mécanisme de l'article 57 du CGI (V. n°276 et s.) qui sanctionne les transferts indirects de bénéficiaires à l'étranger, l'entreprise française a un réel droit sur le bien et peut le récupérer à tout moment. Il ne s'agit donc pas ici de transférer un bien dans le but de rémunérer une vente ou une prestation.

Dans ce type de situation, l'entreprise gérante, s'engage auprès de l'entreprise française à remplir un engagement pour le compte de cette dernière, ce qui vise deux types d'opérations.

La première, est la « *defeasance* » de dettes, soit le transfert d'actifs à un tiers, qui se substitue au débiteur originel dans le service de la dette. Dans ce cas, l'administration pourra imposer l'entreprise française sur les résultats de la gestion des actifs par l'entité étrangère.

La seconde, est relative à l'émission restructurée de titres subordonnés à durée indéterminée<sup>557</sup>. Dans cette hypothèse, une entreprise émet un emprunt perpétuel qui ne sera effectivement rémunéré que durant une durée déterminée dans un contrat annexe. Ce dernier, prévoira également le versement en « *trust* » d'une partie des fonds perçus sous la forme d'intérêts précomptés.

---

<sup>557</sup> H. DE FEYDEAU, *La fiscalité des TSDI reconditionnés*, BF 5/91, p. 319 et s. et C. DAVID, *Fiscalité des instruments financiers des entreprises de la Communauté européenne*, Nouvelles éditions fiduciaires, 1991, n°30, p. 147.

Lorsque la période prévue en annexe est achevée, les sommes accumulées permettent de désintéresser les créanciers par le rachat de leurs titres, c'est à ce moment que la dette est considérée comme économiquement remboursée et ne génère plus d'intérêts.

L'utilisation cet article, permet donc à l'administration d'imposer l'entreprise française émettrice de l'emprunt sur les produits qui auront été capitalisés au sein du trust.

**275 -** L'application de ce mécanisme, permet d'opérer une sorte de rattachement fiscal des bénéfices réalisés par une entité étrangère au résultat français. Afin d'y parvenir, l'entreprise française doit en principe, remplir un état spécial dans sa déclaration d'impôt permettant à l'administration d'avoir une vision globale sur la gestion des actifs transférés à l'étranger<sup>558</sup>. Les résultats seront ensuite imposés de manière globale au contraire de l'article 209 B (V. n°265 et s.), qui prévoit une imposition séparée.

Si l'entreprise ne respecte pas les obligations déclaratives auxquelles elle est soumise, cette dernière sera bien évidemment visée par des pénalités (intérêts de retard<sup>559</sup> et majoration<sup>560</sup>) et sera par ailleurs imposée sur une base forfaitaire, base qui sera, pour chacun des exercices litigieux égale au montant de la valeur réelle des actifs transférés multiplié par le taux de l'article 39, 1-3° du CGI (V. n°253).

### **3) L'article 57 CGI et le transfert indirect de bénéfices à l'étranger**

**276 -** *Le champ d'application du dispositif.* Nous avons déjà eu l'occasion d'introduire le fait que les prix de transfert, représentaient aujourd'hui un des enjeux majeurs de la stratégie fiscale des entreprises multinationales. Ils sont également de ce fait un des points d'attention majeurs de l'administration fiscale et du législateur, dans la lutte contre la délocalisation de bénéfices à l'étranger et en particulier vers des pays à fiscalité privilégiée ou des ETNC.

L'article 57 du CGI<sup>561</sup>, mécanisme relativement ancien à l'échelle du droit fiscal<sup>562</sup>, a donc été mis en place afin de limiter ces pratiques, en permettant à l'administration fiscale, de contester les prix de transfert pratiqués par des entreprises qui contrôlent, ou sont contrôlées par des entités établies hors de France. Plus spécifiquement, il permettra de

---

<sup>558</sup> Article 64 bis, ter et quater de l'annexe III du CGI.

<sup>559</sup> Article 1727 du CGI.

<sup>560</sup> Article 1758 du CGI

<sup>561</sup> Modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, art. 19.

<sup>562</sup> Loi du 31 mai 1933.

remettre en cause la manipulation de ces prix afin de localiser des bénéficiaires dans des Etats où la fiscalité est plus avantageuse<sup>563</sup>. Ce dispositif, est également applicable aux entreprises placées sous la dépendance d'un groupe ou d'une entreprise qui contrôle une ou plusieurs entreprises qui résident fiscalement à l'étranger.

Il est à noter que si la lettre du texte ne vise que les sociétés soumises à l'IS, il est évident qu'en vertu de l'article 209-I<sup>564</sup> du même code qui vise expressément l'article 57 du CGI pour le calcul du bénéfice taxable en France, les entités assujetties à l'IR entrent également dans son champ d'application.

Sur cette base, la jurisprudence a pu notamment réintégrer dans les résultats d'un établissement stable exploité en France qui n'était dans les faits qu'une simple succursale dénuée de personnalité juridique, des intérêts non facturés et portant sur des avances de trésorerie en faveur d'une société mère Belge, cette dernière n'ayant pu démontrer que l'opération présentait un quelconque intérêt autre que fiscal pour l'établissement stable<sup>565</sup>. Par ailleurs et toujours selon cette jurisprudence, la convention fiscale signée entre les deux Etats permettant dans ce type d'hypothèse une élimination de la double imposition, le mécanisme de l'article 57, ne porte pas atteinte aux articles 49 et 63 du TFUE affirmant les principes de la liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux.

**277 - Une rupture de l'égalité entre les contribuables ?** Le mécanisme de l'article 57 du CGI, procède à un cloisonnement entre les entreprises qui réalisent des opérations hors de France et celles qui opèrent exclusivement sur le territoire national, ce qui a été considéré par certains comme contraire à la constitution.

Un contribuable, a donc déposé devant le Conseil d'Etat<sup>566</sup> une QPC qui n'a finalement pas été transmise au Conseil constitutionnel puisqu'en vertu de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale, la différence de traitement mise en place par le législateur dans cet article, était « *fondée sur des critères objectifs et rationnels* », et n'opérant pas de « *rupture caractérisée devant les charges publiques* ».

---

<sup>563</sup> BOI-BIC-BASE-80-20 n°1 et s.

<sup>564</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 26, 74 et 88 (V).

<sup>565</sup> CAA Douai, 2<sup>ème</sup> ch., 4 juin 2013 n°12DA00907, Sté Sodirep Textiles SA-NV ; RJF 2014, n°9 et CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 novembre 2015, n°370974, Sté Sodirep Textiles SA-NV ; Dr. fisc. 2016, comm. 377, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note C. SILBERZTEIN, B. GRANEL, A. CALLOUD et M. VALETEAU ; RJF 2016, n°121

<sup>566</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 mars 2011, n°342099, Sté Soutiran et Cie ; Rec. CE 2011, tables p. 1109 à 1112 ; Dr. fisc. 2011, n°18, comm. 339 ; RJF 2011, n°733, concl. E. GEFFRAY ; BDCF 2011, n°73.

Parallèlement à la problématique de la compatibilité du dispositif aux dispositions constitutionnelles françaises, s'est également posée la question de la relation entre l'article 57 du CGI et les différentes conventions internationales signées par la France, notamment dans son application à un établissement stable français d'une société étrangère. Dans ce cas, les traités internationaux prévoient que les bénéfices à attribuer à l'établissement stable, sont les bénéfices qui auraient été réalisés s'il avait constitué une entreprise indépendante.

**278 -** Afin d'appliquer ce dispositif, l'administration fiscale doit établir un lien de dépendance entre les entités en cause et démontrer l'existence d'un transfert de bénéfices au moment où la transaction ou la prestation est effectuée. En ce qui concerne l'article 57, le lien de dépendance va jouer lorsqu'une entreprise française est placée sous la dépendance d'une entreprise étrangère et vice versa, mais également dans le cas où une entreprise française sera placée, en compagnie d'une ou plusieurs entreprises étrangères, sous la dépendance d'une tierce entreprise ou d'un groupe. Comme dans bien des cas, la dépendance à rechercher peut être de droit ou de fait (V. n°686).

Il est à noter que dans le cas d'opérations effectuées avec des pays à fiscalité privilégiée ou des ETNC, l'administration est dispensée d'apporter la preuve du lien de dépendance.

**279 -** *La preuve d'un transfert indirect de bénéfice.* L'administration peut identifier le transfert de bénéfices sur différentes hypothèses.

La plus classique, est constituée par la majoration ou la minoration du prix de vente<sup>567</sup>, il faudra donc pour apprécier le transfert, se référer à une transaction équivalente.

Ont été également remis en question, les versements de redevances excessives ou l'absence de perception de redevances<sup>568</sup> dans la rémunération de services rendus par une société mère. Dans ce cas, la société devra démontrer que les dépenses sont légitimes et qu'elles correspondent bien à des services fournis par la société étrangère, hypothèse que l'on peut rapprocher du versement de commissions anormales<sup>569</sup>. Sont également

---

<sup>567</sup> V. a contrario : CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 juin 1993, n°70446, SA Laboratoires Wellcome ; Dr. fisc. 1993, n°32-37, comm. n°1641, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; RJF 1993, n°983, chron. G. GOULARD, p. 546.

<sup>568</sup> CE, 4 décembre 2002 n°237167, SA Lindt et Sprungi ; RJF 2003, n°613 ; BOI-BIC-BASE-80-20 n°210. A contrario V. CE, plén., 27 juillet 1988, n°50020 ; SARL Boutique 2 M ; Dr. fisc. 1988, n°49, comm. 2202 ; RJF 1988, n°1139, concl. O. FOUQUET ; GA, 4<sup>ème</sup> éd. n°52.

<sup>569</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 février 1975, n°90788 et 91255 Dr. fisc. 1976, n°43, comm. 1502 ; RJF 1975, n°168, concl. SCHMELTZ ; a contrario CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 mai 1993 n°78156, Sté Aussedat-Rey ;



sanctionnés, les octrois de prêts financiers à des conditions anormales<sup>570</sup>, qui sont présumés constituer un transfert de bénéfices emportant la réintégration d'une somme équivalente à un taux d'intérêt normal et certains abandons de créance<sup>571</sup> qui dans certains cas, seront considérés comme relevant de la qualification de l'acte anormal de gestion (V. n°157 et s.).

Il est à noter que l'article L 13 B du LPF<sup>572</sup>, prévoit une obligation de coopération lorsque l'administration fiscale a en sa possession des éléments qui font présumer un transfert de bénéfices à l'étranger<sup>573</sup>. Cette procédure, doit cependant n'être utilisée qu'en cas d'échec des discussions dans le cadre de la procédure contradictoire classique.

Enfin, nous indiquerons que les sommes réintégrées par l'administration dans le cadre de la procédure de l'article 57 du CGI, seront considérées comme des revenus distribués<sup>574</sup> et imposés comme tels. Elles seront donc potentiellement soumises à une retenue à la source (article 119 bis du CGI), sous réserve de l'application des conventions internationales.

## **B) L'influence des rapports Dominati-Bocquet et Woerth-Muet sur l'évolution de la législation anti-abus**

**280** - Si les parlementaires français se sont souvent intéressés aux problématiques fiscales et notamment sur la nécessité de réformer le système actuel, ces deux rapports représentent une avancée majeure dans les réflexions sur l'évolution de la législation française anti-abus. Nous allons donc ici étudier les solutions envisagées dans le cadre du rapport Dominati-Bocquet (1°), puis Woerth-Muet (2°) et voir quelle a été leur influence sur le droit positif.

---

Rec. CE 1993, tables p. 634 ; Dr. fisc. 1993, n°32-37, comm. 1642 ; RJF 1993, n°982, chron. G. GOULARD p. 546, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; BDCF 1993, p. 6.

<sup>570</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 novembre 1975, n°94839 ; Dr. fisc. 1976, n°8, comm. 282, concl. P. LOBRY.

<sup>571</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 avril 2008, n°281033, SA Guerlain ; Dr. fisc. 2008, n°18, comm. 302, concl. C. VEROT, note M. TALY ; RJF 2008, chron. J. BURGUBURU, p. 667. V. a contrario : TA Nantes, 5<sup>ème</sup> ch., 23 janvier 2004, n°99-5190, SA Multimixing ; RJF 2004, n°973.

<sup>572</sup> Modifié par Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009, art. 22 (V).

<sup>573</sup> Cette obligation se réfère aux principes directeurs du Chapitre V du rapport de l'OCDE : *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, de juillet 1995.

<sup>574</sup> Article 109 et 111 du CGI.

## 1°) Les solutions envisagées par le rapport Dominati-Bocquet

**281** - Ce rapport<sup>575</sup>, enregistré à la Présidence du Sénat le 17 juillet 2012, malgré sa qualité et sa précision n'a pas connu un franc succès, on peut penser avec une certaine ironie que les lecteurs ont été quelque peu rebutés par ses 809 pages, sans compter sur les retranscriptions d'auditions des différents intervenants. Ce travail, considérable et d'une qualité remarquable, tant dans l'appréhension des problématiques liées à la législation fiscale actuelle, propose par ailleurs des solutions se voulant efficaces dans l'évolution de la législation anti-abus.

L'intérêt de ce rapport, n'est d'ailleurs pas seulement national puisqu'il s'intéresse aux problématiques transnationales et en particulier au rôle que doit jouer l'UE dans la mise en place d'une politique commune contre les abus fiscaux, ainsi qu'aux comportements fiscaux de certains Etats qui pratiquent le dumping fiscal, soit par leurs pratiques administratives, soit qu'ils sont identifiés comme paradis fiscaux.

**282** - Au delà du constat de l'importance du phénomène, le rapport démontre que les moyens législatifs mis en œuvre sont aujourd'hui encore trop limités (1), qu'il est nécessaire de développer la transparence entre les différents opérateurs (2), qu'il est nécessaire de développer une fiscalité européenne (3). A la suite de l'étude de ces différents constats, nous verrons enfin quelles sont les principales mesures présentées afin de répondre à ces différents objectifs (4).

### 1) Un nécessaire renforcement des dispositifs législatifs actuels

**283** - Dans le cadre de ce rapport, les parlementaires ont souligné que si les moyens de lutte contre l'évasion fiscale se sont largement développés ces dernières années, ces derniers sont souvent rendus inefficaces du fait du décalage existant entre la mobilité de la fraude, de l'évasion et de l'optimisation fiscales, pratiques qui dépassent les frontières physiques et la rigidité des administrations fiscales, qui bien souvent se retrouvent cloisonnées dans leurs investigations à un territoire donné<sup>576</sup>.

---

<sup>575</sup> Rapport 673 précité.

<sup>576</sup> E. BAUDUIN, *La France face à l'évasion fiscale internationale*, Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2004.

Si le rapport souligne que grâce à de nombreux travaux de la Cour des comptes, l'organisation de l'administration fiscale a pu être améliorée ces dernières années, cela ne suffit pas pour autant à la rendre plus efficaces dans les situations transnationales qui font entrer en jeu des problématiques complexes et très mobiles, notamment liées au secteur de l'économie numérique et à la mobilité internationale des flux et des opérateurs économiques qui évoluent aujourd'hui sur de nombreux marchés.

## 2) La nécessité de développer la transparence

**284** - Comme nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises, une des sources des comportements déviants est l'opacité, qui peut être entretenue ou subie par certains Etats (notamment de par le manque de coopération internationale), provoquée par les entreprises qui mettent parfois en œuvre des stratégies complexes afin d'éluider ou contourner la loi fiscale, mais également trouver sa source dans le manque de clarté et de simplicité de la loi. De cette opacité est née le besoin de transparence entre les différents acteurs de la fiscalité, transparence qui est aujourd'hui réclamée par tous, mais qui pose également certaines questions notamment en terme de sécurité juridique<sup>577</sup>.

En effet, dans le milieu des affaires, transparence rime avec confiance, la confiance bien évidemment entre les différents opérateurs économiques, mais également la confiance de l'administration dans l'attitude des contribuables et celle des contribuables dans les pratiques de l'administration et dans l'action publique en général.

La transparence doit également être de mise entre les différents Etats et doit être encouragée afin de promouvoir la coopération internationale, notamment par la signature de conventions fiscales selon le modèle proposé par l'OCDE, qui met en place certaines dispositions afin de promouvoir l'échange d'information. Bien entendu ce dernier est réservé à des Etats faisant preuve d'une réelle volonté de collaboration, ce qui exclut les paradis fiscaux et les ETNC, qui nous le verrons, se sont fait une spécialité de l'opacité fiscale dans le but d'attirer des investisseurs peu scrupuleux ou qui souhaitent utiliser des mécanismes d'optimisation fiscale très agressifs.

---

<sup>577</sup> P. ESCAUT, *La transparence fiscale : nouvelle contrainte ou opportunité*, Dr. fisc. 2016, n°30, 443.

Sur ce point, le rapport souligne que dans le cadre du Forum mondial sur la transparence fiscale créé en 2002 et dans le cadre du Conseil de l'Europe<sup>578</sup>, ont été mis en place de nombreux instruments multilatéraux.

Ces derniers, après leur signature, permettent la mise en place d'un examen de la transparence de l'Etat audité, dans le but de dresser un bilan quantitatif et qualitatif de la pratique de l'échange d'informations par ce dernier.

Selon les données disponibles, de nombreux Etats<sup>579</sup> n'ont pas réussi à achever avec succès le processus d'évaluation, c'est à dire qu'ils sont défaillants dans la mise en place d'une coopération administrative efficace. Il est d'ailleurs intéressant de souligner que ces derniers sont bien plus nombreux que les Etats inscrits dans la liste des ETNC, ce qui pose la question de la pertinence des critères utilisés pour créer ces listes<sup>580</sup>.

Selon le rapport, les principaux points de défaillance dans l'information concernent l'identité des propriétaires de trust et d'actions au porteur et les données relatives à la comptabilité des sociétés étrangères et des « *partnerships* »<sup>581</sup>.

### 3) Le nécessaire développement d'une fiscalité européenne

**285** - Depuis la création de la Communauté il y a maintenant plus de soixante ans, de nombreuses voix s'élèvent pour demander la promotion à grande échelle de l'harmonisation fiscale européenne. Si certains domaines de la fiscalité comme la TVA ont connu une harmonisation certaine, d'autres et notamment l'IS, n'ont encore jamais connu les évolutions nécessaires, afin de construire une Europe fiscale forte et ce, malgré de grands projets tels que l'assiette commune (V. n°372 et s.).

En effet, si l'harmonisation fiscale européenne atteignait un stade plus avancé, elle permettrait à la fois d'améliorer la lutte contre les pratiques fiscales dommageables des

---

<sup>578</sup> Le Conseil a mis en place une Convention concernant l'assistance administrative en 1988 ratifiée par la France en 2005.

<sup>579</sup> Il s'agissait du Botswana, Brunei, le Costa Rica, le Guatemala, le Liban, le Libéria, le Panama, Trinité-et-Tobago, les Emirats Arabes Unis, l'Uruguay et le Vanuatu. Six autres pays n'avaient pas été également initialement acceptés en phase 2 de l'examen (réservée aux Etats coopérants) : Antigua-et-Barbuda, la Barbade, les Iles Vierges britanniques, les Seychelles, les Iles Turques et Caïques et Saint-Marin qui ont depuis modifié leur législation afin de rentrer dans les standards.

Il faut noter sur ce point que les Iles Vierges britanniques et Montserrat ont été retirées de la liste des ETNC en 2015 par un arrêté du 21 décembre 2015.

<sup>580</sup> J. BUISSON, *A quoi sert une liste d'Etats et territoires non coopératifs*, Dr. fisc. 2013, n°39, étude 438.

<sup>581</sup> E. DINH, *Les partnerships dans l'ordre fiscal international. – Présentation et portée de la méthode de l'« équivalence juridique »*, JCP E, 2016, n°29, 1140,

Etats et des entreprises, mais également de faciliter la liberté de circulation des capitaux ainsi que la liberté d'établissement.

Les auteurs du rapport soulignent en ce sens, que la construction d'une économie mondialisée sans frontière en particulier dans le cadre de l'UE, a été un facteur de promotion de l'évasion fiscale. En effet, la promotion dans un territoire comprenant aujourd'hui 28 Etats, de principes tels que la liberté de circulation ou la liberté d'établissement, encouragent les opérateurs économiques à s'intéresser aux normes fiscales existantes dans les pays voisins, ce qui peut les inciter à délocaliser des actifs ou des structures à l'étranger. De ce fait, le développement d'une fiscalité européenne mais surtout d'une politique anti-abus commune permettraient de limiter les abus, mais également la sanction de mécanismes nationaux par la Cour<sup>582</sup>.

#### **4) Les propositions du rapport**

**286 -** A la suite de l'étude des sources des comportements fiscaux déviants, les auteurs du rapport ont proposé des solutions visant à rendre dans des délais brefs, la législation fiscale plus efficace dans la lutte contre les comportements fiscaux déviants. Leurs propositions vont aussi dans le sens de la modernisation du cadre fiscal français et international, afin que ce dernier réponde au mieux aux défis représentés par la mondialisation et la dématérialisation des échanges.

**287 -** Le premier axe des propositions du rapport Bocquet, vise à recentrer le débat relatif à la perte de recettes fiscales afin que gouvernants, mais également les contribuables, prennent réellement conscience de ce phénomène. Ce dernier n'est en effet pas simplement l'apanage de grands groupes internationaux qui abuseraient de leur position économique pour optimiser de manière abusive leur situation fiscale. Il s'agit d'un phénomène de masse, source d'importantes pertes budgétaires dont pâtissent aujourd'hui les contribuables dont la charge d'impôt est de plus en plus élevée et qui fausse la concurrence entre les opérateurs délocalisés et ceux exerçant leur activité en France où la pression fiscale est plus importante.

---

<sup>582</sup> Tel fût par exemple el cas de l'exit-tax jugée par la CJCE comme incompatible avec la liberté d'établissement : CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, Hughes Lasteyrie du Saillant ; RJF 2002, n°160, concl. G. GOULARD p. 112, obs. N. CHAID-NOURAIBGFE, p. 7, obs. O. FOUQUET Rev. adm. 2002, n°325 p. 55.

Les auteurs du rapport proposent donc de donner plus de lisibilité aux travaux relatifs à la fraude et à l'évasion fiscale, à la fois au sein des assemblées nationales mais également, au sein de la société, ce qui permettrait de rendre plus efficace l'évaluation des normes anti-abus actuelles et d'engager leurs modifications dans un laps de temps plus court, afin de s'adapter plus rapidement aux comportements des entreprises.

Nous devons souligner sur ce point que depuis l'adoption de la loi contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière (V. n°309 et s.), les lignes ont commencé à bouger puisque les problématiques liées à la perte de recettes fiscales sont étudiées plus assidument par les parlementaires. En effet, chaque projet de loi de finances ou de finances rectificative comprend aujourd'hui des propositions portant sur la modification des normes fiscales, afin de calquer au maximum la loi sur les évolutions aperçues dans les comportements des entreprises.

**288** - Le deuxième axe de propositions est quant à lui relatif au développement de la responsabilité fiscale des entreprises, comme cela a déjà été le cas en matière sociale et environnementale (RSE)<sup>583</sup>. Pour se faire, le rapport préconise que les syndicats soient au cœur du mécanisme de détection des comportements déviants au sein de l'entreprise. Cette proposition relativement novatrice, nous semble utopique sauf à modifier les organigrammes des entreprises, du fait que les décisions sont prises dans le cadre des directions financières et fiscales et bien souvent sous le sceau du secret en concertation avec des cabinets de conseils. Une intervention syndicale dans ces décisions serait pour l'entreprise un risque important vis à vis des tiers tels que l'administration fiscale ou les concurrents.

Pour autant, on peut espérer que le civisme fiscal tendra à se développer dans les années à venir notamment du fait de la promotion récente de nouveaux instruments de collaboration tels que la relation de confiance, qui vise à développer une relation saine et équilibrée entre l'administration fiscale et les entreprises (V. n°324 et s.).

**289** - Le troisième axe de proposition concerne le développement d'une meilleure information de l'administration et le renforcement de ses pouvoirs.

Une des propositions de ce rapport, était notamment de mettre en place une obligation d'information de l'administration fiscale par les promoteurs de schémas d'optimisation,

---

<sup>583</sup> Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

portant sur les différents schémas utilisés par les clients, sur la base du « *Tax Compliance Risk Management Process* » mis en place au Royaume-Uni depuis 2004. Sur ce point, nous avons vu que le législateur avait tenté de mettre en œuvre dans le cadre de la loi de finances pour 2014 un mécanisme de communication des schémas fiscaux par les professionnels de l'optimisation fiscale, mécanisme qui a été jugé non conforme à la constitution par une décision du Conseil constitutionnel (V. n°222 et s.).

**290** - Parallèlement à cela, le rapport propose de fluidifier les échanges entre les administrations fiscales et de développer les compétences à la fois des services et des agents, afin que ceux-ci puissent mieux appréhender le contexte fiscal actuel qui met en jeu de plus en plus souvent des opérateurs établis sur différents territoires.

Nous ne pouvons bien évidemment qu'encourager une meilleure formation des agents de l'administration fiscale, qui ne sont pas toujours au fait des problématiques inhérentes aux situations auxquelles ils ont à faire face. En effet, on ne verrait pas dans le secteur privé, un avocat spécialisé en prix de transfert s'occuper d'un important dossier de fiscalité immobilière, de même, un inspecteur des impôts spécialiste des problèmes domaniaux ne peut être efficace dans le contrôle fiscal d'une grande entreprise du CAC 40 sur des problématiques transnationales. S'il est important d'avoir une vision d'ensemble dans la pratique de la fiscalité, on ne peut que souhaiter une plus forte spécialisation dans le cadre de leur formation, afin que ces derniers puissent à la fois être efficaces dans le cadre des missions qui leurs sont confiées, mais également de pouvoir discuter de manière plus intelligible avec les contribuables et leurs conseils.

**291** - Nous avons vu que parallèlement au mécanisme de l'abus de droit, de nombreux mécanismes anti-abus spécifiques s'étaient développés afin de parer aux difficultés rencontrées par l'administration dans la preuve de la réalisation des abus de droit. Si le rapport Bocquet encourage l'adoption de tout mécanisme pouvant endiguer le phénomène d'érosion des bases d'imposition, le quatrième axe de proposition vient remettre quelque peu en cause cette « *casuistique légale* » et souhaite, afin de rendre plus efficace la législation, la mise en œuvre d'une clause anti-abus<sup>584</sup> générale, unifiant les différents

---

<sup>584</sup> A. MAITROT DE LA MOTTE, *Les clauses anti-abus et le droit de l'Union européenne*, Dr. fisc. 2016, n°13, comm. 257.

moyens juridiques et permettant de s'intéresser aux effets réels des opérations sur la base de la « *General Anti Abuse Rule* » (GAAR) britannique. (V. n°395 et s.).

Si l'on peut évidemment encourager la réforme des mécanismes anti-abus qui ne sont pas toujours adaptés aux problématiques fiscales actuelles et trop nombreux, un tel mécanisme ne semble pas pertinent dans notre droit du fait de la tradition constitutionnelle française. Cette dernière a en effet remis en cause de nombreux mécanismes anti-abus ne respectant pas les droits et libertés des contribuables. Par ailleurs, contrairement à la situation du Royaume-Uni où il n'existait pas de mécanisme anti-abus avant l'introduction de la GAAR, la France a déjà mis en place un mécanisme visant à lutter contre les comportements abusifs des contribuables par le biais du mécanisme de l'abus de droit.

Dans le même sens, le rapport propose de réformer le contrôle des prix de transfert et l'imposition des dispositifs hybrides, afin de mettre un terme aux doubles déductions et doubles exonérations fiscales entre la France et l'étranger. Certaines dispositions allant dans cette direction ont d'ailleurs été prises dans le cadre des derniers collectifs budgétaires (V. infra).

**292** - Le cinquième axe de proposition du rapport, s'intéresse à la problématique du retrait des Etats de la liste des ETN et nous ne pouvons que plaider pour une évolution en cette matière. En effet, si l'on s'intéresse aux critères actuels, définis par l'article 238-0 A du CGI (V. n°259), un Etat qui aurait signé une convention fiscale avec la France, ou qui serait considéré dans le cadre du Forum mondial, comme coopératif, tout en n'ayant pas refusé de signer une convention fiscale avec la France, sera par principe exclu de la liste des ETNC. A contrario, un Etat pourra être intégré à la liste des ETNC, dès lors qu'il n'applique pas correctement les dispositions prévues par la convention fiscale signée avec la France, ou qu'il refusera d'en signer une avec elle, tout en étant considéré comme étant coopératif par le Forum mondial.

Du fait de ces critères relativement obscurs, la liste des ETNC a été quasiment vidée de sa substance du fait de la signature de conventions fiscales avec la majorité des Etats ou territoires concernés, même si la signature de ces conventions n'emporte pas la certitude d'une coopération fiscale effective, ni d'une totale transparence. En effet, dans l'hypothèse où le pays ou territoire serait, malgré la signature d'une convention fiscale, toujours considéré comme non coopératif, il s'écoulerait au moins un an avant qu'il ne soit réinscrit sur la liste des ETNC (sans compter l'application d'éventuels délais de mise



en places de procédures d'échanges de renseignements), ce qui bien évidemment permet durant ce laps de temps, d'échapper aux impositions spécifiques dont peuvent faire l'objet les contribuables ayant affaire à ce type d'Etats ou de territoires.

Afin de palier à cette difficulté et afin de pousser les Etats signataires d'une convention fiscale à respecter leurs engagements, il faudrait par exemple retarder la radiation de l'Etat de la liste des ETNC jusqu'à la constatation effective du respect des dispositions de la conventions fiscale.

**293** - Parallèlement à cela, l'action strictement française n'ayant que peu de poids à l'échelle mondiale, il faut également mettre en place des mécanismes efficaces au niveau européen, afin que les 28 aient à leur disposition, des instruments communs et efficaces, dans la lutte contre l'érosion des bases d'impositions qui touche de nombreux Etats de l'Union.

Pour se faire, les auteurs du rapport préconisent la mise en place de bases de données communes comptabilisant et identifiant les contribuables à risques, les trusts etc. Ils encouragent également la mise en place d'un fichier européen des comptes bancaires et la promotion de l'obligation pour les multinationales de pratiquer le « *reporting pays* » qui a été finalement institué en France à l'article 223 quinquies C du CGI<sup>585</sup>.

## **2°) Le rapport Woerth-Muet, conclusion d'un long travail sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international**

**294** - Ce rapport, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juillet 2013<sup>586</sup> sous le numéro 1243, suit différents travaux lancés par divers intervenants<sup>587</sup> étatiques et représente une étape importante dans la définition d'un cadre aux différents comportements adoptés par les entreprises dans un contexte d'économie mondialisée.

---

<sup>585</sup> Créé par la Loi n°2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016, art. 121.

<sup>586</sup> Rapport d'information n°1243 sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international déposé à l'Assemblée nationale le 10 juillet 2013, présenté par P.-A. MUET, E WOERTH, Ch. DE COURSON, M.-Ch. DALLOZ, A. GIRARDIN, N. SANSU et E. SAS.

<sup>587</sup> N. COLIN, P. PAINAULT, N. MASON-SCHULER sous la supervision de F. AUVIGNE, *Mission de comparaisons internationales sur la lutte contre l'évasion fiscale via les échanges économiques et financiers intra-groupe* ; note n°2012-M-032-03 de l'inspection générale des finances, déposée le 5 juin 2012. G. CARREZ, J.-P. BRARD, H. EMMANUELLI, J.-F. MANCET et PERRUCHOT (N.), *Rapport d'information sur les paradis fiscaux*, n°1902, déposé à l'Assemblée nationale le 10 septembre 2009.

Ce dernier, met en lumière l'intérêt du législateur pour la question de la perte de recettes budgétaires, qui a incité les Etats à rechercher de nouvelles rentrées fiscales et à préserver les recettes existantes, en luttant plus efficacement contre les pratiques abusives. Il identifie donc dans un premier temps un éventail de sources aux comportements abusifs (1) mais propose également dans un second temps des solutions afin de les endiguer (2).

### **1) Les sources des comportements abusifs**

**295** - La première d'entre-elles selon les auteurs du rapport, réside dans les disparités que l'on retrouve entre les législations des différents Etats, la capacité de lever des impôts étant une compétence de l'Etat souverain. En effet, même si dans certaines hypothèses et notamment dans le cadre de l'Union, certaines tentatives visant à harmoniser la législation fiscale ont été mises en place, l'impôt relève de la compétence du législateur national et l'harmonisation si elle a lieu, devra suivre la règle de l'unanimité.

La problématique mettant en perspective l'impôt en tant qu'attribut de souveraineté et les disparités entre les différentes législations et qui sert de base à un processus d'évasion fiscale, ne posait pourtant que peu de difficultés à l'époque où l'économie n'était pas encore mondialisée. En effet, à cette époque, les échanges, physiques et presque toujours locaux, pouvaient facilement être appréhendés par le législateur, qui ne faisait que peu de cas des législations mises en place par les autres Etats.

Aujourd'hui, du fait de l'avènement de l'économie mondialisée mais surtout numérique, la situation s'est inversée, les entreprises se développent partout dans le monde, les flux sont de moins en moins matériels et les frontières économiques sont peu à peu tombées en désuétude, ce qui oblige le législateur à étudier avec attention les législations des autres Etats, afin de demeurer concurrentiel, mais également d'anticiper les éventuels schémas d'optimisation ou d'évasion que les contribuables pourraient mettre en place du fait des différences existant entre les différentes législations, en localisant les charges dans le pays pratiquant l'imposition la plus élevée afin d'y réduire la masse imposable et de localiser des produits dans le pays ayant la fiscalité la plus avantageuse.

Cette disparité, déjà forte au niveau européen, où l'on enregistre par exemple un taux d'IS de droit commun en Irlande au taux de 12,5% contre 33,1/3% en France (hors contributions additionnelles), est encore plus accentuée lorsque certains Etats mettent en place des législations fiscales avantageuses afin d'attirer les investisseurs. Ces hypothèses de dumpings fiscaux et l'existence de paradis fiscaux, permettent en effet aux opérateurs

économiques d'avoir accès à une multitude de territoires d'implantation au sein de toutes les grandes zones commerciales. Ceci, leur permettant de localiser leurs bénéfices dans des Etats où la fiscalité est avantageuse et de n'être que faiblement imposés dans les autres Etats.

**296** - La deuxième source identifiée comme facilitant les comportements d'évasion fiscale, réside de manière assez ironique dans la solution mise en place afin de limiter les disparités entre les législations des différents, c'est à dire par le biais des conventions fiscales.

En effet, selon leur tradition, les Etats ont opté pour des régimes prévoyant une imposition sur une base mondiale ou à l'inverse, territoriale, comme c'est le cas de la France, contrairement à la majorité des Etats membres de l'OCDE.

De cette différence de tradition juridique<sup>588</sup>, peut apparaître un risque de doubles impositions, puisque le revenu pourra être considéré comme imposable par plusieurs Etats. Afin de se prémunir contre ce genre de situation, mais également contre les doubles exonérations des revenus, ont été mises en place des conventions fiscales afin de répartir justement le droit d'imposer entre les différents territoires d'implantation. Pourtant, on se rend compte aujourd'hui que cet outil, s'il représente toujours une des principales évolutions du cadre de la fiscalité internationale, n'est pas toujours adapté aux considérations économiques actuelles et notamment, à l'économie numérique.

En effet, si les conventions fiscales essaient de préserver l'imposition dans l'Etat au sein duquel naissent les revenus (notamment dans le cadre de l'existence d'un établissement stable), les flux immatériels, plus difficilement quantifiables et identifiables (par exemple dans le calcul de la valeur représentée par le comportement des utilisateurs d'internet) que les flux matériels, mettent à mal le fonctionnement de ces accords bilatéraux. Ces activités, qui ne nécessitent pas la mise en place d'un établissement stable, permettent bien souvent la soustraction des entreprises multinationales à l'imposition dans l'Etat de source du revenu.

Enfin, à l'opposé du risque de doubles impositions pesant sur les contribuables, l'utilisation des conventions fiscales par ces derniers, fait peser sur les Etats un risque de double exonération. Le montage régulièrement critiqué consiste dans l'implantation

---

<sup>588</sup> N. MELOT, *Territorialité et mondialité de l'impôt : étude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaines*, Thèse, Dalloz, 2004

d'une entreprise dans un troisième Etat, qui servira de « *tunnel* », afin de faire transiter des flux financiers en franchise d'imposition entre l'Etat de source et l'Etat ou les détenteurs de capitaux sont installés. Dans ce type de schéma, ni l'Etat de source, ni l'Etat primo-partenaire, du fait de la combinaison de leur législation fiscale, mais également des dispositions de la convention, ne seront à même d'appréhender la matière imposable. C'est la technique du « *sandwich* », dont se sont fait notamment une spécialité, l'Irlande, la Hollande, ou le Luxembourg, sur le marché européen mais encore d'autres Etats à travers le monde

## 2) Les solutions envisagées

**297** - La première proposition du rapport, consistait à modifier la rédaction de l'article L. 64 du LPF, afin d'en augmenter la portée et que ce dernier, sanctionne non plus seulement les opérations ayant un but « *exclusivement* » fiscal, mais celles qui auraient « *principalement pour but d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que le contribuable aurait normalement supportées* ».

Cette proposition, a comme nous l'avons vu, été intégrée récemment dans le cadre du projet de loi de finance pour 2013, mais n'a finalement pas reçu d'application dans le droit positif du fait de son anti-constitutionnalité. Cette proposition, est à rapprocher de celle qui visait à rendre obligatoire la communication par les promoteurs de l'optimisation fiscale, des schémas proposés à leurs clients (V. n°222).

**298** - La seconde proposition importante consistait en la modification de l'article 57 du CGI (V. n°276 et s.), applicable au contrôle des transferts indirects de bénéfices réalisés entre sociétés liées. Il était ici suggéré de supprimer la condition de contrôle ou de dépendance, dans le cas où les opérations seraient effectuées en partenariat avec une entité établie dans un ETNC, puisque l'administration doit dans un premier temps démontrer qu'il existe un lien de dépendance, puis démontrer qu'il y a eu un transfert indirect de bénéfices. Cette proposition, a finalement été adoptée dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2014<sup>589</sup>. Nous verrons d'ailleurs ensuite, que de nombreux dispositifs ont été adoptés afin de mieux appréhender les comportements des entreprises dans le cadre de leur politique prix de transfert.

---

<sup>589</sup> Loi n°2014-891 de finances rectificative pour 2014 (1).

**299** - Une autre proposition qui a connu une intégration au droit positif, était relative à la remise de la comptabilité analytique des entreprises afin de mieux appréhender leur activité et leurs flux. En effet, récemment, ont été mises en place de nouvelles obligations comptables pour les entreprises dans le but d'améliorer le pouvoir de contrôle de l'administration fiscale, notamment dans le cadre des contrôles fiscaux avec la remise d'un fichier des écritures comptables<sup>590</sup>, ainsi que la dématérialisation des documents comptables, qui permettent de mieux tracer les éventuelles incohérences avec les documents fiscaux.

**300** - Dans le cadre de la lutte contre l'utilisation de schémas permettant des exonérations d'impôt, les auteurs du rapport ont également préconisé la mise en place de mécanismes visant à empêcher la déduction ou l'exonération en France, de produits déjà exonérés ou déduits à l'étranger. Sont notamment visés ici les produits et entités hybrides. Un mécanisme reprenant cette idée a nous le verrons, été mis en place dans le cadre de la loi de finances pour 2014 (V. n°315), même si ce dernier demeure d'une efficacité limitée aujourd'hui.

**301** - Dans la lignée des travaux de l'OCDE (V. n°463 et s.), les auteurs, souhaitent afin promouvoir efficacement la lutte contre l'évasion fiscale, développer des solutions efficaces venant répondre aux problématiques actuelles au niveau international. Pour se faire, il est souhaitable de renégocier certaines conventions fiscales afin d'y intégrer des mécanismes anti-abus et d'échange d'informations plus efficaces.

Par ailleurs, il faudrait développer une définition de l'établissement stable virtuel, plus adaptée aux problématiques de l'économie numérique, l'actuelle définition ne permettant pas d'identifier et de quantifier la création de valeur.

L'idée de relancer le projet d'assiette commune<sup>591</sup> au sein de l'Union, est également suggérée, afin de relancer le processus d'harmonisation européen, préambule nécessaire au bon fonctionnement de l'UE ainsi que dans la lutte contre les pratiques dommageables.

---

<sup>590</sup> BOI-CF-IOR-60-40-10 n°1 et s.

<sup>591</sup> Proposition COM (2011) 121, du 6 octobre 2011, concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS) et Note IP/11/319 du 16 mars 2011.

## **§II) Le rapport Colin et Collin, une mise en lumière des déficits de la loi fiscale dans le cadre d'une économie numérique et mondialisée**

**302 -** *Une révolution économique numérique.* L'architecture économique mondiale est nous l'avons vu en perpétuelle mutation, la découverte de nouveaux continents<sup>592</sup>, la révolution industrielle<sup>593</sup>, la crise de 1929<sup>594</sup>, la globalisation des échanges<sup>595</sup> et les accords de libres échanges<sup>596</sup> signés un peu partout à travers le monde, en sont un parfait exemple. A chacune de ces étapes, la fiscalité a dû s'adapter au nouvel environnement dans lequel les opérateurs évoluaient, afin de répondre au mieux aux contraintes posées par l'évolution de l'environnement économique.

Aujourd'hui et même si la révolution numérique date du début des années 1990, la fiscalité doit encore faire face aux nombreux défis liés à cette « *nouvelle économie* ». Si l'impact de cette dernière est toujours soumis à discussion (peut être du fait qu'elle est difficile à appréhender par les opérateurs<sup>597</sup>), elle représente une assiette fiscale à la fois dynamique, volatile et à fort potentiel de croissance<sup>598</sup>. En effet, les grandes entreprises du numérique<sup>599</sup> sont aujourd'hui identifiées parmi les plus grandes entreprises mondiales et surtout parmi celle qui se sont développées le plus rapidement.

**303 -** *Un défi majeur pour la fiscalité.* La France, comme de nombreux Etats à la suite des travaux de l'OCDE, a pris conscience qu'il était nécessaire de répondre plus efficacement aux défis lancés par l'économie numérique sur la fiscalité actuelle. Cette dernière, semble en effet ne plus être totalement adaptée et il s'est donc créé une forme d'inégalité entre les opérateurs des secteurs historiques tels que le commerce et

---

<sup>592</sup> P. CHAUNU, *Conquête et exploitation des nouveaux mondes*, PUF, Nouvelle Clio, Paris, 1995.

<sup>593</sup> C. BEAUCHAMP, *Révolution industrielle et croissance au XIXe siècle*, éd. Ellipses Marketing, coll. « *Les Économiques* », 1997.

<sup>594</sup> M. KLEIN, *Rainbow's End: The Crash of 1929*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

<sup>595</sup> J. ADDA, *La Mondialisation de l'économie*, Vol.1 et Vol 2, éd. La Découverte, Repères, Paris, 1996.

<sup>596</sup> D. FAVRI, *Europe-Etats-Unis : les enjeux de l'accord de libre échange*, Broché, 2014.

<sup>597</sup> A. GOBEL, *Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data*, BF 6/13 étude n°325.

<sup>598</sup> Selon le cabinet de conseil McKinsey, dans une étude commanditée par Google, Internet aurait contribué à un quart de la croissance de l'économie française et à la création de 700 000 emplois en quinze ans. En 2015, l'économie numérique représentera 5,5% du PIB, soit 129 milliards d'euros, et aura créé 450 000 nouveaux emplois.

<sup>599</sup> On pense notamment aux « *GAF A* » : acronyme rassemblant les entreprises Google, Apple, Facebook et Amazon.

l'industrie et les opérateurs du numérique du fait des possibilités d'optimisation liées à ce type d'activité. Un changement de philosophie est donc nécessaire et ce à très court terme. En effet, l'économie numérique n'est plus aujourd'hui une forme d'activité marginale et représentera bientôt le principal modèle économique de notre siècle et des siècles à venir<sup>600</sup>.

L'objectif des législateurs et des différents travaux sur cette question, est de proposer des modifications au cadre fiscal actuel, en créant de nouvelles assiettes fiscales mais également en dégageant, « *des propositions en matière de localisation d'imposition et de bénéficiaires, du chiffre d'affaires, ou, éventuellement, sur d'autres assiettes taxables* », propositions qui se sont notamment retrouvées dans le cadre de la mission d'expertise effectuée par P. COLLIN et N. COLIN<sup>601</sup>. Ces travaux, bien que référence en la matière, ne sont pas les premiers à s'être intéressés à ces problématiques puisque la Commission des finances du Sénat<sup>602</sup> et la Commission des finances de l'Assemblée nationale<sup>603</sup>, avaient déjà ouvert ce débat afin que les entreprises du numérique n'échappent plus à l'impôt en France ou à l'étranger et qu'elles ne puissent plus profiter de la spécificité de leurs activités, pour mettre en place des mécanismes d'optimisation fiscale trop agressifs, faisant bien souvent entrer en jeu des paradis fiscaux<sup>604</sup>.

**304 -** Afin de mieux comprendre les enjeux et les difficultés inhérentes à l'appréhension de l'économie numérique par la fiscalité, intéressons nous brièvement à son fonctionnement. Classiquement cette dernière repose sur trois modèles.

Selon le premier modèle économique, un consommateur passe commande d'un bien sur internet, ce dernier est généralement expédié depuis un entrepôt établi dans le pays de résidence du consommateur alors que l'entité qui réalise la vente est bien souvent localisée dans un autre Etat et bien souvent au Luxembourg dans le cadre de l'UE.

Cette dernière joue le rôle de holding détenant les droits sur la marque et les autres actifs immatériels liés au bien vendu. La société locale, filiale de cette dernière, rend quant à

---

<sup>600</sup> F. TEPER, *Quelle fiscalité pour internet ? Enjeux pour les Etats et les opérateurs ; Intervention de Colloque organisé le 16 mai 2013, par l'université Paris Descartes et l'université de Genève*, Dr. fisc. 2013, n°39, 439

<sup>601</sup> P. COLLIN et N. COLIN, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Rapport au Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au Ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, déposé le 7 janvier 2013.

<sup>602</sup> Ph. Marini, Rapport n°614, sur l'économie numérique, déposé à l'Assemblée nationale le 27 juin 2012.

<sup>603</sup> Rapports Bocquet et Muet préc. cit.

<sup>604</sup> Ch. CHAVAGNEUX, *Les paradis fiscaux*, Poche, 2012.

elle simplement des prestations de services (traitement de la commande, expédition et logistique), la facturation étant établie pour le compte de la société Luxembourgeoise.

Ce type d'organisation, permet de localiser la majeure partie du chiffre d'affaires et de la marge bénéficiaire, grâce aux avantages du droit européen sur la liberté de circulation des capitaux, du régime mère-fille et des conventions fiscales signées entre les différents Etats, dans l'Etat où se situe l'entreprise titulaire des droits de propriétés intellectuelle et non dans l'Etat de consommation.

Le second modèle, est celui de la vente de services consommés en ligne, qui n'implique donc pas une livraison matérielle au sens classique du terme. Le montage précédant est transposable ici, puisque la majeure partie de la marge liée à la vente de produits sur support électronique échappe à l'IS dans le pays de consommation.

Les questions auxquelles il s'agit de répondre dans le cadre de ces deux modèles sont de savoir dans un premier temps quelle est l'entité qui réalise effectivement la vente, ce qui permettra de quantifier la répartition des recettes entre les différentes entités en présence, mais également de savoir, quelle est la place de chaque entité dans la chaîne de création de valeur, ce qui implique, non pas seulement une analyse purement juridique, mais également économique basée sur les flux entre les différentes entités.

Le troisième modèle est quant à lui, constitué du financement par la publicité lors de la consommation de contenus internet et en particulier des fenêtres publicitaires lors de la navigation sur internet.

Cette pratique correspond à la cession d'espaces publicitaires sur internet à des entreprises, mécanisme qui permet de toucher les consommateurs du flux internet en fonction de leurs habitudes et des données contenues dans leur historique de navigation.

L'organisation structurelle classique retenue par ces entreprises implique une structure holding dans un pays ayant une fiscalité avantageuse en matière de revenus des biens incorporels et qui aura un rôle de quartier général local. Cette dernière, va s'occuper de la vente des espaces publicitaires aux annonceurs sur l'ensemble du territoire continental. Parallèlement, des entités sont installées dans les différents Etats impliqués, en tant que fonction support qui ne réalisent pas la vente, le gros de la marge bénéficiaire étant transféré à la société de tête, qui détient la propriété intellectuelle des actifs cédés.

**305 -** *Un enjeu majeur pour l'IS et la TVA.* Du point de vu de l'IS, si les règles fiscales sont en pleine mutation dans de nombreux Etats afin de s'adapter aux nouvelles activités et de lutter plus efficacement contre l'optimisation fiscale agressive, elles ne permettent



malheureusement pas encore pour les activités numériques, de rattacher la part de bénéfice réalisée sur un Etat par des sociétés établies en dehors du territoire national.

En matière de TVA, le principe de taxation est aujourd'hui la taxation dans l'Etat d'établissement du prestataire et non pas dans l'Etat où réside le consommateur, ce qui constitue la principale source d'optimisation fiscale pour les entreprises du numérique. Le cabinet Greenwich consulting, a ainsi évalué en 2009, une perte de plus de 300 millions d'euros en recettes fiscales pour la France et à plus de 600 millions d'euros pour l'année 2014 en matière de TVA.

En effet, si l'on part du postulat que la majorité des grandes entreprises de l'économie numérique sont implantées dans les pays européens où l'impôt est le moins élevé, on se retrouve face à un déplacement des flux de richesse et donc d'impôt, des pays de consommation vers d'autres territoires et notamment le Luxembourg ou l'Irlande.

**306 -** *La problématique des établissements stables.* La mission s'est notamment interrogée sur la modification de la définition de l'établissement stable au niveau international, afin que ce dernier soit adapté au cadre des activités numériques.

Dans le cadre conventionnel actuel, l'établissement stable est défini comme « *une installation fixe d'affaire par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité* ». La présence d'un établissement stable doit donc être établie afin que la France puisse imposer l'activité réalisée en France par une multinationale ayant des intérêts sur son territoire.

Dans le cadre de l'économie numérique, la principale problématique réside dans la fixité de l'installation, la fixité impliquant un établissement dans un lieu précis et un personnel dédié à l'activité. Si dans certains cas la jurisprudence a pu établir un lien entre une personne et la société étrangère afin d'établir l'existence d'un établissement stable<sup>605</sup>, les dispositions même de la convention fiscale modèle OCDE ainsi que ses commentaires ne facilitent pas cette reconnaissance. En effet, l'utilisation de matériel informatique sur un territoire pour effectuer des transactions, ne peut être constitutif d'un établissement stable du fait de l'absence de fixité, ce qui implique le respect du critère matériel. Cette idée et

---

<sup>605</sup> CAA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., 22 mai 2014 n°12VE01928, min. c/ Sté Off The Beaten Path LLC ; RJF 2014, n°932.

d'ailleurs reprise par la doctrine administrative, qui pour mémoire, est opposable à l'administration<sup>606</sup>.

Pour autant, ces dernières années, les commentaires visant à l'application des conventions fiscales reprenant le modèle OCDE, ont évolué afin de permettre un rattachement de certaines activités liées au commerce électronique à la notion d'établissement stable. Selon ces commentaires, un serveur hébergeant une application accessible par son biais, peut constituer une installation fixe d'affaires. En revanche les données et le logiciel ne peuvent quant à eux, recevoir cette qualification du fait de l'absence de rattachement matériel.

Cette définition de l'établissement stable, va d'ailleurs en un sens à l'encontre de certaines dispositions nationales qui permettraient pourtant d'imposer les revenus liés à la création de valeur, même en l'absence de rattachement physique ou matériel. En effet, selon les dispositions de l'article 209 du CGI, un cycle complet d'activité peut être établi en France par une entreprise étrangère et ce, même en l'absence de présence physique<sup>607</sup>. Il faut aujourd'hui démontrer l'existence d'une fonction d'entreprise et par exemple le pouvoir de signature de contrats avec des clients, afin de pouvoir imposer en France les revenus d'activités numériques.

Afin de mettre un terme à cette problématique, la notion d'établissement stable doit donc être modifiée. On pourrait ainsi imaginer une définition s'appliquant aux « *établissements stables virtuels* »<sup>608</sup>, concept intéressant mais qui n'a pas été précisément étudié. Il faudrait notamment pour cela arriver à adapter la notion d'établissement stable aux entreprises qui fournissent des prestations dans un Etat, notion qui serait basée sur l'étude des habitudes numériques des consommateurs de cet Etat, situation qui on le voit, ne se retrouve pas dans le champ des définitions classiques.

Afin de répondre de manière efficace aux problématiques liées à l'imposition des revenus des activités numériques, l'adaptation de la notion d'établissement stable devra également s'accompagner d'une modification de la pratique des prix de transfert, qui, par le biais de la mise en place de redevances, permettent de transférer de la matière imposable notamment lorsqu'il existe une convention fiscale aux dispositions favorables entre les Etats. Cette problématique est d'ailleurs plus importante au sein de l'UE puisque les

---

<sup>606</sup> Rép. min. DE CHAZEUX, député, JO AN, 26 octobre 1998 p.5849 et JO AN 30 juillet 2001 p. 4395. L'opposabilité de la doctrine administrative est régie par les dispositions de l'article l. 80 A du CGI.

<sup>607</sup> CE, 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 juillet 1968, n°66503, société X ; Rec. CE 1968, p. 454 ; Dupont 1968, p. 447.

<sup>608</sup> V. l'avis rendu par le Conseil national du numérique le 14 février 2012.

éventuelles retenues à la source sont bien souvent écartées du fait de l'application du droit communautaire<sup>609</sup>.

## **Sous-section II : Les mécanismes adoptés depuis l'entrée en vigueur de la loi contre la fraude et la grande délinquance financière**

**307** - Dans le cadre de nos travaux, nous avons souligné à plusieurs reprises que la France avait modifié sa législation fiscale sur de nombreux points afin de préserver des recettes fiscales largement limitées par la crise économique de 2008.

Au delà de la simple préservation des recettes fiscales existantes, le législateur a décidé de renforcer son arsenal législatif afin de limiter certains comportements des contribuables cherchant de plus en plus à optimiser leur charge fiscale, quitte à utiliser des moyens considérés comme étant abusifs.

Nous allons donc voir que pour atteindre ces objectifs, le législateur utilise différents moyens, en premier lieu en durcissant de manière globale la législation fiscale (§I), mais en mettant également en place des mécanismes novateurs, tels que la relation de confiance, largement inspirée des mécanismes anglo-saxons (§II).

### **§I) Un durcissement général de la législation fiscale**

**308** - Dans le cadre de notre propos relatif à l'étude de la fraude fiscale, nous avons vu que le législateur avait ces dernières années, mis en place de nouvelles mesures afin de limiter les comportements abusifs. Dans ce cadre, nous verrons en quoi la loi contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière, représente une avancée majeure dans ce domaine (A), et que ce mouvement s'est poursuivi par la suite, notamment dans le cadre de la loi de finances pour 2014 (B).

---

<sup>609</sup> Article 182 B bis du CGI.

## **A) La loi contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière, une avancée majeure dans la lutte contre les comportements abusifs**

**309** - La lutte contre les comportements abusifs en matière fiscale n'est pas une sinécure. Il s'agit d'un travail de longue haleine qui ne peut être achevé dans un laps de temps très court. Pour autant, si nous avons vu que de depuis de nombreuses années, la législation française s'est dotée d'un arsenal législatif conséquent afin de limiter certains comportements, on constate depuis 2013, une accélération dans la lutte contre les pratiques abusives, accélération due notamment à une prise de conscience des pouvoirs publics de l'ampleur du phénomène sur les recettes budgétaires.

L'année 2013 est donc une année charnière<sup>610</sup> dans la lutte contre les comportements abusifs, avec l'adoption de différentes mesures visant à sanctionner plus lourdement les comportements frauduleux relevant de l'article 1741 du CGI, mais également en fournissant de nouveaux instruments juridiques à l'administration fiscale, dans le but faciliter le contrôle et la poursuite de ces comportements, notamment en ce qui concerne la fiscalité des entreprises<sup>611</sup>.

**310** - *Un renforcement des obligations en matière de prix de transfert.* Un des principaux axes de réformes concernant la fiscalité de l'entreprise, touche au contrôle des prix de transfert, qui représentent un des principaux outils d'optimisation et d'évasion fiscales pour les entreprises multinationales.

La loi contre la fraude et la grande délinquance financière a donc ajouté au CGI, l'article 223 quinquies B qui vise à obliger les entreprises à présenter une documentation prix de transfert annuelle à l'administration fiscale. Il s'agit d'une nouvelle obligation déclarative qui va concerner les entreprises dont le chiffre d'affaires annuel ou l'actif brut, dépasse 400 millions d'euros, ou qui détiennent ou sont détenues, directement ou indirectement par une société franchissant ces seuils.

Le dispositif oblige ces entreprises à déposer dans les six mois qui précèdent le dépôt de la liasse fiscale, une version réduite de leur documentation prix de transfert, c'est à dire qui ne comportera pas la description juridique et fonctionnelle du groupe, ni les études de comparabilité, qui permettent de justifier des prix de transfert en question.

---

<sup>610</sup> M. COLLET, *Chronique annuelle 2013 de droit fiscal*, Revue juridique de l'économie publique n°718, avril 2014, chron. 2.

<sup>611</sup> L. LENCZNER, *Fiscalité des entreprises : chronique de l'année 2013*, Dr. fisc. 2014, n°10, note n°193.

En cas de défaut dans le respect de cette obligation, les entreprises encourront, à défaut de sanction spécifique, une amende de 150 euros prévue par les dispositions de l'article 1729 B du CGI<sup>612</sup>.

Ce dispositif, combiné avec l'obligation de remettre en cas de contrôle la comptabilité analytique (V. infra), donnera à l'administration un formidable instrument pour effectuer des tests de cohérence dans la rémunération des prestations entre sociétés liées.

En effet, l'administration fiscale pourra grâce à ces nouvelles informations, cibler chaque année des sociétés « à risque », dans le cadre de l'étude de la documentation simplifiée ; ensuite, dans le cadre d'une vérification de comptabilité donnant l'accès automatique à la comptabilité analytique, l'administration pourra vérifier la bonne application de la politique prix de transfert indiquée dans la documentation précédemment étudiée.

## **B) Les dispositifs mis en place à partir de la loi de finances pour 2014**

**311** - A la suite de la loi contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière qui a lancé l'important chantier de la modification de la législation fiscale anti-abus, de nombreux mécanismes ont été mis en place par le législateur, nous allons en étudier les principaux, tels que la présentation d'une comptabilité analytique (1°), l'encadrement de la déductibilité des sommes versées à des entités liées (2°), l'évolution des obligations déclaratives en matière de prix de transfert (3°) et enfin, une modification d'importance ayant touché le régime mère-fille (4°).

### **1°) La présentation d'une comptabilité analytique**

**312** - La première mesure d'importance adoptée dans le cadre de la loi de finances pour 2014<sup>613</sup> (article 17), est l'obligation pour les entreprises de présenter dans le cadre d'une vérification de comptabilité, leur comptabilité analytique, ainsi que les comptes consolidés<sup>614</sup> pour les groupes de sociétés<sup>615</sup>.

Cette obligation, encouragée par certains travaux parlementaires et notamment par le rapport WOERTH-MUET (V. n°294 et s.), si elle peut représenter un outil intéressant

---

<sup>612</sup> Modifié par Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010, art. 41.

<sup>613</sup> Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013.

<sup>614</sup> Art. L 233-22 du Code de Commerce.

<sup>615</sup> Directive comptable unique n°2013/34/UE du 26 juin 2013,

pour l'administration fiscale dans le cadre d'une opération de contrôle, n'est pas pour autant d'une efficacité à toute épreuve.

En effet, la tenue d'une comptabilité analytique est aujourd'hui encore optionnelle et son contenu, n'est pas défini par la réglementation comptable<sup>616</sup>. Seules les entreprises qui en tiennent une, seront donc obligées de la fournir et l'administration fiscale devra donc en prouver l'existence.

Pour autant, lorsque dans le cadre d'une vérification de comptabilité l'administration met en lumière la méthode d'évaluation des différents éléments inscrits à l'actif du bilan, ou l'existence de secteurs d'activité distincts au sein de la structure contrôlée, cela permettra généralement à l'administration, d'établir l'existence d'une comptabilité analytique. Il en sera de même s'il existe une fonction spécifique de contrôle de gestion au sein de l'entreprise, dont la mission sera d'identifier les différents centres de profits et de charge.

**313** - En ce qui concerne la présentation des comptes consolidés, la problématique est différente puisque sa présentation aura un caractère impératif pour les entreprises qui en mettent en place en vertu des dispositions de l'article L 233-16 du Code de commerce<sup>617</sup>. Les documents à fournir sont alors, le bilan consolidé, le compte de résultat consolidé et les annexes.

En cas de défaut dans les obligations de présentation, une amende de 20 000 euros est actuellement prévue par l'article 1729 E du CGI<sup>618</sup>.

## **2°) L'encadrement de la déductibilité des intérêts versés à des entités liées**

**314** - Nous avons vu plus haut, que la limitation de la déductibilité de certaines charges financières était devenue un enjeu majeur de la lutte contre l'optimisation fiscale agressive. Suivant les nombreux travaux de l'OCDE et notamment le rapport BEPS que nous étudierons plus en détail dans le cadre de notre prochain chapitre, le législateur français a souhaité compléter son arsenal juridique visant à la limitation de la déduction de certaines charges financières, par un mécanisme spécifique applicable aux produits

---

<sup>616</sup> Le PCG 82 indique simplement qu'elle est un mode de traitement des données visant à connaître les coûts des différentes fonctions assurées par l'entreprise et établir un prévisionnel de charges et produits.

<sup>617</sup> Modifié par Loi n°2003-706 du 1 août 2003, art. 133.

<sup>618</sup> Modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, art. 24.

hybrides, qui sont aujourd'hui un des principaux outils de l'optimisation fiscale internationale.

Afin de bien comprendre le sujet, revenons un instant sur la définition de ces différents instruments.

Nous avons indiqué plus haut que les hybrides pouvaient revêtir deux formes, ils peuvent être caractérisés, soit par le biais d'un instrument financier hybride, soit par le biais d'une structure hybride. Dans tous les cas, l'utilisation de ces instruments ou structures, permet au contribuable d'être exonéré d'impôt dans les deux Etats d'implantation, puisque la double qualification juridique de ces instruments ou structures, en fonction de la législation des différents Etats, va les sortir du giron de l'imposition.

**315 -** Le législateur, dans le but de limiter ces pratiques, a mis en place un mécanisme spécifique, codifié au b du I de l'article 212 du CGI<sup>619</sup>, applicable aux exercices clos à compter du 25 septembre 2013. Ce dispositif, va s'appliquer aux entreprises assujetties à l'IS de plein droit ou sur option, ayant des relations avec des entités sujettes à des taux d'imposition inférieurs à la France. Il vise à limiter la déduction des charges financières dont le produit correspondant, n'est pas soumis à une imposition minimale dans le pays de situation de l'entreprise créancière. L'objectif de ce mécanisme, est donc de lutter contre les doubles exonérations des revenus des entreprises, contre les transferts de bénéfices mais également contre l'endettement artificiel<sup>620</sup>.

Le mécanisme français prend donc en considération l'hypothèse où l'entreprise prêteuse utiliserait comme nous l'avons souligné plus haut, des instruments financiers de nature hybride. Ces derniers sont définis par l'OCDE<sup>621</sup>, comme des « *instruments dont le régime fiscal est différent dans les pays concernés, étant le plus souvent considérés comme des titres de dette dans un pays et comme des titres de participation dans un autre* ».

La double nature de ces titres permet comme nous l'indiquons plus, haut, de bénéficier d'un régime fiscal favorable dans les deux pays puisque les produits correspondants, vont généralement recevoir une exonération dans les deux pays, sauf application éventuelle d'une quote-part de frais et charges.

---

<sup>619</sup> Modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, art. 20.

<sup>620</sup> BOI-IS-BASE-35-50 n°1 et s.

<sup>621</sup> OCDE, *Dispositifs hybrides – Question de politique et de discipline fiscale*, OCDE publications, Paris, 2012, p. 7.

On trouvera par exemple le cas d'une société mère implantée dans un Etat A, qui finance une filiale B implantée dans un Etat B ; le titre de financement est considéré comme un titre de dette dans l'Etat B (une obligation) et comme un titre de participation (action) dans l'Etat A. Cette double qualification juridique aura pour conséquence que la rémunération versée par la société B, sera considérée comme un intérêt déductible de son assiette taxable et que la rémunération perçue par la société mère sera considérée, non pas comme un produit taxable correspondant à l'intérêt perçu, mais comme un produit de participation exonéré (sauf application d'une quote-part de frais et charges) de toute imposition.

**316 -** Dans le cadre de l'application de ce dispositif, les contribuables débiteurs de ces revenus devront démontrer sur demande de l'administration fiscale et afin que ces charges soient admises en déduction, que les produits correspondants ont été taxés chez l'entreprise créancière. Cette taxation, selon les dispositions de l'article, doit être appliquée « *au titre de l'exercice en cours* » et à un taux, au moins égal au quart de l'impôt sur les bénéfices, tel qu'il est déterminé dans les conditions de droit commun. Dans le cas d'un assujettissement à l'IS au taux de 33,1/3%, le taux de taxation du revenu en question devra donc être au moins égal à 8,33%<sup>622</sup>. Il sera d'un montant de 8,6083% dans les cas où la contribution sociale de l'article 235 ter ZC du CGI est applicable et de 9,5% dans le cas où serait également applicable, la contribution exceptionnelle de l'article 235 ter ZCA du même Code.

A défaut de cette démonstration, les charges seront réintégrées au résultat de l'exercice concerné.

Il est à noter que ce dispositif est applicable à la fois dans des hypothèses strictement françaises mais également dans des hypothèses transfrontalières. Dans ce cas, si l'entreprise récipiendaire du revenu est établie à l'étranger, le calcul de l'IS de droit commun ne peut être identique à celui de la France. Pour cette raison, on retiendra comme impôt sur les bénéfices de droit commun, l'impôt dont la société aurait été redevable si elle résidait fiscalement en France.

Dans le cas où la société créancière serait membre d'un groupe fiscalement intégré, la société débitrice des revenus devra démontrer que le produit correspondant à ces charges,

---

<sup>622</sup> Dr. fisc, 2015, n°1-2, comm. 18.



a été inclus dans le résultat d'ensemble du groupe pour lequel la société mère est redevable de l'impôt sur les bénéfices

Selon les estimations effectuées dans le cadre des travaux parlementaires, le rendement de cette mesure devrait être de 200 à 400 millions d'euros lorsque le régime fonctionnera pleinement.

### **3°) De nouvelles obligations en matière de prix de transfert**

**317** - L'article 98 de la loi de finances pour 2014, a également prévu de nouvelles obligations déclaratives à la charge des contribuables afin que l'administration fiscale puisse plus facilement appréhender leur situation fiscale. La loi a ainsi modifié l'article L 13 AA du CGI qui définit le contenu de la documentation prix de transfert<sup>623</sup>, afin d'obliger les contribuables à intégrer à leur documentation (accessible dans le cadre d'une vérification de comptabilité et dorénavant fournie pour partie chaque année dans le cadre de la remise spontanée d'une documentation simplifiée), les « *rulings* », autrement dit les décisions administratives opposables visant des situations spécifiques dans le cadre de l'activité d'une société liée.

Ces nouvelles obligations relatives à la documentation prix de transfert, représentent évidemment un nouvel enjeu pour les entreprises puisqu'elles représentent en premier lieu un raccourcissement des délais de préparation de la documentation, mais surtout l'obligation de fourniture annuelle d'une déclaration, implique également un risque contentieux. Afin de réduire ce risque, les entreprises devront remettre une documentation irréprochable au risque d'attirer la curiosité de l'administration qui pourra toujours vérifier le contenu de la documentation prix de transfert dans le cadre d'un contrôle.

**318** - Nous avons déjà vu dans le cadre de nos propos, que certains mécanismes visant à limiter les comportements déviants des contribuables comme la modification de la définition de l'abus de droit ou l'information des schémas d'optimisation par leurs promoteurs, ont été sanctionnés par le Conseil constitutionnel (V. n°221 et s.).

---

<sup>623</sup> C. SILBERZTEIN, *Prix de transfert : quelques nouveautés, parmi d'autres...* Dr. fisc. 2013, n°26, note n°349 et F. PERROTIN, *Prix de transfert : vers un renforcement des obligations des entreprises*, Les petites affiches, 18 juillet 2013, n°143.

Ce dernier, dans le cadre de la décision n°2013-685 DC que nous avons déjà citée, a eu l'occasion de se prononcer et de sanctionner d'autres mécanismes anti-abus et notamment, le dispositif qui visait à renverser la charge de la preuve dans le cadre de l'application de l'article 57 qui vise à lutter contre les transferts indirects de bénéfices à l'étranger. Le mécanisme visait à sanctionner les transferts de fonctions ou de risques ayant pour conséquence, une variation à la baisse du résultat d'exploitation de 20% par rapport à la moyenne des trois derniers exercices, sauf à ce que l'entreprise démontre que cette baisse était compensée par une contrepartie équivalente à celle qui aurait été reçue dans le cadre de relation entre sociétés indépendantes. Cette formulation a été jugée trop large et qualifiée de contraire aux principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi par le Conseil, notamment dans le cadre de la définition du transfert.

On peut donc imaginer qu'une disposition équivalente pourrait voir le jour à l'occasion avec des précisions plus franches sur le transfert et sur les contreparties exigées.

**319 -** Ces différents mécanismes, qui ont quelque peu bouleversé le paysage fiscal français ont eu diverses conséquences sur la pratique.

Dans un premier temps ils ont soulevé un certain nombre d'inquiétudes chez les avocats<sup>624</sup>, notamment en ce qui concernait le souhait d'obliger les promoteurs de schémas d'optimisation de les divulguer à l'administration fiscale ce qui constituait selon les praticiens, une atteinte démesurée au secret professionnel.

En effet, la mise en place de mécanismes de présomptions de fraude et d'évasion fiscales, ne peut être bénéfique pour le tissu économique. Ce n'est pas selon nous en présumant fraudeurs les investisseurs étrangers ou les entreprises françaises s'exportant à l'étranger, que ces derniers viendront ou reviendront, investir en France, surtout dans un contexte de difficultés économiques que l'on connaît.

**320 -** On peut également souligner le fait que la mise en place de mécanismes anti-abus venant réduire certaines possibilités d'optimisation pour les entreprises, peut avoir un impact sur la politique de l'entreprise mais également sur leur valorisation.

On pense ici aux différents mécanismes limitant la déduction des charges financières, mécanismes qui ont un impact important sur les stratégies d'endettement.

---

<sup>624</sup> F. PERROTIN, *Fraude fiscale : les inquiétudes des avocats*, Les petites affiches, 27 juin 2013, n°128.

En effet, si de prime abord la limitation de la déduction de ces charges engendre une augmentation de l'IS<sup>625</sup>, elle a également un impact sur la valorisation des entreprises.

L'impact sur la valorisation est évidemment négatif puisque les sociétés soumises à ces dispositifs enregistrent une diminution de leurs flux de trésorerie. Par ailleurs, la limitation de la déductibilité des charges financières a pour conséquence une augmentation des charges fixes des entreprises. Plus ces charges sont élevées, plus les risques financiers sont importants, ce qui influence l'évaluation des entreprises qui se base le rapport entre les flux de trésorerie et les taux d'actualisation qui sont exigés par les apporteurs de fonds. Certaines simulations identifient ainsi pour une entreprise témoin, une diminution des flux de trésorerie de 3 à 4% et une augmentation des risques financiers de 15 à 20%, ce qui pourrait engendrer au final, une diminution de la valorisation des entreprises allant jusqu'à 20%

#### 4°) La modification du régime mère-fille

**321** - Nous avons vu dans le cadre de notre travail, que le législateur, avait tenté de modifier la définition de l'abus de droit, telle qu'elle ressort des dispositions de l'article L 64 du LPF en substituant au critère du but « *exclusivement fiscal* », celui du but, « *essentiellement fiscal* »<sup>626</sup>.

Si la question de l'étendue de la définition de l'abus de droit, ne se pose pas ici sous cet angle relativement général, c'est que le législateur a transposé dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2015<sup>627</sup>, la modification de la directive européenne, relative au statut des sociétés mères (V. n°369 et s.).

L'impact de cette modification est certain puisque le bénéfice du régime des sociétés mères, est ainsi retiré aux dividendes distribués « *dans le cadre d'un montage ou d'une série de montage qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité [du régime], n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents* ».

---

<sup>625</sup> O. SCHWAB et G. CHAUSSOIS, *La loi de finances 2013 chamboule les stratégies d'endettement*, Capital finance 8 avril 2013 n°1102.

<sup>626</sup> O. FOUQUET, *Abus de droit : la sécurité juridique rédactionnelle*, Dr. fisc. 2014, n°1-2, act. 3.

<sup>627</sup> Loi n°2015-1786, de finances rectificative pour 2015 du 29 décembre 2015, art. 29 et 36.

**322** - On le voit, le législateur se réfère ici à la notion de but, principal, qui si elle pose des questions en terme de sécurité juridique, n'est ni inédite ni isolée dans notre droit, puisque l'article 119 ter du CGI<sup>628</sup>, excluait par exemple de l'exonération de retenue à la source, les dividendes versés à des sociétés implantées au sein de l'UE, contrôlées par des sociétés implantées hors de ce territoire, sauf à ce que le contribuable puisse démontrer que « *la chaîne de participations n'a pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux* », de retirer des avantages indus de ce régime.

Cette notion va également se retrouver dans le cadre des dispositions du b du 3 de l'article 210 B du CGI sur le sursis d'imposition applicable aux apports, puisque l'opération ne doit pas avoir pour objet principal, la fraude ou l'évasion fiscale.

Elle se retrouve enfin surtout au cœur des réflexions et des propositions de l'OCDE dans le cadre du rapport BEPS (V. n°466 et s.).

**323** - Nous avons vu dans le cadre de l'étude de la tentative de modification de la définition de l'abus de droit, que le Conseil constitutionnel avait écarté les prétentions du législateur, notamment du fait des incertitudes engendrées par l'adoption d'une définition de l'abus de droit comme ayant simplement un but « *principalement* » fiscal, dont le texte fondateur avait été considéré à l'époque comme trop imprécis<sup>629</sup>.

Cette approche, n'a pas été retenue dans le cadre de la décision du Conseil venant valider la conformité à la Constitution de ce dispositif<sup>630</sup>, en dissociant dans le cadre de son contrôle, le fait que la clause s'applique à des situations couvertes par la directive, aux situations purement internes, ou encore extracommunautaires.

Dans ce cadre, il a indiqué qu'il n'était pas compétent pour se prononcer sur la première hypothèse<sup>631</sup>, mais que dès lors que le texte transposait fidèlement les dispositions de la directive, il devait être déclaré conforme à la Constitution, sauf à ce que le texte de transposition, aille à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle française, ce qui selon le Conseil, n'était pas le cas en l'espèce. Ce dernier, a également souligné que la nouvelle règle anti-abus, ne constituait qu'une règle

---

<sup>628</sup> Modifié par Loi n°2004-1485 du 30 décembre 2004, art. 44 (V) JORF 31 décembre 2004

<sup>629</sup> Décision Cons. const., du 29 décembre 2013, préc. cit.

<sup>630</sup> Cons. const., 29 décembre 2015, n°2015-726 DC, Loi de finances rectificative pour 2015 ; Dr. fisc. 2016, n°1, comm. 26, note M.-P. HOO, préc., cit. V. O. FOUQUET, *Dispositif anti-abus et poursuite d'un but principalement fiscal. À propos de Cons. const., déc., n°2015-726 DC, 29 déc. 2015*, préc. cit.

<sup>631</sup> Cons. const., 27 juillet 2006, n°2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, consid. 11 ; JCP G 2006, act. 393, obs. C. CARON.

d'assiette et non pas une sanction ayant le caractère d'une punition, dans le cadre du respect du principe de légalité des délits et des peines.

Malgré ces arguments, la position du Conseil constitutionnel paraît selon nous largement contestable, notamment de part les exigences constitutionnelles de clarté et de précision de la loi<sup>632</sup>.

En effet, selon certains commentateurs, la rédaction du texte permettrait à l'administration fiscale d'appliquer en plus de ce dispositif, les pénalités de l'article 1729 du CGI applicable en cas de fraude fiscale<sup>633</sup>.

Au delà de cette critique, d'autres principes que nous avons déjà cités auraient pu contrarier la validation de ce texte, comme l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi<sup>634</sup> ou encore le principe de clarté<sup>635</sup>. Nous verrons par la suite, si une question préjudicielle est soulevée afin de préciser la portée de ce texte.

## **§II) Un mécanisme novateur inspiré des pays anglo-saxons, la relation de confiance**

**324** - Dans les années 2000, de nombreux pays anglo-saxons ont lancé des programmes de « *discipline fiscale* »<sup>636</sup>, retenant une approche novatrice de la relation entre l'administration fiscale et les contribuables. Cette dernière, généralement basée sur une logique d'opposition entre les intérêts de l'administration et du contribuable, a poussé certains pays à mettre en place des mécanismes de coopération, qui permettent aux entreprises qui le souhaitent, de développer un échange d'informations de manière

---

<sup>632</sup> Y. AGUILA, J. GAYRAL et Y. RUTSCHMANN, *La nouvelle clause anti-abus du régime des sociétés mères : critique de la décision du Conseil constitutionnel et opportunité d'une saisine de la Cour de justice de l'Union européenne*, Dr. fisc. 2016, n°13, 248.

<sup>633</sup> O. FOUQUET, *Dispositif anti-abus et poursuite d'un but principalement fiscal*. . À propos de Cons. const., déc., n°2015-726 DC, 29 déc. 2015, préc. cit.

<sup>634</sup> Cons. const., 16 décembre 1999, n°99-421, DC, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes ; Rec. Cons. const. 1999, p. 136 ; AJDA 2000, p. 31.

<sup>635</sup> Cons. const., 12 janvier 2002, n°2001-455, DC, Loi de modernisation sociale ; Rec. Cons. const. 2002, p. 49, Cons. const., 21 avril 2005, n°2005-512, DC, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, consid. 9 ; Rec. const., p. 72 ; RJDA 10/05 n°1178 et Cons. const., 29 décembre 2014, n°2014-708, DC, Loi de finances rectificative pour 2014 ; Journal Officiel du 30 Décembre 2014.

<sup>636</sup> V. LACOMBE, L. BANOS, F. GARCIA, *Contrôle fiscal des grandes entreprises : les nouvelles approches des administrations anglo-saxonnes peuvent-elles inspirer une évolution en France*, Dr. fisc. 2012, n°49, étude 544.

transparente et de bénéficiaire en contrepartie, d'allègements dans le cadre des éventuels contrôles fiscaux.

Ces mécanismes, permettent de promouvoir la sécurité juridique mais également d'apaiser la relation parfois tendue entre l'administration et le contribuable, en la rendant plus collaborative.

Si la France a pendant longtemps ignoré ce genre d'approche, la relation de confiance, qui est aujourd'hui au stade des essais cliniques, vient quelque peu modifier cette tradition.

En effet, depuis l'adoption du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi<sup>637</sup>, le Gouvernement a souhaité promouvoir différentes mesures visant à modifier la pratique du contrôle fiscal et a donc proposé de mettre en place, une expérimentation de cette relation de confiance afin de renforcer les liens entre le contribuable et l'administration fiscale.

Cette relation de confiance, aujourd'hui basée sur le volontariat avant une possible généralisation, permet à des entreprises, en échange d'une certaine transparence fiscale et comptable, d'obtenir plus rapidement l'avis de l'administration sur leur gouvernance fiscale, leurs déclarations d'impôt ou les opérations ayant un impact fiscal et ainsi, anticiper au mieux l'apparition d'éventuels points de discorde.

Cette refonte de la relation entre l'administration fiscale et le contribuable, est devenue une nécessité à la fois du fait de la complexité de la législation fiscale actuelle, de la demande des contribuables, mais également par la pression de certains parlementaires<sup>638</sup>, qui ont milité pour la création d'une forme de contrôle fiscal continu, afin de permettre des interventions en amont de la déclaration du résultat fiscal. Elle a également été soutenue par l'OCDE, qui en recommande la mise en place<sup>639</sup>. Il s'agit au final d'être dans l'action et non pas dans la réaction.

**325 -** Cette approche collaborative, permet également d'alléger pour l'entreprise mais aussi pour l'administration, la charge de travail relative aux contrôles fiscaux, puisque dans l'hypothèse de la mise en place de cette relation de confiance, le risque de

---

<sup>637</sup> *Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi* publié par le Premier ministre le 6 novembre 2012, Dr. fisc. n°4612, act. 446, n°8.

<sup>638</sup> Proposition 37 du rapport n°673 préc. cit.

<sup>639</sup> OCDE, *Lutter contre la planification fiscale agressive par l'amélioration de la transparence et de la communication de renseignements*, OCDE publications, Paris, 2011.

contentieux est au maximum circonscrit par la possibilité de rectifier les erreurs soulevées par l'administration.

Nous allons voir ici quelles approches ont été retenues pour l'établissement d'une relation de confiance dans les pays anglo-saxons (A), puis en France (B).

## **A) Les approches retenues dans les territoires anglo-saxons**

**326** - L'approche collaborative, a été mise en place dans différents pays anglo-saxons tels que les Etats-Unis, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Irlande, l'Allemagne et le Canada, ce qui représente un panel intéressant de comparables.

Si la mise en place de ces procédures collaboratives a pu se faire sous l'influence de l'OCDE, elles demeurent néanmoins la caractérisation d'une volonté politique d'apaisement et de simplification des relations entre les contribuables et les administrations fiscales, l'intégration de ce type de mécanisme étant bien évidemment plus ou moins avancée selon les Etats.

**327** - Le Royaume-Uni a créé selon cette logique au sein de son administration fiscale, le poste de « *Client Relationship Manager* »<sup>640</sup>, qui a le rôle d'interlocuteur privilégié pour l'entreprise et qui établira chaque année, une évaluation des risques fiscaux pour les contribuables rentrant dans son spectre de surveillance.

Dans ce cadre, il va procéder dans un premier temps à une analyse structurelle de la l'entité étudiée, aux caractéristiques de l'activité exercée, aux processus de réorganisations, aux opérations de financement et aux opérations effectuées entre entreprises liées notamment dans le cadre de la politique prix de transfert.

Dans un deuxième temps, ce contrôleur, va s'intéresser à la politique et à la gestion fiscale effectuée de l'entreprise et donc à l'aspect déclaratif, par un contrôle interne de la stratégie fiscale d'optimisation éventuellement mise en place par cette dernière.

Lorsque cette analyse est achevée, l'administration fiscale établit un profil de risque pour l'entreprise, en fonction des structures comparables dans le même secteur, les différentes sociétés étant ensuite classées selon leur profil. Celles obtenant le label « *faible risque* » obtiennent la garantie de l'administration de ne pas subir de contrôle fiscal dans les trois

---

<sup>640</sup> P. RILEY, *The view from HMRC : Working with CRMs*, Tax Journal, 20 June 2012.

années suivantes, alors que celles qui se retrouvent dans une catégorie de « *risque élevé* », se verront à la fois proposer des solutions visant à résoudre les différentes problématiques décelées et seront par ailleurs, l'objet d'une revue annuelle visant à vérifier si l'entreprise a effectivement corrigé les erreurs décelées.

**328** - Les Etats-Unis, ont adopté un mécanisme similaire sous le nom de « *Compliance Assurance Process* »<sup>641</sup>. Cet outil, permet aux sociétés d'obtenir un suivi régulier de leurs problématiques fiscales en amont du dépôt de leurs liasses fiscales.

La principale différence avec le système britannique, réside dans une forme de contractualisation du contrôle de l'administration fiscale américaine, puisque ce dernier est en défini d'un commun accord entre le contribuable et l'administration.

Autrement dit, va être défini dans le cadre d'un accord écrit, un périmètre de contrôle qui exclut certains domaines du contrôle de l'administration. Ce périmètre sera éventuellement élargi par l'administration fiscale, si des doutes apparaissent sur l'existence éventuelle d'une problématique fiscale dans un secteur non visé par le périmètre du contrôle.

Une fois que le champ du contrôle est défini, l'entreprise s'engage à fournir tous les documents nécessaires à l'étude de la situation du contribuable, de l'organigramme de la structure, mais également des performances financières et sur tout sujet ayant un impact fiscal pour l'entreprise.

Suite à la fourniture de ces documents, une revue des comptes est effectuée de manière commune par le contribuable et l'administration, afin d'identifier et de résoudre les éventuels points de discordance.

Lorsque la revue est achevée, si toutes les problématiques fiscales soulevées sont résolues, l'administration s'engage à ne pas contrôler l'entreprise sur la période relative à la revue, sous réserve que les liasses fiscales déposées soient conformes cette dernière et si aucune problématique qui n'aurait pas été soulevée lors des discussion apparaît.

**329** - Les Pays-Bas ont quant à eux ont mis en place un programme de collaboration hybride. Ce dernier, intitulé « *Horizontal monitoring* », permet sous réserve du respect de certaines diligences telles que la justification du respect des délais de déclaration, le paiement effectif des impositions dues, ainsi que la fourniture des organigrammes des

---

<sup>641</sup> Announcement 2005-87, 2005-50 IRB 1144.



directions fiscales et financières, d'obtenir comme au Royaume-Uni, un profil de risque afin de déterminer si l'entreprise est éligible ou non au programme.

Si l'entreprise est éligible, elle peut par le biais d'un accord individuel, définir avec l'administration, les obligations et droits des parties dans la relation, en définissant notamment les méthodes de contrôles utilisées par l'administration à l'avenir. Ce système ne permet en revanche pas d'obtenir la validation d'une période d'imposition.

**330** - A l'inverse des pays précédents, d'autres pays ont adopté des mécanismes de collaboration moins interventionnistes inspirés de la procédure de rescrit (V. n°209 et s.) française, mécanisme qui a inspiré l'Allemagne. Selon la réglementation allemande, l'entreprise peut à la suite du dépôt de la déclaration annuelle de résultat, demander la mise en place d'un contrôle fiscal immédiat afin de limiter les risques de contentieux sur le long terme et réduire par ce biais, le délai de prescription de trois à cinq ans qui serait normalement applicable.

**331** - En Espagne, le mécanisme applicable depuis 2008 est encore plus minimaliste, puisqu'il prévoit simplement la mise en place de réunions ponctuelles entre l'administration fiscale et les représentants des directions fiscales de certaines entreprises afin de discuter des différentes problématiques rencontrées dans les contentieux fiscaux ou dans le cadre de la gestion fiscale courante.

**332** - Si les promoteurs de la collaboration entre l'administration fiscale et les contribuables soutiendront qu'elle repose principalement sur une logique de collaboration et n'emporte pas une « *mise à nu* » de la situation fiscale du contribuable, ce type de dispositif fait pour autant l'objet de nombreuses critiques.

La principale d'entre elles est que ces mécanismes peuvent opérer une forme de classification entre les différents contribuables.

En effet, à l'inverse du système mis en place au Royaume-Uni qui n'est accessible et obligatoire que pour certaines entreprises qui réalisent un chiffre d'affaires d'au moins 200 millions de livres sterling ou qui ont un total de bilan de 2 millions de livres sterling, celui que l'on retrouve aux Etats-Unis ou aux Pays-Bas qui reposent sur le volontariat et l'on peut évidemment imaginer, que les entreprises qui ne se soumettent pas au mécanisme de collaboration seront aisément suspectées d'avoir des choses à se reprocher.

## **B) La mise en place de la relation de confiance en France**

**333** - Nous avons vu dans le cadre de nos travaux que dans le cadre du droit français, il existe une tradition du consentement à l'impôt (art. 4 DDHC V°), cependant, comme dans la majorité des Etats, la relation entre l'administration fiscale et les contribuables n'est pas emprunte d'un climat d'apaisement, mais plutôt de défiance.

Afin de rendre ces relations plus souples, le législateur a mis en place différents outils de simplification tels que le Conseil des impôts, ou la Charte du contribuable vérifiée<sup>642</sup>. Cette dernière permet par exemple d'informer le contribuable faisant l'objet d'un contrôle de ses droits et notamment celui d'être assisté par un conseil, ou de l'impossibilité de faire l'objet d'une nouvelle vérification portant sur la même période et les mêmes impôts. On retrouve également, la procédure de rescrit, qui permet d'obtenir l'avis de l'administration fiscale en amont de la réalisation d'une opération ayant des conséquences fiscales importantes pour l'entreprise.

La majorité de ces dispositifs ont été jugés insuffisants notamment du fait que dans tous les cas, l'objectif de l'administration fiscale est avant tout répressif et ne prend pas en compte les circonstances de faits particulières. L'appréciation de ces dernières nécessitant selon les commentateurs une certaine souplesse si l'on souhaite apaiser le climat entre l'administration et les contribuables.

Pour autant, lorsque l'on met en place un mécanisme de collaboration entre l'administration et les contribuables, ces derniers peuvent également avoir tendance à ne vouloir communiquer que des informations parcellaires ne représentant pas la réalité de la situation, notamment dans la crainte d'un éventuel contrôle fiscal.

**334** - Afin d'améliorer cette situation, la Direction générale des finances (DGFIP) publiques, a donc présenté la relation de confiance le 21 janvier 2013<sup>643</sup>, dans le but de réduire le fossé qui s'est creusé entre les contribuables et l'administration, mais également afin de développer une nouvelle forme de collaboration visant à prévenir les contrôles fiscaux.

Selon les mots de la DGFIP, le but de cette relation est d'accompagner l'entreprise en amont de ses obligations déclaratives. Il s'agit donc d'anticiper les risques de contentieux

---

<sup>642</sup> Mise en place dans le cadre de la loi Aicardi préc. cit.

<sup>643</sup> FR 42/13, Question d'actualité n°5.

en aidant l'entreprise à respecter la législation fiscale, mais également en effectuant une revue fiscale de l'exercice en cours afin de maximiser le respect des différentes obligations déclaratives du contribuable. Il est à noter que le champ de la relation est défini contractuellement entre les deux parties, comme aux Etats-Unis (V. supra) y compris dans le cadre d'un groupe fiscal.

La relation de confiance va également permettre d'accéder plus rapidement à la procédure de rescrit. Dans le cadre de cette relation, l'administration s'engage à répondre aux questions du contribuable dans les trois mois de la fin de la revue. Lorsque la revue est achevée, l'administration valide ou rejette la position du contribuable.

Ce dernier point est d'ailleurs problématique, en effet, mis à part l'hypothèse où l'administration et le contribuable seraient en accord suite à la revue fiscale, ce qui permet de valider comme tel l'exercice « *vérifié* » et le cas où l'entreprise apporte certaines corrections après remarques de l'administration (ce qui permet d'éviter l'application d'intérêts de retard et de majoration), les autres hypothèses sont plus problématiques.

En cas de désaccord persistant, une opération de vérification est alors initiée et le litige sera éventuellement soumis au contrôle du juge ; dans un cas plus extrême, la relation de confiance peut être arrêtée à l'initiative d'une des parties. Dans ce cas, se pose la question de la garantie des droits du contribuable puisqu'en théorie, dans le cadre de la relation de confiance, l'ensemble des échanges entre les parties demeure secret et ne peut être utilisé contre l'une ou l'autre des parties dans le cadre d'un arbitrage ou d'un contentieux. Pour autant, on ne peut douter que l'administration qui aura décidé de mettre fin à la relation de confiance aura toutes les cartes en main afin de procéder à une vérification de comptabilité, en sachant où chercher des raisons de sanctionner le contribuable.

**335** - Malgré tout, on ne peut que souhaiter la réussite de cette expérimentation qui devra pour être le plus efficace possible, basée sur la transparence ; en d'autres termes, le contribuable devra fournir une documentation suffisamment éclairante afin que l'administration puisse avoir une vision d'ensemble de sa situation fiscale et donc fournir sa comptabilité et ses justificatifs, les contrats, les comptes consolidés, les documents de contrôle interne, ainsi que des documents externes tels que les rapports des commissaires aux comptes ou tout autre document d'audit ou de conseil externe. Dans l'autre sens, l'administration se doit, en cas de divergence d'interprétation, d'expliquer au contribuable son point de vue et les raisons de ce dernier. Dans le cadre de ces

discussions, les parties doivent faire preuve de disponibilité et de compréhension afin que le mécanisme prenne tout son sens et ne serve pas de machine à contentieux.

**336** - Après un appel à candidature visant à expérimenter cette relation de confiance, quatorze entreprises de tailles variées et opérant dans des secteurs divers, ont été sélectionnées. Selon les premières observations<sup>644</sup> de J.-L. BARÇON-MAURIN, chef du service juridique de la fiscalité à la DGFIP, le mécanisme a permis l'instauration d'un climat apaisé entre les contribuables et l'administration fiscale malgré une certaine lourdeur pour les entreprises, lourdeur qui s'explique par la nécessité de s'adapter à ce nouveau mécanisme.

M.-CH. BRUN, directrice adjointe de la DVNI, a confirmé cet avis, notamment du fait qu'à la fois les entreprises et les vérificateurs se sont portés volontaires pour participer à ce dispositif, ce qui a permis un travail efficace et transparent entre les parties.

Par ailleurs, dans une logique de cohérence, l'administration a indiqué que dans l'hypothèse où la relation de confiance serait appliquée à un groupe intégré, les positions prises au niveau de la société tête de groupe, concerneraient également les entités membres du périmètre d'intégration et que les « *réviseurs* », ayant participé à la validation de la situation fiscale d'ensemble, ne participeraient pas à un éventuel contrôle ultérieur touchant une autre entité du groupe. Si ce mécanisme semble rassurant de prime abord, il ne garantit pas pour autant que les informations utilisées dans le cadre de la relation de confiance, ne soient transmises à d'autres vérificateurs.

**337** - La relation de confiance comme l'ensemble des mécanismes collaboratifs mis en place à travers le monde, n'échappe donc pas aux critiques notamment sur la question des bénéfices réels que peuvent en retirer les contribuables. De ce fait, afin de les faire accepter de manière plus globale il faudrait que ces derniers puisse identifier des avantages tels que l'assurance de ne pas faire l'objet d'un contrôle à posteriori de la période objet de la discussion, qu'elle permette une limitation des intérêts de retard et des pénalités éventuellement applicables dans le cadre d'un contentieux ultérieur, ou que les délais de prescription et de reprises soient réduits.

---

<sup>644</sup> FR 46/14, Question d'actualité, Panorama des redressements fiscaux, Relation de confiance : où en est l'expérimentation ? n°7.

## **Section II : L'UE, un acteur majeur de la lutte contre les comportements abusifs**

**338** - Nous avons pu voir dans le cadre de notre propos que les opérateurs économiques, grâce à l'économie mondialisée et à la mise en place de marchés communs ayant peu à peu fait tomber les frontières physiques entre les Etats, évoluent aujourd'hui sur de nombreux territoires, dans des secteurs diversifiés qui pour certains, comme c'est le cas du numérique, remettent en cause de nombreux concepts fiscaux qui doivent de facto, s'adapter à ces nouvelles problématiques.

Ces bouleversements économiques, ainsi que la concurrence entre les opérateurs toujours à la recherche de profits plus importants, mais également entre les Etats qui souhaitent attirer un maximum d'investisseurs, se sont produits à une vitesse considérable et à une échelle mondiale, ce qui n'a pas permis à la législation de s'adapter correctement aux nouvelles données de fonctionnement des marchés.

Par ailleurs, nous avons vu que si les modifications des normes nationales permettent dans une certaine mesure de réguler certains comportements jugés comme abusifs, la seule réponse adaptée au contexte économique actuel ne peut être que globale, surtout dans un environnement tel que celui que nous connaissons au sein de l'UE.

Cette dernière, contrairement aux mesures proposées dans le cadre de l'OCDE qui nous le nous le verrons dans le cadre de notre prochain chapitre n'ont pas aujourd'hui de caractère contraignant, peut par le biais des normes adoptées au niveau des institutions européennes telles que le Parlement ou la Commission, permettre une évolution de la législation des 28, sous réserve bien évidemment que les Etats trouvent un consensus, ce qui reste difficile notamment en matière fiscale, celle-ci relevant de la souveraineté nationale<sup>645</sup>.

**339** - Dans un premier paragraphe nous allons ainsi voir quel est le cadre de l'action européenne dans la création d'un environnement fiscal unifié permettant de limiter la concurrence fiscale entre les Etats membres (§I), puis dans un second paragraphe, nous verrons comment le droit de l'Union encadre les comportements fiscaux abusifs (§II).

---

<sup>645</sup> R. CATALAN, *Optimisation fiscale et libertés communautaires*, Thèse, Université Aix-Marseille, 2013.

## **§I) Les bases d'un environnement fiscal unifié**

**340** - Dans le cadre de nos propos, nous avons déjà souligné le fait qu'en matière fiscale, l'UE a connu et connaît encore aujourd'hui des difficultés à initier un mouvement global visant à rapprocher, à défaut de pouvoir harmoniser, les législations fiscales des Etats membres. En effet, la matière fiscale demeure un des domaines réservés des Etats membres, sauf à ce que ces derniers décident, et nous le verrons, avec bien des difficultés, à voter à l'unanimité des modifications textuelles concernant le droit de l'Union<sup>646</sup> qui devront être intégrées dans le droit positif des différents Etats<sup>647</sup>.

**341** - Modifier le droit de l'Union n'est donc pas une sinécure, de ce fait, d'autres instruments, contraignants ou collaboratifs, ont été mis en place dans le cadre de l'Union afin de modifier les lignes et d'envisager, à plus ou moins court terme, une modification de « *l'attitude fiscale des Etats* », afin de créer un environnement fiscal concurrentiel sain, à la fois entre les opérateurs économiques mais également entre les Etats.

Afin d'illustrer ce propos, nous allons étudier dans un premier temps les solutions proposées dans le cadre du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises qui a fêté ses 15 ans en 2012<sup>648</sup> (A), illustration de la volonté de promouvoir la collaboration entre les Etats de l'Union, puis, nous verrons dans un second temps que la Commission européenne, consciente de la nécessité de mettre la pression sur les Etats ayant une attitude fiscale négative pour le bon fonctionnement du marché intérieur a ouvert un important contentieux pour la matière fiscale, celui des aides d'Etat (B).

### **A) Le Code de conduite : une résolution politique visant à mettre fin à la concurrence dommageable**

**342** - Le 1<sup>er</sup> décembre 1997, en parallèle des nombreux de l'OCDE qui ont récemment débouché sur la remise du rapport BEPS (V. n°466 et s.), a été adopté, le Code de

---

<sup>646</sup> A. MAITROT DE LA MOTTE, *La Commission européenne publie un « paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale »*, Dr. fisc. 2016 n°55, 137.

<sup>647</sup> A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, Op. cit.

<sup>648</sup> Colloque : *Les 15 ans du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises*, organisé par les universités de Paris-Est Créteil Val de Marne et de Rennes 1 en partenariat avec la Revue de droit fiscal, le 29 novembre 2012. Dr. fisc. 2013, n°25, actes de colloque n°330 et s.

conduite en matière fiscale, afin de répondre de manière globale aux défis auxquels doit faire face l'UE, composée alors de 15 Etats membres.

En effet, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1958 et l'entrée en vigueur du Traité de Rome, le marché européen a dû faire face à de nombreux bouleversements comme la mondialisation des échanges, la disparition des frontières physiques entre les Etats membres, la mise en place des différentes libertés de circulation et d'établissement, ou encore plus récemment, l'adoption d'une monnaie unique.

Tous ces événements majeurs, ont engendré une certaine concurrence entre les Etats, qui ont utilisé le levier fiscal (instrument de souveraineté nationale), afin d'attirer les investisseurs et de développer leur croissance, en proposant par exemple des taux d'imposition plus faibles que dans les autres Etats de l'Union<sup>649</sup>.

Nous allons ainsi envisager dans un premier temps quelles sont les prémices du Code de conduite (1°), puis, quel est son contenu (2°).

## 1°) Les prémices du Code de conduite

**343** - La question de la concurrence fiscale, est une question centrale dans le cadre de l'étude des moyens de lutte contre les comportements déviants des contribuables en matière fiscale.

En effet, la construction communautaire qui s'est traduite par une intégration économique globale, a encouragé et renforcé la mobilité des entreprises et des capitaux. Cette pluralité de territoires d'implantation, combinée aux politiques fiscales particulières à chacun des Etats membres, a permis aux opérateurs économiques d'exploiter les avantages liés aux différences entre les différentes législations.

La concurrence fiscale entre les Etats, est donc une des sources de l'optimisation, de l'évasion et de la fraude fiscales, puisqu'elle encourage les entreprises à localiser leurs bénéfices dans les Etats où la fiscalité est la plus avantageuse.

**344** - Si l'article 3 du Traité de Rome indique que les Etats membres doivent travailler ensemble afin d'établir « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun* », en procédant à un « *rapprochement progressif* » de leurs politiques

---

<sup>649</sup> A. BENASSY-QUERE, *Concurrence et harmonisation fiscale dans l'Union européenne*, in M. AUJEAN et Ch. SAINT-ETIENNE, *Stratégies fiscales des Etats et des entreprises : souveraineté et concurrence*, éd. Descartes et Cie, 2009, p. 31 à 43.

économiques, la fiscalité n'est pas concernée par ce processus de coordination dans le cadre du traité, mis à part comme nous l'avons déjà souligné en matière de fiscalité indirecte (article 95 à 98 du Traité).

Les Etats se retrouvent donc, du fait de l'absence d'harmonisation en matière de fiscalité directe, dans une situation délicate, ils doivent à la fois promouvoir l'égalité de traitement afin d'éviter les discriminations, mais également se prémunir contre les comportements fiscaux des autres Etats membres et donc, adopter une politique fiscale concurrentielle afin d'attirer les investisseurs.

**345** - Afin de pallier à cette problématique, l'Union a très rapidement tenté de promouvoir la coopération des Etats en matière fiscale, dès 1962<sup>650</sup>, les risques inhérents à la concurrence fiscale ont été identifiés dans le cadre du rapport Neumark, qui analysait les disparités entre les systèmes financiers des membres du marché commun pouvant avoir un impact négatif sur la réalisation des objectifs de ce dernier.

Dans les années 1990, le rapport Ruding<sup>651</sup>, avait pour objectif de voir si les différences entre les impositions des entreprises en fonction des territoires d'implantation, étaient vecteurs de distorsions économiques, contraires au bon fonctionnement du marché unique. Si le rapport indique qu'une action individuelle d'un Etat ne peut à elle seule engendrer un phénomène de concurrence fiscale global engendrant des pertes importantes de recettes pour les Etats qui en seraient victimes, les différences entre les régimes fiscaux nationaux, peuvent néanmoins influencer le choix des contribuables dans la localisation de leurs investissements. Ce rapport soulignait également que le seul moyen de mettre un terme aux disparités de concurrence, était de mettre en place une action contraignante afin d'harmoniser la législation fiscale européenne.

**346** - Suite à une longue période d'oubli, les discussions sur la nécessité de promouvoir un environnement économique et fiscal, stable et sain au niveau européen, ont finalement été relancées au sein du Conseil ECOFIN de 1996, qui a identifié les défis auxquels doit faire face la Communauté. Il s'agit dans un premier temps de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles pratiquées par les Etats, puis d'éliminer les obstacles aux activités transfrontalières.

---

<sup>650</sup> F. NEUMARK, *Rapport du Comité fiscal et financier*, 1962.

<sup>651</sup> O. RUDING, *Rapport du Comité des Experts indépendants sur la fiscalité des entreprises* (Commission Ruding, 1992).



Ces discussions, poursuivies par le Conseil de Vérone, ont permis à la Commission de présenter un plan d'action en faveur du Marché unique<sup>652</sup>, qui a réaffirmé dans le cadre du « *paquet fiscal* », la nécessité de mettre un terme aux pratiques dommageables, tout en favorisant les activités transfrontalières. La version finale de ce « *paquet* », a été finalement adoptée le 1<sup>er</sup> décembre 1997, le Code de conduite y fut d'ailleurs intégré.

## 2°) Le contenu du Code de conduite

**347** - Avant toute chose, il faut souligner que le Code de conduite n'est pas un instrument juridique à valeur contraignante, il ne contient ni droits ni obligations pour les Etats membres<sup>653</sup>, la Commission le définit comme « *un instrument non contraignant sur le plan juridique mais par le lequel les Etats membres s'engagent au niveau politique à respecter les principes d'une concurrence loyale et à s'abstenir de toute mesure fiscale dommageable* ».

L'objectif de du Code de conduite est en pratique d'identifier et de répertorier les comportements dommageables en matière de fiscalité des entreprises afin d'encourager les Etats à harmoniser leurs pratiques.

Selon ce Code, les mesures ayant un impact négatif sur la concurrence au sein du marché intérieur sont celles qui ont, ou peuvent avoir, une incidence marquée sur la localisation des activités au sein de l'Union. Cette définition, est relativement large car elle peut concerner à la fois le montant des taux d'impositions par rapport aux taux pratiqués par les autres Etats membres, mais également, tous les régimes particuliers pouvant inciter l'implantation d'entreprises et qui sont applicables sur tout ou partie du territoire d'un Etat ou qui concernent, certaines activités spécifiques.

**348** - Afin d'identifier les pratiques dommageables, le Code de conduite a mis en place cinq critères non cumulatifs.

Le premier, identifie comme dommageables les avantages accordés exclusivement à des non résidents ou qui ne vont concerner que des transactions effectuées avec des non résidents ; le deuxième, concerne les avantages qui ne sont pas liés à l'économie domestique et qui n'ont pas d'incidence sur la base d'imposition nationale ; le troisième,

---

<sup>652</sup> Communication de la commission ; COM CSE (97) 1 final, du 4 juin 1997, relative au Plan d'Action en faveur du marché unique.

<sup>653</sup> Th. LAMBERT, *Marché intérieur et évasion fiscale*, Les petites affiches, 15 mai 2002, p. 39.

concerne les avantages accordés même en l'absence d'activité sur le territoire de l'Etat membre accordant l'avantage ; le quatrième, concerne le mode de calcul du bénéfice résultant des activités sur le territoire de l'Etat en question et qui diffère des principes de l'OCDE ; le cinquième enfin, s'intéresse aux mesures fiscales qui manquent de transparence au niveau de la coopération administrative.

Ces mesures peuvent être de nature diverses, c'est à dire qu'elles peuvent tout aussi bien être issues de la loi comme de la pratique administrative, point central du contentieux des aides d'Etat qui est aujourd'hui lancé par la Commission européenne envers différents Etats membres (V. n°350 et s.).

Les évaluations qui ont été menées l'année qui a suivi le lancement du Code de conduite ont identifié 271 pratiques dommageables dans des secteurs comme les services intra-groupe, les services financiers et sociétés offshores<sup>654</sup>, les régimes sectoriels ou encore, les incitations régionales.

Toutes ces mesures, devaient être démantelées au 31 décembre 2005 et l'ont été selon les conclusions du Conseil ECOFIN, ce qui n'a pour autant pas mis un terme à la concurrence dommageable.

En effet, de nombreux Etats ont abaissé leurs taux d'imposition afin d'attirer les investisseurs et ce notamment dans les territoires dépendants ou associés comme ce fut le cas dans les îles anglo-normandes, de certains territoires du Benelux, dans le centre de l'Europe, ou pour Gibraltar, qui a d'ailleurs fait l'objet d'une jurisprudence importante lors de la réforme de son régime d'imposition des sociétés<sup>655</sup>.

Cette réforme a en effet mis en place deux impositions qui ont été jugées sélectives<sup>656</sup>, la première concernait la mise en place d'une imposition générale sur les salaires versés à Gibraltar (3000 £/an), ainsi qu'une taxe sur les locaux professionnels sur ce territoire, les deux impositions étant plafonnées à 15% du bénéfice des contribuables assujettis. La Commission a jugé<sup>657</sup>, que ces impositions favorisaient les entreprises n'ayant aucun salarié, ni d'activité économique réelle sur le territoire, en d'autre terme, la réforme fiscale favorisait les activités offshores.

---

<sup>654</sup> T. GODEFROY et P. LASCOUMES, *Le Capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, éd. La Découverte, Paris, 2004.

<sup>655</sup> E. BROUSSY, *L'arrêt Gibraltar de la CJUE : La fin des paradis fiscaux au sein de l'Union européenne ?* Dr. fisc. 2013, n°25, n°335.

<sup>656</sup> La notion de sélectivité est au cœur nous le verrons plus loin de la notion d'aide d'Etat.

<sup>657</sup> Décision de la Commission C(2004) 929, du 30 mars 2004, relative au régime d'aides que le Royaume-Uni envisage de mettre à exécution concernant la réforme de l'impôt sur les sociétés par le gouvernement de Gibraltar, JOEC n°L 85, p. 1.

Le Tribunal de première instance de la Commission européenne<sup>658</sup> a jugé dans un premier temps que la décision de la Commission était entachée d'une erreur substantielle. Selon lui, elle n'avait pas utilisé les critères classiques dans la preuve de la sélectivité de la mesure, la Commission avait donc outrepassé sa mission de contrôle, en se substituant à l'Etat dans la définition du cadre de son système fiscal et de sa politique économique, la Cour n'a finalement pas confirmé cette position<sup>659</sup>.

En effet selon elle, le régime en question générerait une discrimination entre des sociétés dans les faits se trouvant dans une situation comparable, puisque le but du projet de réforme, était de mettre en place un régime général d'imposition et non pas un régime dérogatoire à certaines activités. L'assujettissement au régime d'imposition, est par ailleurs une conséquence directe de l'exercice d'une activité à Gibraltar et pas seulement, une « *conséquence aléatoire* » de ce dernier, ce qui crée de facto une catégorie de contribuables privilégiée, exonérée d'imposition du fait de leur statut de société offshore.

**349 -** Le Code de conduite, peut donc être qualifié de « *soft law* » du fait de son absence de caractère contraignant, tout en faisant référence directement aux pratiques des Etats en matière fiscale et en particulier leur législation ou de par leurs décisions administratives (« *hard law* ») et en particulier à la problématique des aides d'Etat.

Si l'on peut penser que cette pratique n'influence que de manière mesurée la législation fiscale, elle permet pour autant d'identifier des caractéristiques et des définitions communes aux problématiques rencontrées sur l'ensemble du territoire de la communauté, afin de proposer un système de contrôle « *référence* », que tous les Etats pourront reprendre.

Pour autant, en l'absence de cadre juridique contraignant, de nombreuses incertitudes demeurent et ne font qu'amplifier le manque d'harmonisation communautaire, ce qui laisse à la fois les opérateurs économiques dans une situation de flou, mais qui peut également encourager les Etats à poursuivre leur pratiques fiscales dommageables.

---

<sup>658</sup> TPICE, 18 décembre 2008, aff. jtes. T-211/04 et T-215/04, Government of Gibraltar et Royaume-Uni c/ Commission ; Rec. CJCE, II, p.3745 ; Europe 2009, comm. 87, note L. IDOT.

<sup>659</sup> CJUE, 15 novembre 2011, aff. jtes C-106/09 P et C-107/09 P, Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ; Dr. fisc. 2011, n°47, act. 352.

## **B) Le contentieux des aides d'Etat : une nouvelle approche contraignante de la Commission européenne**

**350** - La Commission Européenne, afin de répondre efficacement aux problématiques liées aux pratiques administratives de certains Etats de l'Union, a récemment ouvert des enquêtes portant sur certains régimes fiscaux dérogatoires applicables à certaines entreprises implantées sur leur territoire. Ces derniers, potentiellement contraires au bon fonctionnement du marché unique<sup>660</sup> et constitutifs d'aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché intérieur, rentrent donc parmi les pratiques visées par le point J du Code de conduite (V. supra).

Ces enquêtes, ont été ouvertes dans le cadre du scandale « *Luxleaks* » (V. n°65), qui a révélé l'existence de pratiques fiscales critiquables de la part de l'administration fiscale luxembourgeoise, qui accorde des modalités particulières d'imposition à certaines sociétés. Si ces pratiques, par principe légales, sont de notoriété publique, ces révélations sont tombées au moment de la publication d'un projet de loi<sup>661</sup> visant à offrir un contexte légal à ces pratiques et à les rendre transparentes, conformément aux attentes existantes dans le contexte international.

Ce projet, a d'ailleurs finalement débouché sur une loi<sup>662</sup>, précisée par un règlement grand-ducal<sup>663</sup>, dans lesquels il est précisé que la pratique des rescrits, ne doit emporter ni modération, ni exemption d'impôt.

**351** - Si l'élément déclencheur de ces enquêtes communautaires, fut donc la révélation de certaines pratiques luxembourgeoises, elles ne lui sont pas pour autant comme nous l'avons souligné réservées à cet Etat, puisqu'on peut retrouver également ces pratiques en Hollande, en Belgique, ou en Irlande. Il faut noter sur ce point que se sont notamment des accords relatifs aux prix de transfert qui sont les plus contestés.

On peut donc citer sur ce point et de manière non exhaustive, le cas d'Amazon pour un accord préalable sur les prix de transfert (APP) au Luxembourg, d'Apple pour un APP en

---

<sup>660</sup> A. MAITROT DE LA MOTTE, *Les aides d'Etat et la concurrence fiscale dommageable*, Dr. fisc. 2013, n°13, n°334.

<sup>661</sup> Chambre des députés, doc n°6722, 2014-2015, Zukunftspak/Loi de mise en oeuvre du paquet d'avenir.

<sup>662</sup> Loi du 19 décembre 2014 relative à la mise en œuvre du paquet d'avenir, première partie (2015) : Mémorial A, n°257, du 24 décembre 2014, p. 5472.

<sup>663</sup> Règlement grand-ducal du 23 décembre 2014 relatif à la procédure applicable aux décisions anticipées rendues en matière d'impôts directs et instituant la Commission des décisions anticipées : Mémorial A, n°264, du 29 décembre 2014, p. 5612.

Irlande, document C(2014) 3606 final, de Fiat Finance and Trade pour un APP au Luxembourg, document C(2014) 3627 final, ou encore de Starbucks pour un APP au Pays Bas<sup>664</sup>.

La Commission a ouvert des enquêtes suite à des articles de presse, venant attester de la mise en place d'accords fiscaux dérogatoires et anti-concurrentiels, afin de vérifier leur conformité avec la législation communautaire applicable aux aides d'Etat.

On peut également noter que récemment, la Commission européenne a ainsi estimé comme étant illégale, l'exonération fiscale appliquée en Belgique aux bénéficiaires excédentaires<sup>665</sup> de certaines sociétés, comme les accords dont a bénéficié Apple en Irlande, qui devront engendrer un remboursement.

**352** - La problématique des aides d'Etat, a toujours été présente dans le cadre de la construction communautaire puisque le Traité fondateur de la Communauté Européenne vient les définir (article 107) et contient des dispositions relatives à leur mise en place et à leur contrôle. Les limitations alors applicables, sont donc bien entendu valables dans le cadre du contrôle des aides « *fiscales* ».

Nous ne reviendrons ici pas sur l'ensemble de la pratique des aides d'Etat au niveau communautaire<sup>666</sup>, mais nous rappellerons quelques notions essentielles afin de bien comprendre cette problématique<sup>667</sup>.

Ainsi, au sens fiscal, une aide, pour être qualifiée comme telle, doit octroyer à son utilisateur, un avantage sélectif, tel qu'une réduction d'impôt, un ajournement, ou encore un échelonnement de la dette fiscale. L'avantage en question devra être octroyé par l'Etat, ou au moyen de ses ressources, les décisions administratives sont donc susceptibles d'être qualifiées d'aides d'Etat<sup>668</sup>. Elle doit être qualifiée de sélective ou spécifique, c'est à dire qu'elle n'est pas applicable à l'ensemble des opérateurs économiques<sup>669</sup>; elle doit enfin affecter la concurrence entre les différents opérateurs économiques.

---

<sup>664</sup> L. LECLERCQ et J. DU PASQUIER, *Aides d'Etat à caractère fiscal : mieux comprendre pour mieux se défendre.- A propos des entreprises multinationales ayant bénéficié de rulings*, Dr. fisc. 2015, n°27, 453.

<sup>665</sup> Comm. UE, communiqué n°IP/16/42, 11 janv. 2016, Dr. fisc, 2016 n°2, act. 40.

<sup>666</sup> Pour plus de précision sur le sujet V. C. MICHEAU avec la contribution de D. GUTMANN, *Droit des aides d'Etat et des subventions en fiscalité : droit de l'Union européenne et de l'OMC*; Larcier; Collection de la Faculté de droit d'économie et de finances de l'Université du Luxembourg, 2013.

<sup>667</sup> Comm. Commission, JO n°C 384 du 10/12/1998 et COM (2004) 434.

<sup>668</sup> X. CABANNES, *Le nouveau régime luxembourgeois des décisions anticipées en matière fiscale*, Dr. fisc. 2015, n°3, comm. 50.

<sup>669</sup> CJCE, 20 novembre 2003, aff. C-125/01, Géo SA; Rec., I-13769.

**353** - Le contentieux des aides d'Etat, à l'instar de nombreux contentieux communautaires, trouve sa source dans la suppression des frontières physiques mais aussi et surtout économiques, dans le cadre de la mise en place des libertés de circulation et d'établissement, conditions nécessaires à l'avènement du marché intérieur.

Ce dernier, suppose en effet pour un fonctionnement optimal, que les entreprises qui opèrent sur les différents Etats membres, soient placées sur un pied d'égalité et ce, même si les Etats membres, sauf dans certains domaines comme la TVA, ont eu la volonté de préserver leur souveraineté fiscale, ce qui peut à la fois engendrer nous l'avons vu, des abus, mais également certaines distorsions de concurrence.

La problématique des aides d'Etat est donc centrale à ce niveau, puisqu'il est relativement aisé pour les Etats, d'utiliser le moyen des aides publiques, et donc des ressources d'Etat, afin d'avantager leur propre production, ou d'attirer les investisseurs étrangers.

En ce sens et afin de limiter l'utilisation abusive des aides d'Etat, la réglementation européenne, en application des articles 107 (qui présente le mécanisme d'interdiction générale) et 108 (qui précise les modalités de la procédure d'autorisation des aides d'Etat) du TFUE, subordonnent l'octroi des aides, à des conditions de forme et de fond.

Nous allons donc voir dans un premier temps quelle est la procédure d'autorisation des aides d'Etat, (1°), quelle est leur typologie (2°), quelle est la spécificité des aides à caractère fiscal (3°) et enfin, quelle est le cas échéant, la procédure de récupération des aides d'Etat (4°).

### **1°) La procédure d'autorisation des aides d'Etat**

**354** - Avant d'être autorisé, tout projet d'aide doit être notifié en temps utiles à la Commission par l'Etat membre concerné et ce, afin que cette dernière donne son avis sur la compatibilité de la mesure envisagée avec le fonctionnement du marché intérieur.

Toute aide devant être notifiée, cette dernière ne peut donc par principe être mise en œuvre par l'Etat que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris, une décision en ce sens (clause de suspension).

Afin d'autoriser la mise en place d'un régime d'aide d'Etat, la Commission procède à un examen de la mesure et de ces conséquences sur le fonctionnement du marché intérieur.

Pour se faire, la Commission procède en premier lieu à un examen préliminaire de la mesure dont le délai est fixé à 2 mois. Si la Commission juge que la mesure notifiée n'est pas une aide, elle le fait savoir dans une décision. Le délai d'examen peut être prorogé sous réserve d'un accord mutuel entre la Commission et l'Etat membre si le délai de 2 mois n'est pas suffisant.

A l'issue de cet examen préliminaire, si la Commission ne peut conclure à la compatibilité de la mesure envisagée, elle ouvre une procédure formelle d'examen qui permet d'obtenir des informations complémentaires sur la mesure examinée. La durée de cette procédure est en théorie de 18 mois.

Dans ce cadre, l'aide ou la mesure, peut être rejetée, acceptée en tant que telle, ou faire l'objet d'une modification par l'Etat membre.

**355 -** Dans le cadre des différentes procédures, les Etats membres sont tenus de fournir toutes les informations utiles afin que la Commission puisse juger concrètement de la qualification de la mesure en question.

Par ailleurs, il est important de souligner que la Commission, peut être informée de l'existence éventuelle d'une aide d'Etat par n'importe quelle source et se doit d'étudier toutes les informations reçues afin d'enquêter sur de prétendues aides illégales et incompatibles. En ce sens, toute partie intéressée, peut informer la Commission de toute aide prétendue et de toute application prétendue de l'aide. On peut bien entendu dans ce sens imaginer la dénonciation de l'existence d'une aide par un concurrent, ou un salarié mécontent.

Il est enfin important de souligner, qu'à défaut de notification, toute aide est présumée illicite à compter de son octroi au regard du droit communautaire.

## **2°) La typologie des aides d'Etat**

**356 -** Classiquement, le droit européen retient deux catégories d'aides d'Etat, la première est constituée des aides existantes, c'est à dire qui sont préexistantes à l'entrée en vigueur du traité (CE) dans l'Etat membre concerné, qui représentent soit des régimes d'aides, soit des aides individuelles, mis à exécution avant l'entrée en vigueur du Traité dans l'Etat en question et qui y sont toujours applicables. Sont également considérées comme des aides existantes, les régimes d'aides autorisés par la Commission ou le

Conseil, les aides réputées existantes depuis plus de 10 ans et enfin, toute aide réputée existante, parce qu'il peut être établi qu'elle ne constituait pas une aide au moment de sa mise en place, mais qui en est devenue une, suite à des modifications ou des évolutions du marché intérieur, et qui n'a pas été modifiée par l'Etat membre.

La seconde catégorie d'aides est constituée des aides nouvelles, qui de manière plus restrictive, sont définies comme tout régime d'aide, ou toute aide individuelle, qui n'est pas une aide existante, y compris toute modification d'une aide existante.

### **3°) Les spécificités des aides fiscales**

**357** - Si historiquement les aides étaient généralement accordées sous la forme d'un investissement direct de l'Etat, c'est à dire par le biais de subventions positives, ces dernières peuvent être également de nature fiscale (taxes affectées ou avantages fiscaux divers), ce qui on le voit rend le champ des aides d'Etat relativement large<sup>670</sup>. Ainsi, la Cour<sup>671</sup> a reconnu que comme toutes les autres aides, les aides fiscales doivent respecter les mêmes conditions de fond et de procédures afin de ne pas être qualifiées d'aides illégales et incompatibles avec le marché commun. Elles ont d'ailleurs fait l'objet d'une communication de la Commission (JO C 384 du 10/12/1998), afin de préciser leur champ d'application<sup>672</sup>.

**358** - La jurisprudence de la Cour, fixée par l'arrêt *Altmark*<sup>673</sup>, a précisé qu'une disposition fiscale constitutive d'une aide d'Etat, doit être soumise aux mêmes obligations de notification et de suspension, qui sont prévues à l'article 108 du Traité, lorsqu'elle remplit cumulativement quatre conditions<sup>674</sup>.

La première condition est l'existence d'un avantage procuré à une ou plusieurs entreprises, ce qui peut viser, soit des dépenses fiscales ou les éventuelles décisions

---

<sup>670</sup> CJCE, 23 février 1961, aff. n°30/59, *De Gezamenlikje Steenkolenmijnen* ; Rec. CJCE 1959 p. 1, 39.

<sup>671</sup> CJCE, 15 mars 1994, aff. C-387/92, *Banco Exterior de España* ; Rec. CJCE 1994, I, p. 877, CJCE, 10 janvier 2006, aff. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.* ; Rec. CJCE 2006, I, p. 289, pt 132. CJUE, 1<sup>ère</sup> ch., 8 septembre 2011, aff. C-78/08 à C-80/08, *Paint Graphos Soc. coop. Arl et a.* ; Dr. fisc. 2011, n°37, act. 278.

<sup>672</sup> B. CASTEGNEDE, *Théorie et pratique des dépenses fiscales dans le contexte de l'Union européenne*, RFFP n°72, 11/2000, p. 219 et s.

<sup>673</sup> CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH* ; RJF 2013, n°887 ; BDEI 5/2003, n°289, concl. Ph. LEGERr et Ch. TIMMERMANS.

<sup>674</sup> A. MAITROT DE LA MOTTE, *Les aides d'Etat sous forme fiscale : champ du contrôle communautaire*, JCL Fiscal, Impôts directs, Traité, Fasc. n°1160.



individuelles, comme c'est le cas dans les affaires que nous avons présentées précédemment, mais également des prélèvements affectés, c'est à dire la mise en place de taxations ou d'impositions touchant les contribuables et qui sont ensuite, reversées aux opérateurs d'un secteur économique particulier, sous le prétexte de préserver ou de le développer. Dans tous les cas, ces différents avantages sont octroyés sans contrepartie.

La deuxième, implique un financement public de l'aide, c'est à dire qu'elle est octroyée par l'Etat, ou par le biais de ressources d'Etat.

La troisième condition est que l'aide doit affecter les échanges communautaires et plus particulièrement la concurrence entre les Etats, ou entre les opérateurs économiques.

Enfin et quatrième, la mesure doit être considérée comme sélective, c'est-à-dire qu'elle donne un avantage à un secteur, à une activité, ou à une entreprise par rapport à d'autres<sup>675</sup>.

**359** - Pour autant certaines aides, du fait de leur caractère ou de leur finalité, peuvent être exonérées de la procédure de contrôle, ces dernières pourront néanmoins être remises en cause à l'avenir, si elles ne correspondent plus à leur objet initial, ou qu'elles emportent des distorsions ou inégalités entre les Etats ou par rapport aux entreprises concurrentes.

Il s'agit par exemple des aides à caractère social accordées à des consommateurs individuels, sans discrimination relative à l'origine des produits, celles accordées dans le cadre de désastres naturels et enfin, celles qui sont relatives à certains secteurs de l'économie de l'ex Allemagne de l'Est, territoire économiquement sinistré depuis la chute du bloc soviétique.

Par ailleurs, la rédaction de l'article 107 du Traité implique que d'autres aides, de conception plus moderne peuvent être considérées comme compatibles avec le marché commun. Il s'agit des aides visant à promouvoir le développement économique de régions sinistrées économiquement, des aides visant à promouvoir certains projets d'intérêt européen, ou celles qui visent à remédier à de graves difficultés économiques rencontrées par un Etat membre. Il peut s'agir également des aides qui visent à favoriser le développement de certaines activités économiques ou de certaines régions, où elles

---

<sup>675</sup> E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE, *Normalité, sélectivité et légitimité des régimes fiscaux dans l'Union européenne : les paradis fiscaux au purgatoire des aides d'Etat ?* A propos de CJUE, gde ch. 15 novembre 2011, aff. C-106/09, Dr. fisc. 2012, n°5, comm. 126.

n'auront pas de conséquences négatives sur les échanges commerciaux, ou sur l'intérêt commun. Sont enfin concernées par cette procédure, les aides visant à promouvoir la culture et la conservation historique et celles, déclarées compatibles par une décision à l'unanimité du Conseil.

#### 4°) La procédure de récupération des aides d'Etat

**360** - Selon l'article 93 du Traité, la Commission a le pouvoir spécifique de se prononcer sur la compatibilité des aides d'Etat avec le marché intérieur, lorsqu'elle examine les aides existantes, lorsqu'elle arrête des décisions sur les aides nouvelles ou modifiées et lorsqu'elle prend des mesures en cas de non respect de ses décisions ou de l'obligation de notification de la mise en place d'une aide. Elle a donc toute autorité pour examiner les cas d'aides considérées comme illégales ou incompatibles avec le marché commun. Elle pourra ensuite saisir la Cour<sup>676</sup>, cette dernière ayant reconnu que les juridictions nationales doivent exiger le remboursement des aides versées non notifiées, même en l'absence de décision finale de la Commission<sup>677</sup>.

De ce fait, l'administration fiscale nationale, ainsi que le juge, vont se retrouver dans une situation de compétence liée et doivent exiger le remboursement de l'aide illégale, sans avoir un pouvoir d'appréciation sur cette dernière. Cette obligation est liée à la nécessité de « *sauvegarder les droits que les particuliers tirent de l'effet direct de l'article 108 du Traité* »<sup>678</sup>.

Dans l'hypothèse où les enquêtes auxquelles nous faisons référence précédemment permettraient à la Commission de démontrer l'existence d'une aide d'Etat illégale et incompatible avec le marché intérieur en faveur de certaines entreprises, une procédure de récupération est mise en œuvre afin de rétablir la concurrence entre les opérateurs économiques<sup>679</sup>.

---

<sup>676</sup> CJCE, 12 juillet 1973, aff. C-70/72, Commission c/ Allemagne ; Rec. CJCE 1973, I, p. 813.

<sup>677</sup> CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, Syndicat Français de l'Express International (SFEI) et a. ; Rec. CJCE 1996, I, p. 3547.

<sup>678</sup> Cass. com., 23 septembre 2008, n°06-20.945, F-P+B, Sté Ecomax ; Dr. fisc. 2008, n°48, comm. 600, note A. MAITROT DE LA MOTTE ; CJCE, plén., 21 novembre 1991, aff. C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires (FNCE) et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ France ; Rec. CJCE 1991, I, p. 5505, pt 11 ; Dr. fisc. 1993, n°28, comm. 1459 ; RJF 1992, n°161.

<sup>679</sup> Article 14 du règlement (CE) 659/1999 du 22 mars 1999

Contrairement aux juridictions, la Commission ne va pas pouvoir exiger la récupération de l'aide sans qu'elle ne se soit prononcée en amont sur sa compatibilité<sup>680</sup>.

Afin de replacer les opérateurs économiques dans l'état de concurrence qui serait le leur si l'aide n'avait pas été accordée, l'aide versée de manière indue doit être récupérée (avec des intérêts) et ce, sans délais par l'Etat qui l'a accordée<sup>681</sup>.

L'Etat membre concerné par la procédure, doit donc prendre toutes les mesures nécessaires afin d'atteindre cet objectif. De ce fait, les juridictions ont un rôle important à jouer dans le cadre de ce contentieux, puisqu'elles sont bien souvent saisies de la légalité de la demande de récupération par les contribuables qui en font l'objet.

Elles ont également un rôle important en amont de la récupération, dans la mesure où les juridictions nationales sont souvent appelées à se prononcer lorsqu'une autorité nationale a accordé une aide sans respecter l'interdiction de mise en exécution, c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas été notifiée à la Commission, ou lorsqu'elle n'a pas été approuvée.

Au final, quelque soit le moment de leur intervention, les juridictions nationales doivent veiller à la préservation des droits des justiciables affectés par la mise en œuvre illégale d'une aide. Sur ce point, toute partie intéressée et donc des concurrents, pourront saisir les juridictions nationales, afin de remettre en cause un régime d'aide, attribué par une autorité nationale ; ils peuvent également demander le versement de dommages et intérêts. L'inexécution par les autorités nationales d'une décision de récupération adoptée par la Commission, peut en effet engendrer l'application de dommages et intérêts conformément à la jurisprudence *Francovich*<sup>682</sup> et *Brasserie du pêcheur*<sup>683</sup>.

**361** - Afin d'encadrer la procédure de récupération des aides, il a été mis en place un délai de 10 ans pour la prescription des aides illégales, à l'issue de ce délai, la récupération ne peut plus être ordonnée et l'aide est réputée être une aide existante.

Dans le cadre de ce délais, la Commission impose classiquement d'autres délais afin que l'Etat récupère l'aide (2 mois pour mettre en place des mesures et 2 mois pour effectuer

---

<sup>680</sup> CJCE, 14 février 1990, aff. C-301/87, France c/ Commission (affaire Boussac Saint-Frères) ; Rec. CJCE 1990, I, p. 307, CJCE, 21 mars 1990, aff. C-142/87, Belgique c/ Commission (affaire Tubemeuse) ; Rec. CJCE 1990, I, p. 1005.

<sup>681</sup> L. LECLERCQ, G. CHAVRIER, F. PUEL et J. DU PASQUIER, *Récupération d'aides d'Etat illicites : quels moyens de défense invoquer ?* Dr. fisc. 2016, n°10, comm. 213.

<sup>682</sup> CJCE, 19 novembre 1991, aff. 6-90 ; RJDA 12/91, comm. n°1106.

<sup>683</sup> CJCE, 5 mars 1996, aff. jtes C-46 et C-48/93, Brasserie du pêcheur SA ; Dr. fisc. 1996, n°45-46, comm. 1387 ; RJF 1996, n°529 ; BDCF 1996, p. 70, concl. G. TESAURO ; RJDA, 4/96 comm. n°590.

la récupération), délais qui sont obligatoires et auxquels il ne peut être fait défaut qu'en cas d'absolue impossibilité.

En ce qui concerne les aides fiscales, la Commission a précisé que le montant à récupérer correspond à la différence entre l'impôt effectivement payé et celui qui aurait dû être payé en l'absence de l'aide.

Pour autant, dans certaines situations, la récupération de l'aide peut être très délicate.

On pense notamment aux hypothèses de cession d'entreprise, puisque l'acquéreur ne bénéficie pas directement de l'aide perçue par la société qu'il a acquise. La jurisprudence<sup>684</sup>, a reconnu dans cette situation et par mesure d'équité, que par principe l'acquéreur, ne peut être condamné à rembourser l'aide illégale ou incompatible, sauf dans le cas où le risque de récupération, a influencé le prix de vente, c'est-à-dire qu'il a été pris en compte dans le calcul de ce dernier, l'acquéreur étant dans ce cas considéré comme bénéficiaire de l'aide et donc redevable de sa restitution<sup>685</sup>.

La deuxième difficulté est celle des hypothèses de restructuration, où la récupération de l'aide d'Etat pourra toucher la ou les entreprises qui seront réputées assurer la pérennité économique de l'activité, grâce à un ou des transferts de production ou d'activité.

En revanche, lorsque l'entreprise n'est plus active sur les marchés sur lesquels elle était présente au moment de la perception de l'aide, il n'y a plus d'atteinte à la concurrence et il n'est donc plus nécessaire de d'ordonner la récupération de l'aide<sup>686</sup>.

Une troisième hypothèse délicate, est celle des cessations d'entreprises dans laquelle la disparition de l'entreprise éteint la distorsion de concurrence, l'aide d'Etat n'a donc plus à être récupérée.

Enfin, en cas d'insolvabilité de l'entreprise qui a bénéficié d'une aide illégale et incompatible, il n'y a aucune incidence sur la nécessité de recouvrer l'aide versée en contradiction avec les dispositions du Traité<sup>687</sup> et sur l'obligation pour l'entreprise de rembourser l'aide indument perçue. La Cour a même considéré que la mise en liquidation de l'entreprise, pouvait être une option acceptable afin de rétablir la concurrence entre les opérateurs économiques<sup>688</sup>.

---

<sup>684</sup> CJCE, 8 mai 2003, aff. jtes C-328/99 et C-399/00 Italie et SIM 2 Multimedia Spa/Commission ; RJF 2004, comm. n°205.

<sup>685</sup> CJCE, 29 avril 2004, aff. C-277/00, Allemagne/Commission ; BF 2/09, comm. n°99.

<sup>686</sup> F. MAUGET, *Lumière sur un contentieux obscur : peut on s'opposer efficacement à la récupération d'aide d'Etat indument perçues*, Dr. fisc. 2011, n°47, act. n°566.

<sup>687</sup> CJCE, 14 septembre 1994, aff. C-42/93, Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes ; RJS 10/99, comm. n°1321.

<sup>688</sup> CJCE, 15 janvier 1996, aff. C-52/84, Commission c/ Belgique ; RJS 5/97, comm. n°629.

**362** - En cas de défaut des Etats dans la récupération des aides illégales et incompatibles, une procédure d'infraction peut être intentée.

Celle-ci peut avoir deux fondements distincts. Premièrement, l'article 108 du TFUE autorise la Commission à saisir la Cour de justice, lorsque l'Etat ne s'est pas conformé à son obligation de récupération, ou n'a pas respecté une décision de la Cour lui enjoignant de le faire.

Deuxièmement, en vertu de l'article 260 du TFUE, la Commission peut saisir la Cour afin que celle-ci impose le paiement d'une astreinte à l'Etat qui ne s'est pas conformé à un arrêt de la Cour et dans les délais qu'elle a fixé, pour le respect de son obligation de récupération.

Si l'impact des procédures actuelles sur l'attitude des Etats dans la mise en place d'une politique de coopération et d'harmonisation des comportements et des législations en matière fiscale reste à prouver, elles représentent un important coup de semonce de la Commission européenne afin de forcer les Etats membres à adopter une attitude positive dans la promotion d'une saine concurrence au sein de l'Union en matière fiscale. Cette dernière, encouragera les Etats membres à aller vers plus de coopération, attitude nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur.

En effet, l'absence de cadre unifié et la pluralité d'opérateurs nationaux contrôlant la mise en place d'aides d'Etat, nous encourage à penser que de nombreuses aides d'Etat illégales et incompatibles demeurent et qu'elles ne pourront être dénoncées que sur la bases de plaintes déposées par les concurrents, ou par la Commission qui en aura pris connaissance par des moyens détournés comme par le biais des lanceurs d'alerte<sup>689</sup>.

**363** - Quinze ans après sa mise en service, le Code de conduite a permis malgré le fait que la fiscalité des entreprises demeure encore aujourd'hui dans le champ de compétence des Etats de l'Union, a permis dans une certaine mesure de faire évoluer l'attitude des Etats, notamment en terme de concurrence fiscale. Selon G. PERRAUD<sup>690</sup>, responsable des affaires européennes et multilatérales à la direction de la législation fiscale, en l'absence d'une réelle harmonisation des règles fiscales, le Code de conduite a permis, même si des difficultés demeurent, de lutter contre les pratiques fiscales déloyales comme les aides d'Etat. Par ailleurs, le groupe Code de conduite continuera à examiner les

---

<sup>689</sup> P. BENKIMOUN, *Les « lanceurs d'alertes » français en quête d'un cadre législatif protecteur*, Le monde, 31 mars 2008.

<sup>690</sup> Intervention au Colloque portant sur les 15 ans du Code de conduite que nous avons préc. cité.

régimes dommageables au bon fonctionnement du marché intérieur, afin de poursuivre le mouvement d'assainissement des règles fiscales nationales.

Par ailleurs, il faut noter que le spectre du Code de conduite s'est élargi au fil des années pour permettre des réflexions sur des problématiques horizontales permettant de promouvoir une coordination des législations nationales sur des problématiques spécifiques comme par exemple la réception des bénéficiaires provenant des Etats tiers à destination d'un pays de l'Union. Ces réflexions, visent notamment à mettre en place une politique anti-abus commune et d'avoir un référentiel commun, afin de voir si tous les Etats membres ont mis en place des mesures efficaces sur des problématiques à fort enjeux, comme les sociétés étrangères contrôlées ou encore sur les hybrides.

Nous noterons sur cette question de la récupération des aides d'Etat, qu'une Cour d'appel<sup>691</sup>, à propos de l'ancien article 44 septies du CGI qui avait été considéré comme une aide d'Etat<sup>692</sup>, a rejeté la demande d'indemnisation de la société déposée à l'encontre de l'Etat français, cette dernière n'ayant pu correctement attester du préjudice subi, ni dans son principe, ni dans son montant.

**364 -** On le voit, le contrôle des mesures fiscales incitatives, qu'elles soient d'ailleurs, liées à des positions administratives, ou à des dispositions légales (tels que les crédits d'impôts, les aides accordées à certains secteurs ou entreprises), par le prisme des aides d'Etat, représente, une nouvelle forme de contrôle des pratiques fiscales dommageables des Etats membres, qui si elle se développe, aura un impact certain sur la pratique<sup>693</sup>.

En effet, nous avons eu l'occasion de souligner à plusieurs reprises que le manque d'harmonisation de la fiscalité au sein de l'UE, était un promoteur de comportements fiscaux déviants, de la part à la fois des contribuables qui utilisent les différents régimes législatifs proposés par les Etats membres afin de minorer leur imposition, mais également des Etats membres, qui profitent de la préservation de leur souveraineté nationale, pour attirer les investisseurs, en leur proposant un environnement fiscal

---

<sup>691</sup> CAA Lyon, 5<sup>ème</sup> ch., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n°14LY00340, SAS EDAP TMS France ; Dr. fisc. 2016, n°10, comm. 214.

<sup>692</sup> Décision de la Commission 2005/145/CE, du 16 décembre 2003, relative aux aides d'Etat accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières.

<sup>693</sup> Par une décision du 16 décembre 2003, la Commission a par exemple estimé que le dispositif de l'article 44 septies du CGI, qui prévoit une exonération temporaire d'IS, dans le cadre d'une reprise d'entreprise, constituait en partie une aide d'Etat venant violer les dispositions de l'article 88 du Traité instituant la CE. Les autorités, étaient donc tenues, comme elles l'ont fait, de le modifier. CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 16 mars 2016, n°377874, SAS Rapa ; Dr. fisc. 2016, n°22, comm. 354, concl. B. BOHNERT, note L. LECLERCQ et J. DU PASQUIER,

favorable, allant parfois à l'encontre du principe de pleine concurrence, devant exister au sein du marché commun, mais également à l'encontre de certaines dispositions du droit communautaire.

La rationalisation de ces pratiques par le biais des aides d'Etat, bien qu'il s'agisse d'un contentieux complexe ne pouvant reposer que sur la divulgation des pratiques abusives, nous paraît donc être une étape importante vers une plus grande régulation de ces pratiques, qui passera nécessairement par une plus grande harmonisation de la fiscalité.

Pour l'heure, on ne peut donc qu'encourager la Commission à poursuivre la recherche de régime fiscaux incitatifs allant à l'encontre du bon fonctionnement du marché commun, afin de dissuader à la fois les Etats, mais également les contribuables de les utiliser, notamment au vu des sanctions encourues.

## **§II) La législation européenne anti-abus**

**365** - Nous avons pu voir dans le cadre de nos propos que la place de l'UE dans la politique de lutte contre les comportements abusifs était importante<sup>694</sup>. Son influence sur la politique anti-abus s'exerce de manière diverse et notamment par le biais de la jurisprudence, qui a eu une influence importante au niveau de la notion d'abus de droit, ou dans la régulation des comportements fiscaux des Etats.

Elle s'exerce aussi par le biais de mécanismes collaboratifs que ces derniers soient des instruments de politique générale comme le Code de conduite (V. n°342 et s.) ou plus contraignants comme le seront les accords d'information ou les conventions fiscales (V. n°434 et s.).

Ces mécanismes, qui ont une influence certaine sur la pratique fiscale des Etats, ne sont pour autant pas toujours efficaces dans la lutte contre la perte de recettes fiscales et les comportements abusifs des entreprises. De ce fait, il a été jugé nécessaire de mettre en place dans le cadre des normes contraignantes communautaires, qui sont applicables directement (tel est le cas des règlements), ou transposables (tel est le cas des directives), des mécanismes visant soit à limiter les comportements abusifs des opérateurs économiques, soit à mettre en place un cadre commun à la fiscalité des entreprises afin de préserver les recettes fiscales des Etats membres.

---

<sup>694</sup> E. RAINGEARD DE LA BLETIÈRE, R. COIN, P. KERMODE et P. SAINT-AMANS, *Vers une lutte contre le « planning » fiscal dommageable ?* Dr. fisc. 2013, n°25, 333.

Nous allons donc nous intéresser ici à l'évolution de la législation anti abus communautaire, nous étudierons donc dans un premier temps son origine (A), puis nous nous intéresserons aux importantes conséquences de la récente réforme de la directive mère-fille (B), et enfin nous verrons en quoi, projet de directive ACCIS, pourrait être le point de départ d'une harmonisation fiscale communautaire (C).

## **A) L'origine de la législation anti-abus**

**366** - Que l'on se place dans le cadre des instruments non contraignants comme dans le cadre des instruments contraignants, la lutte contre les comportements fiscaux abusifs, résulte souvent de la mise en œuvre d'une politique générale afin de la rendre au maximum efficace. Sur ce point, on peut dire que l'UE possède une compétence toute particulière dans sa faculté de pouvoir envisager des réformes profondes de la politique fiscale, malgré le problème posé par la règle de vote à l'unanimité en cette matière.

Sur ce point, l'exemple des prêts participatifs (« *profits participating loan* » ou PPL) est frappant. En effet, dès 2006<sup>695</sup> (alors que la France n'a intégrée que récemment un mécanisme visant à lutter contre les hybrides et que l'Union, vient seulement de réviser la directive mère-fille sur ce point), un rapport de la Commission avait ciblé ces instruments financiers comme source de double exonération d'imposition. Cette idée, reprise dans une communication de la Commission de 2007<sup>696</sup> et par le groupe Code de conduite dans son rapport de 2009, visant notamment la législation Belge qui favorisait la mise en œuvre de schémas d'optimisation par le biais de l'utilisation de ces instruments financiers<sup>697</sup>.

**367** - L'année 2012, charnière pour la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale en France, a été également très importante pour les travaux de l'UE, notamment par la publication de deux importantes publications.

---

<sup>695</sup> Cons. UE, Rapp. Groupe, ann., 9655/06, 19 mai 2006, LIMITE FISC 73.

<sup>696</sup> Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité Economique et social européen, L'application des mesures de lutte contre les abus dans le domaine de la fiscalité directe - au sein de l'Union européenne et dans les rapports avec les pays tiers, du 10 décembre 2007 ; Doc. COM (2007) 785 final, spéc. p. 6 et 7.

<sup>697</sup> Cons. UE, Rapp. Groupe, 16084/08, LIMITE FISC 166, sur le Code de conduite sur la fiscalité des entreprises, pt 12 et 13.



La première<sup>698</sup>, comme les différents rapports nationaux que nous avons étudiés précédemment, dresse un état des lieux du montant des pertes de recettes liées à l'économie souterraine dans les Etats de l'Union. Ainsi, selon ce document le montant moyen des pertes par pays est de 19,2% au sein de l'Union, le maximum étant atteint par la Bulgarie avec 32,3% et le minimum par l'Autriche avec 7,9%.

Afin de mettre un terme à ces pratiques dommageables, la Commission propose la mise en place de mécanismes qui permettraient d'assainir la situation fiscale des Etats membres et donc plus généralement du marché intérieur.

La première mesure à mettre en place concerne l'amélioration des mécanismes de collecte, afin de limiter les pertes de recettes et favoriser l'assainissement des recettes budgétaires, ce qui aurait également un impact positif sur la concurrence dommageable résultant des pratiques fiscales de certains Etats membres et qui favorisent la fraude et l'évasion fiscales<sup>699</sup>. Afin d'illustrer cette nécessité, le document s'intéresse notamment aux écarts de perception de TVA entre les différents Etats de l'Union. Ainsi, le montant des recettes de TVA effectives en 2010 par rapport aux recettes théoriques, atteint plus de 90% au Luxembourg, alors que ce taux atteint 35% en Grèce et un peu moins de 50% en France<sup>700</sup>.

La deuxième mesure à mettre en place concerne la promotion de la coopération entre les administrations fiscales des différents Etats, cette dernière passe par une meilleure utilisation des instruments juridiques existants dans le cadre des directives européennes et en particulier de la directive Epargne<sup>701</sup>, mais également par la promotion des instruments récemment adoptés qui peinent à s'imposer dans la pratique<sup>702</sup>.

Cette coopération passe également par une révision des instruments juridiques existants et notamment la directive mère-fille (V. n°369 et s.).

La troisième mesure d'envergure vise à rendre plus cohérente à l'égard des pays tiers et notamment envers les centres offshores, qui continuent de dominer le marché des dépôts

---

<sup>698</sup> Communication de la Commission ; COM(2012) 351 final, du 27 juin 2012, sur les moyens concrets de renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, y compris en ce qui concerne les pays tiers.

<sup>699</sup> Certains Etats comme la Bulgarie, Chypre, la République tchèque, l'Estonie, la Hongrie, l'Italie, la Lituanie, Malte, la Pologne et la Slovaquie ont par ailleurs reçus des recommandations spécifiques.

<sup>700</sup> DG TAXUD, Commission européenne ; *Tendances de la fiscalité dans l'Union européenne*, 2014.

<sup>701</sup> Directive 48/2003/CE, du Conseil du 3 juin 2003, en matière de revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts.

<sup>702</sup> Directive 2010/24/UE du 16 mars 2010, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures ; Règlement n°904/2010 du 7 octobre 2010, concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée ; Directive 2011/16/UE du 15 février 2011, sur la coopération administrative dans le domaine fiscal sur la coopération administrative dans le domaine des droits d'accise.

de liquidités non bancaires. Les Iles Caïmans et la Suisse représentent à elles seules plus de 20% des dépôts mondiaux pour un montant de 1 352 milliards de dollars. Cette politique, pour être rendue efficace, passera par la réforme des accords fiscaux avec ces Etats, mais surtout avec les territoires affiliés au sein de l'Union tels que la Suisse, le Liechtenstein, l'Andorre, Monaco et Saint-Marin.

**368** - La deuxième communication d'importance<sup>703</sup>, publiée suite à une invitation du Conseil européen en date du 2 mars 2012, visait quant à elle à proposer des moyens de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

Si cette communication reprend certaines des propositions visant à promouvoir une meilleure coopération administrative entre les Etats membres et à corriger les lacunes de la législation européenne existante, cette dernière propose également de mettre en place un projet commun contre les pratiques abusives.

La première recommandation, vise à encourager les pays tiers à appliquer certaines mesures de bonne gouvernance fiscale, afin de mettre un terme à l'utilisation des paradis fiscaux par les entreprises implantées au sein de l'Union.

La seconde recommandation d'importance, vise à limiter la planification fiscale agressive pratiquée par certains contribuables, qui profitent des avantages de la législation communautaire. Le but de cette mesure est de promouvoir une juste répartition de la charge fiscale entre les opérateurs économiques, mais également entre les Etats. En effet, le paiement effectif des impositions réellement dues dans chacun des Etats membre, ne peut avoir qu'une influence positive pour le bon fonctionnement du marché intérieur et sur la mise en place de politiques économiques efficaces sur tout le territoire de la Communauté<sup>704</sup>.

Dans le même sens, la communication encourage la poursuite des travaux entamés dans le cadre du Code de conduite et qui visent à identifier les mesures étatiques pouvant atteindre le bon fonctionnement du marché intérieur.

---

<sup>703</sup> Communication de la Commission ; COM(2012) 722 final du 6 décembre 2012, relative à la mise en place d'un plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.

<sup>704</sup> Communication de la Commission ; COM (2011) 681 final, du 25 octobre 2011, sur la responsabilité sociale des entreprises.

## **B) La révision de la directive mère-fille : un pas important dans la lutte contre les comportements abusifs**

**369** - La directive mère-fille, adoptée en 1990 (90/435/CEE), qui a déjà fait l'objet de diverses révisions notamment en 2003<sup>705</sup> dans le but d'en élargir le champ d'application du texte, mais également d'en améliorer l'efficacité notamment dans la lutte contre les pratiques allant à l'encontre de son objectif primaire (l'élimination des obstacles fiscaux venant frapper les distributions de bénéfices entre sociétés liées au sein de l'Union), a récemment fait l'objet d'une importante modification, qui a été intégrée dans notre droit. Nous allons nous intéresser dans un premier temps au contexte de la réforme (1°), puis à son contenu (2°).

### **1°) Le contexte de la réforme**

**370** - Dans le cadre d'un communiqué de la Commission en date du 25 novembre 2013<sup>706</sup>, a été présentée une proposition de directive<sup>707</sup>, visant à mettre en place des mécanismes de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales<sup>708</sup> dans le cadre de l'application du régime mère-fille européen<sup>709</sup>, mécanisme considéré par certains comme trop permissif. En effet, si ce texte a toujours été considéré comme une avancée majeure pour la promotion des activités transfrontalières au sein de l'Union, il a pour autant été l'objet de nombreuses critiques notamment de la part des Etats qui ont, pour certains d'entre eux, jugé que du fait de la rédaction de la directive, certains contribuables pouvaient obtenir des avantages fiscaux et notamment des doubles exonérations d'impôt, contraires avec l'esprit du texte, ce qui constitue dans les faits, un cas d'abus de droit.

En effet, jusqu'à la révision de ce texte, les Etats membres étaient tenus d'accorder aux sociétés mères une exonération d'imposition pour les dividendes versés par leurs filiales. Le problème lié à la rédaction du texte est que selon la législation de certains Etats où sont implantées les sociétés filiales, certains versements reçoivent en fonction de la

---

<sup>705</sup> Directive 2003/123/CE, modifiant la directive 90/453/CE préc. cit.

<sup>706</sup> Communiqué Comm. UE n°IP/13/1149.

<sup>707</sup> Proposition de Directive du Conseil ; COM (2013) 814 final, du 25 novembre 2013 modifiant la directive 90/453/CE préc. cit..

<sup>708</sup> Y. ADDA, *L'évasion fiscale internationale dans les pays de l'UE*, Thèse, Université Panthéon-ASSAS (Paris II), 2002.

<sup>709</sup> Revue Lamy Droit des Affaires 2014/89.

législation applicable, une double qualification juridique et sont par exemple considérés comme des titres de dettes fiscalement déductibles dans l'Etat d'implantation de la filiale, alors que dans l'Etat d'implantation de la société mère, ils seront considérés comme une rémunération du capital, exonérée également de toute imposition. Cette problématique, est l'illustration des difficultés liées à la pluralité d'ordres juridiques que l'on retrouve au sein de l'UE, mais également des divergences d'interprétation entre les législations des différents Etats membres, problématique que l'on va notamment retrouver dans le cadre des structures ou des produits hybrides (V. n°479 et s.).

L'autre point de tension lié à l'application de la directive, est qu'elle permet à des sociétés faisant partie d'un montage artificiel, de contourner les impositions dans les Etats d'implantation où l'imposition est la plus élevée et donc de déconnecter les facteurs imposition et réalité économique de l'activité.

## **2°) Le contenu de la réforme**

**371** - Suite aux réflexions que nous avons étudiées ci dessus, les propositions intégrées dans le projet de directive se sont donc concentrées sur la lutte contre les dispositifs hybrides et la mise en place d'une règle anti-abus de portée générale<sup>710</sup>.

Plus précisément, le premier volet de la proposition de modification de la directive visait à modifier la rédaction de l'article 4, paragraphe 1, point a) de la directive, afin de sanctionner l'usage des prêts hybrides entre sociétés liées. Cette modification, visait à réserver l'exonération d'impôt prévue par le texte, aux seuls revenus n'ayant pas été déduits par la filiale de la société mère qui les reçoit. L'utilisation de produits hybrides, est en effet, une des problématiques majeures de l'optimisation fiscale aujourd'hui et sont d'ailleurs visés dans la majorité des réformes anti-abus. Selon les auteurs du projet, la différence de traitement fiscal entre deux pays appliquée à un même flux, peut engendrer dans le contexte de la directive qui oblige les Etats membres à exonérer d'impôt ou, à accorder un crédit d'impôt en cas d'imposition, à une double non imposition<sup>711</sup>.

Le second axe de réforme de la directive, concernait l'intégration d'une clause générale anti-abus, suite aux recommandations sur la planification fiscale agressive du 6 décembre 2012, afin d'apporter une réponse globale contre les abus de l'optimisation fiscale.

---

<sup>710</sup> Dr. fisc. 2015, n°6, act.77.

<sup>711</sup> Code de conduite du 25 mai 2010, doc 10033/10, Fisc 47, point 31.

Selon les rédacteurs du projet, la directive actuelle, qui autorise les Etats membres à appliquer des dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus, n'est pas efficace par rapport aux objectifs fixés en matière de lutte contre l'évasion fiscale.

Ainsi, a été proposée l'insertion d'un article 1<sup>er</sup>, bis à la directive, rédigé comme il suit :

«1. Les Etats n'accordent pas le bénéfice de la présente directive en cas de montage artificiel ou d'ensemble artificiel de montages mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal indu au titre de la présente directive et allant à l'encontre de son objet, de l'esprit et de la finalité des dispositions fiscales invoquées.

2. Constituent des montages artificiels ou des parties d'ensembles artificiels de montages les transactions, régimes, mesures, opérations, accords, ententes, promesses ou engagements qui ne correspondent pas à la réalité économique.

Pour déterminer si un montage ou un ensemble de montages est artificiel ou non, les Etats membres examinent notamment s'il est concerné par une ou plusieurs des situations suivantes :

- a) la qualification juridique des différentes étapes qui composent le montage est incompatible avec la nature juridique du montage pris dans son ensemble ;
- b) le montage est mis en œuvre d'une manière qui n'aurait généralement pas cours dans le cadre d'une conduite raisonnable des affaires ;
- c) le montage contient des éléments qui ont pour effet de se compenser ou de s'annuler ;
- d) les opérations conclues sont de nature circulaire ;
- e) le montage donne lieu à un avantage fiscal considérable qui ne se reflète pas dans les risques commerciaux pris par le contribuable ni dans les flux de trésorerie de ce dernier ».<sup>712</sup>

Cette disposition, doit bien évidemment s'envisager à la lumière des droits et garanties offerts par les traités européens, ainsi qu'à la lumière de l'interprétation de la CJUE sur la notion d'abus. Cette dernière, indique notamment, que les Etats membres ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est fixé par les principes généraux du droit communautaire dans la

---

<sup>712</sup> B. DELAUNAY et F.-R. GREMONT, *Les perspectives d'évolution de la directive mère-fille*, Dr. fisc. 2014, n°41, 572.

lutte contre les comportements abusifs. Par ailleurs, l'application de mesures anti-abus ne doit pas aboutir à un résultat incompatible avec les libertés fondamentales établies par les traités, ce qui n'est pas en l'espèce pas vraiment satisfaisant.

Cette difficulté, a été mise en lumière lors des discussions au sein des institutions européennes qui ont fait suite à ces propositions. Ces dernières, n'ont d'ailleurs pas emporté les mêmes suffrages. Si un consensus s'est rapidement dégagé (sauf réserves de la Suède et Malte) sur la question des prêts hybrides, comme en atteste le dossier interinstitutionnel 2013/0400 (CNS), dont le mécanisme a été adopté dans le cadre d'une directive modificative le 24 juillet 2014<sup>713</sup>, la proposition relative à la clause anti abus n'a pas fait l'objet du même consensus. Celle-ci a donc été rediscutée et a finalement été adoptée suite aux discussions du conseil ECOFIN du 9 décembre 2014.

Le texte final, différent du projet a été rédigé en ces mots :

« 1. *A l'article 1<sup>er</sup>, le paragraphe 2 est remplacé par le texte suivant :*

2. *Les Etats membres n'accordent pas les avantages de la présente directive à un montage ou un ensemble de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la présente directive, n'est pas authentique au vu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.*

*Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.*

3. *Aux fins du paragraphes 2, un montage ou ensemble de montages est considéré comme non authentique s'il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.*

4. *La présente directive ne fait pas l'obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires pour prévenir la fraude et l'évasion fiscales ou les abus ».*

Ces deux textes, qui ont été transposés en droit interne<sup>714</sup>, démontrent que le législateur communautaire à l'instar du législateur national français, a également succombé à la tentation de proposer des textes larges, dont la portée permet de faire rentrer un maximum

---

<sup>713</sup> Directive 2014/86/UE du 8 juillet 2014 modifiant la directive 90/453/CE préc. cit.

<sup>714</sup> Loi n°2015-1786 de finance rectificative pour 2015, art. 29, 36 et 82

de comportements fiscaux dans le cadre des abus, afin de maximiser les possibilités de redressement et de minimiser les options fiscales offertes aux contribuables.

### **C) Le projet de directive ACCIS, point de départ d'une harmonisation fiscale communautaire**

**372** - Le projet visant à mettre en place une assiette commune pour l'IS, trouve son origine dans les premiers rapports visant à promouvoir une harmonisation en matière fiscale au sein de l'Union, mais a connu un fort regain en 2001<sup>715</sup>.

Ce projet, vise à mettre en place un ensemble unique de règles, qui pourront être utilisées par les groupes exerçant une activité transfrontalière dans l'UE, afin de calculer leur bénéfice imposable de manière globale. Le principal avantage de ce système, est que les sociétés pourront se référer un à corps législatif unique, qui permettrait une amélioration de la transparence fiscale, une simplification des démarches et une baisse des coûts de mises en conformité.

Ces règles communes, permettraient au final de déterminer la base imposable dans chaque pays de l'UE et non plus selon 28 législations fiscales différentes comme c'est le cas aujourd'hui. Ensuite, chaque Etat, selon un calcul effectué à l'aide d'une clef de répartition unique, permettra de définir le bénéfice imposable admis à taxation sur le territoire de chaque Etat, selon son propre taux d'imposition.

La mise en place de normes comptables internationales, qui s'imposent peu à peu aux Etats, est un atout pour l'adoption de ce mécanisme ambitieux, puisque l'uniformisation de la comptabilité, pourrait permettre d'harmoniser de manière concomitante, les méthodes de calcul d'assiette.

Par ailleurs, l'adoption de ce projet ACCIS donnerait tout son sens au statut de société européenne (V. n°932 et s.), qui ne pourra réellement s'épanouir que dans un univers fiscal unifié au niveau européen.

Finalement, a été adoptée une proposition de directive de la Commission en date du 16 mars 2001<sup>716</sup>, nous allons donc dans un premier temps étudier le champ d'application du

---

<sup>715</sup> Communication de la Commission pour le Conseil, le Parlement européen et le Conseil économique et social du 23 octobre 2001 : *Vers un marché intérieur sans entraves fiscales : une stratégie pour permettre aux entreprises d'être imposées sur la base d'une assiette consolidée de l'impôt sur les sociétés couvrant l'ensemble de leurs activités dans l'Union européenne* Com (2001) 582 final.

<sup>716</sup> Proposition de directive ; Com (2011) 121/4, du 16 mars 2011, COM (2012), 8806, concernant l'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS).

dispositif (1°), puis, voir comment celui ci fonctionne et notamment, comment va être calculée l'assiette fiscale (2°) et comment, va être répartie la matière imposable (3°).

## 1°) Le champ d'application du dispositif

**373** - Le champ d'application du dispositif d'assiette commune est défini dans le cadre du Chapitre 2 du projet de directive.

L'article 2 de ce chapitre, prévoit que pour être éligibles au dispositif, les sociétés doivent revêtir une des formes énumérées à l'annexe I du projet. L'assiette commune est ainsi applicable aux sociétés européennes ainsi qu'aux sociétés coopératives européennes, mais également, à une liste de sociétés qui est établie par chaque Etat en fonction des particularités de sa législation.

Cette liste peut être selon les Etats précise comme c'est le cas en France<sup>717</sup>, au Luxembourg ou aux Pays-Bas, ou au contraire très large, comme c'est le cas en Lituanie<sup>718</sup>. Dans tous les cas, les sociétés éligibles doivent être soumises à un des impôts sur les sociétés listés dans l'annexe II du projet, ou à un impôt similaire introduit ultérieurement.

Cet article, prévoit également l'assujettissement sous conditions (équivalence de la forme juridique et assujettissement à l'impôt), des sociétés des pays tiers à l'Union. La liste des sociétés éligibles est ainsi établie chaque année par la Commission européenne.

**374** - L'assujettissement à l'assiette commune, tel qu'il est aujourd'hui prévu par le projet de directive serait optionnel, option qui peut être exercée par toute société résidente ou non de l'Union qui entre dans le champ d'application du dispositif.

La conséquence immédiate de cette option est que la société devient « *assujettie à l'impôt sur les sociétés dans le cadre de ce régime pour tous les revenus sans distinction de leur source, que ceux-ci proviennent ou non de son État de résidence* ». La société résidente d'un État tiers sera soumise à l'IS dans les mêmes conditions pour « *tous les revenus issus d'une activité réalisée par l'intermédiaire d'un établissement stable dans un État*

---

<sup>717</sup> La liste comprend pour la France par exemple, la société anonyme, la société en commandite par action, la société à responsabilité limitée, la société par action simplifiée, la société d'assurance mutuelle, les caisses d'épargne et de prévoyance, les sociétés civiles assujetties de plein droit à l'impôt sur les sociétés, les coopératives et unions de coopératives, les établissements et entreprises publics à caractère industriel et commercial, ainsi que les autres sociétés constituées conformément au droit français et assujetties à l'impôt sur les sociétés en France.

<sup>718</sup> Le texte fait simplement référence aux « *sociétés constituées conformément au droit lituanien* ».



*membre* ». Elle cesse également en vertu des dispositions de l'article 7 (sauf indication contraire), d'être soumises aux dispositions du droit national relatives à l'IS, ce qui permet d'éviter les conflits de législation (Art. 8 du projet).

## 2°) Le calcul de l'assiette fiscale

**375** - Le projet de directive, vient définir le revenu objet de l'imposition dans des termes généraux afin d'englober un maximum de produits dans l'assiette du mécanisme. Sont ainsi concernés les revenus qu'ils soient ou non monétaires, les résultats d'exploitations, les produits issus de l'aliénation d'actifs et droits détenus, les intérêts et redevances, les dividendes ou autres distributions de bénéfices, mais aussi les subventions, aides, dons, indemnités, ou avantages consentis sans contrepartie.

Dans ce cadre, il faut noter que le texte prévoit certaines dispositions afin de neutraliser les transactions intra-groupe<sup>719</sup> et d'éviter les opérations ayant un caractère artificiel<sup>720</sup>.

Le projet de directive, définit également les revenus exonérés<sup>721</sup>, c'est à dire les subventions directement liées à l'acquisition, la construction ou l'amélioration d'une immobilisation faisant l'objet d'un amortissement pour le besoin de l'exploitation<sup>722</sup>. Par ailleurs, les produits de cession de certaines immobilisations, peuvent être regroupés par paniers<sup>723</sup>, afin de les amortir de manière conjointe selon la valeur fiscale corrigée de l'exercice précédent, afin de tenir compte des entrées et sorties du bilan. Les actifs à long terme, seraient alors soumis à un amortissement individuel, les actifs d'une durée d'utilisation courte ou moyenne, seraient regroupés à des fins d'amortissement.

**376** - Les articles 12 et 13 du projet, précisent que peuvent être déductibles, les dépenses engagées dans le cadre des activités de production, de conservation ou de préservation des revenus. Cela comprend notamment les coûts de recherche et de développement, ceux liés à l'émission de fonds propres, ou encore la souscription d'emprunts pour les besoins de l'entreprise. Une déduction proportionnelle est autorisée pour l'amortissement des immobilisations, selon les dispositions du chapitre 6 du texte<sup>724</sup>.

---

<sup>719</sup> Art. 14 du projet.

<sup>720</sup> Chapitre 4 du projet.

<sup>721</sup> Art. 11 du projet.

<sup>722</sup> Art. 32 à 42 du projet.

<sup>723</sup> Art. 39 du projet.

<sup>724</sup> Art. 32 à 42 du projet.

Les charges non déductibles, sont également définies par le texte ; l'article 14 établit une liste comprenant les distributions de bénéfices et les remboursements de fonds propres ou d'emprunts. Il est à noter que 50% des frais de représentations, le transfert des bénéfices non répartis dans une réserve qui fait partie des fonds propres de la société, l'IS, les pots-de-vin, les amendes et pénalités, les coûts supportés par une société aux fins de l'obtention de revenus exonérés au titre de l'article 11, qui sont fixés forfaitairement à 5% de ces revenus, sauf si l'entreprise est en mesure de prouver qu'ils sont inférieurs, les dons monétaires et libéralités autres que ceux versés aux organisations caritatives, ceux liés aux immobilisations (en dehors de la recherche et développement), les taxes (hormis des droits d'accises), ne sont pas déductibles de l'assiette d'imposition.

Les Etats membres qui le souhaitent, peuvent néanmoins traiter les dépenses de personnel comme des dépenses d'exploitation si ces derniers soumettent à l'IR tout avantage en nature ou en numéraire qui pourrait leur être consentis.

**377** - Le projet de directive prévoit également des dispositions pour l'évaluation des valeurs présentes au bilan, selon le principe des créances acquises. Celles-ci concernent entre autres les stocks, les recettes et dépenses, les prêts, les contrats à long terme, etc. que l'on va retrouver développés dans le cadre du Chapitre 5 du projet.

### **3°) La répartition de la matière imposable**

**378** - Une fois l'assiette fiscale déterminée, va bien évidemment se poser la question de sa répartition entre les différentes entreprises établies dans les différents Etats membres où est exercée l'activité. Cette répartition est définie à l'article 16 du projet selon une formule définie pour le calcul de répartition la quote-part à affecter aux différentes entités qui auront opté pour le mécanisme. Cette formule prendra en compte trois facteurs, le chiffre d'affaires, la main d'œuvre et enfin les immobilisations détenues par les contribuables.

**379** - Le Sénat français s'est intéressé dans le cadre d'une proposition de résolution<sup>725</sup>, à l'application de cette clef de répartition et son impact sur le marché unique, tant sur les

---

<sup>725</sup> Rapport n°711 (2010-2011) de P. MARINI, fait au nom de la commission des finances, déposé le 5 juillet 2011.

recettes fiscales, que sur l'environnement économique des entreprises. On retiendra que le chiffre d'affaires à retenir est déterminé selon les dispositions de l'article 95 du projet et représente au numérateur le total des ventes d'un membre du groupe et au dénominateur, le total des ventes du groupe. Le total des ventes, comprend les ventes de biens et prestations de services, à l'exclusion des opérations intragroupe. Il est apprécié sur la base des ventes par destination, c'est à dire, incluses dans le chiffre d'affaires du membre du groupe situé dans l'État membre d'arrivée, de l'expédition, ou du transport. Pour les prestations de services, celles-ci sont incluses dans le chiffre d'affaires du membre du groupe situé dans l'État membre où la prestation est matériellement exécutée. S'il n'y a pas de membre du groupe dans l'État membre de la prestation, parce que les biens sont livrés ou les services prestés dans un pays tiers, les ventes seront incluses dans le chiffre d'affaires de l'ensemble des membres du groupe, au prorata de leurs facteurs main d'œuvre et immobilisations.

Le facteur main d'œuvre, est constitué pour moitié au numérateur, du montant total de la masse salariale d'un membre du groupe et au dénominateur, du total de la masse salariale du groupe et pour moitié, au numérateur, du nombre d'employés d'un membre du groupe et au dénominateur, du nombre d'employés du groupe. La masse salariale, est définie comme le « *coût des salaires, des primes et de toute autre forme de rémunération, y compris les coûts connexes (pensions de retraite et cotisations de sécurité sociale)* ». Les employés sont à inclure dans le facteur main d'œuvre du membre du groupe qui lui verse une rémunération sauf exception (exercice de la fonction sous le contrôle et la responsabilité d'un autre membre du groupe).

Enfin, le facteur immobilisation est constitué au numérateur, de la valeur moyenne de l'ensemble des immobilisations corporelles qu'un membre du groupe possède, loue ou prend en location-vente/crédit-bail et au dénominateur, de la valeur moyenne de l'ensemble des immobilisations corporelles du groupe dans les mêmes conditions.

Il est à noter que des règles particulières sont prévues en ce qui concerne les entreprises d'assurance, les établissements financiers ainsi que pour le secteur pétrolier et gazier<sup>726</sup>.

**380 -** La formule de répartition pour un membre A du groupe ayant opté pour le régime de l'assiette commune est la suivante :

---

<sup>726</sup> Art. 98 à 100 du projet.

$$\text{Qte-part A} = \left( \frac{1}{3} \frac{\text{Chiffre aff}^A}{\text{Chiffre aff}^{\text{Groupe}}} + \frac{1}{3} \left( \frac{1}{2} \frac{\text{Mass sal}^A}{\text{Mass sal}^{\text{Groupe}}} + \frac{1}{2} \frac{\text{Nb empl}^A}{\text{Nb empl}^{\text{Groupe}}} \right) + \frac{1}{3} \frac{\text{Immob}^A}{\text{Immob}^{\text{Groupe}}} \right) * \text{Assiette imposable consolidée}$$

Reprenons pour illustrer nos propos, l'exemple suivant, issu des travaux du Sénat :

Soit un groupe composé de A et B. L'assiette fiscale consolidée est de 900.

Main d'œuvre totale = 100 ; A = 70 ; B = 30 ;

Immobilisations totales = 1 000 ; A = 600 ; B = 400 ;

Chiffre d'affaires total = 5 000 ; A = 3 500 ; B = 1 500.

Quote-part A =  $[(1/3 \times 70/100) + (1/3 \times 600/1\ 000) + (1/3 \times 3\ 500/5\ 000)] \times \text{Assiette fiscale consolidée} = [0,23 + 0,2 + 0,23] * 900 = 600$ .

La quote-part de A sera (0,66 x 900), soit environ 600, soit l'équivalent de deux tiers de l'assiette consolidée.

Il faut noter qu'il existe une clause de sauvegarde qui pourra s'appliquer si un contribuable considère que la quote-part attribuée à un membre du groupe ne reflète pas de manière fidèle son volume d'activité et qui permet avec l'accord des autorités administratives compétentes d'appliquer une autre clef de répartition.

Une fois la répartition effectuée entre les différents Etats membres, ceux-ci imposent la quote-part d'assiette qui leur revient<sup>727</sup>, selon le taux d'imposition applicable dans chacun des Etats membres concernés.

**381** - On le voit, le but de ce projet de directive n'est pas d'harmoniser la fiscalité des Etats membres, mais plutôt d'offrir un cadre législatif global dans lequel les législations nationales pourront s'épanouir.

Si ce projet a été accueilli favorablement par les contribuables<sup>728</sup> puisqu'il permettrait la compensation transfrontalière des déficits entre entités liées et une réduction des coûts d'implantation, cela n'est pas forcément le cas des Etats membres.

Ces derniers craignent en effet une complexification du contentieux fiscal, puisque si la mise en place d'une autorité fiscale principale est louable, les autres États membres peuvent introduire des recours y compris contre les décisions de l'autorité fiscale principale. Ceci ne simplifiera pas la relation administration/contribuable et pourrait

<sup>727</sup> Après la déduction de certains éléments listés à l'article 102 (déficits non compensés, cessions d'immobilisations, produits et charges liés aux contrats long terme etc. et 76 (intérêts et redevances) de la proposition de directive.

<sup>728</sup> Synthèse de l'enquête sur la fiscalité auprès de chefs d'entreprises de dix pays de l'UE. Ipsos/ CCIP – Mars 2011.

engendrer sur une problématique commune, des décisions contradictoires entre les différentes juridictions nationales. Il faudra alors, attendre une décision de la CJUE afin d'uniformiser l'application de l'ACCIS.

Un autre sujet de conflit est relatif au caractère optionnel de l'ACCIS, alors qu'un régime obligatoire était réclamé par certains Etats comme l'Italie et que cette dernière pourrait engendrer une perte de matière imposable. Sur ce point, les sénateurs ont estimé une perte de l'ordre de 1,3 milliard d'euros au titre de la consolidation transfrontalière des bénéficiaires et des pertes. Il est cependant important de noter que ce montant correspond en réalité à la suppression d'une double imposition économique du revenu et que celle-ci n'existerait pas dans un cadre strictement national.

**382** - Au delà des réticences politiques émises par les États, la principale critique touchant l'ACCIS est relative à la clef de répartition. Selon PWC, « *La formule de répartition témoigne d'une conception dépassée de l'économie, plus proche du tissu des entreprises de la deuxième révolution industrielle que de celui du « boom » de l'économie numérique et de l'ère post éclatement de la bulle internet. En effet, la formule, fait totalement l'impasse sur les biens incorporels, tels que les brevets, marques et modèles par exemple, alors même qu'ils peuvent représenter le bien le plus important de certaines entreprises* »<sup>729</sup>.

Leur prise en compte à minima dans le chiffre d'affaires, est d'ailleurs surprenante puisque certains États européens, conscients de leur fort potentiel en matière de valeur ajoutée, exonèrent par exemple les produits de propriété intellectuelle<sup>730</sup>. Parallèlement, selon l'étude effectuée par ce cabinet, la force de production (main d'œuvre), semble surestimée, par rapport aux activités de recherche et de développement.

**383** - Ces différentes critiques sont bien évidemment à l'origine du peu d'avancées qu'a connu le projet de directive depuis sa publication<sup>731</sup>.

Pour autant, nous devons souligner que Bruxelles, a récemment relancé l'attention des Etats quant à la possibilité d'instaurer une assiette commune, par le biais d'une consultation visant à recueillir des avis sur les mesures à envisager afin de mettre en place

---

<sup>729</sup> [www.pwc.lu/en/press-articles/2011/l-assiette-commune-consolidee-pour-l-impot-sur-les-societes.jhtml](http://www.pwc.lu/en/press-articles/2011/l-assiette-commune-consolidee-pour-l-impot-sur-les-societes.jhtml).

<sup>730</sup> Conformément au régime d'aides d'État : V. pour le régime espagnol, aide d'État n°480/2007, C(2008) 467, et pour le régime du Liechtenstein, PR(11)36 du 1er juin 2011, ainsi qu'au Code de conduite : V. le rapport du Groupe Code de Conduite au Conseil ECOFIN, 26 novembre 2008, 16084/1/08, FISC 166, concernant le régime belge, luxembourgeois et espagnol.

<sup>731</sup> R. WALTER, *Où en est le projet de l'ACCIS* ; Les nouvelles fiscales n°1141, 1<sup>er</sup> octobre 2014.

cette dernière. Cette consultation, qui s'est achevée le 8 janvier 2016, a notamment fait ressortir que le mécanisme devrait être obligatoire afin de prendre tout son sens et de permettre de lutter plus efficacement contre les comportements abusifs ainsi que sur une mise en place graduelle du dispositif.

Récemment, on a également pu constater un léger regain d'intérêt pour le projet d'ACCIS dans le cadre d'un rapport publié par le cabinet d'avocats EY<sup>732</sup>, dans le cadre d'une étude sur la compétitivité fiscale de différents Etats de l'Union. Ce rapport, indique que les pays ayant émis des réserves importantes quant à son intégration, sont ceux dont la législation serait la plus compatible et que par ailleurs, l'ACCIS aurait un impact significatif sur les difficultés liées au régime fiscal de la dette des entreprises. Ce rapport, vient également indiquer que la mise en place de ce mécanisme engendrerait des pertes budgétaires potentiellement importantes pour certains Etats membres, point sensible, notamment dans une période de difficultés économiques.

**384 -** On le voit, l'harmonisation européenne en matière de fiscalité directe n'est pas encore entrée dans une phase de globalisation, c'est pourquoi les Etats cherchent de leur côté, ou sous l'influence d'organisations comme l'OCDE, des moyens alternatifs afin de promouvoir un rapprochement des législations, bien que celle-ci soit selon certains, nécessaire au bon fonctionnement du Marché unique<sup>733</sup>.

Pour autant, on peut penser qu'un pas a récemment été franchi quant à une évolution prochaine du contentieux des aides d'Etat relatif aux pratiques administratives de certains Etats membres de l'UE, puisque les 28 se sont accordés sur un échange automatique à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017, portant sur les rescrits et accords sur les prix de transfert qui ont été délivrés, modifiés ou prorogés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014 et ceux en vigueur à cette date, délivrés, modifiés ou prorogés en 2012 et 2013<sup>734</sup>.

**385 -** Sur la question de l'échange automatique, il est à noter que la directive venant encadrer le fonctionnement de la mesure, a été récemment publiée<sup>735</sup>, suite à son adoption de 25 mai 2016.

---

<sup>732</sup> Dr. fisc. 2016, n°22, act. 350.

<sup>733</sup> N. LENOIR et M. HAYAT, *Vers un impôt européen sur les sociétés* ; rapport du Cercle des européens 2011.

<sup>734</sup> Note IP/15/5780 et communiqué 703/15, du 6 octobre 2013.

<sup>735</sup> Directive 2016/881/UE, du 25 mai 2016, concernant l'échange automatique et obligatoire d'information dans le domaine fiscal.

Elle prévoit notamment que les Etats membres, devront prendre les mesures nécessaires afin que l'entité mère d'un groupe, dépose une déclaration pays par pays, afin que l'administration puisse connaître le schéma opérationnel des groupes. Elle devra contenir des informations sur le chiffre d'affaires, le bénéfice avant impôt, les impôts acquittés, le capital social, les bénéfices non distribués, le nombre des employés, les actifs détenus et ce, pour chaque juridiction dans lesquelles de groupe est implanté<sup>736</sup>.

---

<sup>736</sup> Publication de la directive étendant le champ d'application de l'échange automatique d'information à la déclaration pays par pays, Dr. fisc. n°23, act. 355.

## CHAPITRE II : LES MECANISMES ANTI-ABUS

### INTERNATIONAUX

**386** - Nous avons pu voir dans le cadre de notre travail que la France et l'Union européenne, avaient mis en place des mécanismes visant à limiter les pratiques fiscales abusives des contribuables, pour autant nous avons vu que dans le cadre de l'UE, la modification de la législation fiscale dans le cadre de la promotion d'une harmonisation ou à défaut, d'une relative convergence, était particulièrement difficile du fait des difficultés rencontrées dans le cadre de l'adoption des normes européennes en matière fiscale.

De ce fait, il est nécessaire pour les Etats, à défaut de l'existence d'une norme internationale unifiée, de mettre en place comme nous l'avons vu pour la France, des mécanismes anti-abus visant à prévenir les comportements fiscaux déviants des contribuables qui entraînent d'importantes pertes de recettes budgétaires.

De manière classique, ces mécanismes peuvent être entendus de deux manières différentes. Ils peuvent prendre la forme de mécanismes nationaux visant à limiter les actes abusifs ou frauduleux, comme nous l'avons vu dans le cadre des différents mécanismes anti-abus généraux ou spécifiques. Ils peuvent également prendre la forme d'accords multilatéraux et plus particulièrement, de dispositions spécifiques intégrées dans les conventions internationales signées et appliquées par les différents Etats. Ces dernières visent nous le verrons, à limiter l'usage abusif des conventions, afin que les contribuables ne soient pas exonérés dans les deux Etats dans lesquels ils sont implantés et qui sont concernés par la convention en question. Pour autant, nous avons vu que ces différents mécanismes n'étaient aujourd'hui plus suffisants afin de lutter contre les pratiques abusives des entreprises et notamment des multinationales, ce qui a amené des organismes comme l'OCDE, à proposer des solutions innovantes et applicables à plus ou moins court terme par les différents Etats, afin de promouvoir un rapprochement des législations fiscales à travers le monde.

**387** - Lorsque l'on va s'intéresser aux pays membres de l'OCDE, nous verrons que si la majorité des Etats ont mis en place des mécanismes de plus en plus restrictifs afin de lutter contre les pratiques fiscales abusives, sources d'importantes pertes de recettes



budgétaires<sup>737</sup>, nous constatons que l'attitude des différents Etats concernant le taux des prélèvements obligatoires est très diversifiée. Parmi les différents membres de l'OCDE<sup>738</sup>, entre 2007 et 2013, 6 Etats ont augmenté le taux de taxation des sociétés, soit en augmentant directement le taux d'imposition, soit comme ce fut le cas en France, en ajoutant des contributions exceptionnelles à ce dernier. A contrario, 19 Etats membres de l'OCDE tels que le Royaume-Uni ont diminué le taux d'imposition des sociétés afin de promouvoir l'investissement, quitte à limiter la perception de recettes fiscales à court terme.

On le voit, deux stratégies macroéconomiques s'opposent dans le but de relancer la croissance, pour autant on peut constater que dans tous les cas, tous les Etats ont connu une diminution de leurs recettes fiscales sur l'imposition des sociétés par rapport au PIB durant la période 2007 à 2011 allant de 1 à 2%.

Toutes ces réflexions, si elles ont été de longues dates entreprises par l'OCDE, n'ont réellement été accueillies par les Etats membres de l'organisation qu'après l'importante crise économique que le monde a traversé depuis 2008 et notamment suite à la réunion du G 20 à Saint-Petersbourg de 2013 qui a permis d'envisager dans le cadre du rapport BEPS (V. n°466 et s.), des solutions globales et novatrices afin de lutter conjointement et efficacement contre l'optimisation fiscale abusive, dans un contexte économique aujourd'hui de plus en plus dépourvu de frontières physiques<sup>739</sup>.

**388** - Nous allons donc voir dans le cadre d'une première section (Section I), quels sont les différents mécanismes mis en place par les Etats dans le cadre de la lutte contre l'érosion des bases d'imposition liée aux pratiques fiscales dommageables. Puis, nous verrons dans le cadre d'une deuxième section (Section II), en quoi l'OCDE est un des acteurs les plus importants dans le cadre de la promotion d'une fiscalité adaptée à l'économie moderne, mais également d'une certaine convergence entre les législations des différents Etats, afin que ces derniers puissent à la fois lutter plus efficacement contre les abus, mais également favoriser les échanges internationaux entre les différentes entreprises.

---

<sup>737</sup> Forum for Tax Administration SME Compliance Sub-Group, OECD 2012.

<sup>738</sup> <http://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=58204>.

<sup>739</sup> O. DEBAT et J.-P. LIEB, *Le projet Beps : une refondation de l'ordre fiscal international ? (1<sup>ère</sup> partie)*, FR 4/16, n°21, et (2<sup>ème</sup> partie), FR 6/16, n°6,

## **Section I : Les pratiques abusives : un phénomène mondial nécessitant une réponse globale**

**389** - Nous avons pu constater dans le cadre de nos différents propos, que la perte de recettes budgétaires concernait aujourd'hui la majorité des Etats du monde. Qu'il s'agisse de répondre à des comportements frauduleux, d'évasion ou d'optimisation fiscale agressive, tous les Etats doivent donc dans le cadre de la lutte contre les comportements déviants, mettre en place à défaut d'outils globaux et internationaux, des mécanismes visant à empêcher les contribuables, de soustraire de la masse imposable à un Etat dans lequel ils sont implantés.

Pour autant, l'évaluation de l'ampleur du phénomène sur les finances publiques présente de nombreuses difficultés. Les données accessibles sont donc une denrée rare et les estimations pratiquées quant au montant global de la perte en recette fiscale pour les Etats sont variables d'une étude à l'autre, même si l'on peut avancer un chiffre d'évasion fiscale pour les entreprises qui, selon certaines estimations, détiendraient environ 370 milliards d'euros dans des paradis fiscaux<sup>740</sup>.

**390** - Si pendant longtemps, la fraude fiscale a été largement ignorée par les différents législateurs, ces dernières années, notamment du fait de l'augmentation des déficits publics des Etats à travers le monde depuis 2008, nous constatons un regain d'intérêt pour la lutte contre la fraude fiscale<sup>741</sup> et donc à un durcissement général des politiques anti-abus à travers le monde.

Lorsque l'on s'intéresse aux études effectuées sur ce sujet, on se rend vite compte que la fraude fiscale des entreprises ne se limite pas comme on pourrait le penser aux entreprises multinationales<sup>742</sup>.

La question que nous pouvons légitimement nous poser de ce fait est de savoir, si les mécanismes fiscaux utilisés par les grandes entreprises afin de limiter leurs impositions, sont respectueux de la lettre de la législation fiscale ou alors, ce qui serait plus grave, si la

---

<sup>740</sup> Le journaliste Antoine Peillon, avance ainsi un montant global d'avoirs français détenus dans des paradis fiscaux d'un montant de 590 milliards d'euros, dont 370 seraient détenus par des entreprises.

<sup>741</sup> C. WRAZEN, *Fraude fiscale, légitimité, illégitimité, phénomène d'élite ou phénomène de masse ?* Dr. fisc. 2007, n°3, 49.

<sup>742</sup> V. tableau des données de la CIF.

législation fiscale et les procédures mises en place par l'administration fiscale dans le cadre de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale sont inefficaces.

**391** - Par ailleurs, la lecture du rapport Bocquet, nous a montré que les pratiques fiscales dommageables ne s'apprécient pas de la même manière en fonction des opérateurs économiques auxquels nous avons affaire. En effet, contrairement aux PME, qui lorsqu'elles fraudent l'impôt ont recourt à des méthodes relativement rudimentaires, les grandes entreprises et notamment multinationales, contournent l'impôt par des techniques qui, sous leur aspect légal peuvent rapidement s'apparenter à de l'évasion ou de la fraude fiscale. Le rapport précité établit un lien entre la fraude fiscale des grandes entreprises et les « *faux expatriés* », c'est à dire des contribuables, personnes physiques, assurant être domiciliés fiscalement hors de France mais qui dans la réalité sont bien résidents fiscaux français et devant à ce titre s'acquitter de leurs impôts en France. Ainsi, Olivier Siveude<sup>743</sup>, directeur des vérifications nationales et internationales rapproche les « *faux expatriés* » et les établissements stables de certaines sociétés, qui exercent une partie de leurs activités en France depuis l'étranger, voir depuis un paradis fiscal.

Ces entreprises, réalisent en France des prestations diverses, par le biais de ce type d'établissement, sans pour autant y remplir d'obligations fiscales ou alors de manière très limitée. On se retrouve donc dans une situation où une entreprise a une présence économique en France sans y remplir d'obligation fiscale, cette problématique est d'ailleurs au cœur des récentes discussions au sein des organisations internationales et notamment de l'OCDE, sur les problématiques liées à l'érosion des bases d'impositions du fait des problématiques liées à la notion d'établissement stable et de substance.

**392** - Nous allons donc voir dans le cadre d'une première sous-section (Sous-section I), quels sont les mécanismes nationaux visant à remettre en cause les comportements abusifs puis, nous verrons dans une deuxième section, quels sont les instruments internationaux et notamment conventionnels, qui permettent de limiter ces pratiques (Sous-section II)

---

<sup>743</sup> Audition de M. Olivier Siveude, directeur des vérifications nationales et internationales (DVNI), du mardi 10 avril 2012.

## **Sous-section I : La réponse des Etats à l'érosion des bases d'imposition du fait du développement des comportements fiscaux abusifs**

**393** - Dans le cadre de notre propos, nous avons vu quels étaient les mécanismes mis en place par le législateur français afin de lutter contre les comportement abusifs des contribuables, bien évidemment, d'autres Etats ont également mis en place des mécanismes poursuivant le même but, bien que ces derniers puissent être différents des mécanismes français.

Bien évidemment, nous ne pourrons pas étudier l'ensemble des mécanismes anti-abus existant à travers le monde, nous intéresserons donc ici plus particulièrement aux Etats membres de l'UE et à certains partenaires économiques majeurs de la France.

Nous allons donc voir dans le cadre d'un premier paragraphe (§I), quels sont les mécanismes mis en place par les pays européen afin de lutter contre les pratiques abusives, puis, nous verrons dans le cadre d'un second paragraphe (§II), quels sont les mécanismes mis en place par les pays tiers à l'UE.

### **§I) Les mécanismes anti-abus mis en place par les Etats membres de l'UE**

**394** - Dans de nombreux Etats de l'UE, les difficultés économiques, combinées à une opinion publique très attentive aux pratiques fiscales des entreprises, ont poussé les gouvernements à lutter plus efficacement contre les pertes de recettes budgétaires.

Nous allons voir dans un premier temps que de nombreux Etats européens ont mis en place des règles générales anti-abus (GAAR) et notamment le Royaume-Uni (A) puis, nous verrons comment ce mécanisme a été intégré dans les autres Etats de l'Union (B).

#### **A) Les mécanismes anti-abus britanniques : un modèle européen ?**

**395** - Lorsque l'on s'intéresse à la mise en place de normes anti-abus générales, un des premiers Etats auquel on pense est bien évidemment le Royaume-Uni, dont la tradition juridique, bien différente de la France, a permis la mise en place de ce type de norme.

Nous allons donc voir quelles sont les caractéristiques de la norme anti-abus britannique (1°), Etat qui a également mis en place des normes anti-abus spécifiques (2°), notamment comme l'obligation de divulguer certains schémas d'optimisation (3°), enfin, nous verrons comment sont sanctionnés les comportements frauduleux au Royaume-Uni (4°).

## 1°) La norme générale anti-abus au Royaume-Uni

**396 -** Le Royaume-Uni comme la France, est victime d'un écart significatif bien que moins important entre les recettes fiscales attendues et les recettes fiscales réelles, cet écart est de 35 milliard de livres sterling et 14% de cet écart soit 5 milliards, est dû aux pratiques des contribuables visant à éviter l'imposition<sup>744</sup>.

De ce fait, comme la majorité des Etats qui n'en disposait pas, le Royaume-Uni a mis en place une législation anti-abus générale.

**397 -** *Une origine jurisprudentielle.* Les juridictions britanniques, lorsqu'elles interprètent les positions fiscales des contribuables, font application de la jurisprudence Ramsay<sup>745</sup>, qui a mis un terme à l'interprétation « *étape par étape* » des décisions du contribuable ayant entraîné un avantage fiscal et a développé, une approche plus globale de l'opération envisagée. Dans cette affaire, un contribuable avait afin de préserver une importante plus-value, mis en place deux prêts portant intérêt par l'intermédiaire d'une banque au profit d'une filiale nouvellement acquise.

La société a par la suite réduit les intérêts du premier prêt à zéro, tandis que les intérêts du second prêt étaient doublés. Le second prêt, a été cédé à une autre société ce qui a engendré une plus-value ; le premier prêt a été remboursé au pair et une moins-value équivalente est apparue sur la vente des parts de la filiale à une autre société.

Le contribuable, a donc demandé une déduction d'impôt pour la perte de capital, tout en considérant que le profit en capital comme exonéré de l'impôt, comme une dette sur titre. La Chambre des Lords, tout en acceptant le principe qu'aucune des étapes du montage représentait un « *simulacre* », a considéré le système dans son ensemble comme abusif et a estimé qu'il devait être considéré comme nul à des fins fiscales.

---

<sup>744</sup> C. FUEST et N. RIEDEL, *Tax evasion, tax avoidance and tax expenditures in developing countries : A review of the literature*, Report prepared for the UK Department for International Development, Oxford University Centre for Business Taxation, 2009.

<sup>745</sup> WT Ramsay Ltd v. IRC, Eilbeck (Inspector of Taxes) v. Rawling, 1982 A.C 300.

**398** - Suite à cette jurisprudence, le Gouvernement britannique s'est penché en 2010 sur la mise en place d'une norme anti-abus générale afin de sanctionner les schémas d'évasion et d'optimisation fiscales agressives. L'objectif est également de sanctionner les promoteurs de ces schémas, mécanisme que le Parlement français a souhaité mettre en place récemment, mais qui a été jugé inconstitutionnel (V. n°222).

**399** - Afin de sanctionner le comportement d'un contribuable, il doit être tout d'abord démontré par l'administration, que l'objectif de ce dernier est d'obtenir de l'opération en cause, un avantage fiscal, autrement dit, l'opération ne correspond pas à un comportement normal dans la conduite de ses affaires.

Le résultat de l'opération envisagée, doit dans les faits aller à l'encontre des principes défendus par la réglementation fiscale et avoir un caractère anormal ou artificiel. Doit être démontrée dans ce cadre, l'intention du contribuable d'exploiter une faille dans la loi fiscale.

Par ailleurs, certains indices permettent de démontrer le caractère abusif de l'opération et notamment le fait que le profit fiscal, est largement supérieur au profit économique de l'opération, que les déductions ou pertes fiscales, sont largement supérieures à leur montant économique, ou que le contribuable, demande un remboursement ou un crédit d'impôt alors qu'il ne paie pas d'impôt.

Dans le but de préserver l'aspect pédagogique du dispositif, ce dernier contient à la fois des prescriptions relatives aux comportements jugés comme légaux, c'est à dire que les avantages fiscaux obtenus sont conformes à ce qu'admet la pratique fiscale britannique mais également, certaines garanties pour le contribuable.

En ce sens, seuls les plus hauts représentants de l'administration fiscale, peuvent demander l'application de la GAAR à l'encontre d'un contribuable et seulement après un avis conforme d'une autorité indépendante.

**400** - Dans le cadre de l'application de ce mécanisme, lorsque le contribuable est jugé comme fautif et toujours dans un objectif de pédagogie, la sanction fiscale est ajustée afin de rétablir l'imposition qui aurait été due sans la mise en place de ces opérations. Il faudra donc comparer l'opération ou la transaction avec un équivalent, qui ne comprendra pas d'aspect abusif.

Lorsqu'il ne sera pas possible de comparer à une autre transaction ou opération, il est possible d'envisager qu'elle n'aurait pas dû avoir lieu et il faudra donc déterminer la sanction applicable afin de la requalifier.

Si l'opération ou la transaction emporte de la part de l'administration fiscale une modification de l'imposition, les tiers peuvent être admis à demander une modification de leur imposition, lorsque ces derniers sont dans une situation équivalente.

**401** - On le voit, la GAAR britannique n'a donc pas vocation à s'appliquer à toutes les opérations mais à des hypothèses extrêmes, qui font ressortir des mécanismes d'optimisations et d'évasion fiscales qui ne sont pas pris en compte par des interdictions ou limitations plus spécifiques. Ces dernières, prennent le nom de « *TAAR* » ou dispositions anti-évitement ciblées.

## **2°) Les mesures anti-abus spécifiques au Royaume-Uni**

**402** - Ces dernières, que l'on retrouve dans la documentation de l'administration fiscale anglaise<sup>746</sup>, sont d'une nature très vaste et visent tous les mécanismes d'optimisation fiscale qui génèrent des dépenses artificielles ou qui impliquent la revendication le bénéfice de certaines sommes comme des crédits d'impôt.

Ces TAAR, sont destinées à dissuader les entreprises de pratiquer « *l'évitement fiscal* », en ciblant certains arrangements faisant apparaître des charges anormales dans le but d'obtenir un avantage fiscal. L'objectif est ici, de rendre les dépenses non déductibles fiscalement et d'inciter les contribuables à mettre en place des stratégies visant à développer réellement l'activité de la société d'un point de vue économique et non pas simplement fiscal.

Le champ d'application de ces dispositifs relativement large, concerne tout aussi bien l'hypothèse des hybrides, le versement ou la perception d'intérêts, les assurances, les pensions, les rémunérations, les coûts administratifs, l'évaluation des actifs etc.

Dans le cadre de la remise en cause d'une opération ou d'un montage, l'administration doit s'intéresser à tous les faits et circonstances ayant engendré la décision. Il faudra par exemple s'intéresser à l'objectif commercial de l'opération, que celui-ci concerne

---

<sup>746</sup> <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/CTM08232.html>.

directement la société ou plus généralement le groupe auquel elle appartient, ce dernier devant être entendu dans le cadre de circonstances économiques normales.

Il faudra également se demander si en ne prenant pas en compte les considérations fiscales, l'opération aurait également permis l'obtention d'un avantage et dans une telle hypothèse, elle ne sera pas remise en cause. L'avantage fiscal doit donc être une conséquence de l'opération et non pas son objectif principal, pour autant, lorsque l'entreprise a le choix entre deux options afin d'atteindre un objectif commercial donné, le fait qu'elle opte pour la voie la moins imposée, n'emporte pas l'application du mécanisme anti-abus, sauf lorsque la différence d'avantage fiscal entre les deux options disponibles, permet de démontrer que l'obtention de cet avantage est le but exclusif de l'opération.

**403** - On le voit, même si des similitudes peuvent être observées entre le régime anglais et le régime français, ce dernier demeure nettement moins libéral. En effet, les mécanismes anti-abus britanniques concernent des problématiques spécifiques et n'ont pas comme l'abus de droit (V. n°138 et s.), un caractère général (sous réserve nous l'avons vu de la GAAR), qui est réservée à des hypothèses plus extrêmes.

Par ailleurs, nous avons vu que l'objectif du législateur et de l'administration fiscale britannique, s'il est bien entendu de sanctionner les opérations, schémas ou transactions abusives, a surtout un objectif pédagogique, les sanctions résidant dans la remise en cause de l'avantage fiscal mais pas dans une répression lourde comme c'est le cas en France.

### **3°) L'obligation de divulgation des schémas d'optimisation**

**404** - Selon l'administration britannique, la meilleure solution pour enrayer le mouvement d'évitement des impositions est la prévention, à la fois par la mise en place d'une législation claire et efficace mais également, par une politique générale démontrant une volonté claire de la part des pouvoirs publics de limiter ce phénomène.

Si nous l'avons vu, la législation fiscale britannique a mis en place une législation anti-abus spéciale, ainsi qu'une plus récente au caractère générale, a été également mise en place une obligation novatrice visant à partir de 2004<sup>747</sup> à, obliger les promoteurs de schémas d'optimisation, à les communiquer à l'administration fiscale afin que cette

---

<sup>747</sup> Le dispositif a été mis en place dans le cadre de la Loi de finance de 2004.



dernière puisse à la fois, identifier le plus tôt possible les schémas utilisés par les contribuables, identifier ceux pouvant être considérés comme étant abusifs et devant être remis en cause et permettant également de modifier la législation fiscale afin de mettre un terme à certaines pratiques qui n'étaient jusqu'alors pas prises en compte par la loi.

Ce mécanisme est applicable à différents types d'impôts, à savoir l'IR, l'IS, les plus-values, les contributions sur les assurances, les droits de mutations, la TVA, etc.

Les promoteurs de schémas doivent, afin que le système soit efficace, fournir des informations suffisantes à l'administration fiscale à savoir, son identité, les raisons pour lesquelles le schéma en question doit être divulgué, les éléments et différentes étapes du schéma et enfin, quel en sera l'avantage fiscal.

Il est à noter que sont considérés comme des promoteurs, les personnes qui peuvent être considérées comme responsables de la création d'un schéma, ceux qui le commercialisent, ou ceux qui le mettent en pratique.

Bien entendu, la divulgation de certaines informations peut aller à l'encontre de certains droits fondamentaux (comme la confidentialité des échanges entre un avocat et son client), ce qui a d'ailleurs posé un problème lorsque le Parlement français a souhaité mettre en place un mécanisme similaire.

C'est sur ce point que le mécanisme perd en efficacité, l'information ne concerne en effet que les schémas « *commercialisés* » et donc pas le conseil et l'assistance juridiques. On imagine assez facilement que de nombreux conseils qui mettent en place des schémas d'optimisation les considèrent comme confidentiels et ne les transmettent pas à l'administration fiscale.

**405 -** L'originalité de ce système d'information est qu'il opère une classification des schémas sur lesquels l'administration a obtenu des informations. Chaque schéma possède donc un numéro de série, qui permet d'identifier les utilisateurs qui devront fournir ce numéro dans le cadre de leur déclaration d'impôt.

L'idée de ce mécanisme n'est pas de stigmatiser ni de sanctionner les contribuables mais plutôt d'avoir un aperçu global de la pratique des affaires et de pouvoir identifier les comportements abusifs afin de mieux adapter la législation.

L'information de l'administration de la commercialisation d'un schéma doit avoir lieu dans les 5 jours, en cas de non respect de cette obligation, le promoteur pourra être sanctionné. En matière de TVA, la sanction est de 15% de l'économie réalisée par le

contribuable et 5 000 livres sterling pour les schémas qui sont déjà identifiés comme abusifs.

La pénalité de 5 000 livres sterling est également applicable aux autres impôts et taxes et peut être le cas échéant complétée par une pénalité de 600 livres sterling par jours, lorsque l'information n'est toujours pas transmise à l'administration.

#### **4°) La sanction des cas de fraude au Royaume-Uni**

**406** - Comme c'est le cas dans de nombreux Etats, la qualification pénale d'un comportement va nécessiter un élément matériel et un élément intentionnel. Il faudra ainsi qu'il existe une sous déclaration des revenus, ou un sous paiement d'impôt. La fraude peut être à la fois imputée à une personne physique ou à une personne morale.

Dans le cadre de la réforme de sa législation, le Gouvernement britannique a indiqué sa volonté d'introduire un nouveau délit d'évasion fiscale et d'augmenter de manière significative les pénalités applicables notamment pour les activités impliquant des comptes offshores etc.

Comme c'est le cas en France, l'application de la norme pénale et de la norme anti-abus vont appréhender des situations différentes, dans l'une, il s'agit de la soustraction volontaire à l'impôt, dans l'autre, il s'agira de la recherche d'un avantage fiscal indu.

Pour autant, les deux régimes de sanctions, vont pouvoir s'appliquer dans la même situation, il seront simplement chacun mis en place pour des faits différents.

#### **B) Les mécanismes mis en place dans les autres pays de l'Union**

**407** - Si le Royaume-Uni a mis en place un ensemble de règle anti-abus homogène et applicable à de nombreuses situations, afin de dissuader les comportements déviants, de nombreux Etats européens ont également mis en place des mécanismes comparables, en fonction de leur tradition juridique spécifique. Nous verrons ainsi quels sont les mécanismes anti-abus mis en place, au Luxembourg (1°), en Allemagne (2°), En Belgique (3°), aux Pays-Bas (4°), en Italie (5°) et en Espagne (6°).

## 1°) Les mécanismes applicables au Luxembourg

**408** - Comme au Royaume-Uni, la législation luxembourgeoise est divisée entre des règles anti-abus spécifiques et une règle plus générale.

Concernant la réglementation spécifique, elle est issue d'une loi du 28 janvier 1948 relative aux transactions immobilières réalisées de mauvaise foi et sur les évaluations artificielles des actifs lors d'un héritage ; elle se retrouve également dans une loi du 12 février 1979 qui prévoit des sanctions en cas de fausse déclaration fiscale.

Concernant la réglementation générale<sup>748</sup>, cette dernière est intégrée aux sections 5 et 6 de la Loi d'adaptation luxembourgeoise et s'applique indistinctement à l'IR, à l'IS, aux taxes municipales et sur le patrimoine et vise à remettre en cause les transactions qui représentent un abus de droit. Cette règle, pourrait être étendue aux impositions indirectes, bien qu'il n'existe aujourd'hui pas de jurisprudence sur le sujet.

Selon cette règle, il y aura abus de droit lorsque le contribuable voudra éviter ou réduire l'application d'une imposition, ou obtenir un avantage fiscal mais également, lorsque ce dernier utilisera une méthode inappropriée n'ayant pas de justification économique autre que l'obtention d'un avantage fiscal et ce, même si le contribuable n'a pas d'intention frauduleuse.

Pour autant, il faut impérativement souligner que la jurisprudence luxembourgeoise applique de manière très restrictive ces réglementations et fait prévaloir la liberté de mettre en place des opérations ou schémas, qui comprennent des avantages fiscaux, ce qui a pu nous l'avons vu dans le cadre des aides d'Etat, certains abus.

**409** - Dans l'hypothèse où un contribuable serait donc sanctionné pour la commission d'un abus de droit, l'administration requalifie l'opération au niveau de toutes les parties impliquées, par exemple lorsqu'une distribution occulte de dividendes sera mise en lumière, les sommes seront considérées comme non déductibles mais également le cas échéant, soumises à retenue à la source. On le voit, l'objectif du mécanisme à l'instar du mécanisme anglais, est de remettre les parties dans la situation qui aurait été la leur, sans l'existence de l'abus de droit. Pour autant, une taxation forfaitaire peut être décidée dans le cas d'un transfert de bénéfices à un non résident. Enfin, dans le cas où le contribuable

---

<sup>748</sup> K. KOSZEGHY, *Adressing abuse in Luxembourg Tax Law with a new GAAR*, Thèse, Université du Luxembourg, 2014.

participerait à une opération de fraude ou d'évasion fiscale, ce dernier pourrait faire l'objet de sanctions administratives ou pénales plus spécifiques.

**410** - Afin d'éviter l'application d'une règle anti-abus, les contribuables luxembourgeois peuvent bénéficier de la procédure de rescrit, très développée dans ce pays et qui pose d'ailleurs aujourd'hui de nombreux problèmes vis à vis de la Communauté européenne (V. n°350 et s.).

Dans une telle hypothèse, le contribuable demande à l'administration fiscale la confirmation du traitement fiscal qu'il souhaite appliquer à une opération ou une transaction. La lettre de requête doit comprendre tous les éléments permettant à l'administration fiscale de juger de la manière dont la législation fiscale doit être appliquée. La réponse de l'administration sur la question posée est donnée dans les 2 mois de la demande, délai bien plus rapide et acceptable par rapport aux contraintes de la vie des affaires que le délai de 6 mois que l'on retrouve dans la procédure française de rescrit. Par ailleurs, il est important de noter qu'une première position de l'administration peut être obtenue dans le cadre d'une discussion en amont, celle-ci ne lie pas en revanche l'administration qui donnera une position définitive après l'étude complète du dossier.

Il nous faut pour conclure sur ce point indiquer que la GAAR n'est que rarement utilisée au Luxembourg, qui préfère toujours appliquer des réglementations spécifiques sur des hypothèses données par exemple en cas de sous-capitalisation<sup>749</sup>.

## **2°) Les mécanismes anti-abus allemands**

**411** - Comme les mécanismes que l'on retrouve dans les Etats que nous avons précédemment étudiés, la législation allemande prévoit des règles spécifiques applicables à certaines situations, mais également un mécanisme plus général. Ce mécanisme, codifié dans la section 42 du Code fiscal<sup>750</sup>, vise à sanctionner les contribuables qui ont pour but exclusif, d'éviter l'application d'une imposition.

---

<sup>749</sup> <http://taxsummaries.pwc.com/uk/taxsummaries/wwts.nsf/ID/Luxembourg-Corporate-Group-taxation>.

<sup>750</sup> L'article 42 de l'*Abgabenordnung* (AO), le code fiscal allemand, dispose ainsi que « *Un abus est réputé exister si une option juridique inappropriée est choisie, en comparaison avec une option appropriée, et conduit pour le contribuable ou pour un tiers à des avantages fiscaux non conformes à l'objectif de la loi. Ceci n'est pas applicable lorsque le contribuable apporte pour l'option sélectionnée la preuve de raisons non fiscales qui sont pertinentes lorsqu'elles sont appréhendées dans une perspective globale* ».

La jurisprudence allemande afin de remettre en cause les opérations ou transactions litigieuses, a proposé différents critères afin d'appliquer la GAAR ; l'opération doit avoir un caractère abusif et ne doit pas avoir de justification économique.

Certaines situations sont particulièrement visées comme le fait que l'opération mise en place, ne corresponde pas au but économique poursuivi, qu'elle fasse apparaître un avantage fiscal qui n'aurait pas existé dans des circonstances normales, ou que le contribuable ne puisse pas démontrer que l'opération en cause emporte des avantages économiques ou commerciaux, prépondérants sur l'avantage fiscal.

Si le contribuable ne peut démontrer la légalité de l'opération, elle sera requalifiée sous une autre forme respectant les prescriptions de la législation et l'avantage fiscal retiré de cette dernière, sera imposé dans les conditions de droit commun. Si l'opération est la résultante de la somme d'opérations intermédiaires ayant une justification économique ou commerciale et que seul l'ensemble permet l'obtention d'un avantage fiscal, la GAAR ne pourra être appliquée. En revanche, si tout l'ensemble et donc, y compris les opérations intermédiaires n'ont pas d'autre objectif que l'obtention d'un avantage fiscal, l'opération sera remise en cause dans son ensemble.

**412 -** Dans l'hypothèse où un contribuable serait sanctionné dans le cadre de la GAAR, il devra payer le juste impôt qui aurait été dû en l'absence de la commission d'un abus, il sera également soumis à un intérêt de 6% qui est non déductible. L'opération sera par ailleurs recaractérisée, afin qu'elle respecte les prescriptions de la législation fiscale. Des peines de prison et des amendes pénales peuvent également s'appliquer dans le cas d'opération de fraude ou d'évasion fiscale.

**413 -** Il est également possible en Allemagne pour le contribuable d'obtenir l'avis de l'administration sur une opération envisagée dans le cadre d'une procédure de rescrit. Là aussi, tous les détails et caractéristiques de l'opération doivent être fournis à l'administration pour que cette dernière ait une vision globale de la volonté du contribuable.

S'il n'existe pas de délai de réponse en tant que tel, il est considéré que si cette dernière prend plus de trois mois, elle équivaut à une acceptation tacite de l'opération et les sanctions encourues ne seront pas applicables.

**414** - La législation allemande, va également sanctionner les comportements qui pourront relever de la fraude fiscale, au travers notamment de la notion de « *tax evasion* »<sup>751</sup>. Il est ainsi prévu l'application d'une amende ou une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans, à l'encontre de la fourniture de fausses informations, l'omission d'informations, la non utilisation de timbre fiscaux, ou la minoration de l'imposition due.

Des circonstances aggravantes peuvent également engendrer l'application d'une peine de prison pouvant aller jusqu'à dix ans, en cas de minoration de l'impôt dans le but d'obtenir des avantages injustifiés, l'abus de position en tant que fonctionnaire, l'utilisation de documents contrefaits ou falsifiés, la minoration de la TVA ou des droits d'accise.

Il faut noter que dans le cadre de la législation allemande, la tentative est également punissable.

### **3°) Les mécanismes anti-abus belges**

**415** - Si les Etats prévoient généralement des mécanismes anti-abus spécifiques à certains points de droit et un mécanisme plus général applicable à tous les impôts et taxes, la législation Belge prévoit quant à elle un mécanisme plus original, puisqu'elle a mis en place des règles générales anti abus spécifiques à chaque impôt.

La GAAR<sup>752</sup> applicable à l'IS et aux droits d'enregistrement et de mutation, introduite en 1993, a été modifiée par une loi du 29 mars 2012, visant à élargir les prérogatives de l'administration dans la requalification des transactions et opérations abusives mises en place par les contribuables et ce, afin de lutter plus efficacement contre les comportements déviants.

Le mécanisme applicable à la TVA, a également été modifié afin de respecter les prescriptions de la jurisprudence européenne issues de la décision Halifax (V. n°103).

Si ce dernier n'est pas sans intérêt, nous allons nous concentrer sur le mécanisme applicable en matière d'IS, qui pourra être appliqué si différents critères sont réunis.

La charge de la preuve reposant sur l'administration fiscale Belge, cette dernière doit prouver qu'il existe un comportement abusif de la part du contribuable. Cet abus existe

---

<sup>751</sup> Art. 370 du Code des impôts.

<sup>752</sup> Art. 344, B 1 du Code des impôts ; art. 18, B 2 du Code de l'enregistrement ; art. 106, B 2 du Code des droits des succession et art. 1, B 10 du Code de la TVA.

du fait que la transaction mise en place, va à l'encontre des prescriptions législatives et n'est motivée que par l'obtention d'un avantage fiscal.

Pour autant, l'administration Belge reconnaît le droit à un contribuable de mettre en place des transactions ou des opérations, de manière à ce qu'il subisse le moins d'imposition dans des circonstances données, tant que son comportement n'est pas jugé comme abusif.

Sont considérées comme artificielles les opérations ou transactions qui n'ont aucun objectif économique réel vis à vis de la législation fiscale ou par rapports aux circonstances de l'affaire, ou celles qui n'ont pas été conclues aux conditions du marché et seulement afin d'éviter l'imposition.

Comme dans la majorité des systèmes anti-abus, il est parfois difficile de définir ce qui pourrait être considéré comme une opération ou une transaction normale sans tomber dans la facilité qui consisterait à dire que l'opération normale serait celle qui serait la plus imposée. De ce fait, le contribuable, lorsque l'administration remet en cause une transaction ou une opération, devra prouver que l'opération était motivée principalement par une autre raison que celle intéressant le facteur fiscal.

S'il échoue dans cette preuve, l'acte ou la transaction ne sera pas opposable à l'administration fiscale qui pourra procéder à la requalification. Cette dernière imposera l'acte ou l'opération comme il l'aurait été dans des circonstances normales.

**416 -** Comme dans la majorité des Etats, il est possible pour le contribuable d'obtenir un rescrit de la part de l'administration Belge (auprès du Service des décisions anticipées en matière fiscale), afin d'obtenir la confirmation de la validité du traitement fiscal d'une opération ou d'une transaction.

La décision de rescrit ne peut être obtenue qu'en amont de l'opération et le service garantit dans le cadre de l'étude du dossier que les renseignements fournis ne seront en aucun cas, transmis à l'administration fiscale afin d'encourager les contribuables à utiliser cette procédure. Pour autant, lorsque le service des décisions anticipé valide une opération, l'administration fiscale pourra le cas échéant appliquer un mécanisme anti-abus puisqu'elle n'est pas partie à la décision de rescrit.

**417** - La loi Belge connaît également un délit de fraude fiscale, dont le champ est relativement large, puisque codifié dans la majorité des textes fiscaux<sup>753</sup>, mais qui va sanctionner pour autant certains comportements, limitativement énumérés.

Afin d'appliquer le délit de fraude, il faudra réunir un élément matériel, caractérisé par la violation d'une disposition légale et un élément intentionnel, c'est à dire une intention spécifique de nuire. La simple violation de la loi fiscale n'est donc pas suffisante.

Dans le cadre de la loi belge, la personne physique ou la personne morale au travers de ses dirigeants peut être condamnée, la peine encourue est de deux ans de prison et 3 millions d'euros.

Il faut noter qu'en Belgique, on ne pourra pas appliquer à la même affaire, la clause anti-abus et le délit de fraude fiscale, la GAAR viendra s'appliquer dès lors qu'il n'y a pas de violation de la législation fiscale.

#### **4°) Les mécanismes anti-abus hollandais**

**418** - Les Pays bas connaissent également une législation anti-abus binaire à l'instar de la majorité des pays anglo-saxons, en prévoyant à la fois une législation spécifique à certains points de droits, mais également un mécanisme plus général basé sur le concept de « *fraus legis* », mis en place par la jurisprudence et qui correspond à une forme d'abus de droit. Aucun des domaines de droit fiscal hollandais n'échappe à l'application de ce mécanisme, qui vise à faire prévaloir la réelle nature des actes, opérations ou transactions mis en place par le contribuable, sur leur apparence.

Comme dans les autres mécanismes que nous avons étudiés, seront sanctionnés les actes ayant pour seul objectif l'évitement d'une imposition, c'est à dire ceux qui n'ont aucune justification économique ou commerciale et qui vont à l'encontre d'une règle de droit ou de son esprit.

Si l'opération est sanctionnée, elle sera requalifiée afin de la transformer en une opération taxable dans des conditions normales de marché, afin d'établir une imposition dans des circonstances normales.

---

<sup>753</sup> Art.73 du Code de la TVA ; art. 206 du Code des droits d'enregistrement ; art. 133 du Code des successions ; art. 66 du code des droits de timbre ; art. 207 du code des taxes assimilées au timbre ; art. 1, 3 du Code de la législation des taxes assimilées aux impôts sur les revenus et Loi du 18 juillet 1977 (douanes et accises)



Le contribuable ne fera par principe pas l'objet de sanctions financières ou fiscales spécifiques, sauf dans l'hypothèse où ce dernier ne serait pas capable de démontrer que l'opération qu'il a mise en place avait un objectif autre que fiscal.

**419** - Dans le cas où le contribuable aurait une incertitude sur le traitement fiscal à donner à une opération, ce dernier peut demander l'avis de l'administration fiscale dans le cadre d'une procédure de rescrit. Cette procédure est une des plus rapides que nous connaissons, puisque l'administration fiscale répond à la question qui lui est posée dans un délai d'environ 6 semaines pour les hypothèses les plus simples, le délai pouvant aller jusqu'à 3 mois pour les hypothèses les plus complexes. L'originalité de la procédure, est qu'il est éventuellement possible d'interroger l'administration sans indiquer l'identité des parties. Lorsque l'administration aura rendu une décision favorable, elle ne pourra pas revenir sur cette dernière dans le cadre d'une procédure contentieuse, sauf en cas de désinformation ou de changement législatif.

## **5°) Les mécanismes anti-abus italiens**

**420** - Le droit fiscal italien, se base sur une distinction entre l'« *evasione* » et l'« *elusione* » fiscale. La première notion, va viser les comportements illégaux qui ont pour but de contourner l'imposition, la seconde, va quant à elle se caractériser par des comportements abusifs, mais qui restent dans le cadre légal. Le droit italien connaît en ce sens l'expression « *abuso del diritto* », qui va renvoyer à la notion de l'abus de droit telle qu'on la retrouve dans le cadre du droit communautaire (V. n°182 et s.).

Si historiquement, le droit italien ne connaît pas à l'instar de nombreux pays de tradition latine, de règle anti-abus générale, on peut pour autant dégager de la jurisprudence, un principe d'interdiction des abus en matière fiscale, issu des principes de capacité contributive et de consentement à l'impôt, tout deux inscrits à l'article 53 de la constitution italienne<sup>754</sup>.

Enfin, il faut noter que peu à peu, la législation italienne s'est parée de dispositifs anti-abus spécifiques.

---

<sup>754</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 janvier 2008, n°10257/08 ; Dr. fisc. 2016, n°10, 207.

Avant une importante réforme en 2015, il existait notamment un texte<sup>755</sup> qui contenait une liste exhaustive des comportements abusifs, notamment dans le cadre des restructurations et de l'interposition de sociétés. Il faut noter qu'aucune sanction pénale n'était prévue dans ce cadre, la décision étant seulement inopposable à l'administration fiscale.

Il faut noter que d'autres règles spécifiques, non impactées par la réforme de 2015, se retrouvent dans un texte unique<sup>756</sup> et concernent l'exonération des dividendes distribués par des sociétés établies dans un pays figurant sur une liste noire (art. 89), les prix de transfert (art. 110), ou les sociétés étrangères contrôlées (art. 167).

**421** - Il faut noter que l'Italie connaît également une législation anti-fraude<sup>757</sup>, puisque certains délits fiscaux sont passibles d'emprisonnement, dès lors que les impôts éludés dépassent un certain seuil, venant s'ajouter à des sanctions fiscales allant de 100% à 200% des sommes dues. Il faut noter sur ce point, que le pourcentage exact de la rectification est à la discrétion du juge en fonction du degré d'agressivité fiscale de l'opération. On retrouvera notamment comme comportement sanctionné dans ce cadre, la passation d'écritures inexactes, la minoration de la valeur d'actifs ou la déclaration de passifs fictifs.

Si la législation italienne a peu à peu essayé de pénaliser un nombre plus important de comportements, une réforme applicable depuis le 2 septembre 2015 est venue quelque peu modifier le paysage législatif<sup>758</sup>.

Cette réforme est venue insérer à la législation italienne une règle anti-abus générale venant abroger le décret de 1973<sup>759</sup> et qui a été remplacée par l'article 10-bis de la Charte du contribuable.

Dans ce cadre, l'abus de droit est caractérisé par « *une ou plusieurs opérations dépourvues de substance économique qui malgré leur apparente conformité aux règles fiscales permettent d'obtenir des avantages fiscaux indus* », l'absence de substance économique étant caractérisée par des faits, actions, ou accords ne permettant pas l'obtention d'avantages économiques autres que fiscaux.

---

<sup>755</sup> Article 37-bis du Decreto del Presidente della Repubblica n°600/1973 du 16 octobre 1973 (DPR 600/1973).

<sup>756</sup> Testo unico delle imposte sui redditi.

<sup>757</sup> Decreto Legislativo n°74/2000 du 10 mars 2000 (DLgs 74/2000).

<sup>758</sup> Decreto Legislativo n°128/2015 du 5 août 2015 - DLgs n°128/2015.

<sup>759</sup> Décret n°600/1973 préc. cit.

## 6°) Les mécanismes anti-abus espagnols

**422** - Une des originalités du droit espagnol est que le concept d'abus de droit est connu du droit civil, mais pas du droit fiscal. Va en revanche s'appliquer une GAAR.

La GAAR espagnole<sup>760</sup>, va venir s'appliquer aux hypothèses illustrant « *un conflit dans l'application de la loi fiscale* », de ce fait, elle ne va pas nécessiter d'intention frauduleuse de la part du contribuable.

L'administration espagnole, va devoir pour l'appliquer démontrer le caractère artificiel des actes ou transactions (notamment par l'absence de rationalité économique) et que ces derniers ont emporté un avantage fiscal certain pour le contribuable.

Si à l'origine l'application de la GAAR n'entraînait qu'une imposition équivalente à celle qui avait été jusqu'alors éludée, le dispositif a été modifié<sup>761</sup> afin d'intégrer des sanctions plus lourdes pour certains types d'abus. Ces derniers vont notamment être publiés et répertoriés par la Commission de consultation du GAAR dans un but de prévention<sup>762</sup>.

Les sanctions, qui vont s'appliquer à la fois aux personnes physiques et morales, vont pouvoir atteindre 50% du montant des taxes omises ou remboursées à tort, ou 15% des crédits d'impôt ou pertes fiscales imputées illégalement.

**423** - L'Espagne, connaît également une législation visant à sanctionner les cas de fraude fiscale<sup>763</sup>. Cette dernière, est retenue lorsque le contribuable va priver d'une ressource financière l'Etat ou les communautés autonomes, en ne s'acquittant pas des impôts ou sommes dues, soit en obtenant de des remboursements illégaux, soit en bénéficiant de manière indue des avantages fiscaux accordés par la loi.

La fraude, va être sanctionnée de cinq ans de prison et d'une amende équivalente à six fois le montant des montant éludés.

## §II) Les mécanismes anti-abus mis en place par les Etats tiers

**424** - Si la majorité des Etats de l'UE ont nous l'avons vu mis en place des mécanismes anti-abus relativement généraux prenant la forme de GAAR inspiré notamment du

---

<sup>760</sup> Article 15 du code général des impôts espagnol.

<sup>761</sup> Loi n°34/2015 du 22 septembre 2015.

<sup>762</sup> Démarche proche de celle de la DGFIP.

<sup>763</sup> Loi organique n°7/2012.

modèle britannique, nous allons voir ici que d'autres pays et non pas des moindres à l'instar des USA (A), n'ont pas mis en place ce type de mécanisme et se contentent de principes plus généraux (B).

## **A) Les Etats-Unis : une puissance économique majeure sans GAAR**

**425** - Les Etats-Unis, pays de « *common law* », utilisent différentes notions dans le cadre de leur arsenal répressif, utilisées à la fois sur le plan fiscal et pénal.

Dans ce cadre, les évaluations inexactes<sup>764</sup>, les paiements minorés dans le cadre d'une opération sans substance économique, entraînent une pénalité de 20% du montant éludé, ou de 40% en cas de montant de droits éludés significatifs.

En cas de fraude<sup>765</sup>, une amende de 75% est applicable sur le montant des droits éludés.

L'évasion fiscale, entraîne une peine de prison jusqu'à cinq ans et une amende de 250 000 dollars pour les personnes physiques et 500 000 dollars pour les personnes morales. En cas de fausses déclarations, ces amendes sont également applicables, la peine de prison encourue est en revanche ramenée à trois ans.

**426** - On le voit, les Etats-Unis ne disposent pas de règle anti-abus générale mais vont appliquer différents principes juridiques afin de remettre en cause les actes abusifs des contribuables<sup>766</sup>.

Le premier principe<sup>767</sup>, le « *substance over form* », permet la remise en cause des actes, transactions ou schémas, dans lesquels le fond ne correspond pas à la forme. Les juridictions<sup>768</sup>, ne s'intéresseront donc pas dans le cadre de l'application de ce principe, à l'apparence légale de l'opération remise en cause, mais à sa substance économique pour en identifier la réelle qualification et en envisager les conséquences fiscales réelles.

Un des principaux domaines d'application de ce principe, réside dans la problématique de l'utilisation des instruments financiers hybrides, où s'entremêlent au moins en apparence,

---

<sup>764</sup> Internal Revenue Code B 6662.

<sup>765</sup> Internal Revenue Code B 6663.

<sup>766</sup> V. THURONVYL, *Comparative Tax Law*, p. 160 et s., Kluwer Law International, 200 et J.R REPETTI, *Comparative Income Taxation*, p. 150 et s. Kluwer Law International, 1997.

<sup>767</sup> A.-P. VARMA et P. WEST, *Tax Treaties and Tax avoidance – application of anti-avoidance provisions – United States*, IFA Cahiers, 2010, Vol. 95A, p.829.

<sup>768</sup> Le cas Gregory v. Helvering, 293 US 465 (1935) aff'g 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934) a fait de ce principe comme étant une règle générale.

les notions de dette et de capital, en fonction de l'avantage dont veulent en retirer les parties.

Nous pouvons noter que ce principe est retenu comme une des principales caractéristiques des normes IFRS. Dans ce cadre, les transactions et autres événements, doivent être enregistrés et présentés de manière à ce que l'on identifie clairement leur réalité économique et non pas seulement leur forme juridique apparente.

Cette approche, différente de celle que l'on retrouve dans les normes française<sup>769</sup>, notamment liée à la proximité entre la comptabilité et la fiscalité, va être à terme de plus en plus intégrée dans le cadre de la loi française et se retrouve dans une certaine mesure dans le cadre de l'application de la théorie de l'abus de droit par l'administration fiscale. Elle n'est d'ailleurs pas inconnue du droit français puisque dans le cadre d'un crédit-bail immobilier, les redevances d'amortissement financier du terrain, ne sont pas déductibles. Elle existe également dans le cadre des cessions de titres de participations entre entreprises liées<sup>770</sup>, dans le cadre des schémas utilisant des obligations à coupon zéro ou encore, pour la qualification d'abandon de créance à caractère financier en supplément d'apport, qui sont de ce fait, non déductibles<sup>771</sup>.

Pour autant, il faut noter que l'adoption de ces standards internationaux, qui remettent en cause l'approche patrimoniale et juridique du droit comptable et fiscal français, pour adopter une approche économique et financière, pourrait généraliser l'application de l'abus de droit dans le cadre notamment des contrats de location financière.

Le deuxième principe, celui des « *Step transaction* »<sup>772</sup>, permet aux juridictions qui souhaitent remettre en cause une opération, d'analyser chaque étape de cette dernière comme une transaction unique. Au travers de cette doctrine, l'administration et les juridictions, effectuent trois tests de cohérence, afin de remettre en cause la transaction. Dans le cadre du test le plus strict, on considérera que les étapes d'une opération sont liées, seulement si à la fin de la première étape la composant, les parties sont obligées d'effectuer l'étape suivante. Dans l'hypothèse de l'interdépendance des opérations, une série d'opération sera regardée comme constituant un tout, si les différentes étapes qui la composent, sont tellement dépendantes que l'opération ne pourrait avoir lieu sans les

---

<sup>769</sup> G. BLANLUET, M.-D. HAGELSTEEN, D. LEDOUBLE, J.-P. LIEB, B. MIRAILLES et D. VILLEMOT, *L'environnement normatif*, Dr. fisc. 2007, n°37, 821 et D. VILLEMOT, *Les conséquences fiscales de l'adoption des normes comptables internationales*, Dr. fisc. 2003, n°50, 45.

<sup>770</sup> Loi n°2010-1657, du 29 décembre 2010, de finances pour 2011- art. 13.

<sup>771</sup> Revue française de comptabilité, 2012, n°451, p. 26 et s.

<sup>772</sup> P. VARMA and Ph. WEST, *Tax Treaties and Tax avoidance – application of anti-avoidance provisions – United States*, op. cit V. THURONYL, *Comparative Tax Law*, op. cit.

différentes étapes qui la composent. Enfin, selon le test de l'objectif final, on considérera que les opérations sont liées, lorsqu'elles ont toutes été mises en place afin d'atteindre l'objectif final.

Ce mécanisme, permet on le voit, de remettre en cause une opération dans sa globalité si les étapes qui la composent peuvent être identifiées à un moment ou à un autre de l'opération globale, comme étant abusives.

Le troisième principe, celui de la « *Sham transaction* », est basé sur le caractère fallacieux des transactions, il a été mis en lumière par le cas *Aiken Industries v. Commissioner*<sup>773</sup>. Cette doctrine, a pour but d'identifier les opérations mises en place par les contribuables qui n'ont aucun autre but que celui d'obtenir un avantage fiscal. Ces transactions ou montages, sont donc exclus par le Congrès de certains régimes fiscaux favorables (crédits d'impôt par exemple). En revanche, si l'opération est motivée par des avantages commerciaux ou économiques, elle ne sera pas remise en cause par ce biais.

Le quatrième principe, celui d'« *Economic substance* »<sup>774</sup>, va avoir pour conséquence le fait qu'une transaction n'ayant pas d'objectif économique peut être écartée par l'administration et les juridictions. Cette doctrine, illustrée par l'affaire *Knetsch v. U.S.*<sup>775</sup>, permet de remettre en cause les opérations qui ont été envisagées dans le seul but de d'obtenir un avantage fiscal, n'ayant pas de justification économique.

**427** - Nous noterons, qu'afin de pouvoir donner une qualification pénale à certains comportements, les autorités américaines vont devoir démontrer une tentative d'évasion ou de soustraction à l'impôt, notamment par le biais d'une fraude ou par l'utilisation de fausses déclarations, qui démontreront du caractère significatif des droits éludés et un comportement malhonnête délibéré. On retrouve ici les éléments matériels et intentionnels du délit de fraude fiscale français (V. n°44 et s.). Il faut noter que la qualification pénale ne sera retenue que si elle n'emporte aucun doute raisonnable<sup>776</sup>.

---

<sup>773</sup> *Aiken Industries, Inc. v. Commissioner*, 56 T.C. 925 (1971).

<sup>774</sup> Internal Revenue Code, B 7701.

<sup>775</sup> *Knetsch v. United States*, 364 U.S. 361 (1960).

<sup>776</sup> Affaire *Caterpillar* en cours.

## **B) La Chine : un géant à la norme anti-abus très récente**

**428** - L'administration fiscale chinoise, après une consultation publique, a présenté le 2 décembre 2014, une réglementation générale anti-abus, applicable à compter du 1<sup>er</sup> février 2015. Cette réglementation, vise à promouvoir une certaine transparence dans l'application de la norme fiscale, à la fois du côté des autorités administratives et judiciaires, mais également par les contribuables.

L'objectif de cette réglementation, est de remettre en cause les opérations n'ayant pas un motif commercial et économique suffisant par rapport à leur intérêt fiscal. L'approche utilisée est celle visant à faire prévaloir la substance réelle de l'opération mise en place plutôt que sa forme juridique apparente. Selon cette législation, pourront être sanctionnées par l'administration fiscale, non pas seulement les opérations ayant un but exclusivement fiscal, mais celle ayant un but principalement fiscal.

Pour autant, afin de limiter des sanctions en trop grand nombre, il est prévu que lorsque la loi fiscale prévoit un traitement fiscal préférentiel sur une opération, ou que deux solutions fiscales sont accessibles à un contribuable, ce dernier pourra sans que son choix puisse être remis en cause, choisir la voie la moins imposée.

**429** - Il faut également noter que la Chine connaît une réglementation spécifique anti-abus relative à des secteurs de la fiscalité considérés comme sensibles, tels que les prix de transfert, les opérations de LBO, les accords de répartition des coûts, les sociétés étrangères contrôlées ainsi qu'en matière de sous-capitalisation. Ces règles doivent être appliquées en priorité sur la règle générale, qui ne pourra être utilisée qu'en l'absence de règles spécifiques.

**430** - On le voit, même si la tradition juridique des différents pays diverge largement notamment entre l'approche retenue dans les pays de « *common law* » et celle retenue par les pays de tradition civiliste, on peut retrouver certains points de convergence.

En effet, dans l'hypothèse où les schémas utilisent différentes étapes successives et indépendantes dans le but d'obtenir in fine un avantage fiscal, les administrations ou les juridictions, n'hésitent pas à prendre en compte l'opération dans son ensemble, afin de la remettre en cause.

De nombreuses similitudes se retrouvent également dans la définition des opérations qui ne seront pas remises en cause et notamment, celles qui ont un objectif commercial ou économique clair, le but exclusivement fiscal étant bien souvent le seul à faire l'objet d'une sanction.

Enfin, nous l'avons vu, le principe de la « *sham transaction* » est équivalent à celui de la simulation que l'on retrouve en droit français.

Pour autant, nous avons pu voir au cours de ces différents propos que la logique de sanction n'était pas identique dans les différents pays et que la France était sur ce point, un des Etats les plus avancés avec l'application de pénalités très lourdes à la charge des contribuables fautifs, alors que de nombreux autres pays se contentent d'objectifs plus pédagogiques, avec une simple requalification de l'opération, de la transaction ou de l'acte litigieux et de la simple récupération de l'impôt éludé.

## **Sous-section II : Les mécanismes internationaux de lutte contre les comportements abusifs**

431 - Si la majorité des Etats a mis en place localement, des normes et mécanismes anti-abus, spécifiques ou généraux dans le cadre de leur législation nationale, il ne faut pas oublier que dans le cadre des accords internationaux et en particulier des conventions fiscales, des mécanismes anti-abus peuvent être prévus afin de lutter contre la perte de recettes fiscales. Nous verrons d'ailleurs que ce mécanisme est privilégié par la France dans le cadre de ses relations internationales (§I), puis nous verrons quelles sont les clauses spécifiques que l'on peut aujourd'hui retrouver dans les conventions fiscales (§II).

### **§I) L'échange de renseignement, un moyen de lutte contre la perte de recettes fiscales privilégié par la France**

432 - Dans le cadre de notre propos, nous avons pu voir que la législation française a connu un certain durcissement ces dernières années, notamment afin de lutter contre la fraude l'évasion et l'optimisation fiscales. Pour autant, nous avons également souligné le



fait que cette législation « *locale* », n'était pas suffisante pour lutter contre ces pratiques, en particulier dans un contexte économique et d'échanges internationaux.

En effet, la principale difficulté rencontrée par les Etats est aujourd'hui la mise en place d'une législation dissuasive et efficace, capable d'identifier les cas de fraude ou d'évasion et à appliquer efficacement les sanctions. Dans le cadre des problématiques complexes où l'on pourra retrouver des sociétés implantées sur différents territoires, cette difficulté est décuplée par le fait qu'il est délicat d'appréhender les schémas mis en place par les entreprises dans leurs différents territoires d'implantation et leurs conséquences fiscales sur le territoire national. Cette hypothèse est encore plus aggravée lorsque les entreprises utilisent dans le cadre de leurs schémas d'optimisation, des paradis fiscaux ou implantent des sociétés ou des flux financiers ou de marchandises dans des ETNC.

**433** - Dans ce contexte, la France, en partenariat avec les pays membres du G20, de l'UE<sup>777</sup> et de l'OCDE<sup>778</sup>, a décidé d'intensifier la mise en place et le développement de méthodes efficaces afin de lutter plus efficacement contre les comportements fiscaux déviants, tout en promouvant une politique commune afin de lutter contre les ETNC, par le développement de l'échange d'informations et de la coopération.

Cet échange d'information, est également une question centrale du fonctionnement de l'Union Européenne qui connaît un dispositif spécifique<sup>779</sup>, devant permettre de faciliter l'échange de renseignements au sein du marché commun.

Nous allons ainsi voir comment la France promeut l'échange d'informations (A), puis comment cet échange s'applique à l'UE (B).

### **A) La promotion de l'échange de renseignements en France : un réseau conventionnel particulièrement développé**

**434** - Dans le cadre de cette étude, nous allons voir que la pratique conventionnelle de la France est relativement ancienne (1°) et que cette dernière, notamment sous l'influence

---

<sup>777</sup> Le débat sur la fraude fiscale au niveau de l'Union a été lancé en mai 2008 par la communication de la Commission de la commission ; COM (2006) 254 du 31 mai 2006, sur la mise en place une stratégie commune de lutte contre la fraude.

<sup>778</sup> Nous verrons plus loin dans nos travaux que l'OCDE est un acteur majeur de la lutte contre les comportements abusifs, V.

<sup>779</sup> Directive 2014/107/UE du 9 décembre 2014, modifiant la directive 2011/16/UE préc. cit.

de l'OCDE, a pris en compte les contraintes spécifiques liées aux Etats aux pratiques fiscales douteuses (2°).

### **1°) L'échange d'informations : une pratique ancienne**

**435** - La France, a ratifié à ce jour 124<sup>780</sup> conventions fiscales bilatérales avec des Etats du monde entiers, si ces dernières ont pour objectif premier d'éliminer les doubles impositions qui viennent influencer la circulation de flux entre les Etats<sup>781</sup>, elles contiennent également des clauses particulières en matière d'assistance entre les administrations fiscales des pays signataires<sup>782</sup>. Enfin, elles permettent également nous le verrons, de limiter certains abus, notamment ceux qui visent à bénéficier de manière indue, des dispositions de la convention (V. n°484 et 956).

Ce réseau conventionnel n'est pas nouveau, les premières conventions fiscales signées par la France datent en effet des années 1930, pour autant, l'histoire des conventions fiscales nous montre qu'elles ont évolué, grâce notamment aux travaux de l'OCDE, qui a souhaité que ces dernières, soient régulièrement mises à jour afin d'être adaptées au mieux aux évolutions économiques, mais également de la fiscalité à travers le monde.

Afin de remplir cet objectif, l'OCDE a édité un modèle de convention fiscale, dont la première version date d'il y a plus de 50 ans.

Ce modèle, qui a connu de nombreuses évolutions au fil des années, sert de base aux conventions fiscales signées aujourd'hui par les Etats, qui parfois y intègrent des dispositions spécifiques, mais qui généralement et notamment dans le cadre des conventions les plus récentes, respectent la trame proposée par l'organisation afin de se prémunir contre de trop grandes divergences d'interprétation et contre d'éventuelles difficultés d'application.

Ces mises à jour régulières, dont la dernière a eu lieu en 2014, ont permis de prendre conscience du fait que si les conventions fiscales sont un instrument efficace afin d'assainir les relations fiscales entre deux Etats par une juste répartition des impositions entre les signataires et d'éliminer les doubles impositions. Ces dernières, ont également permis à certains contribuables d'abuser de leurs dispositions et d'être exonérés de toute

---

<sup>780</sup> BOI-ANX-000306.

<sup>781</sup> B. CASTAGNEDE, *Fiscalité internationale*, chron. Dr. fisc. n°25/07, hors série.

<sup>782</sup> G. GEST, 2009, *année charnière pour l'échange de renseignements à des fins fiscales : le cas de la France*, Rffp, avril 2010, p. 24 à 56.

imposition. Afin de limiter ces abus, l'OCDE a régulièrement travaillé sur des mises à jour du modèle, en tachant de faire intégrer par les Etats, de nouveaux standards par une présence plus marquée de mécanismes de coopération et notamment par le biais du développement des accords d'échange de renseignements en matière fiscale (AER)<sup>783</sup>.

Lorsque l'on s'intéresse à la question de l'échange d'information, elle est classiquement définie par les dispositions de l'article 26 du modèle OCDE, qui prévoit que « *les autorités compétentes des Etats contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature [...] dans la mesure où l'imposition qu'elle prévoit n'est pas contraire à la Convention.*

Cet article 26, a évolué au gré des modifications du modèle de convention OCDE. En 2002, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE, a ainsi entrepris un examen en profondeur des dispositions de cet article afin de vérifier qu'elles étaient bien en adéquation avec les usages en place entre les différents Etats. Une première refonte importante a eu lieu en 2005<sup>784</sup>, suite aux évolutions du Modèle d'accord sur les échanges de renseignements en matière fiscale<sup>785</sup>, qui a été mis au point par le Groupe de travail du Forum mondial. Lors de cette révision, l'OCDE a souhaité diffuser de nouveaux standards qui visaient à définir des conditions minimales afin que l'échange d'informations puisse être réellement caractérisé.

Afin de satisfaire à ces conditions, il faudra notamment que la coopération fiscale respecte un principe relativement simple : « *la coopération fiscale, strictement encadrée pour préserver la confidentialité, doit éviter que les contribuables, abusent de la mondialisation en ne déclarant pas à leur Etat de résidence des actifs ou revenus, dissimulés dans des juridictions qui ne seraient pas en mesure de coopérer* »<sup>786</sup>.

Le champ d'application de l'échange pour être efficace, doit couvrir toutes les questions fiscales et ne pas être limité aux informations relatives aux contribuables, mais également

---

<sup>783</sup> Le 15 juillet 2014, le Conseil de l'OCDE a ainsi approuvé une mise à jour du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Cette mise à jour sera intégrée dans les prochains mois dans le Modèle de Convention.

<sup>784</sup> Cette révision a notamment eu lieu après la diffusion d'une note d'orientation préparée par le forum sur l'administration de l'impôt, sous groupe sur la discipline fiscale : Gestion du risque d'indiscipline fiscale : Gérer et améliorer la discipline fiscale, OCDE 2004.

<sup>785</sup> [www.oecf.org/taxation](http://www.oecf.org/taxation).

<sup>786</sup> Rapport d'information n°1902 préc. cit.

sur d'autres renseignements visant à promouvoir la discipline fiscale tels que les techniques d'analyse des risques, ou les différents dispositifs de fraude et d'évasion fiscales identifiés par les Etats signataires.

**436** - La France, qui est un des principaux promoteurs de ce type de mécanismes, y fait référence directement dans le cadre de différents textes.

Cet échange, qui se fait en principe sur demande, tend à évoluer nous le verrons, du fait des récentes réflexions sur la promotion de la coopération et de la transparence, vers un échange automatique, qui reste cependant difficile à mettre en place au niveau mondial.

Lorsque cet échange s'effectue sur demande, la réponse devra comporter des renseignements pertinents qui vont faciliter l'application de la convention, permettre également à l'administration de l'Etat requérant, d'appliquer correctement sa législation fiscale. La seule réserve qui est faite sur ce point, est que l'imposition que l'administration fiscale souhaite mettre en œuvre, ne soit pas contraire aux dispositions de la convention fiscale, puisque si le principal objectif des conventions reste la suppression des doubles impositions, ces dernières ne doivent pas non plus permettre aux Etats de mettre en place des impositions discriminatoires, comme elles doivent empêcher les contribuables d'être exonérés de toute imposition.

Nous verrons d'ailleurs que ce dernier point, que l'on appellera « *l'abus de traité* », est aujourd'hui un des enjeux majeurs de la lutte contre l'évasion fiscale et que ce dernier a été notamment longuement développé dans le cadre du rapport BEPS (V. n°466 et s.).

Il est à noter qu'il n'est pas exigé pour l'application de ce processus d'échange d'information, que l'Etat requérant démontre qu'une fraude ou une tentative de fraude ait été commise. Il s'agit d'un mécanisme de facilitation des démarches, reposant sur la coopération des Etats, qui pourra éventuellement engendrer l'ouverture d'une procédure nationale visant à sanctionner un contribuable.

Afin de mettre en place cette procédure, il est cependant nécessaire de démontrer qu'un abus ait vraisemblablement été commis par le contribuable, ce qui implique que l'Etat, ne peut pas demander des informations sans raison à l'autre Etat signataire.

Cette réserve étant posée, l'échange de renseignement devra être le plus large possible, il pourra porter sur tous les impôts et pas seulement sur ceux qui sont visés par la convention. Ce spectre large, ne facilite pas les échanges entre les Etats, parfois réticents à donner des informations sensibles sur leurs contribuables, bien que la confidentialité des informations transmises soit une des conditions de ces échanges. L'administration

d'un Etat A, pourra ainsi par exemple demander à l'administration de l'Etat B, le montant des redevances effectivement versées à une entreprise résidente de l'Etat B, afin de vérifier qu'il n'existe pas de raison d'appliquer une retenue à la source.

Pour une application de la législation interne, un Etat voulant vérifier les crédits d'impôts versés en amont au titre de la TVA, demandera à l'autre Etat signataire la confirmation de l'enregistrement du coût des services dans les livres et registres de l'autre Etat.

**437** - D'autres difficultés viennent remettre en cause la bonne application de cette disposition. La première, est inhérente au fait que certaines informations majeures sont détenues par des banques ou des institutions financières. C'est ainsi que certains Etats se sont fait une spécialité du secret bancaire<sup>787</sup>, qui bien que récemment mis à mal par certains dispositifs internationaux, subsiste toujours et rend difficile le développement de la coopération. La deuxième, est relative à la nécessité de reprendre les dispositions mises à jour des différents articles des conventions, ce qui nécessite la modification des traités existants, processus long et parfois complexe, qui en réduit l'efficacité.

La France a ainsi pu faire signer au cours de l'année 2009, différents avenants aux conventions fiscales signées avec le Royaume de Bahreïn<sup>788</sup>, le Luxembourg<sup>789</sup>, la Belgique<sup>790</sup>, la Malaisie<sup>791</sup>, Singapour<sup>792</sup> ou encore la Suisse<sup>793</sup>, Etats (et non les seuls) qui étaient réputés pour leur opacité fiscale et financière.

Cependant, dans certains cas, il est impossible de signer avec un Etat une convention fiscale en vue d'éviter les doubles impositions au vu de « *l'attitude* » de ce dernier, ce qui

---

<sup>787</sup> J. BLUM, M. LEVI, R.-T. TAYLOR et P. WILLIAMS, *Paradis fiscaux, secret bancaire et blanchiment d'argent* », in *Prévention du crime et justice pénale*, Bulletin d'information, n°34-35, in Technical Series, PNUCID., n°8, 2001. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *Le secret bancaire, étude de droit comparé (France, Suisse, Luxembourg)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

<sup>788</sup> Avenant signé le 7 mai 2009 visant à insérer une clause d'échange de renseignements conforme aux standards de l'OCDE incluant notamment la levée du secret bancaire.

<sup>789</sup> Avenant signé le 3 juin 2009 visant à modifier la clause d'échange de renseignements jugée trop restrictive dès lors que cette échange était avant cet avenant, limitée seulement à la seule application de la convention.

<sup>790</sup> Avenant signé le 7 juillet 2009 visant comme le Luxembourg à éliminer les restrictions à l'échange de renseignements.

<sup>791</sup> Avenant signé le 2 avril 2009 élargir le champ d'application de l'article relatif à l'échange de renseignements de la convention actuelle, en autorisant en particulier la levée du secret bancaire.

<sup>792</sup> Avenant signé le 13 novembre 2009 : Avant cette modification Singapour ne taxant quasiment que les revenus de source singapourienne, l'administration fiscale de cet Etat n'était pas en mesure, au vu des dispositions de la convention, de fournir des informations sur les revenus placés à Singapour par des résidents français.

<sup>793</sup> Avenant signé le 27 août 2009 qui marque la fin de l'opposabilité du secret bancaire par l'administration fiscale Suisse.

nécessite de passer par d'autres moyens afin de pouvoir parvenir à un échange de renseignements.

## **2°) Le cas des accords sur l'échange de renseignements en matière fiscale (AER)**

**438** - Lorsqu'il s'agit de traiter avec certains Etats aux pratiques fiscales et financières douteuses, il n'est pas efficace de mettre en place une convention fiscale, procédure lourde et contraignante, qui nécessite une certaine bonne foi et une volonté de coopérer de la part des différents Etats signataires.

Pour autant, les Etats réfractaires à la signature de conventions fiscales ont peu à peu et à l'aide des pressions exercées par l'OCDE et le G 20, accepté de signer au cours de l'année 2009 de nombreux AER dont l'objectif unique, est de permettre la mise en place d'une procédure d'échange de renseignement en matière fiscale.

Encore une fois, on peut voir que le rôle de l'OCDE fut très important puisque ses travaux, ont permis de mettre en place un mouvement commun visant à accélérer le développement de l'échange de renseignements, afin de lutter contre la concurrence dommageable. Ces travaux, ont notamment permis de définir un modèle d'accord pouvant être utilisé par tous les Etats, dans le but de promouvoir l'échange de renseignement avec des Etats considérés comme des paradis fiscaux.

Au nombre des Etats ou territoires ayant franchi le pas de la signature d'un AER avec la France, on peut notamment citer entre autres, les îles anglo-normands (Jersey, Guernesey et l'Ile de man), les Iles vierges britanniques, Saint-Martin, l'Andorre, le Liechtenstein, Gibraltar, les Iles Caïman, les Bahamas, les Iles Turques et Caïques, les Bermudes ou le Vanuatu<sup>794</sup>.

Les AER qui ont été signés avec ces Etats ou territoires pour la majorité tropicaux, reprennent classiquement les standards définis par l'article 26 de la Convention modèle OCDE, même si, comme en matière de conventions fiscales, des nuances peuvent apparaître du fait des négociations entre les signataires.

En plus des dispositions contenues dans l'article 26, les AER apportent certaines précisions par rapports aux standards de l'OCDE, notamment en ce qui concerne les clauses relatives à la transmission d'informations aux administrations des Etats tiers à

---

<sup>794</sup> Pour une liste complète des AER signé par la France V. BOI-ANNX-000307.

l'accord, sur la possibilité de refuser une demande d'information visant à appliquer à un contribuable de l'Etat faisant l'objet de la demande, une imposition, si celle-ci a un caractère discriminant. Des délais sont également prévus pour informer l'Etat requérant des difficultés rencontrées dans la collecte de l'information ou des lacunes de sa demande (90 jours). L'accord règle également la question de la répartition des frais de recouvrement des informations et celle de la mise en place de voies de recours contre les demandes. Il prévoit également des dispositions spécifiques aux demandes de renseignements concernant les droits de propriétés dans le cadre des sociétés, fiducies, fondations, trusts et autres entités, afin d'identifier les bénéficiaires effectifs des droits et revenus<sup>795</sup> ; enfin, ces accords permettent sous réserve de l'accord de l'Etat ou territoire signataire, que des agents de l'administration requérante, puissent procéder sur le territoire de la partie requise à des interrogatoires, si les personnes en questions acceptent de s'y soumettre.

**439** - Si l'on s'intéresse aux raisons qui peuvent pousser des Etats ou territoires éloignés de toute souveraineté française à signer ce type d'accords, on peut affirmer que l'OCDE a par le biais de ses travaux, permis la promotion d'une certaine convergence dans l'attitude à adopter avec ces Etats et à procéder à leur classement en fonction de leur comportement en matière fiscale et financière.

Ainsi en 2009, suite à la demande du G20, l'OCDE a créé trois listes de paradis fiscaux, qui ne sont pas en conformité avec les règles mondiales sur l'échange de renseignements en matière fiscale. Si la liste blanche n'a que peu d'intérêt aujourd'hui, puisque les Etats qui la composent, ont signé au moins 12 accords favorisant l'échange d'information, la liste grise<sup>796</sup> et la liste noire<sup>797</sup> ont en revanche un intérêt majeur pour cette étude. La liste grise regroupait alors les l'Etats qui se sont engagés à respecter les standards de l'OCDE, mais qui à l'époque avaient signé moins de 12 accords d'échange de renseignements, la liste noire quant à elle, regroupait les Etats ou territoires qui ne s'étaient pas engagés à respecter les standards internationaux sur l'échange d'information. Si à l'origine, cette

---

<sup>795</sup> Nous verrons par la suite que cette notion de bénéficiaire effectif est au cœur des travaux de l'OCDE dans le cadre de la lutte contre l'érosion des bases d'impositions V..

<sup>796</sup> Andorre, Anguilla Antigua, Barbade, Aruba, Bahamas, Bahrein, Belize, les Bermudes, les îles vierges anglaises, les îles Cayman, les îles Cook, la Dominique, Gibraltar, Grenade, Liberia, le Liechtenstein, les îles Marshall, Monaco, Montserrat, Nauru, les Antilles néerlandaises, Niue, Panama, St Kitts and Nevis, Sainte Lucie, Saint Vincent et Grenadine, Samoa, San Marin, les îles Turks and Caicos, Vanuatu, Autriche, Belgique, Brunei, Chili, Guatemala, Luxembourg, Singapour, Suisse.

<sup>797</sup> Costa Rica, Malaisie (Labuan), Philippines, Uruguay.

logique de liste a été efficace pour pointer du doigt certains pays, elle a peu à peu été vidée de sa substance puisqu'en promettant simplement de se conformer aux standards, la liste noire a été vidée de ses membres.

La France a également repris cette logique de liste, l'année 2010 a été une année charnière sur ce point, puisque c'est à partir de cette année, que le CGI s'est doté de mécanismes de lutte contre les implantations dans les ETNC. Ainsi, à compter du 1<sup>er</sup> janvier de cette année, les ETNC ont été définis comme étant, « *les Etats et territoires non membres de la Communauté Européenne, dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'OCDE et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze Etat ou territoire une telle convention* ».

**440** - Ces ETNC, ont donc fait au gré des années l'objet de listes, réajustées chaque années, en fonction du comportement adopté par ces Etats ou territoires.

A ce titre, pour l'année 2010, la liste française des ETNC comprenait 17 Etats ou territoires : Anguilla, Belize, Brunei, Costa Rica, Dominique, Guatemala, Iles Cook, Grenade, Iles Marshall, Liberia, Montserrat, Nauru, Niue, Panama, Philippines, Saint-Kitts-et-Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent et les Grenadines, cette liste étant modifiée au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année selon les conditions de l'article 238-0 A du CGI<sup>798</sup>.

Ainsi pour 2016 la liste des ETNC qui a été retenue par la France ne comporte plus que 8 Etats ou territoires, il s'agit de Nauru, du Guatemala, du Brunei, des Iles Marshall, le Botswana, et de Niue. Nous rappellerons comme nous l'avons déjà souligné, que le Panama avait récemment été ajouté à cette liste (V. n°259).

On le voit, cette logique de liste, si elle est d'un intérêt certain dans le but de mettre la pression sur des Etats ou territoires ayant une politique fiscale opaque, a perdu peu à peu comme celle de l'OCDE de son intérêt, puisqu'elle est aujourd'hui fortement limitée.

En effet, si certains Etats ou territoires se sont vu exclus de la liste des ETNC de part la signature d'accords d'échange d'information, cette exclusion n'a pas été assortie de clauses d'application effectives, ce qui implique que bien souvent l'opacité demeure la règle, la coopération l'exception.

---

<sup>798</sup> Créé par Loi n°2009-1674 du 30 décembre 2009, art. 22 (V).



Pour autant, nous avons pu voir dans le cadre de nos travaux que les activités en lien avec ETNC et des pays à fiscalité privilégiée, sont de plus en plus difficiles à mettre en place du fait du développement ces dernières années, d'une législation fiscale très restrictive, obligeant les entreprises à justifier de la réalité opérationnelle de leurs activités afin de ne pas être écartés des bénéficiaires législatifs, à l'instar de l'implantation de sociétés écrans n'ayant d'autre activité que la récupération des bénéficiaires soustraits aux bases taxables en France et que par ailleurs, de nombreuses contraintes fiscales sont mises à la charge des entreprises opérant dans ces Etats et territoires afin de les dissuader d'y avoir recours en tant que moyen d'évasion fiscale, ces restrictions ont d'ailleurs récemment été jugées conformes à la Constitution<sup>799</sup>.

## **B) Le cas particulier de l'échange d'informations avec l'UE**

**441** - L'Union Européenne est nous l'avons vu, une particularité au niveau de la fiscalité ; si les pères fondateurs<sup>800</sup> appelaient de leurs vœux la création des Etats-Unis d'Europe afin d'instaurer un climat de paix durable entre des pays européens ravagés à plusieurs reprises par des conflits militaires et des crises économiques, on constate aujourd'hui malheureusement qu'elle connaît des difficultés à parler d'une seule voix ou à développer une politique commune, notamment en matière fiscale.

Depuis longtemps cependant, de nombreux pays européens, conscients que l'échange d'informations est d'une importance capitale pour le bon fonctionnement de la législation fiscale de chaque pays, mais également du marché unique afin de limiter les comportements abusifs, on décidé de promouvoir une certaine harmonisation par ce biais, tout en préservant la souveraineté fiscale des Etats membres<sup>801</sup>.

Cette prise de conscience, s'est notamment répercutée dans la législation européenne par deux propositions de directives présentées en 2009<sup>802</sup>, l'une visant à encadrer la coopération administrative dans le domaine fiscal et l'autre, présentant les conditions de

---

<sup>799</sup> Cons. Const, 20 janvier 2015, n°2014-437, QPC, Assoc. française des entreprises privées et a. ; Dr. fisc. 2015, n°12, comm. 223, note P. KOURALEVA-CAZALS ; RJF 2015, n°346

<sup>800</sup> Konrad Adenauer, Joseph Bech, Johan Willem Beyen, Winston Churchill, Alcide de Gasperi, Walter Hallstein, Sicco Mansholt, Jean Monnet, Robert Schuman, Paul-Henri Spaak, Altiero Spinelli. V. J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, 1976.

<sup>801</sup> A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, op. cit.

<sup>802</sup> COM (2009) 28 final et COM (2009) 29 final présentées le 2 février 2009.

l'assistance au recouvrement des créances fiscales<sup>803</sup>, une directive spécifique est donc entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>804</sup>.

Cette dernière, est venue abroger une directive de 1977<sup>805</sup> et fixer de nouvelles règles et procédures en matière de coopération fiscale entre les Etats membres de l'UE.

Après quelques hésitations, la Commission a finalement considéré que les dispositions de la directive avaient été bien transposées en droit français<sup>806</sup>. En effet, l'article L. 114 A du LPF<sup>807</sup>, qui a prévu une dérogation à la règle du secret fiscal en mettant en place un mécanisme d'échange d'informations avec les pays membres de l'Union, a été jugé conforme au droit européen. Ce mécanisme, originellement soumis à une condition de réciprocité, n'y fait plus référence depuis l'adoption de la Loi du 29 décembre 2013 (V. n°309 et s.), cette dernière ne facilitant pas son application.

Ce mécanisme, ne contient aucune restriction concernant la nature des renseignements susceptibles d'être fournis à un autre Etat membre, dès lors que ces derniers permettent la bonne application de la législation fiscale. Il peut donc s'appliquer à toute question fiscale et à tout impôt ou taxe, sur lesquels un ou plusieurs autres Etats, pourraient vouloir recueillir des renseignements.

Sur ce dernier point, il est à noter que contrairement au droit national, la directive a restreint le champ d'application de l'échange d'information, puisque sont exclus de manière explicite, les échanges d'information relatifs à la TVA et aux droits d'accises, qui sont concernés par une législation européenne spécifique<sup>808</sup>.

Elle a également exclu les cotisations sociales du champ d'application de l'article L. 114 A du LPF, puisque ces dernières ne sont pas régies par la loi fiscale.

La directive a donc défini, dans le but de promouvoir une approche commune de l'échange d'informations en matière fiscale, quels étaient pour chaque Etats, les organes compétents dans la procédure d'échange d'information, chaque autorité compétente devant désigner un bureau central unique, qui sera en charge des relations avec les autorités des autres Etats membres.

---

<sup>803</sup> Directive 2010/24/UE du 16 mars 2012, sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

<sup>804</sup> Directive 2011/16/UE, préc. cit.

<sup>805</sup> Directive 77/799/UE du 19 décembre 1977, sur la coopération administrative dans le domaine fiscal.

<sup>806</sup> Comm. UE, dec. Classement, 23 juillet 2013.

<sup>807</sup> Modifié par Loi n°2013-1279 du 29 décembre 2013, art. 72 (V).

<sup>808</sup> Comm. UE, règl. n°904/2010, préc. cit. ; Comm. UE, règl. n°389/2012 du 2 mai 2012, sur la coopération administrative dans le domaine des droits d'accises.

Dans le cadre des demandes d'informations, l'administration de l'Etat requis, se doit de fournir toutes les informations pertinentes dont elle dispose ou qu'elle obtiendra dans le cadre d'une enquête administrative. Bien entendu, ces enquêtes seront soumises aux dispositions du droit interne et notamment du contrôle fiscal, ou par l'utilisation du droit de communication.

La directive a également mis en place une réglementation encadrant les délais de fourniture de renseignements afin d'accélérer les procédures ; l'administration requise se doit, si elle dispose des informations, de les fournir dans les deux mois de la demande, ou dans les six mois au plus tard dans les autres cas et doit mettre en œuvre ce qui est en son pouvoir, afin de recueillir les informations souhaitées.

Le fait que les informations soient détenues par des banques ou des établissements financiers, ne peut par principe être un motif de refus de la demande d'information.

**442** - Il est apparu avec le temps qu'il était parfois difficile pour les Etats membres d'obtenir les informations souhaitées, à la fois dans les délais prévus, mais également sur les questions relatives aux problématiques rencontrées.

De ce fait, la directive, afin de faciliter les échanges entre les Etats membres, a mis en place différentes formes d'échange d'informations, un échange automatique, un échange spontané et un échange sur demande.

L'échange automatique, consiste à communiquer systématiquement et sans demande préalable d'un autre Etat, un certain nombre d'informations prédéfinies.

Selon les dispositions de la directive, ce type d'échange est applicable aux informations disponibles sur les périodes d'impositions ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014 et concerne, les personnes résidents dans un autre pays de l'Union et qui perçoivent des revenus professionnels (traitements et salaires ou honoraires), des jetons de présence, des produits d'assurance vie<sup>809</sup> ou des revenus immobiliers.

Sur ce point, des évolutions sont intervenues puisque dans le cadre d'une proposition de révision de la directive, l'échange automatique deviendrait ainsi applicable aux dividendes, aux plus-values, aux revenus financiers ainsi qu'aux comptes bancaires<sup>810</sup>.

---

<sup>809</sup> Certains de ces revenus peuvent cependant faire l'objet d'un régime particulier selon les dispositions de la directive épargne (directive 2003/48/CE du 3 juin 2003).

<sup>810</sup> Communication de la commission ; COM (2013), 348 final du 12 juin 2013.

Cet élargissement sera applicable à compter de 2017<sup>811</sup> ce qui n'emportera pas de bouleversement dans la législation française, celle-ci pouvant directement intégrer au vu de la rédaction de l'article L. 114 A du LPF, ce type d'échange d'information<sup>812</sup>.

L'échange spontané, correspond quant à lui à la fourniture de toute information à un autre Etat membre, qui dans ce cas non plus, n'aura pas à effectuer de demande préalable. Il est cependant plus large que celui qui concerne l'échange automatique.

Il s'applique si un Etat membre soupçonne, au vu des informations recueillies par son administration, qu'il existe une perte de matière imposable dans un autre Etat membre. Il va également s'appliquer, si un Etat membre accorde à un contribuable par un quelconque mécanisme, un avantage fiscal (réduction ou exonération d'impôt) et que cet avantage a des conséquences sur une imposition dans un autre Etat membre. Il va enfin s'appliquer, si un Etat membre suppose qu'il existe des transferts fictifs de bénéfices au sein d'un groupe d'entreprises implanté dans d'autres Etats membres, ou si un traitement fiscal applicable à des opérations réalisées par des contribuables d'Etat membres différents, peut avoir des conséquences sur les impositions pratiquées dans les autres Etats.

L'échange sur demande enfin, est quant à lui caractérisé par une demande préalable d'un Etat membre, sur une affaire particulière, non couverte par les autres procédures. Cet échange a une portée très large, puisqu'un Etat pourra demander des informations à un autre Etat, tout aussi bien sur des personnes physiques que morales, mais également sur tout type de montage juridique.

La seule limite que l'on rencontre dans cette procédure, est relative au caractère pertinent de l'information demandée, conformément aux standards définis par l'OCDE<sup>813</sup>.

Un Etat membre pourra ainsi demander des informations à la France concernant une entreprise en relation d'affaires, ou qui est liée avec une entreprise établie sur son propre territoire, ces informations pourront être d'ordre divers, (montant d'impôt payé, nombre de salariés, activité réalisée), elles devront cependant être précises afin de ne pas favoriser la « *pêche aux informations* ».

---

<sup>811</sup> Directive n°2016/881/UE du Conseil du 25 mai 2016 concernant l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

<sup>812</sup> Dr. fisc. 2014, n°5, comm. 147.

<sup>813</sup> Convention modèle OCDE, directive n°2011/16/UE, 15 février 2011, concernant l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal..

**443** - Afin d'être totalement exhaustif en cette matière, en plus des demandes d'informations, la directive a également mis en place des procédures de coopérations, visant à développer la coopération entre les administrations fiscales. Ces différents mécanismes ont été repris par le droit interne français.

Ainsi, les dispositions de l'article L. 45 du LPF<sup>814</sup>, prévoient que les fonctionnaires habilités des administrations fiscales des autres Etats membres, pourront être présents dans les locaux de l'administration française, afin de participer à des enquêtes administratives. Ces fonctionnaires européens, ont la possibilité de recueillir des renseignements auprès des contribuables soumis au contrôle, le refus d'obtempérer pourra être sanctionné comme en cas d'opposition au contrôle fiscal<sup>815</sup>.

Cet article, permet également la mise en place d'enquêtes conjointes, qui auront lieu dans différents pays en même temps, si l'affaire en cours présente un intérêt commun ou complémentaire.

Enfin, cette coopération s'achève par la possibilité pour l'administration de notifier à un contribuable de son Etat, une décision ou un acte émanant de l'autorité fiscale d'un autre Etat membre.

**444** - Par ailleurs, d'autres mécanismes ont été mis en place au niveau européen afin de promouvoir la coopération internationale, l'échange d'informations ou le rapprochement des législations. Nous faisons par exemple référence au Livre vert<sup>816</sup>, comparatif des régimes fiscaux français et allemands et qui vise à permettre la mise en œuvre d'une convergence des législations fiscales sur le taux d'IS, le régime d'intégration fiscale, ou encore l'imputation des déficits. Nous pensons également au programme Fiscalis<sup>817</sup>, visant à favoriser une coopération efficace entre les administrations fiscales et douanières des différents États membres, afin de faciliter le commerce licite, tout en luttant contre les pratiques frauduleuses.

---

<sup>814</sup> Modifié par Loi n°2011-1978 du 28 décembre 2011, art. 59 (V).

<sup>815</sup> En vertu des dispositions de l'article 1732 du CGI (Modifié par Ordonnance n°2005-1512 du 7 décembre 2005, art. 13 JORF 8 décembre 2005) une pénalité de 100% peut être appliquée au redressement, l'administration pourra également procéder à la taxation d'office des revenus (L. 74 du LPF).

<sup>816</sup> Bull. Joly Société, 1<sup>er</sup> juin 2012, n°6, p. 470 et Les Nouvelles Fiscales 2012 n°1089 du 1<sup>er</sup> mai 2012.

<sup>817</sup> [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/tax\\_cooperation/fiscalis\\_programme/fiscalis2013/index\\_fr.html](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_cooperation/fiscalis_programme/fiscalis2013/index_fr.html).

## **§II) Les clauses anti-abus dans les conventions fiscales**

**445** - Lorsque l'on s'intéresse à la rédaction des différentes conventions fiscales en vigueur, on se rend compte que ces dernières, contiennent presque toujours des dispositions visant à ce que les contribuables ne puissent pas utiliser ces accords internationaux afin de ne payer aucun impôt dans les pays qui en sont les signataires.

Dans le cadre de ce paragraphe, nous verrons comment sont limités les comportements abusifs par le biais des clauses « *classiques* » (A) et quelles dispositions spécifiques sont mises en place dans certaines conventions fiscales afin d'atteindre cet objectif (B).

### **A) Les dispositions « classiques » visant à limiter les abus**

**446** - Parmi les différentes clauses des conventions fiscales, trois forment la base de la politique anti-abus entre les Etats signataires. Il s'agit premièrement de celle définissant la notion de résident, d'établissement stable et de revenus(1°), de celle définissant la notion de bénéficiaire effectif (2°) et enfin de celle définissant les entreprises associées (3°).

#### **1°) Les notion de résident, d'établissement stable et de revenus**

**447** - La notion de résident, est une des notions les plus importantes dans le cadre des conventions fiscales, puisqu'elle va permettre d'en définir le champ d'application territorial. Dans l'esprit des conventions, il faut pour bénéficier des dispositions de ces dernières, y être soumis à raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction effectif<sup>818</sup> ou d'un autre critère. Le but de la convention étant d'empêcher les doubles impositions, elle ne sera applicable qu'aux contribuables qui résident effectivement sur le territoire d'un des Etats signataires, c'est le principe de l'assujettissement intégral<sup>819</sup>.

Selon ce principe, les conventions fiscales reprennent bien souvent une disposition tirée du modèle OCDE et qui veut que l'expression résident d'un Etat contractant, ne

---

<sup>818</sup> Le Conseil d'Etat a jugé que ce siège, ne peut être identifié uniquement par le lieu où se tiennent les conseils d'administration, CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 7 mars 2016, n°371435, Sté Compagnie internationale des wagons-lits ; Dr. fisc. 2016, n°11, act.169.

<sup>819</sup> Commentaires OCDE, C(4) n°8..

comprenne pas « *les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet Etat que pour les revenus de source situés dans cet Etat ou pour la fortune qui y est située* ».

Une imposition partielle ne suffira donc pas à accorder au contribuable le bénéfice des dispositions de la convention.

Dans ce cadre, la notion d'établissement stable est également d'une importance majeure puisqu'elle va permettre l'identification de ce type de structure dans un des Etats signataires, ce qui va avoir une influence sur le droit d'imposer des signataires et ce qui va également encourager parfois les contribuables à éviter par le biais de moyens divers, la reconnaissance de l'existence d'un tel établissement (Art. 4 du modèle de convention OCDE).

A ces notions de résident et d'établissement stable, doit s'ajouter celle de revenus (Chapitre III du modèle de convention OCDE), qui dans le cadre de la convention fiscale, va identifier chaque catégorie de revenus et donner à un des deux Etats signataires, le droit d'imposer, ce qui peut engendrer des difficultés dans le cadre de l'utilisation de produits et structures hybrides.

## **2°) La notion de bénéficiaire effectif**

**448 -** Cette notion, que l'on retrouve dans les conventions fiscales les plus récentes, vise à n'accorder le bénéfice d'une disposition de la convention, qu'il s'agisse de la réduction de retenue à la source, ou l'exonération de cette dernière portant sur les dividendes, intérêts, ou redevance qu'au bénéficiaire effectif de ces revenus. Ainsi, la convention fiscale ne s'appliquera pas lorsque le bénéficiaire n'est qu'apparent et n'agit que comme un agent, mandataire ou personne interposée. Ce dernier cas, est illustré notamment par l'implantation d'une filiale dans un Etat afin de bénéficier de son réseau de conventions fiscales et rejoint les hypothèses de fraude fiscale ou d'abus de droit que nous avons déjà développées. Il existe pourtant une limite à ce mécanisme, puisque lorsque le bénéficiaire effectif est résident de l'Etat créancier, même si les revenus sont en premier lieu appréhendés par un bénéficiaire apparent, les avantages de la convention pourront s'appliquer<sup>820</sup>.

Pour autant, il nous faut souligner qu'il n'existe pas en tant que telle, une clause de bénéficiaire effectif dans le modèle de convention OCDE, cette notion vient s'insérer

---

<sup>820</sup> Commentaire OCDE, C(10) n°12 et s.

dans le cadre des articles 10, 11 et 12 qui définissent les dividendes, les intérêts et les redevances et vient simplement limiter l'application des avantages de la convention.

**449 -** Dans le cadre de la récente mise à jour de la convention fiscale OCDE, la notion de bénéficiaire effectif a été au centre des débats puisqu'il a été admis qu'elle serait un moyen efficace de lutter contre les abus des contribuables en matière fiscale. Ainsi, afin de remplir cet objectif, la terminologie utilisée dans le cadre du modèle OCDE a été modifiée (on ne parle plus par exemple de la perception immédiate des revenus mais de leur paiement direct), afin que cette notion ne rencontre pas de difficulté d'interprétation lorsqu'elle se mélange au droit national<sup>821</sup>.

**450 -** Dans le cadre des conventions fiscales, la notion de bénéficiaire effectif n'a donc qu'un impact pour l'application des dispositions de la convention par le pays de la source des revenus. Le Conseil d'Etat<sup>822</sup>, a d'ailleurs dans un avis, souligné que la notion de bénéficiaire effectif ne pouvait pas être invoquée pour refuser le droit à l'imputation d'un crédit d'impôt accordé, pour compenser une retenue à la source étrangère.

Il a par ailleurs estimé qu'il serait contraire à l'esprit des conventions, de les interpréter en l'absence de dispositions particulières, comme autorisant l'Etat de résidence à refuser le droit à l'imputation d'un crédit d'impôt étranger<sup>823</sup>, au motif que la personne à laquelle ont été versés les revenus en cause n'en est pas le bénéficiaire effectif, alors même que cette personne aurait été imposée dans l'Etat de source sur ces mêmes revenus.

Si l'administration fiscale française ne définit pas non plus la notion de bénéficiaire effectif, la jurisprudence a eu à se prononcer à différentes reprises sur cette notion. Ainsi, la CAA de Nancy<sup>824</sup>, a confirmé l'exonération de retenue à la source, au vu des dispositions de la convention franco-allemande, d'une société française versant des intérêts à une société allemande au titre d'un prêt que celle-ci lui avait consenti, alors que

---

<sup>821</sup> La mise à jour 2014 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, p.12 et s., 15 juillet 2014.

<sup>822</sup> CE, Avis, 31 mars 2009, section des finances n°2545 ; Dr. fisc. 2010 n°22, comm. n°339.

<sup>823</sup> Sur ce point, il faut noter que le Conseil d'Etat, par une décision plénière fiscale (CE, plén., Fisc., 7 décembre 2015, n°357189, min. c./ SA Crédit Industriel et Commercial Alsace-lorraine ; Dr. fisc. 2016, n°3, comm. 80, concl. B. BOHNERT, note Ph. DURAND), a contredit une solution préconisée dans un avis de sa section des finances (avis du 31 mars 2009 préc. cit. Si cet avis neutralisait les prélèvements à la source sur les revenus étrangers, la récente décision réduit le montant du crédit imputable à raison des charges déductibles liées à l'acquisition, à la conservation, ou à la cession des titres qui ont donné lieu au versement des revenus. Ceci peut engendrer une surimposition du fait que les retenues à la source sont généralement perçues sur le montant brut des revenus sans déduction des charges venant réduire le plafond d'imputation chez le bénéficiaire.

<sup>824</sup> CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 14 mars 1996, n°93-729, SARL Inter Sélection ; RJF 1996, n°1329.



la société allemande avait elle même emprunté les fonds visés à une société établie à Curaçao. Dans cette affaire, l'administration a considéré que l'interposition de la société allemande n'avait pour but que de bénéficier de l'exonération de retenue à la source qui aurait été applicable si les intérêts avaient été payés directement à Curaçao. Cette position n'a pas été reprise par les juges, qui ont considéré que l'administration n'avait pas su démontrer l'existence d'un abus de droit.

Le Conseil d'Etat<sup>825</sup>, a également eu à se prononcer sur cette question dans une affaire mettant en cause une société de personnes, en indiquant que l'on devait, même en l'absence de dispositions spécifiques, toujours s'interroger sur la qualité de bénéficiaire d'un non résident. Dans cette affaire intéressant l'application de la convention fiscale franco-néerlandaise, le Conseil d'Etat a admis qu'au vu de l'importance des sommes reversées par une société néerlandaise à une société apparentée suisse, la première pouvait bénéficier de l'exonération de retenue à la source prévue par la convention. Si en l'espèce l'administration française n'a pas pu démontrer que la société néerlandaise n'était pas le bénéficiaire effectif des revenus, on peut déceler l'apparition d'une sorte de principe général visant à limiter le droit au bénéfice des avantages de la convention fiscale aux seuls bénéficiaires effectifs des revenus.

Ainsi, a par exemple été refusé le bénéfice des dispositions de la convention franco-américaine, aux versements de dividendes d'une société française à une société américaine interposée avec une société panaméenne, véritable actionnaire<sup>826</sup>.

**451** - Une autre affaire intéressante sur cette question, concernait le remboursement de l'ancien avoir fiscal dans le cadre d'un montage impliquant la cession, par une société mère américaine à une banque britannique, d'un usufruit temporaire portant sur des actions à dividende prioritaire, mais ne comportant pas de droit de vote, ces dernières ayant été spécialement émises dans ce but par une filiale française. Le Conseil d'Etat<sup>827</sup>, a

---

<sup>825</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 octobre 1999, n°191191, ministre c/SA Dieold Courtage ; Dr. fisc. 1999, n°52, comm. 948 ; RJF 1999, n°1492, chron. E. MIGNON p. 931 ; concl. G. BACHELIER ; BDCF 1999, n°125, obs. O. FOUQUET, rev. adm. 5-6/00 p. 264.

<sup>826</sup> TA Versailles, 7<sup>ème</sup> ch., 11 juillet 2003 n°99-5645, Sté SCDM ; RJF 2004, n°79.

<sup>827</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 décembre 2006 n°283314, min c/ Sté Bank of Scotland ; Dr. fisc. 2007, n°4, comm. 87, concl. F. SENERS, note O. FOUQUET ; Procédures 2007, comm. 71, note J.-L. PIERRE ; JCP E 2007, 1399, note F. LE MENTEC et 1590, note E. MEIER et R. TORLET ; RJF 2007, n°322 et chron. Y. BENARD p. 319 ; Bull. Joly Sociétés 2007, § 150, note S. REEB-BLANLUETt ; RTD Com. 2007, n°4, p. 848, note J.-P. LE GALL ; Banque et droit 2007, n°112, p. 74, note Cl. ACARD et J. ARDOUIN ; RTDF 2007, n°1, p. 128, note S. MOSTAFAVI et M. VIGNON ; RDC juill. 2007, p. 993, note G. BLANLUET et p. 1006, note Fl. DEBOISSY ; Lexbase n°9302BAR, note J.-M. PRIOL ; BGFE avril 2007, p. 22, obs. J.-M. TIRARD ; Tax notes international, 5 février 2007, p. 406, obs. L.-A. SHEPPARD et 9 avril 2007, p.

indiqué que la cession de l'usufruit pour 3 ans, constituait au vu des circonstances de l'affaire (notamment au vu des garanties accordées), un montage visant uniquement à obtenir le remboursement de l'avoir fiscal, en se fondant sur la convention fiscale franco-britannique, ce qui n'aurait pas pu avoir lieu en application de la convention franco-américaine (la société américaine ayant une participation dans la filiale trop importante par rapport au seuil de la convention).

Selon le Conseil d'Etat, le bénéficiaire effectif des revenus était bien la société américaine, notamment du fait que la cession d'usufruit devait être interprétée comme un prêt consenti par la banque à la société américaine, cette dernière ayant simplement délégué sa filiale française dans le remboursement du prêt. Le bénéfice des dispositions de la convention fiscale a donc été refusé, le Conseil d'Etat faisant usage à la fois de la théorie de la fraude à la loi et des dispositions de la convention, puisque les dispositions de la convention franco-américaine, n'auraient pas permis de bénéficier de cet avantage du fait que la société mère américaine, disposait d'une participation supérieure au seuil maximal prévu par la convention pour le transfert de l'avoir fiscal.

Le groupe, contrôlé par une société américaine, s'est donc placé de manière abusive sous les dispositions de la convention franco-britannique, en détournant vers une banque implantée au Royaume-Uni, les dividendes qui lui revenaient (d'où sa qualification de bénéficiaire effectif), afin d'en retirer un avantage fiscal.

Au final, cette opération s'interpréterait aujourd'hui comme révélant la commission par le contribuable d'un abus de droit, pris dans le prisme des conventions internationales, illustrant parfaitement la notion de « *treaty shopping* ».

En ce sens, si le Conseil d'Etat a procédé dans un premier temps à la requalification du contrat passé entre la société américaine et la banque britannique, cette dernière n'est dans les faits pas suffisante, dans la mesure où l'on a pu effectivement constater le versement de dividendes par la filiale française à la banque britannique. La Haute juridiction, a donc dans un second temps utilisé le fondement de la fraude à la loi au sens de la jurisprudence Janfin, puisque le contribuable par le biais du montage mis en place,

---

171, obs. X. LEGENDRE et H. KABBAJ ; BDCF 2007, n°33, concl. préc. V. également : CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 avril 2012, n°343709, Sté Abbey National Treasury Services ; RJF 2012, n°735 ; BDCF 2007, n°89 concl. L. OLLEON. V. également, N. MELOT et M. BUCHET, *Abus de droit : les arrêts Bank of Scotland et Abbey National Treasury Services à la lumière des écrits de Patrick Dibout*, Dr. fisc. 2013, n°24, 328,

s'est placé sous les dispositions d'une convention fiscale non applicable en dehors de ce montage, dans le but d'obtenir un avantage fiscal.

Pour autant, il est important de souligner que le Conseil d'Etat, aurait pu se passer d'utiliser le fondement de la fraude à la loi. En effet, le bénéficiaire effectif aurait pu simplement être identifié en étudiant la portée du contrat litigieux, la filiale française étant dans ce cas, considérée comme déléguée par la mère, dans le remboursement du prêt consenti par la banque à la société mère américaine. La société américaine aurait dans ce cadre également, été considérée comme le bénéficiaire effectif des dividendes.

### **3°) Le cas des entreprises associées**

**452** - Ces entreprises, qui sont au cœur des réflexions visant à réduire les pertes de matière imposable des Etats notamment dans le cadre du BEPS, connaissent un certain encadrement dans le cadre de l'actuelle convention modèle OCDE.

C'est l'article 9 du modèle OCDE qui s'intéresse à cette problématique, en permettant aux Etats signataires, d'inclure dans la base imposable d'une entreprise, certains bénéfices qu'elle aurait dû réaliser, si elle avait été en relation d'affaire avec une entreprise indépendante.

Dans ce cadre, deux entreprises seront considérées comme associées lorsque l'une d'elles participe directement ou indirectement à la direction de l'autre ou, contrôle le capital de l'autre ou alors, lorsque les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou dans le capital d'une entreprise d'un Etat signataire et d'une entreprise de l'autre Etat signataire.

On le voit, ces dispositions rejoignent les dispositions nationales qui visent à lutter contre les transferts de bénéfices à l'étranger, notamment dans le cadre des prix de transfert (V. n° 628 et s.).

### **B) Les dispositions plus spécifiques des conventions fiscales**

**453** - Dans le cadre de ces dispositions, nous pouvons retrouver des exclusions des avantages conventionnels ponctuelles (1°), alors que d'autres auront une portée plus générale (2°).

## 1°) Les exclusions ponctuelles des avantages des conventions

**454** - La première limitation aux avantages des conventions concerne la mise en place d'une exigence dans la durée de détention des titres, afin de pouvoir prétendre aux avantages de la convention. Ce mécanisme, permet d'éviter les montages qui consistent à bénéficier des taux réduits de retenues à la source applicables aux dividendes versés aux sociétés mères. Ce taux de détention est généralement fixé à 10% au cours de l'exercice précédent la distribution.

Pour autant, les conventions fiscales signées par la France retiennent des conditions différentes concernant la durée de détention des titres. La convention franco-belge du 10 mars 1964 retient ainsi dans son article 15 une détention de 10% du capital depuis le début du dernier exercice social clos avant la distribution. La convention franco-italienne du 5 octobre 1989 retient dans son article 10, 2 a, une détention d'au moins 10%, directe ou indirecte du capital de la société qui paye les dividendes pendant une durée d'au moins 12 mois qui précède la date de la décision de distribution des dividendes. La convention franco-américaine du 31 août 1994 retient dans son article 10, une exonération des dividendes versés à des sociétés mères (seuil de 80%), lorsque la participation a été détenue durant au moins 12 mois après la date de détermination des droits à dividende.

**455** - La deuxième restriction qui nous intéresse, concerne le rattachement des profits aux établissements stables. Elle correspond au principe de « *force attractive* », qui n'est que rarement repris par la France. En effet, par principe et selon le modèle de convention fiscale OCDE, les bénéfices de l'établissement stable sont calculés comme s'ils étaient réalisés par une entreprise distincte. Pour autant, certaines conventions et notamment celles inspirées du modèle de l'ONU, sont allées à l'encontre de ce principe et ont rattaché l'ensemble des revenus de l'établissement stable, que ce dernier ait directement ou non, participé à leur création.

## 2°) Les exclusions plus générales

**456** - Le premier mécanisme anti-abus, concerne le contrôle de la qualité de résident, qui ne sera donc accordée que sous réserve du respect de certaines formalités. Dans la

majorité des cas, il ne s'agit que de formalités de vérifications effectuées par les autorités administratives des Etats.

Certaines conventions fiscales, ont pour autant prévu des dispositions spécifiques, ainsi la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958, subordonne la réduction de retenue à la source sur les dividendes et intérêts, à la production d'une attestation de résidence précisant quels revenus sont sujets aux avantages de la convention et certifiant qu'ils seront régulièrement imposés dans les conditions de droit commun (art. 10 bis).

La convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994 (art. 32, 2), prévoit quant à elle la fourniture d'un formulaire indiquant la nature et le montant des revenus concernés par les avantages de la convention fiscale.

**457 -** La deuxième exclusion concerne certaines sociétés, lorsque ces dernières sont soumises à un régime fiscal privilégié, tel est le cas de certaines sociétés maltaises dans le cadre de la convention fiscale du 25 juillet 1977.

Dans une situation équivalente, l'accord passé entre la France et Hong Kong, prévoit qu'un résident d'un des Etats signataires, ne peut bénéficier des avantages de l'accord si ce dernier exerce ses activités par le biais des zones franches ou bénéficie du statut des sociétés offshores.

**458 -** Une autre exclusion plus générale concerne l'exclusion, par certaines conventions de personnes percevant des revenus d'un Etat, alors qu'elles ne sont pas imposables sur ce revenu dans l'autre Etat. On retrouve dans cet état d'esprit la convention franco-italienne qui dans le point 15 de son protocole annexe, prévoit que « *dans les cas où, conformément aux dispositions de la présente convention, un revenu doit être exempté de la part de l'un des deux Etats, l'exemption sera accordée si et dans la mesure où ce revenu est imposable dans l'autre Etat* ».

Un autre exemple nous est donné par l'avenant à la convention entre la France et le Qatar du 14 janvier 2008, qui précise qu'afin d'éviter les doubles exonérations et malgré les autres dispositions de la convention, chacun des Etats signataires impose les revenus autres que les dividendes et pensions, conformément à sa législation nationale, dont l'imposition est normalement réservée à l'autre Etat par la convention, mais qui ne sont pas inclus dans la base de l'impôt de cet Etat

**459** - Une troisième exclusion générale concerne l'hypothèse des qualifications divergentes des revenus, du fait des différences pouvant exister entre les droits nationaux. La convention franco-autrichienne du 26 mars 1993, prévoit en ce sens que « *chacun des Etats contractants conserve le droit d'imposer conformément à sa législation les revenus de ses résidents, dont l'imposition est attribuée à l'autre Etat contractant, mais qui ne sont pas pris en compte pour l'assiette de l'impôt dans cet Etat, dans les cas où cette double exonération résulte d'une qualification divergente des revenus concernés* »

L'accord du 21 octobre 2010, signé entre la France et Hong Kong, stipule dans un sens relativement proche que chacune des parties contractantes, conserve le droit d'imposer conformément à sa propre législation, les revenus de ses résidents dont le droit d'imposition est normalement attribué à l'autre partie contractante, mais qui ne sont pas intégrés dans l'assiette de l'impôt de cette partie, si cette double exonération est issue d'une divergence de qualification.

**460** - Les exclusions peuvent également concerner les contribuables mettant en place des montages ou structures, visant exclusivement à bénéficier des avantages d'une convention, tel est le cas de la convention entre la France et le Royaume-Uni du 19 juin 2008, dans l'hypothèse du versement de dividendes, dans le cadre la convention entre la France et le Qatar du 4 décembre 1990, mais également dans la convention avec le Nigéria, le Japon, Malte, la Géorgie ou dans les accords avec Hong Kong ou le Panama.

**461** - On peut également retrouver des clauses de limitation des avantages conventionnels, dont l'exemple le plus frappant est l'article 30 de la convention franco-américaine, qui prévoit que la convention ne peut s'appliquer aux résidents de l'un ou l'autre des Etats, que si ces derniers remplissent en plus des critères classiques, les critères définis par cet article. De manière simplifiée, la convention ne peut, en ce qui concerne les sociétés, que s'appliquer aux sociétés cotées dans le cadre de transactions régulières sur le marché européen ou dans le cadre de l'ALENA, aux sociétés détenues directement ou indirectement à au moins 50% durant au moins la moitié de l'année par des résidents qualifiés du même Etat, à condition que dans l'hypothèse d'une participation indirecte, les porteurs de parts intermédiaires soient résidents de cet Etat et que pendant au moins la moitié de l'année, la société utilise au moins 50% de ses revenus bruts pour verser des sommes déductibles à des personnes qui ne sont pas des résidents qualifiés de l'un des Etats signataires, sauf, lorsque ces paiements respectent le principe

de pleine concurrence, ou à une banque qui n'est pas liée au débiteur de ces sommes. Enfin, la convention s'applique également aux sociétés détenues à au moins 95%, directement ou indirectement par au maximum 7 personnes qualifiées de bénéficiaires équivalents, si elles ne versent pas plus de 50% de leurs revenus bruts à d'autres personnes qui ne sont pas considérées comme bénéficiaires équivalents, ce qui concerne des résidents de l'UE ou de l'ALENA, sous réserve du bénéfice d'une convention fiscale d'ensemble avec l'Etat de la source du revenu.

Le but est on le voit, de faire bénéficier des dispositions de la convention, les seuls revenus provenant de l'autre Etat, si ces derniers correspondent à une activité effective. Toutefois, l'activité exercée dans l'Etat de résidence doit être importante par rapport à celle exercée dans l'autre Etat.

Il est important de souligner qu'un contribuable normalement exclu des avantages de la convention, peut tout de même en bénéficier, si l'autorité compétente de l'autre Etat, considère que ses opérations ne sont pas mises en place dans le but (exclusif ou principal) d'obtenir les avantages de la convention.

Une clause équivalente a été intégrée à la convention franco-suisse par un avenant du 27 août 2009, qui prévoit que lorsqu'un résident d'un Etat reçoit un revenu provenant de l'autre Etat et le reverse directement ou indirectement, sous n'importe quelle forme et pour plus de 50%, à une personne ou entité qui n'est pas résident de cet autre Etat, ne peut bénéficier des avantages de la convention. Cette exclusion, n'est pas appliquée si les opérations en cause n'ont pas pour objet de bénéficier des avantages de la convention, condition réputée satisfaite lorsque le revenu est reversé à une entité non liée, ou que le revenu en question aurait bénéficié d'un avantage conventionnel plus avantageux ou équivalent, s'il avait été directement perçu par le bénéficiaire.

La convention franco-chypriote, prévoit également une clause de ce type, puisque son article 13, prévoit que les exonérations ou réductions d'impositions touchant les dividendes, intérêts et redevances, ne sont pas applicables, dans le cas où le bénéficiaire est une société dans laquelle des non-résidents ont un intérêt direct ou indirect prépondérant et si ces sociétés sont soumises à une imposition substantiellement moindre que celle frappant habituellement les bénéfices des sociétés réalisés dans cet Etat, on retrouve dans cette clause une forme dérivée de la notion de régime fiscal privilégié que l'on retrouve dans la loi française (V. n°231 et s.).

La convention signée entre la France et les Emirats arabes unis, prévoit quant à elle une solution plus originale dans le sens où les filiales implantées aux Emirats et qui sont

détenues à plus de 50% par des sociétés françaises, sont imposables en France, nonobstant toutes dispositions contraires.

**462** - Le dernier exemple de clause que nous retiendrons est relatif à l'application des normes anti-abus nationales dans le cadre de la convention. L'exemple le plus frappant sur ce point est donné par l'article 27 de l'accord signé entre la France et Hong Kong du 21 octobre 2010, qui prévoit que « *les dispositions du présent accord ne portent pas atteinte au droit de chaque partie contractante d'appliquer ses lois et mesures internes relatives à l'évasion et la fraude fiscales, qu'elles soient décrites comme tel ou non* ».

## **Section II : L'OCDE : un acteur majeur de la lutte contre les pratiques fiscales dommageables**

**463** - Si nous avons vu que les Etats de manière individuelle ou par le biais de l'UE pour certains d'entre eux, ont récemment développé d'importants mécanismes anti-abus notamment depuis la crise de 2008, nous allons constater dans le cadre de cette section que l'OCDE, a eu depuis de nombreuses années, une influence notable sur la direction que les Etats ou les institutions ont choisi de prendre dans le cadre de leur politique fiscale visant à mettre un terme aux pratiques fiscales dommageables.

**464** - Lorsque l'on s'intéresse au rôle de l'OCDE dans la lutte contre ces pratiques, on pense souvent à la mise en place du modèle de convention fiscale qui vise à lutter contre les doubles impositions ou les doubles non impositions, en permettant la juste répartition de l'impôt entre les Etats où un même contribuable peut exercer son activité. Plus récemment on peut penser au rapport BEPS (V. n°466 et s.), qui vise par le biais de propositions innovantes et dont le spectre est relativement large, d'envisager non pas une convergence mais à tout le moins, un certain rapprochement des législations fiscales des Etats à travers le monde, afin de lutter plus efficacement à la fois contre la perte de recettes budgétaires, contre les pratiques fiscales dommageables, mais également d'offrir un cadre législatif plus adapté à l'évolution de l'économie et des pratiques des contribuables.



**465** - Dans le cadre de cette section, nous ne pourrions bien évidemment pas revenir sur l'intégralité des rapports publiés par cette organisation ces dernières années, mais plus spécifiquement au rapport BEPS, qui représente une forme d'aboutissement de toutes ces années de travail, qui commencent aujourd'hui à porter leurs fruits du fait de leur influence sur la législation fiscale des Etats.

Nous verrons donc dans un premier temps quelle est l'origine du rapport BEPS et son objectif (§I), puis, nous nous intéresserons plus particulièrement aux propositions de ce rapport concernant les différents points qu'il vise et quel est leur avenir dans le droit positif (§II).

## **§I) La naissance du rapport BEPS**

**466** - Le rapport BEPS, est le fruit d'un long travail de la part de l'OCDE, du G20 et de nombreux autres intervenants institutionnels ou étatiques, nous allons donc nous intéresser dans un premier temps aux différents travaux qui ont présidé à sa création et notamment à certains rapports de l'OCDE, qui ont précédé la rédaction du BEPS (A) puis, nous verrons quelles en sont les conséquences sur le contenu du projet (B).

### **A) Le BEPS : une compilation de longues années de travaux au sein de l'OCDE**

**467** - En février 2011, l'OCDE a publié un rapport sur l'étude des moyens à mettre en place rapidement afin d'identifier et de limiter les risques fiscaux qui engendrent des pertes de recettes pour les Etats. Ce rapport, est basé sur différents travaux précédents, relatifs à des sujets que l'on a pu rencontrer tout au long de notre problématique.

Nous verrons ici que le BEPS puise ses sources dans de nombreux travaux et notamment le rapport de 2011 sur la transparence fiscale (1°), dont le contenu est considéré comme prémisses au BEPS (2°).

## 1°) L'origine du rapport de 2011 sur la transparence fiscale

**468** - Un des rapports les plus importants s'est intéressé au rôle des intermédiaires en matière fiscale<sup>828</sup>, qui suite à la déclaration de Séoul de 2006, a enjoint les Etats à prendre des mesures visant à adapter l'environnement fiscal aux défis que représentent les sociétés multinationales et l'économie numérique, qui ont contribué au développement d'une optimisation fiscale très agressive sans frontière, impactant fortement les finances publiques. Cette minimisation de l'impôt par les opérateurs économiques, qui a toujours fait l'objet d'une certaine attention, est devenue peu à peu un enjeu central des politiques budgétaires. L'impôt, qui a longtemps été considéré comme une simple conséquence de la réussite d'une entreprise, est peu à peu devenu un des piliers de sa productivité, un facteur développement, qui doit donc à ce titre être optimisé, afin de limiter son impact sur les bénéficiaires. Sur ce dernier point, le rôle des intermédiaires fiscaux, qu'ils soient issus des milieux juridiques ou bancaires, est fondamental, notamment dans le cadre de l'utilisation du facteur fiscal, comme un instrument de gestion, au service du développement de l'entreprise, s'est largement développé ces dernières décennies et doit être mieux encadré et anticipé par la loi et l'administration fiscale.

**469** - *L'impact des intermédiaires fiscaux.* L'environnement fiscal, du fait du rôle de plus en plus important des intermédiaires fiscaux, est peu à peu devenu selon cette étude, opaque et complexe, ce qui engendre des difficultés dans l'interprétation de la norme fiscale et dans la relation entre le contribuable et l'administration, éléments qui sont un facteur venant favoriser les comportements fiscaux déviants ou abusifs.

De ce fait, le rapport préconise de la part des administrations fiscales en plus de la sanction des comportements abusifs, de développer une approche plus efficace en terme de gestion des risques fiscaux. Cette gestion, doit notamment passer par une meilleure anticipation de l'indiscipline fiscale, une meilleure compréhension des facteurs influents les comportements à risques, une meilleure répartition des ressources humaines et financières dans la prévention des risques et surtout, de procéder à des études d'impacts régulières des moyens mis en œuvre, afin d'adapter au mieux la politique anti-abus, à la

---

<sup>828</sup> OCDE, *Rapport sur le rôle des intermédiaires en matière fiscale*, OCDE publications, Paris, 2008,

fois aux comportements des contribuables, de leurs conseils, mais également aux changements pouvant apparaître dans le circuit économique.

Afin de rendre efficace cette approche, l'administration fiscale doit dans un premier temps comprendre le contribuable, c'est à dire connaître le fonctionnement de sa structure commerciale, la taille de son entreprise et les activités qu'il réalise. En effet, plus les structures sont importantes, plus les problématiques fiscales sont complexes et représentent des montants importants, pour autant, nous devons souligner que la taille n'est pas pour autant un indicateur de risque absolu, puisque nous l'avons vu dans le cadre des procédures visant à sanctionner la fraude fiscale, les petites entreprises sont majoritaires (V. n°62 et s.).

Il faudra également que l'administration comprenne les problématiques fiscales rencontrées afin d'orienter les ressources vers les problèmes les plus graves, c'est à dire ceux qui impactent le plus les recettes budgétaires.

Enfin, comme bien des rapports, ce dernier préconise un développement de l'information et ce, à toutes les échelles, au niveau national, entre les contribuables et l'administration fiscale et au niveau international, par le biais des accords d'échange de renseignements et les conventions fiscales ; le rapport préconise également le développement de la transparence dans le cadre des relations entre les différentes parties liées à toutes ces problématiques fiscales.

## **2°) Le contenu du rapport de 2011 sur la transparence**

**470** - Ce rapport<sup>829</sup>, insiste lui aussi sur la nécessité de développer des instruments d'information et de contrôle plus efficaces, permettant de limiter le temps existant entre la mise sur le marché de schémas de planification fiscale agressive et leur détection par l'administration fiscale. On le voit, ce rapport s'intéresse notamment à la question des obligations déclaratives relatives aux schémas d'optimisation utilisés par les entreprises dont nous avons pu voir quelques exemples dans le cadre de notre propos. Ces derniers sont d'ailleurs en fonction des Etats, relativement généraux, comme c'est le cas au Royaume-Uni (V. n°395 et s.), ou plus restrictif comme c'est le cas de la France dans le

---

<sup>829</sup> OECD, *Tackling Agressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD publishing, Paris, 2011.

cadre par exemple des nouvelles obligations en matière de politique prix de transfert (V. n°310 et s.).

Ce rapport, souligne les avantages de ce type de mécanisme de divulgation ou de collaboration qui permettent surtout, lorsqu'ils sont obligatoires, un certain gain de temps pour l'administration fiscale, qui n'a plus à rechercher quels peuvent être les mécanismes abusifs utilisés par les entreprises, mais seulement à en rechercher les utilisateurs. Il en va de même pour les points de la législation fiscale qui peuvent faire l'objet d'une interprétation divergente par les contribuables, dans cette hypothèse, favoriser la discussion entre les contribuables et l'administration dans le cadre de procédures de coopérations, comme c'est le cas dans certains pays, ne peut que permettre de limiter les divergences et les contentieux.

Pour autant, il faut dans la lignée des remarques de ce rapport, souligner que si la coopération et la transparence sont bien souvent souhaitées par les contribuables et les administrations fiscales, elles sont difficiles à mettre en place de manière efficace en particulier dans un contexte international. De ce fait, on peut constater que pour palier à ces difficultés, les Etats ont tendance à multiplier les obligations déclaratives des contribuables afin que l'administration fiscale puisse avoir une meilleure vision à la fois de l'activité, de la situation comptable, mais également des flux entre sociétés. Si ces outils présentent bien évidemment un avantage certain pour le Trésor, ils alourdissent largement la charge de travail des entreprises, qui se sentent de plus en plus prises dans un étau administratif pouvant donner à certains contribuables, l'envie d'aller s'implanter dans des Etats ou territoires, où les obligations déclaratives, en plus de l'imposition, sont moins complexes.

**471** - A la lecture de ce rapport, on peut constater comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, une certaine focalisation des législateurs pour les comportements fiscaux abusifs. Cette attention, qui s'est caractérisée par la mise en place d'obligations déclaratives et d'information de plus en plus développées aura selon le rapport, des conséquences négatives pour les administrations fiscales à long terme. En effet, si nous avons déjà souligné que par ce biais, les contribuables sont « *surveillés* » beaucoup plus régulièrement que lors de la simple étude des déclarations fiscales, ces derniers seront également plus attentionnés dans le cadre du développement de leur gouvernance fiscale, afin qu'elle ne puisse être remise en cause, non plus seulement lors d'un éventuel contentieux, mais également dans le cadre des revues fiscales effectuées. Le travail de

l'administration, face à des stratégies fiscales très développées, sera donc de plus en plus difficile et nécessitera pour les agents, une attention et une formation de plus en plus importante.

## **B) L'influence de ces travaux sur le BEPS**

**472** - Suite à ces différents travaux démontrant d'une attention de plus en plus importante des Etats pour les problématiques liées aux comportements abusifs, une importante médiatisation des comportements fiscaux et notamment des pratiques des grandes entreprises accusées de se soustraire à l'impôt<sup>830</sup> à un moment où la pression fiscale s'est alourdie pour la majorité des contribuables, le G 20 a décidé de prendre en main les problématiques liés à l'érosion des bases fiscales. Pour se faire, différents indicateurs ont été identifiés (1°), indicateurs qui sont la source des réflexions sur la nécessaire modification du cadre fiscal dans le cadre du rapport BEPS (2°), nous verrons enfin, quelles sont les principales problématiques qui ont été envisagées dans le cadre des réflexions qui ont emmené la rédaction de ce rapport (3°).

### **1°) Les indicateurs de l'érosion des bases d'imposition**

**473** - Très rapidement, on s'est rendu compte que les données chiffrées relatives à la part de l'imposition sur les bénéficiaires n'étaient pas probantes puisque sa part dans l'ensemble des recettes fiscales a augmenté de manière constante entre 1975 (7,6%) et 2007 (10,7%), le ralentissement à partir de 2008 étant le corollaire du ralentissement plus général de l'économie, on ne peut donc connaître avec certitude l'impact des comportements abusifs des contribuables en se basant sur cette statistique. Par ailleurs, comme nous l'avons constaté, durant les années qui ont suivi la crise économique, de nombreux Etats ont décidé de modifier à la fois les taux d'imposition ainsi que leurs assiettes, ce qui ne permet pas d'avoir une meilleure visibilité sur ce point.

Le deuxième indicateur identifié, est quant à lui relatif aux investissements directs à l'étranger, illustration de l'attractivité d'un Etat ou d'un territoire notamment lorsque ces investissements sont effectués par des entités spécifiques. Ainsi, sur les 4 000 milliards

---

<sup>830</sup> E. RAINGEARD DE LA BLETIÈRE, *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice*, Dr. fisc. 2012 n°29, 308.

d'euros d'investissements sortant des Pays-Bas, 3 000 l'ont été par le biais d'entités étrangères, ce chiffre atteignant 1 987 milliards d'euros sur 2129 milliards au Luxembourg.

Par ailleurs, selon les sources de l'OCDE, les Bermudes, la Barbade et les Iles Vierges Britanniques, ont reçu 5,11% des investissements directs étrangers mondiaux, ce qui démontre bien l'attrait de certaines structures pour les paradis fiscaux.

Un autre indicateur important, concerne quant à lui le TEI des entreprises, mais ce dernier, n'est pas forcément pertinent puisqu'il dépend fortement à la fois du secteur d'activité des entreprises, mais également des politiques publiques mises en place afin de favoriser l'investissement, ce qui ne permet pas de juger efficacement de la place de la stratégie fiscale dans l'imposition de l'entreprise.

**474 -** Au final de nombreux indicateurs généralement utilisés par les Etats pour connaître la situation fiscale des contribuables ne sont finalement pas pertinents pour connaître la place réelle des comportements fiscaux déviants, du fait que la mondialisation des échanges et des investissements a permis la mise en place de schémas fiscaux et financiers mondiaux, qui dépassent largement les limites des règles que l'on connaît aujourd'hui dans le droit positif.

En effet, les entités locales et juridiquement distinctes, ont souvent un rôle spécifique dans une politique d'ensemble, qu'elle soit commerciale, financière ou fiscale.

Cet éclatement du processus de production, fait que bien souvent la valeur ajoutée du produit ou du service identifiable à la fin de la chaîne de production, est finalement résiduelle, puisque la majorité des actifs nécessaires à la conception, tels que la propriété intellectuelle, la compétence organisationnelle, ou les logiciels, sont localisés dans des Etats ou territoires où la fiscalité est plus faible que dans le pays de consommation final.

Par ailleurs, le développement de l'économie numérique a également eu un impact significatif sur les entreprises et leur faculté à investir et développer de nouveaux marchés sans forcément y établir une présence physique.

Comme nous l'avons souligné, ces deux facteurs, mis en parallèle avec la non adaptation des réglementations fiscales, ont engendré des possibilités d'optimisation sans frontières pour les entreprises et une perte importante de recette fiscale pour les Etats.

Par ailleurs, le nécessaire développement de la compétitivité des entreprises, passe par une meilleure utilisation des outils à leur disposition et donc de l'impôt, ce qui peut avoir une influence notable sur les choix d'implantation ainsi que sur la politique

d'investissement. Ce mouvement n'est pour autant pas on la vu, réservé aux entreprises puisque les Etats eux mêmes, sont touchés par la nécessité de développer leur compétitivité internationale, ce qui pose nous l'avons vu parfois de nombreux problèmes en terme de concurrence fiscale.

## **2°) Les réflexions sur la modification du cadre fiscal mondial**

**475** - Par le biais du BEPS, les dirigeants des Etats membres du G20<sup>831</sup> se sont enfin accordés pour mettre en place une politique commune visant à remettre la loi fiscale à la place qui est la sienne et que celle-ci, ne soit plus un outil à l'usage des contribuables, mais un réel cadre législatif contraignant en fonction des objectifs de politique économique.

**476** - La problématique de la compétence fiscale des Etats est donc on le voit, au cœur des débats ayant animé la rédaction du rapport BEPS. En effet, si les systèmes fiscaux ne connaissent que deux principaux modèles qui pour mémoire sont le système de la territorialité et de la mondialité<sup>832</sup>, chaque Etat ou territoire, connaît son propre système fiscal et l'interaction entre ces derniers, ce qui se traduit parfois par un enchevêtrement législatif pouvant se traduire par des doubles impositions ou à l'inverse, des doubles non impositions. Bien évidemment, si les contribuables militent volontiers pour qu'il soit mis un terme aux premières, ils exploitent encore mieux les différences législatives qui existent entre les différents systèmes législatifs afin de bénéficier des secondes.

## **3°) Les principales problématiques identifiées par le BEPS**

**477** - Nous allons envisager ici quelles sont les principales problématiques visées par le BEPS et quelles sont les actions proposées à mener rapidement par les Etats. Le principal avantage du BEPS et une de ses principales qualités, est qu'il va cibler l'ensemble des problématiques fiscales majeures, qui viennent influencer le bon fonctionnement à la fois

---

<sup>831</sup> OCDE, *Déclaration sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE publications, Paris, 2013.

<sup>832</sup> N. MELOT, *Territorialité et mondialité de l'impôt : étude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaines*, Op. cit.

de la perception de l'impôt, mais également de la concurrence, entre les entreprises, ou entre les Etats.

Il va ainsi identifier comme sources d'érosion des bases d'imposition et de transfert de profits, l'économie numérique (1), l'utilisation des dispositifs et produits hybrides (2), les problématiques liées à la substance et à la transparence (3), les abus liés à l'utilisation des conventions fiscales (4), les prix de transfert (5), le recours à l'endettement (6), les sociétés étrangères contrôlées et établissements stables (7), ainsi que les pratiques fiscales dommageables (8).

### **1) L'économie numérique, le principal défi fiscal du 21ème siècle**

**478** - L'économie numérique, représente nous l'avons déjà souligné une part très importante des activités économiques et en sera d'ailleurs la principale composante dans les années à venir. Cette dernière, nous l'avons déjà souligné, remet en cause les principes classiques de la fiscalité et ne s'appréhende pas comme les activités industrielles et commerciales, du fait de la volatilité des actifs, mais également des opérations qui la composent.

Cette dernière possède en effet différentes caractéristiques, la première d'entre elles est un recours massif aux actifs incorporels, la seconde est que la création de richesse dépend en partie d'une masse de données, très difficiles à appréhender comme les données de navigation des utilisateurs d'internet. En partant de ces caractéristiques, il est donc très difficile de savoir sur quel territoire, ou dans quel Etat, a eu lieu la création de richesse et donc, où doit en principe avoir lieu l'imposition.

On le voit, les principes classiques de source des revenus et de résidence fiscale, sont mis a mal par ces nouvelles activités et par les modèles économiques qui en découlent<sup>833</sup>, pour autant, on ne doit pas stigmatiser ces principes comme étant totalement dépassés, ils doivent simplement être adaptés à ces nouvelles problématiques et c'est ce que l'action 1 du BEPS souhaite mettre en place le plus rapidement possible.

---

<sup>833</sup> A. DE BISSY, *La permanence des mécanismes fiscaux à l'épreuve des évolutions dans le domaine économique et social*, Acte de colloques IFR n°20 : *La discontinuité en droit*.



## 2) Le contrôle de l'utilisation des dispositifs hybrides

**479** - Le contrôle de l'utilisation des instruments financiers et des entités hybrides est l'objet du plan d'action 2 du BEPS.

Un dispositif hybride structurel ou financier est dans le cadre des travaux de l'OCDE, un *« dispositif qui exploite une différence de traitement fiscal d'une entité ou d'un instrument entre les législations de deux ou plusieurs pays ou plus en vue de produire des résultats fiscaux asymétriques ayant pour effet de réduire la charge fiscale globale des parties au dispositif »*.

Nous avons eu l'occasion de voir que la France s'était notamment dotée récemment d'un dispositif anti-abus concernant l'utilisation de ces dispositifs par les contribuables et nous avons pu voir que l'exemple le plus commun, consiste à utiliser un produit financier considéré dans l'Etat d'émission comme un titre de dette (ce qui permet d'obtenir une déduction sur les paiements d'intérêts) et comme un titre de participation dans l'autre Etat, ce qui fait que les intérêts perçus, sont également exonérés de toute imposition.

**480** - Un autre exemple de dispositif hybride, est relatif aux transferts hybrides, qui sont un type de prêt particulier faisant l'objet d'un nantissement ou d'opérations sur produits dérivés. Dans ce type de dispositif, les co-contractants se considèrent tous propriétaires de la garantie sur le prêt ou de l'objet du produit dérivé. L'opération la plus couramment utilisée est un accord de vente avec rachat d'un actif et ce, dans des conditions similaires à celle d'un prêt faisant l'objet d'un nantissement.

En fonction des qualifications juridiques du dispositif, il peut évidemment apparaître un traitement fiscal asymétrique en fonction des Etats intéressés.

En effet, la première juridiction va par exemple traiter le dispositif selon sa forme (vente et rachat de l'actif), la seconde va elle, faire prévaloir la substance économique réelle du dispositif (prêt garanti par un actif). Dans ce type de dispositif, les garanties utilisées sont souvent des actions d'entreprises contrôlées, mais peut également faire intervenir une autre forme d'actif qui pourra générer un rendement exonéré d'impôt selon le droit des deux juridictions.

**481** - En plus des dispositifs faisant aboutir à une double exonération, on peut retrouver dans le cadre des hybrides, des dispositifs qui emportent une double déduction et notamment lorsque l'on se trouve en présence d'une entité hybride.

La technique la plus classique fait généralement intervenir une filiale hybride, considérée comme étant une entité transparente dans l'Etat de résidence de l'investisseur et comme entité opaque, là où l'entité exerce son activité.

Cette différence de traitement, peut permettre qu'une même dépense, sera de fait de l'utilisation de l'entité hybride, considérée comme déductible à la fois dans la juridiction de la société mère mais également dans celle du payeur.

On peut prendre l'exemple d'une société A, qui détient toutes les actions d'une entité B, cette dernière n'est donc pas prise en compte à des fins fiscales dans le pays où est implantée A. B emprunte auprès d'une banque et paie des intérêts sur ce prêt. B n'étant pas prise en compte dans l'Etat de résidence de la société A, cette dernière est considérée comme étant celle qui a contracté le prêt en vertu des règles fiscales de l'Etat A. Les intérêts sont donc déductibles dans les deux pays.

Afin d'aller plus loin, l'entité B peut être consolidée avec une filiale d'exploitation B1, ce qui lui permettra de lui restituer l'avantage fiscal, la consolidation permettant ainsi d'imputer deux fois les dépenses d'intérêts selon les revenus créés dans le pays de résidence de A et dans celui de B.

Une des autres variantes de cette hypothèse concerne les hybrides inversés. Dans ce cas, une société A résidente du pays A (investisseur), possède toutes les actions de B établie dans un pays B. Cette dernière est considérée comme transparente selon les lois de son Etat mais comme opaque selon la législation de A. Une société C résidente du pays C (payeur) emprunte auprès de B et lui verse des intérêts.

Les paiements effectués par le biais de l'entité hybride B, seront déductibles chez C (situation normale), mais non inclus dans le revenu de l'investisseur A ou B, puisque aucune des législations des deux Etats ne traite le paiement comme le revenu d'un résident mais comme celui du résident d'un autre pays.

**482** - Bien entendu, ces différents exemples d'utilisation d'instruments et d'entités hybrides, ne sont qu'un aperçu des différentes techniques utilisées par les contribuables dans leurs stratégies d'optimisation fiscales et nous invitons le lecteur à s'intéresser pour plus d'informations au rapport BEPS et à l'action afin d'avoir plus de détails sur cette question.

### **3) La prise en compte de la substance et de la transparence dans les pratiques fiscales dommageables**

**483** - Cette problématique, qui avait déjà été visée par un rapport de 1998 sur le caractère dommageable de certains régimes fiscaux préférentiels<sup>834</sup>, vise, comme nous l'avons vu dans le cadre du Code de conduite européen (V. n°342 et s.), à identifier les régimes fiscaux venant fausser la concurrence entre les opérateurs économiques.

Nous allons rappeler dans ce cadre, les critères de l'OCDE dans le cadre de ce rapport afin d'identifier un traitement fiscal préférentiel.

Premièrement, le régime doit être avantageux par rapport au cadre général prévu par la fiscalité locale, il peut s'agir comme nous l'avons vu dans le cadre de l'étude des pratiques dommageables, d'une réduction du taux d'imposition ou de la base imposable, mais encore de l'octroi de conditions avantageuses dans le règlement, ou dans la restitution de l'impôt. L'OCDE classe dans cette catégorie quatre principaux critères (faible imposition des activités financières ou mobiles, un cantonnement du régime par rapport à l'économie nationale, un manque de transparence, peu d'échange de renseignements) et huit critères accessoires (définition artificielle de la base d'imposition, non respect des principes internationaux relatifs aux prix de transfert, exonération des revenus de source étrangère, possibilité de négocier l'assiette ou le montant de l'impôt, secret bancaire, importance du réseau conventionnel, promotion du régime en tant qu'instrument d'optimisation, encouragement des pratiques à objet exclusivement fiscal). Bien entendu, il faudra afin de pouvoir qualifier le régime mis en place de dommageable, voir si ce dernier aura pour effet de déplacer dans l'Etat ou le territoire qui l'applique certaines activités, voir quelle est la part des activités concernées par rapport au reste du tissu économique et si l'existence de ce régime est la principale motivation au choix d'implantation dans cet Etat ou territoire.

### **4) L'abus de convention fiscale**

**484** - Nous avons vu que les Etats, sous l'impulsion des travaux de l'OCDE, avaient mis en place afin de remédier à la problématique des doubles impositions, un système de conventions fiscales très important (on en compte plus de 3 000 à travers le monde), si

---

<sup>834</sup> OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : Un problème mondial*, OCDE publications, Paris, 1998.

elles ont plutôt accompli leur mission primaire, elles sont aujourd'hui dépassées par le contexte économique mondialisé et par le développement de l'économie numérique. L'OCDE, s'était d'ailleurs déjà penchée en 2000<sup>835</sup> sur la question de l'adaptation des conventions fiscales à la problématique de l'économie numérique.

En effet, si les convention fiscales contiennent différentes dispositions visant à empêcher l'octroi inopportun d'avantages conventionnels (règle de limitation des avantages, règles visant les montages dont le but est exclusivement l'obtention d'un avantage conventionnel ou contournement de dispositions de droit national par l'utilisation de avantages conventionnels), elles sont aujourd'hui mises à mal par certains contribuables qui les utilisent comme un vecteur d'optimisation fiscale notamment en profitant des différents réseaux conventionnels mis en place par les Etats.

De ce fait, l'objectif du BEPS est de promouvoir la mise en place parallèlement à la modification du modèle de convention OCDE, des normes nationales visant à empêcher l'utilisation des conventions fiscales lorsque cela ne serait pas justifié. Cette position, a récemment été reprise par la Cour d'appel de Versailles, qui a jugé comme relevant de l'abus de droit par fraude à la loi, l'application littérale des dispositions de la convention fiscale, à l'encontre des objectifs de ses auteurs.

**485** - Parallèlement à cette problématique, il a bien évidemment été constaté par l'OCDE que pour rendre les modifications des conventions fiscales efficaces, il serait nécessaire de les modifier toutes en même temps. Comme nous l'avons vu, le processus « *classique* » de modification des conventions fiscales est long et parfois difficile, puisque négocié entre les parties en présence. De ce fait, l'OCDE afin de remédier à cette problématique, a décidé d'envisager l'adoption d'un instrument multilatéral qui permettrait de modifier l'ensemble des conventions fiscales dans un laps de temps relativement court.

---

<sup>835</sup> OCDE, *Une nouvelle économie ? Transformation du rôle de l'innovation et des technologies de l'information dans la croissance*, OCDE publications, Paris, 2000.

## 5) L'utilisation abusive des prix de transfert

**486** - Les prix de transfert<sup>836</sup>, nous l'avons déjà souligné, sont à la fois un des enjeux majeurs des politiques anti-abus nationales, mais également un des principaux moyens d'optimisation fiscale à l'usage des contribuables. Ces derniers, qui doivent en principe respecter le principe de pleine concurrence, ont servi de vecteurs à des transferts de richesses (propriété et actifs) vers des Etats ou territoires, où la fiscalité est avantageuse par rapport aux Etats ou territoires, où sont consommés le produits ou les services finis. On le voit, une des principales problématiques aujourd'hui liée avec les prix de transfert est celle qui lie cette matière avec les actifs incorporels, difficilement localisables et valorisables.

Un autre point sensible en lien avec les prix de transfert et qui est visé par les travaux de l'OCDE en matière de prix de transfert, est relatif à la nécessité de développer de manière globale le « *reporting* » pays par pays.

Selon les travaux réalisés dans le cadre du BEPS et afin de mettre un terme à l'érosion des bases d'imposition par le biais des prix de transfert, il est nécessaire afin de promouvoir la transparence, de communiquer aux administrations fiscales toutes les informations pouvant servir à l'évaluation des risques liés aux politiques prix de transfert des entreprises.

## 6) Le recours abusif à l'endettement

**487** - Une autre réflexion majeure ayant amené à la rédaction du rapport BEPS, concerne le recours massif à l'endettement par les sociétés qui par l'augmentation de leurs charges financières, réduisent leur imposition. Nous avons d'ailleurs pu constater dans le cadre de notre propos que la France, possédait un arsenal législatif relativement important sur ce point. En effet, les différences entre le traitement fiscal des capitaux propres et des emprunts, peut aboutir selon les territoires et les Etats d'implantation sur lesquels va évoluer un entreprise ou un groupe, à favoriser un financement par l'emprunt plutôt que par des capitaux propres. Ce choix sera notamment effectué lorsque les emprunts seront imposés faiblement chez le prêteur et emportera l'utilisation de

---

<sup>836</sup> F. MIAL, *Fixation des prix de transfert à l'épreuve de la double imposition économique*, Thèse, Université Aix-Marseille, 2014.

mécanismes de financement par le biais d'instruments financiers hybrides qui permettent dans certains cas d'être exonérés d'impôt à la fois chez le prêteur et chez l'emprunteur.

## 7) La problématique des SEC et des établissements stables

**488** - Comme la majorité des problématiques qui sont étudiées dans le cadre du BEPS, les problématiques liées aux SEC et aux établissements stables, sont transversales et intéressent à la fois l'économie numérique, les mécanismes anti-abus ou encore les conventions fiscales.

Pour autant, en ce qui concerne plus spécifiquement les SEC, il s'agit de limiter les déductions d'intérêts trop importants dans le cadre d'investissements entrants, lorsque la société étrangère n'est que faiblement imposée. L'hypothèse la plus classique fait donc entrer en jeu une société étrangère faiblement taxée, qui accorde un prêt afin de permettre à l'émetteur de déduire des intérêts excessifs, sans que le détenteur ne procède à la comptabilisation d'un revenu d'intérêt correspondant au prêt. Dans cette situation, les paiements d'intérêts sont déduits du bénéfice imposable de la société d'exploitation et les revenus d'intérêts, sont peu imposés ou exonérés chez le bénéficiaire.

Du côté de l'investissement sortant, une structure peut utiliser l'emprunt afin de financer la production d'un revenu qui sera exonéré, ou différé dans le temps et donc réclamer la déduction de ces intérêts pour l'exercice en cours et ainsi obtenir un avantage fiscal important.

L'OCDE, afin de mettre un terme à ces pratiques d'érosion des bases d'imposition, souhaite que les Etats mettent en place des règles de contrôle de la déductibilité des dépenses en tenant compte du fait que le revenu d'intérêt peut dans certains cas être non imposable chez l'émetteur et donc, refuser cette déduction, comme en matière de montages hybrides.

**489** - Concernant les problématiques liées à la notion d'établissement stable, l'OCDE souhaite en modifier la définition<sup>837</sup>, afin d'empêcher que certaines installations puissent échapper à ce statut et aux obligations fiscales qui leur sont liées. Classiquement, les

---

<sup>837</sup> S. GELIN et S. LAMBERT, *Les établissements stables après BEPS : Du déjà vu en France ?* Dr. fisc. 2016, n°25, 381.

entreprises, afin d'éviter les contraintes liées à ce statut, mettent en place des accords de commissionnaires, ou utilisent les exemptions liées à certains secteurs spécifiques.

Il est à noter sur ce point que l'OCDE, souhaite faciliter la caractérisation d'un établissement stable pour les sociétés non-résidentes.

Dans le cadre du rapport définitif rendu sur cette question<sup>838</sup>, sont proposées des modifications de l'article 5 de la convention modèle OCDE. Dans ce cadre, il est intéressant de noter que la partie qui vise les accords de commissionnaire s'oppose à la jurisprudence française Zimmer (V. n°681 et s.), puisque l'OCDE élargit et redéfinit la notion de commissionnaire. La jurisprudence française s'est en effet contentée d'appliquer la définition civiliste du contrat de commissionnaire et a donc écarté la reconnaissance d'un établissement stable, alors que l'OCDE, va considérer comme tel « toute personne agissant dans l'État contractant qui, pour le compte de toute entreprise quelle qu'elle soit, conclut habituellement des contrats ou joue le rôle principal menant à la conclusion d'un contrat dans l'État contractant sans que la société située dans l'autre État contractant n'ait besoin d'apporter de modification importante audit contrat ». L'impact de cette modification, s'il paraît de prime abord important, pourrait être limité puisque les groupes internationaux ont bien souvent remplacé les commissionnaires par des distributeurs à risque limité, du fait des incertitudes liées à cette notion.

**490** - En ce qui concerne la qualification de l'établissement stable, les travaux de l'OCDE indiquent, qu'afin d'écarter l'existence d'un tel établissement, il faudra que le contribuable puisse démontrer que l'activité n'est ni auxiliaire, ni préparatoire, les activités ainsi listées au paragraphe 4 de l'article 5 de la convention modèle OCDE, qui étaient données à titre d'illustration et de donner un premier cadre à la matière ne sont donc aujourd'hui plus suffisantes. Cette approche, peut sur ce point se rapprocher de diverses jurisprudences françaises<sup>839</sup>, qui ont déjà abordé la question du caractère réel de l'activité exercée.

---

<sup>838</sup> OCDE, *Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable*, OCDE publication, Paris, 2015.

<sup>839</sup> CE, 14 février 1930, n°12546 ; Dupont 1930, p. 189 ; RO 5419, CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 22 décembre 1982, n°26338 ; Dr. fisc. 1983, n°39, comm. 1719, concl. P. RIVIERE ; RJF 1982, n°185, CE, 8<sup>ème</sup> ss-sect., 13 juillet 1968, n°66503, préc. cit. et CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 22 janvier 1998, n°94PA01614, Sté Publicis FCB Europe ; Dr. fisc. 1998, n°22, comm. 488, concl. C. MARTIN ; RJF 1998, n°382.

## **8) La lutte contre l'évasion fiscale et les pratiques fiscales dommageables**

**491** - Plus généralement, une autre réflexion relative à la construction du BEPS, s'intéresse à la lutte contre l'évasion fiscale par le biais de certains mécanismes de prévention et de dissuasion. Il s'agit pour l'OCDE, d'encourager la mise en place de normes anti-abus générales (comme nous l'avons vu pour le Royaume-Uni V°), de divulgation des dispositifs de planification agressive, ou plus spécifiques afin que les contribuables ne puissent plus voir l'impôt comme un facteur déterminant dans les choix d'investissement ou d'implantation des entreprises.

Par ailleurs, comme cela est souvent réclamé par de nombreux Etats, l'OCDE souhaite faire avancer les discussions qui visent à promouvoir la transparence entre les Etats et mettre un terme aux pratiques anti-concurrentielles pratiquées par certains pays comme les régimes fiscaux dérogatoires et notamment ceux mis en place par le biais des procédures de rescrit, de régimes offshores ou par le secret bancaire.

**492** - Suite à ces réflexions sur les faiblesses du système fiscal global, mais également sur celles des normes nationales, l'idée de l'OCDE a été d'élaborer un plan à la portée mondiale, qui permettrait le développement d'actions multinationales afin de lutter efficacement contre les comportements fiscaux déviants, la concurrence fiscale déloyale entre les Etats, mais également contre la perte de recettes budgétaires. De ce fait, le BEPS est apparu comme étant non pas un simple rapport listant les faiblesses des normes fiscales, mais comme un recueil de propositions adaptées à chaque problématique, afin de transformer à moyen terme l'environnement fiscal à la fois national mais également international.

### **§II) Le contenu du BEPS**

**493** - A la suite de la demande des ministres du G20, conscients que d'importants changements sont aujourd'hui nécessaires pour atteindre ce but, le BEPS a été rédigé pour une meilleure appréhension par les opérateurs et par les Etats, sous la forme d'un plan d'actions, visant l'ensemble les problématiques visées dans le cadre des discussions ayant précédé sa rédaction.



Dans le cadre de ce paragraphe, nous allons donc étudier les principales actions proposées par le BEPS et le calendrier de ces dernières. Nous allons donc nous intéresser aux problématiques de l'économie numérique (A), à la lutte contre les hybrides (B), aux problématiques liées à la transparence et à la substance des activités (C), à l'utilisation abusive des conventions fiscales (D) et enfin, à la problématique des prix de transfert (D).

## **A) La problématique de l'économie numérique**

**494** - L'action 1 du BEPS<sup>840</sup>, revient dans ses premiers chapitres sur les difficultés posées par l'économie numérique dans son appréhension par le droit fiscal. Elle vient ensuite proposer des solutions à mettre en place dans le cadre à la fois des législations nationales mais également dans l'adaptation des normes internationales actuelles (conventions fiscales).

C'est dans le cadre du chapitre 8 que l'on trouve les solutions proposées par l'OCDE, la première, concerne la modification des exceptions à la création d'un établissement stable avec la création d'un lien fondé sur une présence numérique significative, en modifiant le paragraphe 4 de l'article 5 de la Convention modèle OCDE. En effet, les fonctions annexes, qui excluent la présence d'un établissement stable, sont parfois devenues dans le cadre de l'économie numérique plus fondamentales, par rapport à ce qu'elles représentent dans le cadre des activités plus classiques. Il serait donc selon l'OCDE, opportun de s'intéresser à la prépondérance de ses activités et non plus simplement à leur existence, afin d'identifier l'existence d'un établissement stable.

On peut également imaginer selon l'organisation, la création d'une notion de présence numérique significative, qui permettrait d'imposer une société dans un Etat alors qu'elle n'y est pas implantée physiquement, mais dans lequel elle exerce en revanche des activités numériques dématérialisées, créatrices de richesse. En effet, de nombreuses entreprises du numérique, n'ont pas d'implantation physique mis à part des services de maintenance ou d'entrepôt, les contrats conclus avec les consommateurs sont généralement conclus à distance, les paiements sont effectués en ligne. Internet est donc la seule interface de mise en relation avec les consommateurs, on le voit, l'implantation juridique de la société n'influence pas le choix du consommateur dans le cadre de l'achat

---

<sup>840</sup> OCDE, *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, 2014.

de son bien, ou du service à consommer en ligne, ce qui fait que les bénéficiaires sont facilement localisés dans des pays où la fiscalité est plus avantageuse que dans les différents Etats où résident les consommateurs.

Selon cette solution, des « *seuils numériques* », permettraient de qualifier la présence d'un établissement stable, en fonction du nombre de contrats en provenance d'un même pays de consommation, du nombre d'utilisateurs du service en ligne, de l'existence d'une succursale exerçant des fonctions de conseil, de commercialisation ou de livraison.

Une des autres solutions est relative à la mise en place d'une retenue à la source sur les transactions numériques effectuées entre un résident d'un pays qui procède à l'acquisition de biens ou services d'un fournisseur étranger.

Afin de ne pas pénaliser les consommateurs déjà lourdement taxés par le biais des taxes sur la consommation, l'OCDE envisage de faire peser la responsabilité du prélèvement sur les institutions financières faisant transiter les paiements entre les différents pays. Cette solution, proposée sous la forme d'une disposition autonome, permettrait également de contourner les difficultés liées à la définition des établissements stables, qui permettent de conserver une activité importante sur un marché, sans y être imposable du fait de l'absence de présence physique.

Selon l'OCDE, une solution plus technique peut également être envisagée en créant une taxe sur la bande passante, en fonction de l'utilisation qui est faite des sites internet. Cette taxe, selon le rapport, pourrait être assise sur les octets utilisés par les sites internet et selon la taille et le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise. Bien entendu, afin que cette taxe ne soit pas considérée comme abusive, il faudrait qu'elle soit déductible de l'imposition sur le bénéfice afin de préserver l'égalité entre les sociétés qui relèvent du secteur du numérique et celles des secteurs plus traditionnels.

**495 -** Un des autres enjeux de la fiscalité du numérique concerne l'application de la TVA aux transactions transfrontalières, qui peut mettre les vendeurs locaux sous une forte pression concurrentielle, les ventes transfrontalières étant généralement effectuées à des montants nuls ou insuffisants. En effet, dans le cadre du système actuel, il existe des exonérations relatives aux importations de biens de faible valeur, seuils qui ont été fixés avant l'essor de l'économie numérique.

La première solution envisagée afin de remédier à cette problématique, serait d'abaisser ces seuils, afin qu'une taxe soit perçue sur les biens ou services importés par le biais des nouvelles technologies, la seconde, consisterait à faire enregistrer le vendeur de services

et de biens non résident, dans la juridiction du consommateur. Il est à noter que cette dernière proposition avait déjà été envisagée dans le cadre de la réflexion sur les principes directeurs de l'OCDE à appliquer à l'économie numérique en 2003.

Pour autant, ces différents systèmes pourraient s'avérer lourds et coûteux pour les PME, il faudra donc lors de l'adoption de mesures législatives visant à modifier le cadre de la fiscalité des activités numériques, veiller à ce que ces dernières soient protégées par des mesures de simplification, afin de ne pas encourager à frauder ou à l'inverse, à stopper leurs activités.

## **B) La problématique des instruments et entités hybrides**

496 - Le plan d'action n°2 du BEPS<sup>841</sup>, présenté en 2014, s'intéresse à cette problématique et après avoir défini les différentes composantes de cette problématique que nous avons envisagée à plusieurs reprises, propose différentes solutions dans le but d'enrayer l'utilisation des instruments financiers et des entités hybrides par les contribuables.

La première solution envisagée concerne les hybrides financiers et vise à adopter une règle de lien, qui permettra d'aligner les résultats fiscaux chez le payeur et chez le bénéficiaire. Le rapport conseille notamment de « *refuser la déduction des paiements par leur auteur, tandis que la juridiction du bénéficiaire appliquerait une règle défensive constituant à faire entrer le paiement déductible dans le revenu ordinaire si le payeur est situé dans une juridiction qui n'a pas appliqué la règle principale pour supprimer l'asymétrie* ». Il est à noter sur ce point, qu'une simple différence concernant la date d'enregistrement des paiements, ne pourrait être considérée comme créant une asymétrie de traitement, par ailleurs la règle anti-hybride, ne doit pas s'appliquer lorsque le paiement est effectué auprès d'un organisme de placement soumis à une législation fiscale spécifique, notamment dans un but d'investissement ou de réduction d'impôt, le revenu étant alors imposé dans la base ordinaire.

Concernant plus spécifiquement les transferts hybrides, il est préconisé de refuser l'exonération d'impôt sur les dividendes en rapport avec des paiements déductibles et de

---

<sup>841</sup> OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Projet OCDE/G20 sur l'érosion des bases d'impositions et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, Paris, 2014.

procéder, à des restrictions de crédit d'impôt pour retenues à la source en proportion du revenu net imposable du contribuable dans le cadre du dispositif hybride.

**497** - En ce qui concerne l'utilisation des hybrides permettant une double déduction, il est recommandé par le BEPS, de refuser dans la juridiction du payeur, les paiements non pris en compte dans la juridiction du bénéficiaire, sauf si en vertu des lois des deux Etats, le paiement a été inclus dans les revenus ordinaires du payeur et du bénéficiaire afin de compenser une double imposition. L'idée est d'aligner les résultats du payeur et du récipiendaire, afin d'isoler l'hybride et de permettre dans tous les cas son imposition.

En ce qui concerne la problématique des hybrides inversés, il faut selon ce plan d'action, interdire la déduction du paiement dans la mesure où ils généreraient une double déduction, ou une absence d'inclusion dans la base d'imposition.

Le rapport souligne également que dans l'hypothèse où il existe un régime des sociétés étrangères contrôlées, le risque d'asymétrie est supprimé, puisqu'est appliquée une taxation sur une base courante des revenus issus des structures d'investissement étranger.

**498** - On le voit, la problématique des hybrides reste complexe et les législations nationales mises en œuvre comme c'est le cas en France, devront prouver leur efficacité. L'OCDE encourage pour autant les Etats, grâce à ces différents travaux identifiant les montages hybrides les plus utilisés, à mettre en place ce type de mécanismes et ce le plus rapidement possible.

### **C) Les pratiques dommageables confrontées à la transparence et à la substance économique**

**499** - Nous avons vu plus haut que l'OCDE, utilisait certains critères afin d'identifier les pratiques préférentielles et dommageables, dans le cadre de l'action 5 du BEPS<sup>842</sup>, l'organisation propose d'aller plus loin et de mettre l'accent sur l'exigence d'une activité substantielle, afin de pouvoir prétendre à l'application d'un régime préférentiel, mais également sur la promotion de la transparence par le développement d'un échange obligatoire d'informations entre les Etats.

---

<sup>842</sup> OCDE, *Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance, Projet OCDE/G20 sur l'érosion des bases d'impositions et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, 2014.

Va donc également se poser la question de l'appréciation de la substance minimale de l'activité et ce, plus particulièrement en matière de biens incorporels. L'OCDE propose sur cette problématique plusieurs solutions ; la première serait relative à la notion de création de valeur, c'est à dire d'obliger les contribuables à localiser une activité importante de développement sur le territoire d'implantation, la seconde serait basée sur les prix de transfert et permettrait d'accorder l'avantage fiscal seulement si le contribuable localise un certain nombre de fonctions dans l'Etat accordant le régime préférentiel, qu'il soit le propriétaire des actifs sur lesquels sont basés les avantages fiscaux et que ces derniers soient effectivement utilisés et enfin, qu'il supporte réellement les risques économiques liés à ces actifs. Ces deux approches, qui ont été lourdement critiquées dans le cadre des commentaires sur les actions du BEPS, n'ont pas été plus approfondies, ce qui a obligé l'OCDE à proposer une nouvelle, qui est celle du lien. Cette approche, vise à l'instar des crédits d'impôt applicables aux activités de R&D qui lie la dépense à l'avantage fiscal, à lier l'exercice d'une l'activité et le revenu qui en découle, afin d'obtenir l'avantage fiscal. Ce type de mécanisme, est d'ailleurs conforme aux régimes fiscaux qui encouragent la R&D, par la reconnaissance d'une activité effective.

**500** - En ce qui concerne le développement de la transparence, le principal sujet demeure la mise en place d'obligations d'informations sur les décisions qui concernent l'application de régimes préférentiels afin de permettre aux autres Etats, de savoir si une décision a un impact sur le traitement fiscal de leurs propres contribuables, il faudra donc mettre en place un cadre à cet échange dans le cadre notamment des conventions fiscales bilatérales, selon une proposition de clause dans le cadre du modèle OCDE, ou de la directive européenne 2011/16/EU, du 15 février 2011 sur la coopération administrative en matière fiscale qui a été depuis adoptée. On peut notamment envisager la mise en place d'un échange entre le pays de la source, celui de la société mère, mais également avec le pays de résidence du bénéficiaire effectif. Nous l'avons vu, l'UE, a récemment modifié sa politique sur ce point, en obligeant les Etats à communiquer de manière automatique les rescrits fiscaux (V. n°666).

## D) L'utilisation abusive des conventions fiscales

**501** - Nous avons déjà souligné dans le cadre de nos travaux que les conventions fiscales avaient depuis leur mise en place, évolué afin de répondre de la manière la plus efficace à la fois, à la nécessité d'annihiler les risques de doubles impositions mais également, aux défis présentés par l'évolution des normes et de la pratique fiscale.

Pour autant, comme nous l'avons vu en matière d'économie numérique et de montages hybrides, ces dernières connaissent aujourd'hui encore de nombreuses lacunes, qui permettent à certains contribuables de profiter des avantages conventionnels, tout en étant exonérés, ou très peu imposés dans leurs différents territoires d'implantation.

L'action 6 du BEPS<sup>843</sup> propose sur ce point, trois solutions.

La première, vise à mettre en place des dispositions conventionnelles et des recommandations pour la création de normes nationales, qui pourraient empêcher les contribuables d'obtenir le bénéfice non justifié des avantages des conventionnels. La deuxième, vise à intégrer dans le cadre du modèle OCDE, une clause générale qui indiquerait que les conventions fiscales, ne doivent en aucun cas être utilisées comme un instrument de promotion de doubles exonérations d'impôt. Enfin, la troisième vise à mettre en place une liste de diligences que les pays devront effectuer lorsqu'ils décideront de signer une convention fiscale avec un autre Etat, afin que celle-ci ne présente pas de failles qui permettrait de faciliter l'évasion fiscale.

**502** - Pour autant, comme cela a été souligné dans le cadre des commentaires reçus par l'OCDE dans le cadre de la mise en place de ce plan d'action, certaines exigences constitutionnelles ou communautaires, ne permettent pas l'adoption de formulations trop larges comme cela a pu être le cas en France dans le cadre de la tentative de réforme de l'abus de droit (V. n°217 et s.). Sur ce point la clause envisagée par l'OCDE serait la suivante : « *Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à*

---

<sup>843</sup> OCDE, *Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas, Projet OCDE/G20 sur l'érosion des bases d'impositions et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, 2014.

*moins qu'il soit établi que cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention ».*

Pour autant, l'OCDE encourage l'adoption de règles spécifiques anti-abus dans le cadre des conventions fiscales sur le modèle de ce qui est pratiqué par les Etats-Unis, dont la majorité des conventions prévoient un article intitulé : « *Limitation des avantages de la convention* ». Ce dernier, vise un certain nombre de situations de chalandage fiscal en prenant en compte la nature juridique des résidents, leurs activités mais également la situation des actionnaires.

**503** - Concernant la création d'un instrument unilatéral visant à modifier les conventions fiscales, le plan d'action 15<sup>844</sup>, après avoir jugé de la nécessité que la création d'un tel instrument était souhaitable au vu du fait que les contribuables se servent des conventions fiscales comme des instruments d'optimisation, a également jugé cette création possible, malgré certaines difficultés pratiques (souveraineté nationale) et a proposé certaines pistes dans le cadre de la mise en place de cet instrument.

Cet instrument, doit premièrement être flexible, en effet si parmi les plus de 3 000 conventions fiscales signées à travers le monde, si certaines sont relativement proches, il peut également exister de grandes disparités entre ces dernières, il doit deuxièmement respecter le caractère bilatéral que l'on retrouve dans le cadre de la signature d'une convention fiscale et avoir une portée ciblée, dans le but de la préservation de la souveraineté nationale.

Afin de garantir son efficacité, l'instrument multilatéral doit enfin être contraignant et être régi par le droit international, tout en respectant le processus d'adoption prévu par les droits nationaux.

Il faut cependant souligner que les éléments fondamentaux de cet instrument sont encore à définir dans le cadre des discussions de l'OCDE et du G20, si nous considérons qu'il serait en effet le seul moyen de réviser efficacement les conventions fiscales aujourd'hui en vigueur, il faut garder à l'esprit que ce dernier se verra opposer un rejet politique de nombreux Etats, mais également juridique du fait des pratiques jurisprudentielles constitutionnelles ou communautaires. Il faudra donc prévoir un engagement modulable, ce qui risque de lui faire perdre de son efficacité et toujours préserver la clarté et la

---

<sup>844</sup> OCDE, *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, Paris, 2014.

transparence, à la fois au niveau des mesures mais également au niveaux des engagements qui pourraient apparaître si cet instrument venait à voir le jour.

Pour autant, dans d'autres domaines du droit, ce type d'instrument a pu voir le jour par l'abrogation de dispositions conventionnelles bilatérales existantes (Convention européenne d'extradition de 1975), par la modification de dispositions incompatibles avec l'instrument multilatéral (Convention européenne pour la répression du terrorisme de 1977), par la préservation des dispositions bilatérales compatibles avec l'instrument multilatéral (Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (1959), ou enfin par l'ajout de dispositions aux instruments bilatéraux (Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime de 1988).

## **E) L'utilisation abusive des prix de transfert**

**504** - La problématique des prix de transfert est nous l'avons vu, un des enjeux majeurs de la perte de recettes fiscales du fait des pratiques dommageables mises en place par les contribuables et en premier lieu des multinationales. Le BEPS, s'est donc naturellement penché sur cette question et s'est notamment focalisé sur deux points particulièrement sensibles.

**505** - Le premier, que l'on retrouve dans le plan d'action 8<sup>845</sup>, propose des solutions relatives à la problématique qui lie les prix de transfert et les actifs incorporels.

L'OCDE, est nous l'avons vu, un acteur majeur de l'étude des pratiques relatives aux prix de transfert notamment par la mise en place de « *principes* »<sup>846</sup>, qui s'ils ont permis une relative appréhension commune de la matière ne sont aujourd'hui plus toujours adaptés à la problématiques des actifs incorporels et donc aux rémunérations qui en découlent.

Il est donc aujourd'hui essentiel de réviser ces principes, afin de les adapter aux actifs incorporels, aux transactions portant sur ces derniers, mais également de veiller à ce que les opérations qui impliquent des actifs incorporels, soient soumises de manière effective au principe de pleine concurrence.

---

<sup>845</sup> OCDE, *Instructions relatives aux aspects intéressant les prix de transfert des actifs incorporels, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE publications, Paris, 2014.

<sup>846</sup> OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, OCDE publications, Paris, 2010.



Nous retiendrons ici certaines idées qui visent notamment à permettre aux administrations fiscales, d'appliquer des règles fondées sur les résultats effectifs, afin de déterminer les prix de transfert des actifs incorporels.

On retrouve également la volonté de promouvoir la mise en place d'une règle de limitation des revenus attribuables à des entités dont les activités sont seulement relatives à de l'apport de fonds pour la création d'actifs incorporels et qui n'entrent donc qu'indirectement, dans le processus de R&D, en les traitant comme des prêteurs et non pas des investisseurs en fonds propres.

La troisième grande orientation serait relative à l'exigence de paiements conditionnels et/ou l'application de méthodes de partage de bénéfices, lorsque les actifs incorporels en question sont difficiles à évaluer.

**506** - Le deuxième plan d'action publié relatif aux prix de transfert (action 13)<sup>847</sup> et qui vise le développement d'une information pays par pays, ne pourra être atteint que par la révision des standards en matière de prix de transfert et par la mise en place d'obligations déclaratives, qui permettent de connaître la répartition du chiffre d'affaires pays par pays, des impôts payés et de certaines données, permettant de mesurer l'activité. La France nous l'avons vu, s'est déjà engagée dans cette voie (art. 223 quinquies C du CGI).

Plus précisément, l'OCDE envisage notamment que les entreprises indiquent pour chaque pays où elles sont implantées, le chiffre d'affaires, le bénéfice avant impôt, l'impôt sur le bénéfice acquitté et celui qui est dû, le nombre d'employés, le montant du capital social, le montant des bénéfices non distribués et les actifs détenus. Par ailleurs, l'OCDE souhaite que dans chaque juridiction, les entités du groupe qui exercent une partie de l'activité soient clairement identifiables à la fois par le biais des données précitées, mais également dans la nature de leurs activités.

Cette documentation, serait complétée par un autre fichier, remis sous la forme d'un fichier principal, qui serait communiqué à toutes les administrations fiscales des pays concernés par l'activité du groupe.

Il existerait donc à terme un fichier local (selon les prescriptions nationales<sup>848</sup>), une déclaration pays par pays et un fichier principal, ce qui permettra à la fois au contribuable

---

<sup>847</sup> OCDE, *Instructions relatives à la documentation des prix de transfert et aux déclarations pays par pays, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE publications, Paris, 2014.

<sup>848</sup> Pour les évolutions françaises en cette matière V.

d'expliquer la cohérence de sa politique prix de transfert, mais également aux administrations fiscales, d'obtenir dans des brefs délais des informations pour l'évaluation des risques liés à cette politique.

Ce plan d'action, fait l'objet d'une consultation publique à compter du 29 juin 2016<sup>849</sup>, afin de rassembler les commentaires des praticiens sur ces questions.

**507 -** Nous indiquerons enfin que les problématiques de risques et de capital (action 9) et de transactions à haut-risque (action 10), viendront compléter ces différentes propositions. L'action 9 aura pour objectif de faire adopter des règles d'établissement des prix de transfert empêchant une société qui s'est simplement engagée à assumer des risques ou à apporter du capital, de percevoir des revenus inappropriés. Il faudra établir un lien entre la création de valeur et les revenus, afin d'empêcher la localisation de portefeuilles d'actifs incorporels dans des paradis fiscaux. L'action 10 aura quant à elle pour objet, l'établissement de règles de prix de transfert visant à permettre la requalification de certaines opérations à haut-risque, la clarification des méthodes de calcul des prix de transfert, notamment fondées sur le partage des bénéfices dans les chaînes de valeur mondiale et de se prémunir contre les paiements source de transferts de bénéfices à l'étranger comme les frais de gestion et les dépenses de siège.

**508 -** Si l'on met en parallèle les évolutions récentes de la législation française avec les propositions du BEPS, on se rend compte que notre législateur, n'a pas attendu la publication des propositions qui ont suivi le BEPS, afin de faire entrer dans notre droit positif, des mesures anti-abus qui ont largement bouleversé la pratique des entreprises en terme de stratégie fiscale. Pour autant, on ne peut pas douter de l'influence importante exercée par les différents travaux de l'OCDE sur ces mesures, notamment dans le cadre du contrôle des opérations internationales par le biais des prix de transfert, ou des financements hybrides.

Sur ce point, on peut s'attendre au vu des différentes actions proposées par le BEPS, à de nouvelles évolutions dans les prochaines lois de finances.

**509 -** *Des conséquences majeures sur les législations nationales.* Si le BEPS a et aura une influence notable sur l'évolution des pratiques anti-abus, les Etats à l'origine de ce

---

<sup>849</sup> OCDE, communiqué du 29 juin 2016. Dr. fisc. 2016, n°27, act. 439.

mouvement devront afin de rendre ce projet constructif, remettre en cause leur législation nationale parfois très permissive, comme c'est le cas par exemple de la législation américaine qui favorise certains schémas d'optimisation par des régimes favorables tels que le « *check the box* »<sup>850</sup>. Il faut en effet garder à l'esprit que ces stratégies, ne sont possibles que parce que les lois les encouragent, ou que les Etats, trop soucieux de préserver leur souveraineté fiscale nationale, ne proposent pas des systèmes fiscaux sains, avantageux et cohérents pour toutes les parties.

**510** - Les années de crises qu'ont traversé de nombreux Etats à travers le monde, ont largement impacté la stratégie fiscale des Etats dans le cadre de la préservation des recettes budgétaires, dans la lutte contre la fraude fiscale et les comportements abusifs de certains opérateurs économiques. En effet, malgré quelques signaux de reprise économique, le comblement de la dette publique et des différents déficits budgétaires, sont aujourd'hui plus que jamais parmi les principales préoccupations des Etats et en particulier dans le cadre de l'UE, où sont imposées sous peine de sanctions, des limites à ces déficits. La fiscalité est donc devenue le principal levier sur le budget de l'Etat, l'importance de la fiscalité dans la stratégie budgétaire de l'Etat étant décuplée du fait de la complexité de la réduction des dépenses publiques, afin de préserver un service public accessible à tous.

Pour autant, nous verrons dans la seconde partie de notre travail, que l'optimisation du facteur fiscal au sein d'une entreprise est toujours possible. En effet, les textes fiscaux, s'ils essaient d'encadrer la politique fiscale de l'entreprise afin que celle-ci contribue, pour un juste montant, aux dépenses publiques, prévoient également de nombreuses mesures visant à promouvoir certaines activités, à favoriser l'implantation d'entreprises sur certains territoires, à faciliter certaines cessions d'entreprises, ou à développer certains investissements etc.

Par ailleurs, au delà de ces mécanismes, nous verrons quels outils utilisent les entreprises et en particulier celles qui évoluent dans un contexte d'économie globalisée, afin de limiter l'assiette de leur taxation.

---

<sup>850</sup> E. PICQ, *Propositions de réforme de la fiscalité internationale américaine et impact pour les entreprises françaises*, Dr. fisc. 2009, n°23, 352. Pour une illustration jurisprudentielle de ce type de mécanisme sur le contribuable français, V. CE, plén., 24 novembre 2014, n°363556, Sté Artémis SA ; Dr. fisc. 2015, n°3, comm. 57, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note Ph. DEROUIN ; RJF 2015, n°102, chron. N. LABRUNE, p. 83 ; BDCF 2015, n°102.

On le voit, si l'optimisation fiscale a récemment été limitée par le renforcement des dispositifs anti-abus existants, mais également par l'apparition de nouveaux dispositifs, elle demeure possible et connaît, particulièrement dans un contexte international, de formidables développements ces dernières années, développements qui nécessiteront selon nous, une modification profonde des systèmes fiscaux vers plus de cohérence et d'intégration au risque de voir perdurer abus et tensions étatiques.

## PARTIE II : LES MECANISMES

### D'OPTIMISATION UTILISES PAR LES

### ENTREPRISES

511 - L'objectif de toute entreprise notamment dans une économie concurrentielle et mondialisée comme celle que nous connaissons aujourd'hui, est de réaliser un maximum de profit et si cela est possible et que telle est la volonté de ses dirigeants, d'accroître le champ de son activité par le développement de nouveaux produits, l'ouverture sur de nouveaux marchés et dans ce cadre, augmenter son chiffre d'affaires et ses bénéfices.

Cette politique de développement, qu'elle soit locale, nationale ou internationale, nécessite la mise en place d'une stratégie commerciale, financière, sociale et bien évidemment fiscale, afin de limiter les charges de l'entreprise et de dégager un maximum de bénéfices et de répondre au mieux aux besoins d'investissements futurs, mais également à la rémunération des porteurs de capital.

Réduire l'impôt, qui vient amputer le résultat de l'entreprise, freiner l'investissement et réduire de ce fait la compétitivité de l'entreprise particulièrement dans un contexte mondialisé, est donc un objectif de l'entreprise, qui ne doit pas être nous l'avons vu, une fin en soi sous peine d'être sanctionné. La finalité déterminant les moyens, il est en effet tentant de verser dans des comportements déviants qui peuvent le cas échéant, lourdement réprimés nous l'avons vu, à la fois par la loi fiscale mais également dans certains cas, un risque pénal (V. n°37 et s.).

De prime abord, cette logique s'oppose à celle de l'Etat lorsque l'on se réfère à la définition Jèziste de l'impôt (V. n°9), qui définit ce dernier comme un instrument de couverture des dépenses publiques et qui doit donc, être maximisé afin de pouvoir offrir aux citoyens les meilleurs services publiques.

Pour autant, si l'on s'intéresse de plus près à la politique économique et fiscale des Etats, on se rend rapidement compte que le levier fiscal, peut être utilisé dans le cadre du développement de stratégies entrepreneuriales, dans le but de créer un climat favorable aux entreprises, soit qui sont déjà implantées sur le territoire national notamment dans des périodes de difficultés économiques, soit dans le but d'attirer les investisseurs étrangers. Nous avons d'ailleurs pu constater que cette concurrence entre les Etats, pouvait dans certains cas s'avérer néfaste dans le cadre de la mise en place de mécanismes d'aides

d'Etat ou de pratiques anti-concurrentielles, pratiques remises en cause par l'OCDE et sanctionnées dans le cadre de l'UE (V. n°350 et s).

**512 -** *Une attention de plus en plus importante pour le facteur fiscal.* Si pendant longtemps, l'optimisation du facteur fiscal était une affaire d'initiés et représentant des montants bien plus anecdotiques que ce qu'elle représente aujourd'hui, les années 1980, ont emporté un changement majeur dans la politique fiscale des Etats mais également dans l'appréhension de l'impôt par les entreprises dans le cadre de leur stratégie d'investissement, par le développement de la mobilité internationale, l'internationalisation des changes, l'élimination des frontières physiques et la dématérialisation des flux aussi bien économiques que financiers. A cette époque on est également passé de l'Etat planificateur, à l'Etat stratège du fait de la fin des trente glorieuses<sup>851</sup>.

La stratégie fiscale des entreprises, doit donc dans cet environnement politique et économique, comme toute stratégie, répondre à certains objectifs et à certaines contraintes. Dans le cadre de la réalisation de ces objectifs, le but sera avant tout de maîtriser les conséquences des choix entrepreneuriaux pris dans le cadre de la gestion et le développement de l'entité, et ainsi choisir où s'implanter et sous quelle forme juridique. Dans le cadre des groupes, il faudra maximiser l'utilisation des déficits ainsi que les flux intragroupes, soit dans le cadre des difficultés (aides entre entreprises), soit dans le cadre de la mise en place d'une politique prix de transfert mais également, comment utiliser les mécanismes favorables mis en place par les Etats dans le cadre des politiques d'investissements.

Ces objectifs, peuvent être atteints par différents moyen, un des plus simple est la comparaison des différentes législations afin de s'implanter dans les zones et territoires qui offrent un cadre fiscal avantageux, ou par l'utilisation des opportunités offertes par le droit conventionnel ou communautaire dans le de cadre de l'Union, qui peuvent grandement favoriser le développement des entreprises à l'international.

Au final, il s'agit pour les entreprises d'optimiser leur TEI afin d'utiliser la fiscalité comme un levier dans le développement, sans pour autant adopter un comportement à

---

<sup>851</sup> J. FOURASTIE, *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Fayard, 1979, rééd. Hachette Pluriel n°8363.

risque notamment lorsque l'on connaît l'exposition médiatique des comportements fiscaux des entreprises aujourd'hui.

**513** - Pour autant, dans le cadre de cette stratégie, l'entreprise doit essayer d'éviter les doubles impositions qui peuvent apparaître dans le cadre d'un développement international mal maîtrisé, mais également les sanctions fiscales si la stratégie fiscale est trop agressive, la frontière entre l'optimisation et les comportements répréhensibles étant parfois dure à tracer (V. n°36 et s.). Il faut donc procéder à une cartographie des risques et des audits réguliers, afin d'éviter à la fois des sanctions dans le cadre des contentieux, mais également une mauvaise image sociale auprès des consommateurs.

**514** - *L'importance des choix de l'entreprise.* Lorsque l'on aborde la question des choix tactiques, il s'agit de ceux qui permettent l'obtention d'un avantage fiscal et donc financier à plus ou moins court terme, mais qui reste cantonné à un secteur spécifique de l'activité. Généralement, ces choix tactiques, vont résulter d'options offertes par la loi fiscale ou d'une tolérance administrative. Nous retrouvons dans le cadre de ces choix à la fois les dispositifs incitatifs comme les différents crédits d'impôt, mais aussi les différents modes de calculs des plus-values, les techniques d'amortissement, ou les manières d'utiliser les déficits.

Les choix stratégiques, ont quant à eux une portée beaucoup plus large dans la mesure où ils transcendent la simple nature fiscale de la décision pour toucher d'autres branches du droit comme le droit des sociétés, le droit social ou le droit financier.

Dans le cadre de ces différents choix, nous retrouvons par exemple le choix de l'implantation de la structure, dans sa localisation et dans sa forme, le choix du régime d'imposition, la mise en place d'un régime de groupe ou encore, toutes les hypothèses d'évolution de l'entité dans le cadre des restructurations.

Ces choix, qui vont donc au delà de la simple variable fiscale, doivent faire l'objet d'une évaluation des risques très importante, qui là aussi, intéresse non plus les seuls fiscalistes mais également les directions financières, ressources humaines etc. De ce fait, si la variable fiscale est intégrée à ces choix, elle ne sera pas toujours prépondérante, point qui est d'ailleurs central dans le cadre d'un éventuel contentieux avec l'administration fiscale dans le cadre d'une procédure d'abus de droit (V. n°138 et s.).

**515** - La stratégie fiscale ne peut donc ignorer la stratégie économique l'entreprise, elle doit donc être globale et s'intégrer à cette dernière<sup>852</sup>, notamment dans le cadre d'une politique de développement international mais être également multilatérale. Autrement dit, elle devra s'intéresser aux coûts non fiscaux c'est à dire aux coûts juridiques ou administratifs qui pourront influencer les différentes prises de décisions.

Dans le cadre de cette seconde partie, nous allons donc nous intéresser dans un premier temps à l'optimisation fiscale structurelle et juridique de l'entreprise (Titre I), puis, dans un second temps, nous allons nous intéresser choix liés au développement de l'activité de l'entreprise (Titre II).

---

<sup>852</sup> S. BEAUMONT, I. DAMASTE, D.-H. POLLOCK, *Jongler avec les impôts d'une multinationale*, L'Expansion Management Review, préc. cit



# TITRE I : L'OPTIMISATION STRUCTURELLE ET JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE D'UN POINT DE VUE FISCAL

**516** - Nous avons pu esquisser dans le cadre de notre propos que l'entreprise et ce, quel que soit le stade où l'on se place, c'est à dire de sa création à sa cession (voire à la cessation de l'activité) et en passant par son développement, peut avoir à opérer des choix ayant un impact fiscal, mais qui pourront aussi être guidés par le poids de l'impôt sur certaines opérations envisagées. Cette dernière hypothèse est, nous devons le souligner encore une fois, plus sensible du fait que l'administration, lorsqu'elle voudra remettre en cause une décision ou un choix fiscal, se basera sur le fait que la position retenue, l'a été dans un but exclusivement fiscal.

Pour autant, nous verrons dans ce cadre que la majorité des choix effectués, qu'ils soient juridiques ou structurels, peuvent avoir de fortes conséquences sur la fiscalité applicable à la structure.

**517** - Une fois ces quelques affirmations posées, il est évident que l'optimisation fiscale, va pouvoir concerner toutes les formes et tailles d'entreprises, de l'entreprise individuelle, en passant par la société de personnes<sup>853</sup>, jusqu'à la société soumise aux contributions additionnelles à l'IS et enfin bien évidemment, les groupements.

Pour autant, nous ne développerons ici que la fiscalité des sociétés à l'IS, puisqu'elles sont le cœur de notre étude et nous renverrons le lecteur pour des informations complémentaires sur les autres structures, aux propos de V. DEGRAVE-ANELLI<sup>854</sup> et de P.-A. ANJUERE et L. GRENOT<sup>855</sup>, qui reprennent à la fois les principales règles de fonctionnement de ces différentes structures et qui permettent d'avoir un excellent aperçu des différentes possibilités d'optimisation qui leurs sont offertes, notamment dans le cadre des options pour les différents régimes d'impositions.

---

<sup>853</sup> Les conditions d'option pour le statut de société de personnes ont d'ailleurs été assouplies par l'article 15 de la Loi de finances pour 2016

<sup>854</sup> V. DEGRAVE-ANELLI, *L'optimisation fiscale de l'entreprise individuelle*, Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise, Etude 301, Lamy 2015.

<sup>855</sup> P.-A. ANJUERE et L. GRENOT, *Les sociétés de personnes au service de l'optimisation*, Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise, Etude 321, Lamy 2015.

**518** - Dans le cadre des sociétés soumises à l'IS, les possibilités d'optimisation fiscale sont d'un point de vue structurel et juridique très variées. Pour autant, nous ne pourrions dans le cadre de ce titre tous les étudier, c'est pourquoi nous nous concentrerons, sur les mécanismes qui permettent une fluidification de la structure de l'entreprise, lorsque celle-ci est liée avec d'autres entités, mais également d'optimiser son activité tout en obtenant de ces choix, des avantages fiscaux.

Nous allons donc voir dans un premier temps quels sont les mécanismes favorables aux relations entre sociétés liées (Chapitre I) puis, comment il est possible d'optimiser l'activité de l'entreprise (Chapitre II).

# **CHAPITRE I : LES MECANISMES FISCAUX**

## **FAVORISANT LES RELATIONS ENTRE ENTITES**

### **LIEES**

**519** - Dans ce chapitre, nous allons voir que les relations entre sociétés, peuvent être aménagées notamment dans le cadre des groupes.

Comme nous l'avons vu, le groupe de société n'est aujourd'hui pas doué de personnalité morale et n'est pas défini en tant que tel par le Code de commerce. On retiendra donc pour notre étude qu'un groupe de société, est représenté par un ensemble de sociétés ayant chacune une existence juridique propre, mais qui sont unies par des liens divers. Ces liens, vont être principalement caractérisés dans l'hypothèse où une de ces sociétés, que l'on appelle la société mère, tient les autres sous sa dépendance, notamment par la détention d'une partie du capital ou des droits de vote des autres sociétés et exerce de ce fait sur elles, un contrôle et une unité de décision.

L'apparition des groupes, est bien évidemment la résultante du besoin des sociétés liées, de se développer et de structurer, en effet, lorsque ces dernières sont investies dans des secteurs différents ou qu'elles sont implantées sur des marchés différents, les dirigeants doivent faire face à des choix stratégiques globaux, dont les conséquences ne sont pas négligeables notamment d'un point de vue fiscal.

Un des principaux choix, est de conserver l'unité juridique de la société et de créer des succursales spécialisées, le second choix, qui nous intéresse ici, consiste à créer des filiales, autonomes juridiquement, mais qui seront contrôlées par la société mère.

**520** - Dans le cadre de ce chapitre, nous verrons quels sont les différents mécanismes qui permettent à des sociétés liées de se structurer entre elles afin d'améliorer leurs relations et quels sont les avantages fiscaux qu'elles peuvent en retirer.

Dans le cadre d'une première section, nous étudierons quel est le fonctionnement du régime mère-fille (Section I), puis, nous verrons que dans certaines conditions, que les sociétés peuvent opter pour le régime de l'intégration fiscale, régime qui nous l'avons déjà souligné évolué ces derniers temps (Section II).

## **Section I : Le régime mère-fille : des conditions d'accès de plus en plus contraignantes**

521 - Avant d'aller plus loin, il est important de noter que dans le cadre de l'étude de la législation applicable, on constate une dichotomie entre les définitions retenues par le droit commercial et le droit fiscal. Si le droit commercial<sup>856</sup> retient qu'il est nécessaire d'avoir une participation supérieure à 50% afin qu'une société puisse être qualifiée de filiale (il s'agit d'une simple participation dans le cas contraire), le droit fiscal quant à lui, retient une définition beaucoup plus large pour l'application du régime de faveur des sociétés mère, puisque ce dernier est accordé aux sociétés qui détiennent au moins 5% du capital d'une autre société.

Ce régime, qui a toujours été adapté par le législateur, a été récemment modifié en France, afin d'être en conformité avec le droit européen, qui nous l'avons vu est venu récemment modifier en profondeur la directive mère-fille (V. n°369 et s.)<sup>857</sup>.

Ainsi, dans le cadre de l'adoption de la loi n°2015-1786 (art. 29), le législateur a prévu pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2015, que les titres détenus en nue propriété seront désormais pris en compte dans l'appréciation du seuil de détention de 5%, que le régime est désormais ouvert aux sociétés qui détiennent 2,5% (au lieu de 5%) du capital et 5% des droits de vote de la société qui va distribuer les dividendes, sous réserve que la société détentrice, soit détenue par un ou plusieurs organismes à but non lucratif et que les participations détenues soient conservées pendant cinq ans.

Ces mesures visant à élargir le champ d'application du dispositif, ont bien évidemment été complétées par des mesures anti-abus, afin de prendre en compte les modifications qui ont été apportées à la directive dans l'optique de lutte contre l'optimisation fiscale agressive (V. n°369).

Ainsi, dans le cadre des exclusions particulières au régime mère-fille, l'exonération d'IS sur les dividendes distribués (qui est le cœur de ce mécanisme), n'est pas applicable si la société qui distribue le revenu, est elle même exonérée d'imposition sur ce dernier. Par ailleurs, les dividendes provenant de titres détenus sur des sociétés établies dans un ETNC, pourront bénéficier de l'exonération, si la société est en mesure de démontrer que

---

<sup>856</sup> Art. L 233-1 et L 233-2 du Code de commerce.

<sup>857</sup> M.-P HOO, *Aménagement du régime mère-fille*, Dr. fisc. 2016 n°1 comm. 26.

les opérations de la société qui est établie hors de France, n'a ni pour objet ni pour effet de localiser des bénéficiaires dans un ETNC.

Par ailleurs, il faut noter qu'une clause générale anti-abus est applicable aux exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016.

Selon cette dernière, vont être exclus du bénéfice du régime mère fille, les produits de participation qui vont être versés dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages, qui ont été mis en place afin d'obtenir et ce, à titre d'objectif principal, ou au titre d'un de ses objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre des objectifs de la loi et qui ne sera donc, pas considéré comme authentique au vu des faits et circonstances que l'on pourra constater.

Ces mesures ont été complétées par la légalisation de l'exonération de retenue à la source aux dividendes versés par une société française, à une société dont le siège de direction effective est situé dans l'EEE.

On a également pu observer dans le cadre de la modification de ce mécanisme dans le cadre, la légalisation de la doctrine « *Denkavit* », issue d'une célèbre jurisprudence de la CJCE du même nom<sup>858</sup>. Selon cette jurisprudence, si la société mère européenne détient 5% au moins du capital de la filiale française et se retrouve du fait de l'existence d'un mécanisme d'exonération applicable dans son Etat de résidence, privée de la possibilité d'imputer la retenue à la source française, les distributions effectuées par la société distributrice ne seront plus soumises à cette retenue.

Nous allons dans un premier temps étudier le fonctionnement de ce mécanisme (§I), puis nous verrons quelles sont les problématiques y afférent (§II).

## **§I) Les principales caractéristiques du régime mère fille**

**522** - Nous allons voir dans le cadre de ce paragraphe que ce régime (optionnel), qui va permettre l'obtention d'une exonération de bénéficiaires sur les dividendes distribués entre sociétés éligibles et qui a été institué par les articles 145 et 216 du CGI, va s'appliquer sous réserve du respect de certaines conditions (A), nous verrons ensuite que ce dernier,

---

<sup>858</sup> CJCE, 1<sup>ère</sup> ch., 14 décembre 2006, aff. C-170/05, *Denkavit internationaal BV et Denkavit France SARL* ; Rec. CJCE 2006, I, p. 11949 ; Dr. fisc. 2006, n°52, act. 264 ; Dr. sociétés 2007, comm. 39, note J.-L. PIERRE ; JCP Europe 2007, comm. 56, note F. MARIATTE ; RJF 2007, n°375 ; BDCF 2007, n°39, concl. L.-A. GEELHOED.

malgré la concurrence du régime d'intégration fiscale conserve un intérêt certain du fait notamment que son accès est plus aisé (B).

### **A) Les conditions d'applications du régime**

**523** - *Un régime français antérieur bien antérieur au régime européen.* Le régime français, codifié aux articles 145 et 216 du CGI, est bien antérieur à l'institution d'un régime mère-fille européen mis en place dans le cadre de l'adoption de la directive européenne n°90/433/CEE du 23 juillet 1990, qui a dessiné les contours d'un régime fiscal commun, applicable aux sociétés mères et leurs filiales.

Le mécanisme français, puise quant à lui, son origine dans une loi de 1920 relative au budget général et dont le but, était de favoriser l'activité des entreprises investissant dans d'autres sociétés. Ces investissements étant selon les propos du rapporteur de la loi, repris par le professeur A. DE BISSY<sup>859</sup>, « *si importantes pour l'expansion économique de notre pays* », tout en excluant les opérations réalisées dans un unique but spéculatif. Ce dernier point, démontre déjà à l'époque le souci du législateur, d'éviter que le dispositif soit utilisé à mauvais escient par les contribuables.

Si le mécanisme a ensuite évolué notamment en 1965<sup>860</sup>, par un assouplissement de ses conditions d'accès, l'idée de favoriser la gestion et le développement de l'activité des sociétés liées, a toujours été le but principal de ce mécanisme, afin de permettre la croissance des entreprises et de leurs activités, en évitant au maximum, les hypothèses de doubles impositions.

Le régime mère-fille, est donc un régime favorable, et nous l'avons dit, optionnel, sous conditions et notamment des critères de détention<sup>861</sup>.

Dans un premier temps nous verrons qu'il s'agit d'un régime optionnel réservé aux sociétés imposées à l'IS dans les conditions de droit commun (1°), ce dernier nécessitant également le respect de certaines conditions particulières, notamment en ce qui concerne les titres détenus et le montant de cette détention (2°).

---

<sup>859</sup> A. DE BISSY, *La gestion du régime « mère-fille » : quel est le risque d'abus ?* Dr. fisc. 2012 n°50, 558. chron. préc. cit.

<sup>860</sup> Loi n°65-566 du 12 juillet 1965.

<sup>861</sup> G. GEST, *Histoire et esprit du régime des sociétés mères*, Dr. fisc. 2014 n°41, 565.

## 1°) Un régime optionnel applicable aux sociétés à l'IS dans les conditions de droit commun

**524** - L'option pour le régime est exercée par la société mère et va concerner l'ensemble des produits d'une même filiale. Cette option est renouvelable annuellement, à l'inverse de l'option pour le mécanisme de l'intégration fiscale, qui est pluriannuelle (V. n°354 et s.).

Par ailleurs, contrairement à l'intégration fiscale, qui nécessite une obligation déclarative particulière, l'option pour le régime mère-fille va s'exercer simplement par l'inscription du montant des dividendes concernés dans la ligne prévue à cet effet et ce, au moment du remplissage des obligations déclaratives.

Si le contribuable n'effectue pas cette diligence, l'administration considérera qu'il aura renoncé à l'application du régime, ce qui constituera une décision de gestion qui lui sera donc opposable<sup>862</sup>. Il en sera de même en cas d'absence d'indication du montant des dividendes et de la quote-part de frais et charges dans le cadre du remplissage des tableaux annexés à la déclaration de résultat<sup>863</sup>.

**525** - *Un champ d'application relativement large.* En vertu des dispositions de l'article 145 du CGI, le statut de société mère, peut bénéficier à toute personne morale assujettie à l'IS au taux normal, de plein droit ou sur option, ainsi qu'aux sociétés qui bénéficient du taux réduit d'imposition, comme ce sera par exemple le cas des PME assujetties à l'IS au taux de 15%<sup>864</sup>.

Il est à noter que les mêmes conditions sont applicables aux sociétés étrangères qui vont disposer d'un établissement stable en France, en ce qui concerne les titres inscrits au bilan de cet établissement, qui sera donc, assujetti à l'IS.

Vont donc être exclues du dispositif, les entreprises n'ayant pas d'activité taxable à l'IS, comme les sociétés de personnes<sup>865</sup>.

Par ailleurs, aucune restriction concernant l'activité de la société qui va prétendre au statut de société mère n'est prévue par les textes.

---

<sup>862</sup> CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 2 décembre 2014, n°12VE01924, Sté Havas ; RJF 2015, n°174.

<sup>863</sup> CAA Bordeaux, 4<sup>ème</sup> ch., 25 octobre 2007, n°05-1673, Sté Charentaise d'investissement Hôtelier ; RJF 2008, n°413.

<sup>864</sup> BOI-IS-BASE-10-10-10-10 n°110.

<sup>865</sup> CE, 3<sup>ème</sup>, 8<sup>ème</sup>, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 novembre 2014, n°363556, Sté Artémis SA, préc. cit.

De ce fait, peuvent avoir la qualité de société mère, les personnes morales taxables de plein droit à l'IS comme les SA, SAS, SARL et SCA, certaines sociétés civiles ayant une activité industrielle ou commerciale, les établissements stables de sociétés étrangères, mais également toutes les sociétés de personnes ayant opté pour l'assujettissement à l'IS. Il est à noter que l'assujettissement partiel à l'IS, ne fait pas obstacle à l'option pour le régime mère-fille, ce qui permet notamment de faire bénéficier des avantages du dispositif les commanditaires des SCS.

Depuis la réforme du régime mère-fille par la loi de finances rectificative pour 2015, le mécanisme est également applicable aux organismes sans but lucratif, dès lors que ces derniers vont satisfaire à la condition d'assujettissement à l'IS au taux de droit commun, ce qui va exclure ces organismes lorsqu'ils seront imposables aux taux réduits<sup>866</sup>.

**526 -** A l'instar de la société mère, la forme juridique de la filiale n'est pas un obstacle à l'application du dispositif prévu par l'article 145 du CGI, sauf en ce qui concerne les sociétés de personnes, qui ne peuvent pas être éligibles en tant que filiales<sup>867</sup>. Vont également être exclues du dispositif, les distributions de bénéfices effectuées par des sociétés immobilières à leur société mère qui va exercer une activité de marchand de biens, dès lors qu'elle aura inscrit les titres de ses filiales dans ses stocks. Il en est de même pour les profits distribués par un « *partnership* » à une société française du fait de leur caractère transparent. Les dividendes issus des participations détenues par un GIE sur d'autres sociétés, ne peuvent également pas bénéficier du régime mère-fille pour les parts détenues par ses membres. En effet, si les GIE sont considérés comme fiscalement transparents, ces derniers ont une personnalité morale différente de leurs membres<sup>868</sup>.

En effet, ces groupements, sont exclus du champ d'application de l'IS et chaque membre est imposé sur la part de résultat lui revenant, conformément à sa participation dans le groupement<sup>869</sup>.

**527 -** Suite à une décision du Conseil constitutionnel<sup>870</sup> relative à la loi de finances rectificative pour 2014, le dispositif peut s'appliquer aux sociétés qui bénéficient d'une

---

<sup>866</sup> Art. 206, 5 du CGI.

<sup>867</sup> BOI-IS-BASE-10-10-10-10 n°150.

<sup>868</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 19 octobre 1983, n°33816 ; Dr. fisc. 1984, n°26, comm. 1255 ; RJF 1983, n°1506, concl. J.-F. VERNY, p. 661.

<sup>869</sup> Art. 239 quater, I du CGI.

<sup>870</sup> Décision 2014-708, DC, préc. cit.



exonération d'IS comme les sociétés d'investissement, les SICAV, les sociétés de développement régional, les sociétés agréées pour le financement des télécommunications, les sociétés de capital-risque ainsi que certaines sociétés ayant un statut spécial dans le cadre des activités immobilières<sup>871</sup>.

**528** - Le lieu de l'implantation de la filiale ne sera également pas un obstacle à l'application du dispositif sauf, dans le cadre des mécanismes anti-abus, qui excluent des bénéficiaires de l'article 145 du CGI, les distributions effectuées par des entités établies dans des ETNC. Ceci, en dehors de l'hypothèse où le contribuable arriverait à démontrer que la prise de participation dans l'entité implantée dans l'ETNC, n'a pas pour objet de frauder l'impôt, ou de localiser des bénéfices dans ces Etats ou territoires.

Au final, il n'est donc pas nécessaire que la filiale soit imposée ou imposable en France, pour autant, il sera nécessaire que cette dernière ait une substance économique réelle (V. n°149 et s.) et ne pas avoir été créée exclusivement dans le but d'exonérer d'impôt des dividendes, qui auraient normalement dû être imposables à l'IS. On retrouve ici les bases de l'application du mécanisme de l'abus de droit (V. n°138 et s.), qui peut être appliqué par l'administration fiscale dès que la création de la filiale est fictive, comme cela a pu être le cas d'une filiale ayant cessé toute activité et dont l'actif était exclusivement constitué de trésorerie<sup>872</sup>.

De même, a été reconnue comme constituant un montage entaché de fraude à la loi, l'opération d'acquisition d'une filiale hollandaise, créée sans aucune substance économique, dans le but exclusif et donc, exclusivement fiscal, de permettre à la société française de faire bénéficier à des transferts de sommes effectués par le biais de cette société intermédiaire, des dispositions du régime mère-fille, sommes qui sans ce montage, auraient été imposées en France<sup>873</sup>.

---

<sup>871</sup> Les Sociétés immobilières d'investissement et de gestion, les sociétés d'investissements immobiliers cotées et les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable.

<sup>872</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 juillet 2013, n°356523, 360706 et 352989, min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding, préc. cit.

<sup>873</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 mai 2015, n°365564 ; BF 8-9/15 inf. 665 ; Dr. fisc. 2015, n°31-35, comm. 526, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note N. DE BOYNES ; RJF 2015, n°718 et C. ACARD, *Fiscalité financière*, Dr. fisc. 2015, n°38, 557, n°21.

## 2°) Les conditions particulières pour l'application du dispositif

**529** - *Un lien capitalistique relativement faible.* Afin de pouvoir appliquer le régime des sociétés mères et filiales des articles 145 et 216 du CGI, la société mère doit détenir au moins 5% du capital<sup>874</sup> de la société qui a émis les titres pendant au moins 2 ans, ou prendre l'engagement de détenir ces titres pendant au moins 2 ans<sup>875</sup>.

Nous noterons sur ce point que le régime français, n'est pas parmi les plus avantageux puisque le régime allemand, équivalent dans ses conséquences, accorde une exonération d'impôt sur les produits reçus par une société, sans conditions de durée de détention ni de participation et ce, même si le régime français a récemment, abaissé le seuil minimal de détention à 2,5% du capital et 5% des droits de vote, pour la détention de sociétés par un ou plusieurs établissements à but non lucratif<sup>876</sup>.

L'appréciation de la détention de 5% du capital de la filiale, va s'apprécier au jour de la mise en paiement des produits de participation<sup>877</sup>, en retenant tous les titres qui représentent une fraction du capital de la filiale, que ces derniers ouvrent ou non au droit de vote. En effet, sur ce dernier point, le texte de l'article 145 n'impose pas que soit attaché à chaque titre détenu, un ou x droits de vote, ni que ces derniers soient proportionnels à la fraction du capital qu'ils représentent<sup>878</sup>. Pour autant, à la lecture du texte définissant le dispositif, on se rend compte que si la société mère est titulaire de moins de 5% des droits de vote, le bénéfice du régime mère-fille et donc l'exonération de l'imposition, ne peut s'appliquer qu'aux dividendes liés à des titres assortis de droits de vote<sup>879</sup>.

Cette dernière affirmation doit être remise en question du fait d'une récente décision du Conseil constitutionnel<sup>880</sup>, qui a jugé que la différence de traitement des produits des titres sans droit de vote en fonction du fait que la filiale versante soit établie sur le territoire

---

<sup>874</sup> Ce taux est passé à 5% contre 10% précédemment dans le cadre de la Loi n°2000-13523 de finances pour 2001 du 31 décembre 2000.

<sup>875</sup> CE 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss. sect., 15 décembre 2014, n°380942, SA Technicolor ; Rec. CE 2014, p. 387 ; Dr. fisc. 2015, n°11, comm. 203, concl. E. CREPEY, note O. FOUQUET ; RJF 2015, n°190.

<sup>876</sup> Loi n°2015-1786 préc. cit. art. 29, 36 et 82.

<sup>877</sup> Art. 145, 1-b du CGI.

<sup>878</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 novembre 2014, n°370650, min. c/Sté Sofina ; Dr. fisc. 2015, n°11, comm. 202, concl. V. DAUMAS, note O. FOUQUET ; RJF 2015, n°9 et CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 3 décembre 2014, n°363819, Sté Financière Pinault ; Dr. sociétés 2013, comm. 39, note J. L. PIERRE, et. C. ACARD, *Fiscalité financière*, Dr. fisc. 2013, n°4, 76, n°5 ; RJF 2015, n°191.

<sup>879</sup> Art. 145 6-c du CGI.

<sup>880</sup> Cons. Const. 3 février 2016 n°2015-520, QPC, Sté Metro Holding SA venant aux droits de la société CRFFP ; Dr. fisc. 2016, n°12, comm. 233 ; BF 4/16 inf. 294 ; FR 6/16, inf. 3.

française, dans un Etat de l'UE, ou dans un pays tiers à l'Union, constituait une discrimination à rebours, considérée comme sans rapport avec l'objectif du régime mère-fille. En effet, il apparaissait alors une différence de traitement entre les contribuables bénéficiant du régime mère-fille, en fonction du fait que les produits sont versés par une filiale établie en France ou dans un Etat membre ou non de l'UE.

Dans la première hypothèse, les produits étaient exclus du régime mère-fille, dans le second, ils pouvaient en bénéficier, l'exclusion du régime mère-fille des titres sans droits de vote n'étant pas prévue par la directive mère-fille.

Si dans le cadre de la jurisprudence que nous avons envisagée ci-dessus, l'inconstitutionnalité de l'exclusion des titres sans droits de vote était liée à une différence de traitement en lien avec la localisation de la filiale distributrice, le Conseil constitutionnel, est revenu une fois de plus sur cette question quelques mois plus tard<sup>881</sup>.

Dans cette nouvelle affaire, le Conseil, a considéré que l'exclusion des titres sans droit de vote telle qu'elle ressort de la loi de finances rectificative pour 2005<sup>882</sup>, instaure entre sociétés pouvant bénéficier du régime mère-fille, une différence de traitement lorsque la mère détient des titres participation de filiales représentant moins de 5% du capital et des droits de vote de la filiale, selon la localisation de la filiale. Cette disposition, selon les mêmes motifs que la précédente, a été jugée anticonstitutionnelle<sup>883</sup>.

**530 -** Il est à noter qu'il existe une exception au respect de la règle des 5% de détention, en effet, si à la date de mise en paiement des dividendes (qui est le moment où s'effectue l'appréciation de la détention), la détention de la société mère dans le capital de sa filiale est inférieure à ce seuil à la suite par exemple d'une opération d'augmentation du capital de la filiale, l'application du régime mère-fille n'est pas pour autant remise en cause si le seuil est de nouveau atteint lors de la première augmentation de capital de la filiale, suite à la mise en paiement ayant permis de constater le non respect des conditions de détention. Cette « *remise à niveau* » de la détention, doit impérativement avoir lieu dans

---

<sup>881</sup> Cons. const., 8 juillet 2016, n°2016-553, QPC, Sté Natixis ; Dr. fisc. 2016, n°28, act. 453 ; JCP E. 2016, n°29, act. 635. V. également : O. FOUQUET, *La discrimination à rebours franco-européenne sanctionnée*, Dr. fisc. 2016, n°6, act. 74 et S. AUSTRY et D. GUTMANN, *Discrimination par ricochet et principe d'égalité : jusqu'où peut aller la jurisprudence Metro Holding ?* RJF 2016, p. 41.

<sup>882</sup> Loi n°2005-1720 de finances rectificative pour 2005 du 30 décembre 2005.

<sup>883</sup> Sur ce point aussi, nous avons pu assister à une évolution plutôt surprenante de la doctrine administrative puisqu'en l'espace de deux jours, cette dernière a été modifiée pour finalement revenir à une rédaction antérieure, dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel sur l'inclusion dans le régime mère-fille des titres sans droits de vote, (V. supra) ; BOI-IS-BASE-10-10-10-20 n°1 et s.

les 3 ans suivant la mise en paiement<sup>884</sup>, à défaut, la société mère perdra de manière rétroactive le bénéfice du régime, à raison des dividendes qui auront été perçus durant cette période. Elle devra donc s'acquitter d'un supplément d'impôt relatif à la réintégration pour chaque exercice, des dividendes indument extournés du bénéfice imposable.

**531 -** *La question de la durée de détention de la participation.* En ce qui concerne la durée de détention des titres, certains assouplissements ont été prévus, notamment du fait des difficultés inhérentes aux opérations de restructuration.

Dans l'hypothèse où la société mère ferait l'apport des titres détenues sur la filiale à une autre société dans le cadre d'une opération de fusion, de scission ou d'apport partiel d'actifs placé sous le régime de faveur des fusion (V. n°970 et s.), le délai de détention sera calculé à la date de souscription ou d'acquisition des titres par la société apporteuse, jusqu'à la date de la cession de ces titres par la société qui a bénéficié de l'apport. Il est à noter qu'en cas d'opérations successives, seule la première opération d'apport est prise en compte pour le calcul de la durée de détention.

Dans l'hypothèse de l'absorption de la filiale par une société autre que la société mère, le délai de conservation par cette société des titres de la filiale absorbée et des titres de la société absorbante reçus en échange, est calculé à partir de la date d'acquisition ou de souscription des titres de la société absorbée, si la société mère a opté pour le sursis qui est prévu par l'article 38, 7 bis du CGI<sup>885</sup>.

Dans l'hypothèse d'une offre publique d'échange, d'une fusion, d'une scission, ou d'une opération d'apport partiel d'actif, les titres échangés, seront réputés détenus, jusqu'à la cession des titres qui sont reçus en échange, à condition que l'opération soit effectivement placée sous le régime de sursis d'imposition qui peut lui être appliqué.

Dans l'hypothèse où l'on assisterait à une annulation de titres suite à la fusion de la société mère avec sa filiale, cette opération ne pourrait, si elle est placée sous le régime spécial des fusions et que les actifs correspondant aux titres annulés ne sont pas cédés dans le délai de 2 ans, être assimilée à une opération de cession.

Il est à noter enfin que la division d'actions, si elle ne modifie pas les droits ou obligations des associés, n'interrompt pas le délai de conservation des titres.

---

<sup>884</sup> BOI-IS-BASE-10-10-10-20 n°110 et 140.

<sup>885</sup> BOI-IS-BASE-10-10-10-20 n°300.

**532** - Afin d'être éligibles au régime mère-fille, les titres doivent être nominatifs ou déposés dans un établissement agréé par l'administration fiscale.

D'un point de vue comptable, ces derniers peuvent être inscrits dans un compte titres de participation si telle est leur nature, ou dans un autre compte du bilan, si l'entreprise souhaite leur faire bénéficier du régime des plus-values long terme.

Il est à noter sur ce point que les titres de participation doivent être détenus en pleine propriété par la société mère puisque les titres détenus en usufruit ne sont pas éligibles au régime mère-fille<sup>886</sup>, même si la société a, de manière contractuelle, obtenu la jouissance des droits de vote attachés aux titres objets de l'usufruit<sup>887</sup> et même si la société mère détient également en pleine propriété 5% du capital de la filiale<sup>888</sup>.

De même, il n'est pas possible de prendre en compte pour l'application du régime mère-fille, les titres qui ont fait l'objet d'un prêt<sup>889</sup>, ou ceux faisant office de garantie<sup>890</sup>.

En revanche, les titres faisant l'objet d'un transfert en fiducie en vertu des dispositions de l'article 238 quater B du CGI, ainsi que les transferts effectués auprès de la Banque de France en garantie d'avance sur titres<sup>891</sup>, peuvent se voir appliquer le régime mère-fille.

Il est à noter que les titres détenus par une société dans le cadre d'un autocontrôle doivent être pris en compte dans le cadre du calcul de la participation<sup>892</sup>.

## **B) L'intérêt du régime mère fille**

**533** - Lorsque l'on compare les conditions d'application du régime mère-filiale à celle de l'intégration fiscale (V. infra), on se rend compte que la portée et les possibilités offertes par le régime mère-filiale, sont plus limitées mais que son champ d'application (y compris territorial), est en revanche beaucoup plus large, notamment du fait que le seuil de participation exigé est moins élevé.

---

<sup>886</sup> Art. 54 de l'annexe de II du CGI.

<sup>887</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 février 2012, n°321224, Sté Participasanh ; Dr. fisc. 2012, n°17, comm. 276, concl. D. HEDARY, note O. FOUQUET ; Dr. sociétés 2012, comm. 91, note J.-L. PIERRE ; RJF 2012, n°453 ; BGFE 2012, n°3, p. 16, obs. E. GINTER ; RJF 2012, n°454.

<sup>888</sup> CE, 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 23 mars 2012, n°335860, Sté Financière Aubert ; RJF 2012 n°688.

<sup>889</sup> CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 17 novembre 2014, n°13BX00351, SC Rimar ; RJF 2015, n°103.

<sup>890</sup> Art 145 1-c du CGI.

<sup>891</sup> BOI-IS-BASE-10-10-10-20 n°40.

<sup>892</sup> BOI-IS-BASE-10-10-10-20 n°90.

**534** - Dans l'hypothèse où les sociétés ne pourraient avoir une détention suffisante pour mettre en place une intégration fiscale, l'option pour le régime mère-fille peut permettre à la société mère de bénéficier d'une exonération d'impôt sur les produits qui seront versés par les filiales, en leur appliquant seulement une réintégration d'une quote-part de frais et charge d'un montant de 5%<sup>893</sup> (1% nous le verrons dans les groupes intégrés), crédits d'impôts étrangers compris. On entend par là qu'elle s'applique aux produits de filiales implantées à l'étranger, si l'Etat ou le territoire d'implantation, a mis en place avec la France une convention fiscale et que le crédit d'impôt représente l'imposition qui a été acquittée à l'étranger<sup>894</sup>. Dans le cadre de l'application des contributions additionnelles à l'IS (contribution sociale et contribution exceptionnelle)<sup>895</sup>, l'option pour le régime mère-fille, va permettre de retrancher les dividendes perçus par la société mère de son bénéfice imposable. Par cette opération, l'assiette de ces contributions n'est donc pas le montant des dividendes reçus, mais simplement la quote-part de frais et charges de 5% qui est réintégrée par la société mère.

**535** - *La notion de produits.* Dans le cadre de l'application du régime mère-fille, si l'on parle généralement de l'exonération des dividendes, ces derniers ne sont pas les seuls à pouvoir en bénéficier.

En effet, si l'on s'intéresse aux produits reçus par la société mère, si le terme comprend bien entendu les dividendes, il comprend plus généralement toutes les sommes que la société mère reçoit de sa filiale du fait de sa qualité d'actionnaire ou de porteur de parts<sup>896</sup>.

De ce fait, doivent être pris en compte, le boni de liquidation, les distributions de réserves, de droits sociaux d'autres personnes morales, de droits de souscription mais également, les sommes qui correspondent à des opérations de partage partiel ou de rachat

---

<sup>893</sup> Art. 216 du CGI.

<sup>894</sup> Il faut noter sur ce point que le Conseil d'Etat, a jugé que dans l'hypothèse où la société mère d'un groupe fiscal serait en situation déficitaire, cette dernière ne peut pas demander le remboursement des crédits d'impôts accordés à l'étranger et correspondant au retenues à la source appliquées sur le versement d'intérêts ou de redevance, CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juin 2016, n°388984 et 392534, SA Faurecia ; Dr. fisc. 2016, n°27, act. 434.

<sup>895</sup> Il est à noter sur la question de l'application de la contribution de 3% sur les montants distribués que le Conseil d'Etat a transmis une QPC sur la conformité de l'exonération réservée aux groupes et sur sa compatibilité avec le régime mère-fille : CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ch., 27 juin 2016, n°399506, Sté Layher ; Dr. fisc. 2016, n°27, comm. 397 concl. N. ESCAUT.

<sup>896</sup> BOI-IS-BASE-10-10-20 n°30.

de droits sociaux, si ces dernières sont considérées comme représentatives de revenus distribués en vertu des dispositions de l'article 112, 1° du CGI<sup>897</sup>.

Sont également entendus comme des produits pouvant bénéficier du régime mère-fille, les avances, prêts ou acomptes, consentis aux associés, qui peuvent être en vertu de l'article 111 du CGI<sup>898</sup> être considérés, comme des revenus distribués, ainsi que les intérêts excédentaires versés à la société mère réintégrés dans le bénéfice de la filiale en vertu du dispositif de limitation de la déduction des charges financières de l'article 39, 1-3° du CGI (V. n°253).

**536** - Si la notion de produits pouvant bénéficier du régime mère-fille est assez vaste, cette dernière n'est pour autant pas absolue et certains produits sont exclus du champ d'application du régime mère-fille<sup>899</sup>.

Dans la liste des produits exclus, nous retrouvons les jetons de présence rémunérant une activité d'administrateur, les produits d'obligations, les sommes allouées aux parts de fondateurs, les avantages consentis par la filiale dans le cadre d'une cession de titre d'une autre société à un prix inférieur à leur valeur vénale et ce, même si l'avantage en question doit être considéré comme un revenu distribué<sup>900</sup> (article 111, c du CGI).

Il est à noter que sont également exclus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015<sup>901</sup>, les produits distribués reçus d'une société dans l'hypothèse où les produits qui correspondent à cette distribution, sont déductibles fiscalement du résultat de la filiale distributrice.

Cette exclusion, vise comme nous l'avons vu dans le cadre de l'étude des mécanismes anti-abus, à lutter contre l'utilisation des instruments financiers hybrides et donc, contre les doubles exonérations d'impôt. Nous noterons sur ce point que si seulement une partie de la distribution peut être déduite du résultat fiscal de la filiale distributrice, seule cette dernière sera exclue du régime mère-fille<sup>902</sup>

---

<sup>897</sup> Sauf hypothèse de rachat à soit même depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, ces titres relevant exclusivement du régime des plus-values, art. 88 de la Loi n°2014-1655 de finances rectificative pour 2014 du 29-12-2014.

<sup>898</sup> Modifié par Décret n°97-661 du 28 mai 1997 – art. 1 JORF 1<sup>er</sup> juin 1997.

<sup>899</sup> BOI-IS-BASE-10-10-20 n°50.

<sup>900</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 juin 1984, n°35415 et 36733, Sté Compagnie financière de Suez ; Dr. fisc. 1985, n°7, comm. 287, concl. J.-F. VERNY ; RJF 1984, n°940.

<sup>901</sup> Loi n°2014-1655 de finances rectificative pour 2014 du 29 décembre 2014, art. 72.

<sup>902</sup> BOI-IS-BASE-10-10-20 n°65.

**537** - On peut également noter que le l'option pour le régime mère-fille, puisqu'elle permet de réduire l'assiette de l'impôt aura des conséquences dans le cadre du calcul de la participation des salariés<sup>903</sup>.

**538** - Pour autant, il peut dans certains cas être intéressant de renoncer à l'application du régime mère-fille, notamment dans l'hypothèse où une société intégrée disposerait de bénéfices reportables antérieurs à son entrée dans le périmètre du groupe, tout en bénéficiant du versement de dividendes d'une filiale étrangère non intégrée.

Il est ici avantageux de renoncer à l'application du régime mère-fille afin d'absorber ses déficits et de transmettre à la société tête de groupe qui consolidera le résultat fiscal des différentes entités, un crédit d'impôt qui sera donc imputable sur l'IS du groupe.

## **§II) Les problématiques liées à l'application du régime mère-fille**

**539** - Dans le cadre de l'application du régime mère-fille, diverses difficultés peuvent se présenter pour les contribuables. Ce régime, peut en effet, au regard des avantages qu'il présente en terme d'exonération d'imposition, être utilisé dans le cadre de politiques d'optimisation fiscale parfois jugées par l'administration comme étant abusives, ce qui a obligé le législateur, national comme communautaire, à le modifier récemment (V. n°369 et s.); nous allons donc voir dans un premier temps quel est le risque d'abus lié à l'utilisation de ce régime (A) puis, nous nous intéresserons aux perspectives d'évolution de ce dernier dans un contexte international (B).

### **A) L'abus du régime mère-fille**

**540** - Nous avons eu l'occasion dans le cadre de l'étude des mécanismes visant à limiter les pratiques abusives des contribuables et plus particulièrement à l'occasion de l'étude du mécanisme de l'abus de droit, d'introduire l'idée le régime mère-fille pouvait être à l'origine de pratiques répréhensibles. Nous allons donc nous intéresser au lien pouvant exister entre la notion d'abus de droit et le régime mère-fille et aux différents risques d'abus pouvant être envisagés dans le cadre de son utilisation.

---

<sup>903</sup> Mémento comptable Francis Lefèbvre 2017, n°2960 et s.



Généralement, lorsque l'on s'intéresse aux affaires d'abus de droit, impliquant l'utilisation du régime mère-fille par les contribuables, les sanctions sont relatives soit au défaut de substance de la holding étrangère qui percevra les dividendes versés par les filiales (1°), soit à des hypothèses de montages coquillards (2°).

## 1°) La problématique de la substance

541 - Si nous avons déjà introduit dans le cadre de nos propos relatifs à la notion de substance (V. n°149 et s.) et le fait que cette dernière soit une notion relativement abstraite et difficile à appréhender en fonction des activités exercées, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence s'est depuis longtemps déjà, intéressée à son rôle dans le cadre de la caractérisation des abus de droit dans le cadre de l'utilisation du régime mère-fille. L'histoire de la jurisprudence fiscale relative à ces notions est ponctuée de jurisprudences majeures, les plus connues, que nous avons déjà citées concernent les affaires Pléiade<sup>904</sup> et Sagal<sup>905</sup>, elles se retrouvent également consacrées dans d'autres jurisprudences non moins importantes, mais moins connues<sup>906</sup>.

Si dans ces affaires démontrant de manière relativement évidente que les holdings étrangères étaient dépourvues de substance économique, ce qui a permis à l'administration d'invoquer l'abus de droit sur le fondement de la fraude à la loi et de démontrer la conformité de la notion d'abus de droit française à celle retenue par la jurisprudence communautaire, elles ont pour autant laissé certaines questions sans réponse.

En effet, dès l'instant où l'administration doit démontrer que l'opération ou le montage mis en place par le contribuable, l'a été, dans un but exclusivement fiscal, la localisation de la société holding peut-elle par exemple à elle seule, suffire à démontrer l'intention du contribuable. Autrement dit, si la société holding, ou dans une autre mesure la filiale avait eu une existence économique réelle, démontrant de sa substance, l'administration aurait-elle pu écarter le montage si le contribuable avait démontré que les placements, ou les économies réalisées auraient été les mêmes en France, seul demeurant l'avantage fiscal lié à l'exonération des dividendes versés de manière transfrontalière.

---

<sup>904</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 18 février 2004, n°247729, préc. cit.

<sup>905</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 18 mai 2005, n°267087, préc. cit.

<sup>906</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 27 juillet 2009, n°295358, Caisse inter fédérale de Crédit mutuel (CICM) et CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., Sté Conformia Holding ; Dr. fisc. 2009 n°42, comm. 506, concl. E. GLASER ; RJF 2009, n°1140.

Ce dernier point, a fait l'objet d'un éclaircissement dans le cadre de la jurisprudence Alcatel<sup>907</sup>, qui a permis de limiter l'action de l'administration dans le cadre de la remise en cause de montages transfrontaliers. En effet, dès lors que l'on peut caractériser le fait que la société a une existence propre et une substance spécifique, il ne peut être considéré que le montage ou l'opération, a été mis en place dans un but exclusivement fiscal. De ce fait, il n'est pas possible de considérer que la localisation de la société constitue en elle-même, un argument suffisant pour démontrer l'utilisation abusive du régime mère fille et donc d'affirmer le but exclusivement fiscal du montage.

On retrouve ce raisonnement dans le cadre de l'évolution du mécanisme du régime mère-fille, à la lumière des récentes réformes mises en place dans le cadre du mouvement législatif visant à modifier le régime mère-fille (V. n°369 et s.).

**542** - Récemment, la question de l'artificialité et de la substance, a été également étudiée par une Cour d'appel<sup>908</sup>, qui a jugé que l'interposition d'une structure luxembourgeoise ayant une activité de holding (activité en l'espèce réelle et n'étant donc pas considérée comme artificielle), dans le cadre d'une opération immobilière, avait permis au contribuable d'échapper à toute imposition en France, en plaçant l'opération sous le bénéfice de l'application de l'article 4 de la convention fiscale signée entre les deux Etats. Cette interposition a été considérée comme constituant un abus de droit.

En effet, si la majorité des conventions fiscales signées par la France prévoient en principe que les profits immobiliers des entreprises sont assimilés à des revenus immobiliers imposables dans le territoire de situation du bien, ce n'était pas le cas de la convention signée avec le Luxembourg dans sa rédaction applicable à l'époque. Par ailleurs, l'article 3 de cette convention stipulait que les revenus immobiliers des sociétés financières étaient imposables dans l'Etat où se trouvait un établissement stable. Il était donc in fine, bien plus avantageux de se placer sous le régime d'imposition luxembourgeois, qui n'imposait pas ces revenus<sup>909</sup>. Les dispositions de la convention fiscale franco-luxembourgeoise ont ensuite été modifiées, afin de mettre un terme à ces schémas<sup>910</sup>.

---

<sup>907</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 15 avril 2011, n°322610, préc. cit.

<sup>908</sup> CAA Versailles, plén., 17 décembre 2015, n°13VE01281, Cts F, Ch. DE LA MARDIERE ; Dr. fisc. 2016, n°10, comm. 216 ; RJF 2016, n°268, concl. PH. DELAGE.

<sup>909</sup> S. Le GOUEFF et E. JUNGBLUT, *L'arrêt « La Costa SARL » : l'exonération des revenus d'immeubles situés en France par une société luxembourgeoise*, Dr. fisc. 2003, n°44-45, 39.

<sup>910</sup> Avenant du 5 septembre 2014.

**543** - *Les difficultés liées à la modification de la directive mère-fille.* La question de la substance est d'autant plus intéressante à la lumière des différentes modifications ayant touché le régime mère-fille.

En effet, la rédaction de la clause anti-abus dorénavant intégrée au régime mère-fille, pose certaines questions quant à la possibilité d'en bénéficier pour les sociétés holdings patrimoniales<sup>911</sup>.

En effet, certaines notions utilisées par le texte, issues de la traduction d'un texte anglais, telles que « *montage non authentique* » ne sont pas connues du droit français, d'autres renvoient à des qualifications très (trop) précises, telles que les « *motifs commerciaux* », enfin, d'autres notions comme l'objectif principal, sont très critiquées par la doctrine, ce qui rend très complexe leur application à ces structures, dont l'existence est toujours « *sensible* », d'un point de vue fiscal.

Dans le cadre de ces réflexions, ne serait-il pas possible pour l'administration fiscale, de considérer que les holdings « *pures* », c'est à dire pour mémoire, celles qui n'ont pour seule activité, la gestion des participations qu'elles détiennent, sans pour autant s'investir dans la gestion des filiales ainsi détenues, comme n'entrant pas dans le cadre des motifs commerciaux normaux, puisque l'objet de ces derniers est de nature civile et que ces dernières, ont pour objectif principal, un avantage fiscal du fait qu'elles permettent la remontée de dividendes en franchise d'impôt<sup>912</sup>.

## **2°) L'hypothèse des montages coquillards**

**544** - Nous ne reviendrons pas ici en détail sur la problématique des montages coquillards que nous avons déjà étudiée précédemment (V. n°194 et s.), mais nous indiquerons simplement que dans certaines hypothèses, le Conseil d'Etat, sans remettre en cause l'approche du but exclusivement fiscal tend dans les faits, vers une approche visant à sanctionner les opérations ou montages ayant un but principalement fiscal<sup>913</sup>. En effet, ce dernier peut faire preuve de réalisme en distinguant le but de l'opération et ses effets<sup>914</sup>, notamment lorsqu'à l'exonération d'imposition liée à l'application du régime

---

<sup>911</sup> F. DEBOISSY, *Société holding et clause anti-abus le régime mère-fille est-il réservé aux entreprises ?* Dr. fisc. 2016, n°16, 287.

<sup>912</sup> AN, comm. fin., rapp. n°3347, 14 déc. 2015, art. 16 du projet de Loi de finances rectificative pour 2015.

<sup>913</sup> Cette évolution, souhaitée par le législateur serait en effet contraire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (V. n°221 et s.).

<sup>914</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 juillet 2013, n°356523, 360706 et 352989, préc. cit.

mère-fille, vient se superposer à un autre avantage fiscal, ou lorsque les revenus distribués n'ont été que faiblement imposés par la société distributrice.

Ces diverses considérations, nécessitent donc une attention encore plus importante des contribuables dans la mise en place de transactions et montages transfrontaliers qui impliquent l'utilisation du régime mère-fille, même si ce dernier reste en principe protégé par les principes de liberté de gestion, liberté d'implantation et de liberté de circulation des capitaux<sup>915</sup>.

## **B) Le régime mère-fille : perspectives internationales**

**545** - Nous avons vu que la mise en place d'un régime des sociétés mères et filiales, s'était faite à la fois d'un point de vue national, mais également plus largement dans le cadre du droit communautaire, ce régime pouvant par ailleurs être applicable quelque soit le lieu d'implantation des filiales, sous réserves des situations particulières mettant en place des montages faisant intervenir des entités implantées dans des ETNC ou les montages ou ensemble de montages visant à contourner ses objectifs primaires.

La composante internationale de ce régime est donc importante, il ne faut donc pas que la politique internationale soit trop restrictive à ce sujet (1°), ni que les différences de législations soient un frein à la sécurité juridique des opérations (2°).

### **1°) La nécessité d'une politique internationale raisonnée**

**546** - Nous avons pu voir dans le cadre de l'étude des problématiques internationales, qu'elles soient liées à l'évolution des textes européens ou des travaux réalisés dans le cadre de l'OCDE, que nous étions aujourd'hui à une époque charnière de l'évolution de la lutte contre les pratiques abusives des contribuables et que nous tendions peu à peu, vers une harmonisation des législations à plus ou moins long terme.

Dans ce contexte, nous avons notamment pu constater que la directive mère-fille avait récemment évolué et ce, d'une manière importante dans le cadre de la mise en place d'une politique générale anti-abus européenne, qui a abouti à la mise en place d'une clause générale anti-abus, mais également d'une clause relative à une exclusion des produits non taxés dans le pays d'implantation de l'entité liée (V. n°314 et s.).

---

<sup>915</sup> F. DEBOISSY, *L'abus du régime des sociétés mères*, Dr. fisc. 2014, n°41, 567.

547 - *La nécessaire préservation de l'environnement économique.* Si l'on peut trouver légitime la volonté des Etats de mettre un terme aux pratiques abusives des contribuables, qui ont pu utiliser dans un sens contraire à leurs objectifs, des dispositifs favorisant l'activité et le développement des entreprises liées, il ne faut pas non plus qu'à terme, la mise en place de politiques anti-abus trop restrictives, aboutisse à un ralentissement des investissements transnationaux en particulier au sein du marché européen, qui aujourd'hui plus que jamais, a besoin d'entreprises fortes afin de lutter efficacement contre la concurrence asiatique ou américaine, dans le contexte économique tendu que l'on rencontre actuellement.

En effet, dans la majorité des Etats et pas seulement européens, il existe des régimes favorisant la prise de participations dans des sociétés implantées au sein d'un même territoire, mais également dans d'autres pays.

Le régime mère-fille français, que nous venons d'étudier est typiquement le genre de mécanisme auquel nous faisons référence ici, dans le cadre de la favorisation des activités de détention de titre notamment par le biais des sociétés holdings.

Ce régime, visant à supprimer les doubles impositions à l'IS, a connu nous l'avons vu certains difficultés d'application, du fait que certains contribuables avaient mis en place des montages optimisant parfois considérés comme abusifs, en profitant des largesses et des avantages du régime mère-fille qui, on doit le rappeler, peut s'appliquer aux entreprises quelque soit leur territoire d'implantation, mis à part l'hypothèse des ETNC (sauf preuve du caractère réel des activités) et des montages abusifs.

Pour autant, nous devons noter sur ce point que le droit fiscal, qui a peu à peu stigmatisé les pratiques fiscales de certains Etats et en particulier des ETNC, notamment par la pratique des listes (V. n°439 et s.), qui ont peu à peu, perdu de leur substance, n'est aujourd'hui plus suffisamment efficace pour lutter contre les pratiques abusives.

Pour autant, de nombreux Etats, qui n'ont jamais été considérés comme relevant de la catégorie des ETNC, ont mis en place des régimes très favorables fiscalement, pour promouvoir les investissements, notamment par le biais de pratiques administratives, mais également par le biais de certains dispositifs législatifs.

Nous avons cité plus haut l'exemple du régime mère-fille allemand, qui exonère les dividendes des filiales sans condition de durée de détention ni de participation, est donc sur ce point, bien plus favorable que le régime français, sans pour autant que l'Allemagne ait jamais été considérée comme un ETNC ou un pays à fiscalité privilégiée. Le régime allemand n'est pas une exception, le régime néerlandais de « *participation exemption* »

permet par exemple d'exonérer totalement d'IS les dividendes reçus par une holding de la part de ses filiales, mais également les cessions de titres de participation, les seules conditions pour pouvoir bénéficier de ce régime, est que la filiale soit détenue à 5% par la société-mère et qu'elle soit soumise dans son Etat ou territoire d'implantation à un impôt « réaliste ».

## 2°) Les difficultés liées à l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques

**548** - Lorsque s'entremêlent une pluralité d'ordres juridique, que l'on se place dans le cadre de l'UE et de la compatibilité d'une norme nationale avec le droit de l'Union, ou dans une relation transfrontalière, avec un ou plusieurs Etats tiers, où des difficultés d'interprétation peuvent se présenter, à la fois pour le contribuable et pour l'administration fiscale dans la qualification de certains faits ou opérations entre le statut retenu par la norme étrangère et celle qui serait retenue en France.

Ces situations, sont à l'origine de la création du réseau conventionnel mondial qui nous l'avons vu, vise à éviter les doubles impositions, quelles soient économiques ou juridiques, mais également du développement de politiques anti-abus ou de coopération internationale. Pour autant, ces dernières ne règlent pas toutes les problématiques pouvant apparaître dans le cadre de l'activité des entreprises.

Nous allons donc revenir ici sur une problématique qui a récemment fait l'objet d'une importante actualité jurisprudentielle dans le cadre de la gestion du régime mère-fille et notamment des abandons de créances consentis à une filiale étrangère (1), puis nous reviendrons sur l'interprétation du régime mère-fille par les juges quant à son lien avec la directive européenne de 1990 (2).

### 1) La problématique des abandons de créances à des filiales étrangères

**549** - Dans une affaire impliquant le célèbre groupe LVMH, le Tribunal administratif de Montreuil<sup>916</sup>, a eu à juger de la déductibilité d'un abandon de créance réalisé par une société française à une filiale étrangère.

---

<sup>916</sup> TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 3 janvier 2013, n°1200562 ; Dr. fisc. 2013 n°29, comm. 381 ; Sur la prise en compte du droit étranger en droit fiscal V. G. HALBA et I. PICHARD, *La prise en compte du droit étranger en droit fiscal*, Lexbase hebdo éd. fiscale n°5888, 23 octobre 2014.

Dans les faits, la société Parfums Christian Dior, membre du périmètre d'intégration dirigé par la société LVMH, s'est vu remettre en cause, à l'occasion d'une vérification de comptabilité, un abandon de créance réalisé au profit d'une filiale américaine au motif que ce dernier correspondait en réalité, selon l'administration, à un apport.

L'abandon de créance litigieux, a pris son origine dans une avance de 75 millions de dollars, concédée par la société Parfums Christian Dior à une filiale américaine (LVMH Perfumes & Cosmetics), détenue à 100%. Comme bien souvent dans ce genre de contentieux, il s'est avéré que la filiale n'a pas été en mesure de rembourser l'avance consentie et de ce fait, la société Parfum Christian Dior a décidé d'abandonner cette créance pour un montant de 69 millions de dollars et d'en convertir le solde en prêt à long terme. L'abandon de créance a ainsi été comptabilisé par la société créancière comme une charge financière et l'a donc déduite de son résultat taxable.

Si aujourd'hui, la portée de ce jugement ne présente qu'un intérêt contentieux puisque depuis les exercices clos à compter du 4 juillet 2012, les abandons de créance à caractère financier ne peuvent être déduits du résultat imposable, elle demeure intéressante quant au raisonnement du juge dans ce type de problématique.

En effet, dans ce cadre et dans le contexte de la législation applicable à l'époque, l'abandon de créance est en théorie déductible du résultat imposable de la société qui l'a accordé. Au niveau de la filiale américaine, il sera légalement considéré comme une dotation en fonds propre qui n'est pas imposable.

On comprend bien que la problématique est ici que la somme abandonnée et déduite en France, n'est pas imposée dans le pays d'implantation de la filiale, ce qui constitue selon elle un mécanisme d'optimisation fiscale agressive.

Dans cette affaire, la question qui a donc été posée aux juges était de savoir si l'administration fiscale française, pouvait invoquer des dispositions de droit étranger dans le cadre d'un contentieux avec un contribuable français.

Si le droit fiscal étranger, n'est pas applicable en France<sup>917</sup>, la question était plutôt de savoir si la qualification retenue par le droit fiscal étranger pour une opération donnée, doit lier l'administration fiscale française.

Dans de nombreuses hypothèses, il sera difficile d'avoir une réponse précise puisque les spécificités comptables et juridiques des législations étrangères, ne permettent pas de

---

<sup>917</sup> M. CHRETIEN, *Le fisc en face du droit international privé : Travaux du comité français de droit privé*, 1954, p. 1 et s.

connaître la qualification fiscale de l'opération à l'étranger par rapport au droit français, ce qui servirait pour autant de base au raisonnement de l'administration fiscale française pour juger que l'opération serait abusive.

Dans son raisonnement, comme l'ont souligné à plusieurs reprises les commentateurs<sup>918</sup>, il n'existe pas de raison juridique particulière impliquant le fait que l'administration fiscale française doive faire prévaloir la qualification fiscale étrangère sur la qualification fiscale française, elle doit plutôt en étudier les conséquences dans son intégration au droit fiscal français.

Cette analyse, favorable au contribuable dans l'affaire en question, a d'ailleurs été validée par une jurisprudence, certes peu abondante mais claire, à propos de l'application des conventions fiscales bilatérales signées par la France.

Dans ce type d'affaire<sup>919</sup>, le Conseil d'Etat a classiquement toujours refusé de faire dépendre la qualification française d'un revenu par rapport à la qualification qui a pu être retenue dans l'Etat contractant.

Pour autant, dans l'affaire Superseal, les juges du palais royal ont démontré qu'il était possible de prendre en compte (et non pas de faire dépendre), les dispositions du droit étranger (en l'espèce canadien). En l'espèce, le droit canadien, à propos de la dissolution d'une société canadienne, reconnaissait le caractère translatif de propriété au moment de la dissolution de l'entreprise. Il était alors facile de reconnaître qu'il s'agissait d'une cession au sens de l'article 39 duodecies du CGI et ainsi, appliquer à l'opération les dispositions de l'article 6 de la Convention relatif aux cessions de biens immobiliers.

**550** - Suite à cette jurisprudence, l'administration a pour autant essayé de remettre en cause cette interprétation, suite notamment à une décision du Conseil d'Etat de 2009<sup>920</sup>, dont la compréhension ne fut pas aisée. Le Conseil d'Etat a en effet raisonné à la fois sur la qualification de « *versements supplémentaires* », par une société française à des filiales

---

<sup>918</sup> D. GUTMANN, *Le juge fiscal et la loi étrangère*, in *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité, Liber Amicorum Cyrille David*, LGDJ, bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p.191 et s. V. également : H. BATIFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd. 1993, n°294.

<sup>919</sup> CE, 8<sup>ème</sup> ss-sect., 10 février 1965, n°59660, Sté X ; Rec. CE 1965, p.97 ; Dr. fisc. 1970, n°3 bis, comm. 34, concl. L. LAVONDES ; CE 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 26 février 1992, n°83461, M. Malet ; Dr. fisc. 1992, n°52, comm. 2459, concl. O. FOUQUET ; CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 7 mai 2002, n°125959, Sté Superseal Corporation ; Dr. fisc. 2002, comm. 750, concl. G. GOULARD ; Dr. sociétés 2002, comm. 228, note J.-L. PIERRE ; RJF 2002, n°900 ; BGFE 2002, n°4, p. 7, obs. J.-M. TIRARD.

<sup>920</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 7 septembre 2009, n°303560, SNC immobilière GSE ; Dr. fisc. 2009, n°48, comm.561, concl. L. OLLEON, note P. FUMENIER et C. MAIGNAN ; RJF 2009, n°1068 ; RTD com. 2009, p. 818, obs. O. FOUQUET.



portugaises, effectués en vertu de la législation portugaise et pouvant être restitués sur demande, et à la fois sur le fondement de l'acte anormal de gestion (V. n°157 et s.). Ces versements, inscrits dans les capitaux propres de l'entreprise mais ne permettant pas l'attribution de titres ou de rémunération par intérêts, sont inconnus du droit français. La difficulté de l'espèce, était alors que la société française avait financé ces versements par l'emprunt, ce qui engendrait des charges financières déductibles, mais non refacturées aux filiales, ce que remettait en cause l'administration sur le fondement de l'acte anormal de gestion. Ces versements étant considérés par elle comme des avances, ils devaient être justement rémunérés.

Cette analyse, fut pour autant écartée par le Conseil d'Etat qui a jugé que ces avances, mises en place selon le Code des sociétés commerciales portugais, qui en interdisait par ailleurs leur rémunération ou l'attribution de titres et ce, même dans le cas où ils seraient considérés comme des capitaux propres.

De ce fait, l'acte anormal de gestion ne pouvait pas être reconnu à l'encontre d'une société participant au refinancement d'une filiale étrangère du simple fait que la société accordant les versements n'a pas réclamé de rémunération.

L'administration a donc considéré, qu'il découlait de cet arrêt que le Conseil d'Etat retenait la qualification retenue par le droit étranger pour l'appliquer au droit national.

**551 -** C'est dans ce contexte de difficultés d'interprétation que l'affaire LVMH a pris sa source, pour autant le tribunal administratif, n'a pas validé la position de l'administration du fait que l'abandon de créance litigieux, n'a pas été rémunéré par des titres et ne procédait pas d'une volonté d'augmenter le capital la filiale et que par ailleurs, en vertu des dispositions du droit américain, il n'y a pas d'obligation visant à traiter les aides financières comme des suppléments d'apport.

Si ce dernier argument peut poser la question d'une influence de la qualification juridique américaine du traitement de l'abandon de créance (qu'en aurait-il été par exemple si le droit américain obligeait à considérer un abandon de créance comme un supplément d'apport), les autres arguments ne laissent pas de place au doute quant à la volonté des parties et sur l'absence d'intention frauduleuse du contribuable, ce dernier n'a donc pas été condamné par les juges.

## 2) L'interprétation du régime mère-fille français à la lumière de la directive de 1990

552 - Lorsque plusieurs ordres juridiques coexistent comme c'est le cas au sein de l'UE, avec l'application de normes communautaires, mais également l'application de normes nationales, notamment en matière fiscale où la souveraineté nationale demeure le principe, on peut se retrouver face à certaines difficultés d'interprétation pouvant rendre délicates les prises de position des contribuables. Ces difficultés vont particulièrement se rencontrer dans le cadre de situations purement internes, qui ne rentrent donc par principe pas dans le champ de la directive. Pour autant, il est important de préserver une certaine harmonie d'interprétation entre les dispositions communautaires et le droit national quand ce dernier est en conformité avec le premier.

553 - Une affaire récente qui a fait l'objet d'un pourvoi devant le Conseil d'Etat a été particulièrement marquante sur cette question. Elle concernait une société (Métro Holding France), qui détenait 100% des titres d'une de ses filiales en formant une boucle d'autocontrôle, cette dernière possédant 20% du capital de sa société mère Métro Holding France.

La société mère, souhaitant mettre fin à cette situation, a décidé de racheter les 20% de son capital détenus par sa filiale selon les règles du rachat d'action et qui a considéré le prix payé comme un revenu distribué, pour lequel la filiale a demandé l'application du régime mère-fille pour être exonéré d'IS (sauf quote-part de frais et charges).

Si l'on se replonge un instant dans les conditions d'application des avantages du régime mère-fille, qui ne permet pas l'application du régime « *aux produits des titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote* »<sup>921</sup>, on comprend bien que l'administration fiscale ait souhaité remettre en cause la position du contribuable, du fait que les titres d'autocontrôle sont dépourvus de droit de vote<sup>922</sup>.

Afin de contrer cette argumentation, le contribuable indiquait que les dispositions de l'article 145, n'étaient pas applicable en l'espèce puisque lorsque le législateur vise les « *titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote* », il vise simplement les titres qui de part leur structure sont dépourvus de ces droits, et non pas selon leur condition de

---

<sup>921</sup> Art. 145, 6, b, ter du CGI, ce point ayant été nous l'avons vu, remis en cause par le Conseil constitutionnel (V. n°221 et s.).

<sup>922</sup> Art. L 233-7 du Code de commerce.

détention. Seraient donc ainsi visés exclusivement les certificats d'investissements et les actions de préférence sans droit de vote. En effet, dans une situation d'autocontrôle le droit de vote n'est pas inexistant, il est simplement suspendu jusqu'à ce que la situation de détention de capital soit régularisée afin qu'il puisse à nouveau être exercé.

Par ailleurs, le contribuable a fait valoir dans son argumentation que la nature des titres donnant droit au droit de vote devait être interprétée à la lumière des dispositions du droit communautaire et donc de la directive mère fille de 1990, puisque le législateur français avait entendu aligner le régime national sur le régime communautaire.

Cet argument comme l'a souligné G. BLANLUET<sup>923</sup>, doit être nuancé puisque diverses raisons laissent à penser que le régime français pose des conditions non prévues par la directive.

En effet, la directive permet aux Etats de remplacer le critère de détention en capital par un critère de droit de vote<sup>924</sup>, ce qui n'est pas le cas du droit français qui impose, pour pouvoir appliquer le régime mère-fille une détention de 5% du capital de la filiale ; la condition relative au statut des titres vient donc s'ajouter au critère de détention.

Par ailleurs, lorsque la directive s'intéresse au critère de détention par le droit de vote, il s'agit simplement d'identifier l'application possible du statut de société mère et non pas comme c'est le cas du droit français, une condition d'exonération du revenu. Le droit français de ce point de vue, ajoute également une condition par rapport à la directive puisque si dans le cadre de cette dernière, tous les revenus perçus par une société mère sont exonérés alors que dans le cadre du droit fiscal français, les revenus doivent provenir de titres permettant l'exercice du droit de vote pour être exonérés.

De ce fait, le contribuable a fait valoir que le régime français engendrait du fait des conditions supplémentaires prévues par le droit national, une discrimination à rebours en invoquant les dispositions de l'article 14 de la CEDH.

Si l'argument relatif à l'existence d'une discrimination à rebours aurait été très intéressant dans le cadre de ce débat, il n'a pas été étudié du fait qu'il a été considéré que le niveau de participation n'était pas suffisant pour se prévaloir du droit communautaire,

---

<sup>923</sup> G. BLANLUET, *Le régime français des sociétés mères à la lumière de la directive : l'exemple de l'affaire Metro Holding France*, Dr. fisc. 2014, n°41, 570 et du même auteur : *Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'Union européenne.- À propos de Cons. const., 3 février, 2016, n°2015-520 QPC, Sté Metro Holding*, Dr. fisc. 2016, n°12, comm. 233.

<sup>924</sup> Art. 3, 1, a de la directive.

la Cour d'appel de Versailles<sup>925</sup> a, pour trancher la question, tenté de rechercher l'intention du législateur<sup>926</sup> dans la définition du régime mère-fille. Elle a ainsi considéré que le critère lié à la détention des droits de vote est une exigence liée à la nécessité d'exercer un certain contrôle sur la société dans laquelle les participations sont détenues.

Cet argument relativement bancal au vu du montant de la détention nécessaire afin de pouvoir bénéficier aujourd'hui du régime mère-fille (5% voire même dans certains cas 2,5%), qui dans les faits n'est pas représentatif d'un réel pouvoir de contrôle sur la société, a pour autant permis au juge de valider la position de l'administration fiscale et d'affirmer que la filiale, n'avait pas vocation du fait de la structuration de sa participation, à exercer un quelconque contrôle sur la société mère.

Pour autant, il faut noter que récemment, l'exclusion des titres sans droits de vote du bénéficiaire du régime mère-fille, a été jugée par le Conseil constitutionnel, comme contraire à la Constitution<sup>927</sup>.

## **Section II : Le régime de l'intégration fiscale**

**554** - Le régime de l'intégration fiscale que l'on retrouve codifié aux articles 223 A à 223 Q du CGI, va permettre à une société tête de groupe (société mère), de bénéficier de nombreux avantages fiscaux. Il est aujourd'hui un régime fiscal très avantageux, largement utilisé par les entreprises liées éligibles du fait de sa stabilité, de la volonté du législateur de l'adapter aux contraintes rencontrées par les entreprises, mais également d'une jurisprudence relativement souple à son égard, ménageant un certain consensus entre les entreprises et l'administration dans l'interprétation des textes fiscaux, mais également par la possibilité offerte au contribuable, de mettre en place une intégration fiscale horizontale.

Ce régime, qui fut le premier mécanisme mis en place dans le but d'introduire dans le droit fiscal français la notion de groupe de société, est d'ailleurs le seul qui a perduré puisque le régime du bénéfice mondial, a quant à lui disparu en 2011 (V. n°795 et s.) et que le projet d'assiette commune consolidée à l'impôt sur les sociétés européens, n'est

---

<sup>925</sup> CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 29 janvier 2013, n°11VE03279, Sté Metro Holding France ; Dr. fisc. 2013 n°13, comm. 216, concl F. LOCATELLI ; Dr. sociétés 2013, comm 171, note J.-L. PIERRE.

<sup>926</sup> D. GUTMANN, *Le test de clarté : réflexions de méthode sur la lecture du droit français à la lumière de la directive mère-fille*, Dr. fisc. 2014, n°41, 571.

<sup>927</sup> Cons. const., 8 juillet 2016, n°2016-553, QPC, préc. cit

toujours pas prêt à être mis en place, malgré une proposition de directive très intéressante en terme de perspective d'évolution de la fiscalité des groupes au sein du marché européen (V. n°372 et s.). Nous allons donc voir dans le cadre de cette section quelles sont les caractéristiques du régime d'intégration fiscale (§I) puis, nous verrons quels sont les avantages fiscaux liés à la mise en place de ce régime (§II).

## **§I) Les caractéristiques de l'intégration fiscale**

**555** - Si lors de sa création, l'intégration fiscale a été utilisée comme un véhicule de transmission d'entreprise afin d'éviter les problématiques liées à l'endettement bancaire, la création d'une holding d'acquisition ou le rachat direct d'entreprise ne permettant pas toujours l'imputation des frais financiers sur le résultat de la société cible, l'intégration fiscale connaît aujourd'hui de nombreux autres développements. Si à l'époque de sa création, la prise en charge des coûts financiers de l'acquisition chez l'acquéreur pouvait être de nature à dissuader les entrepreneurs de développer leur activité, la mise en place de ce régime s'est peu à peu avérée nous le verrons, être une solution efficace dans le cadre de la mise en place de ces opérations, puisque cette imputation devient alors possible. Il va également permettre une rationalisation des flux financiers et fiscaux entre les sociétés membres.

Pour autant, comme tous les régimes incitatifs, certains abus sont apparus avec la pratique, ce qui a obligé le législateur à mettre en place certains gardes fous et notamment l'amendement Charasse (V. n°254 et s.).

Aujourd'hui, ce mécanisme n'est plus simplement utilisé dans le cadre des opérations de restructuration mais permet aux groupes, de consolider leur résultat fiscal et de favoriser le développement des filiales en difficultés, ainsi que d'optimiser la circulation des flux entre sociétés bénéficiaires et déficitaires.

Par ailleurs, il faut noter que l'option pour le mécanisme de l'intégration fiscale permet de neutraliser, sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charges, certaines opérations entre sociétés membres du groupe.

**556** - Dans le cadre de ce paragraphe nous verrons quelles sont les conditions d'application de l'intégration fiscale (A) puis, quelles sont les caractéristiques spécifiques à l'intégration fiscale horizontale (B).

## **A) Les conditions préalables à la mise en place de l'intégration fiscale**

**557** - Le mécanisme de l'intégration fiscale<sup>928</sup>, est soumis à diverses conditions afin de pouvoir être mis en place par les contribuables, il faut donc voir dans un premier temps quelles sont les conditions liées aux différentes sociétés qui pourront entrer dans le périmètre (1°), puis, dans un second temps, comment il est procédé à la consolidation des résultats des entités membres du groupe (2°).

### **1°) Les conditions liées aux sociétés intégrées et intégrantes**

**558** - *Le statut de la société intégrante.* L'objectif de l'intégration fiscale est nous l'avons envisagé, de procéder à la consolidation des résultats de sociétés liées, soumises à l'IS dans les conditions de droit commun et ce, de plein droit ou sur option. Il faut donc dans un premier temps afin de pouvoir prétendre à l'application de ce régime, que les entités souhaitant entrer dans le périmètre de consolidation soient soumises à cet impôt, comme en dispose l'article 223 A du CGI.

Nous noterons que cette soumission peut être due à la forme des sociétés (SA, SAS, SCA, SARL ou EURL), mais également à une option exercée par les porteurs de parts de la société en ce qui concerne les SNC, les sociétés civiles, les SCS et les sociétés en participations.

Il est à noter dans des hypothèses plus spécifiques, qu'une société coopérative qui est autorisée, en vertu du I de l'article 214 du CGI<sup>929</sup>, à déduire les ristournes versées à leurs adhérents, peut se constituer tête d'un groupe fiscal, à condition de renoncer pendant cinq ans à cette déduction et qu'un quartier général, un centre de logistique ou de coordination de R&D, dont le bénéfice est déterminé de manière forfaitaire par l'application d'un taux de marge au prix de revient des prestations fournies aux autres entités du groupe, peut faire partie d'une intégration fiscale. L'administration admet ainsi l'application du régime aux personnes morales autres que les sociétés<sup>930</sup> et les établissements stables de sociétés étrangères situés en France, vont donc pouvoir, s'ils sont assujettis à l'IS, prétendre au

---

<sup>928</sup> Pour plus de développement sur cette matière V. P. MORGENSTERN, *Intégration fiscale*, Groupe Revue fiduciaire, coll. Pratique d'experts, éd. 2015.

<sup>929</sup> Modifié par décret n°2015-608, du 3 juin 2015, art. 1.

<sup>930</sup> BOI-IS-GPE-10-10-10 n°50.

statut de société tête de groupe, dans l'hypothèse d'une intégration verticale<sup>931</sup>, mais pourront également être le cas échéant, intégrés en tant que filiales<sup>932</sup>. Il faudra néanmoins dans ce dernier cas, que les titres des sociétés détenus à 95% au moins, par la société étrangère, et être inscrits à l'actif du bilan de l'établissement stable<sup>933</sup>.

**559 - Un nécessaire assujettissement à l'IS.** De ce fait, vont par principe être exclues du bénéfice de ce mécanisme, les sociétés dont tout ou partie du bénéfice n'est pas soumis à l'IS en vertu d'une disposition particulière. Ce sera le cas des sociétés de capital risque (SCR) ou des sociétés d'investissements immobiliers cotées (SIIC), qui auront opté pour l'exonération de l'IS pour leurs produits locatifs. On peut également ajouter à cette liste, les sociétés exonérées de manière temporaires de cet impôt comme les entreprises nouvelles, ou celles qui sont constituées dans le cadre de la reprise d'un établissement industriel en difficultés et ce, jusqu'à la fin de la période d'exonération.

Pour autant afin d'assouplir ces règles, le législateur a mis en place certaines dérogations ; la première autorise l'entrée dans le périmètre d'intégration des sociétés qui ont installé une activité dans une zone franche urbaine<sup>934</sup>, puisque l'exonération d'IS prévue dans le cadre de ce régime est soumise à un plafonnement ; la deuxième concerne les activités mises en place dans les zones franches outre-mer<sup>935</sup> ; la troisième, les activités implantées dans les bassins d'emploi à redynamiser<sup>936</sup> ; la quatrième enfin, va concerner, les activités implantées dans des zones de restructuration de la défense<sup>937</sup>. On le voit, ces exceptions ne concernent que les territoires sinistrés économiquement et visent à y préserver à la fois l'emploi et l'investissement, ce qui semble logique dans le cadre des objectifs poursuivis à la fois par l'intégration fiscale, mais également par ces dispositifs d'exonération.

**560 - L'entrée dans le périmètre d'intégration.** Elle se fait sur option du contribuable ; cette option, depuis l'adoption de la loi de finances rectificative pour 2004<sup>938</sup>, peut être prise jusqu'à la date de dépôt des déclarations fiscales de l'exercice précédent<sup>939</sup>.

---

<sup>931</sup> BOI-IS-GPE-10-30-40 n°170.

<sup>932</sup> Art. 223 A, 1-al. 1 du CGI.

<sup>933</sup> Art. 46 quater-0 ZF de l'annexe III du CGI.

<sup>934</sup> Art. 44 octies et 44 octies A du CGI, modifiés par Loi n°2015-990 du 6 août 2015, art. 145.

<sup>935</sup> Art. 44 quaterdecies du CGI, modifié par DÉCRET n°2015-608 du 3 juin 2015, art. 1.

<sup>936</sup> Art 44 duodecies du CGI, modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, art. 66.

<sup>937</sup> Art. 44 terdecies du CGI, modifié par Loi n°2014-891 du 8 août 2014, art. 20.

<sup>938</sup> Loi n°2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004

Il est à noter que lorsqu'une des sociétés du périmètre d'intégration est transparente, il n'y a pas en principe d'option à effectuer puisque la consolidation s'opère par transparence.

Par ailleurs, si l'intégration d'une filiale transparente peut paraître de prime abord inutile, elle a dans les faits, un intérêt certain en ce qui concerne les relations intragroupe avec cette structure, afin de ne plus être considérée comme à risque pour l'administration fiscale, puisqu'elle pourra bénéficier de la plus grande souplesse existant dans le cadre de la rémunération des prestations intragroupe et de leur neutralisation, ce qui ne serait pas le cas si la société n'était pas intégrée.

Il faut noter que nous avons récemment assisté à un assouplissement des règles relatives à l'intégration des SCA, puisque ces dernières vont pouvoir être intégrées dès lors que la société mère détient au moins 95% des droits de vote au sein du collège des commanditaires, sans qu'il soit nécessaire de vérifier ce seuil dans l'assemblée des commandités<sup>940</sup>.

Dans ce type de sociétés, utilisé notamment dans le but de se prémunir des offres publiques d'achat hostiles, les associés commandités vont assurer la gérance, les commanditaires ayant eux, le statut d'actionnaire<sup>941</sup>. Les premiers cités, ont la qualité de commerçant et répondent solidairement et indéfiniment des dettes sociales, les seconds, supporteront les pertes, en proportion de leurs apports. Il faut également souligné que les commandités, sont tenus d'une obligation d'apport, qui peut se faire en industrie, qui ne sera pas inscrit au capital social, mais dans un compte spécial.

Ce mode de fonctionnement, doit être mis en parallèle avec la condition de détention de 95% permettant de mettre en place une intégration fiscale, cette dernière relevant d'une logique d'actionnariat et non pas décisionnelle.

La position de la Cour d'appel est selon nous totalement justifiée dans la mesure où une position inverse, aurait remis en cause l'intérêt de la dissociation entre la gestion et la détention du capital dans ce type de structure, même si cette position, était celle de la doctrine administrative<sup>942</sup>.

---

<sup>939</sup> C'est à dire dans les trois mois de la clôture de l'exercice si l'exercice n'est pas clôturé au 31 décembre et le 2<sup>ème</sup> jour ouvré suivant le 1<sup>er</sup> mai, si l'exercice coïncide avec l'année civile.

<sup>940</sup> CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch. 31 décembre 2015, n°13VE02416, min. /SAS BOCCAFIN ; RJF 2016, n°324. concl. B. COUDERT, note P. MORGENSTERN et P. MORGENSTERN, *Commandités des SCA et intégration fiscale : l'éclipse* ; Dr. fisc. 2016, n°12, comm. 237.

<sup>941</sup> Art. L 226-1 du Code de commerce.

<sup>942</sup> BOI-IS-GPE-10-20-20 n°30.



Il faut noter que la présente décision, va dans le sens d'une décision du Conseil d'Etat, portant sur l'application de l'amendement Charasse (V. n°254 et s.), à ces structures<sup>943</sup>.

**561** - Afin de pouvoir opter pour l'intégration fiscale les sociétés doivent en plus de leur assujettissement à l'IS selon le régime réel normal de plein droit ou sur option, répondre à certaines caractéristiques.

**562** - *Des exercices fiscaux concomitants.* La première condition est que les sociétés doivent avoir par principe, des exercices d'une durée de douze mois qui s'ouvrent et se clôturent à la même date. Pour autant, les groupes connaissent une certaine latitude dans la gestion de la durée de leurs exercices fiscaux qui peuvent selon les besoins spécifiques, être d'une durée supérieure ou inférieure à douze mois (Art 223 A du CGI). Cette tolérance permet aux groupes de modifier la date d'ouverture ou de clôture de leurs exercices fiscaux.

Pour autant, cette modification doit être décidée de manière identique pour l'ensemble des sociétés membres du groupe et l'administration fiscale, doit en être informée dans les délais prévus pour le dépôt de la déclaration du résultat de l'exercice précédent l'exercice d'application autrement dit 3 mois, sauf dans l'hypothèse où l'exercice est clos le 31 décembre auquel cas, la déclaration doit être souscrite au plus tard, le deuxième jour ouvré qui suit le 1<sup>er</sup> mai. Cette modification doit par ailleurs être publiée au RCS dans le cadre d'une modification statutaire.

Une société qui souhaite intégrer un groupe fiscal et qui n'aurait pas les mêmes dates d'ouverture et de clôture de ses exercices, doit donc procéder en amont de cette intégration, à une modification statutaire en convoquant une assemblée générale extraordinaire, afin que les nouveaux statuts puissent être rendus opposables à l'administration dans les conditions prévues par l'article L 123-9 du Code de commerce. Cette modification et sa publication, devant avoir lieu dans le cadre de l'exercice précédent l'intégration, la durée d'un exercice déjà clos ne pouvant être modifiée.

Par ailleurs, il est à noter que dans certaines hypothèses particulières et notamment dans le cadre de l'absorption ou de la scission de la société tête de groupe ou, dans le cadre de

---

<sup>943</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 juillet 2011, n°312285, SAS FTR ; Dr. fisc. 2011, n°40, comm. 544 ; concl. J. BOUCHER, note P. FUMENIER et Cl. MAIGNAN ; RJF 2011, n°1137.

son intégration à un autre groupe, il peut être dérogé à la concomitance des exercices fiscaux.

**563 - Le critère de détention.** La deuxième condition afin de pouvoir procéder à l'intégration fiscale d'une société, est que cette dernière doit être détenue directement ou indirectement par une société membre du groupe (qui doit donc également respecter ces conditions) à 95% de son capital de manière continue au cours de l'exercice.

Ces participations (directes ou indirectes), doivent être appréciées par rapport à la masse d'une part, des droits donnant droit à dividendes et d'autre part, celle des droits de vote. Il faudra toujours se référer dans ce cadre à la fois au pourcentage détenu dans l'ensemble des droits donnant droit à dividende (y compris les actions de préférence) et à la fraction des droits de vote détenus par rapport à l'ensemble des droits pouvant être représentés (y compris les actions de préférence et les actions à droits de vote double).

Il convient de préciser sur ce point qu'avec l'apparition des nombreux titres financiers particuliers pouvant donner accès au capital d'une entreprise, certaines précautions doivent être prises dans le cadre du calcul du seuil de détention. Ainsi, on retiendra que ne doivent pas être pris en compte les bons de souscription d'actions, les obligations convertibles en actions, tant que les droits qui s'y attachent n'ont pas été exercés et les obligations remboursables en actions, tant qu'elles n'ont pas été remboursées.

Bien entendu, les actions détenues par une société sur son propre capital ne doivent pas être comptabilisées dans le calcul.

Pour plus de précision nous devons noter que le seuil de détention de 95% du capital est ramené à 90% lorsque les autres associés bénéficient d'un plan d'actionnariat des salariés. Dans une limite de 10%, les titres détenus par les salariés dans le cadre de leur épargne, ne sont ainsi pas comptabilisés dans le cadre de la participation détenue par des membres du groupe. Les titres concernés, sont ceux qui sont par exemple acquis dans le cadre d'un plan de souscription ou d'achat, ceux souscrits (mais pas encore acquis) par les mandataires sociaux ; on retrouve aussi dans cette catégorie, l'attribution d'actions gratuites reçues par les salariés et mandataires et portant sur des actions existantes ou à émettre. L'exclusion touche également les actions souscrites par les mandataires ou les salariés dans le cadre des augmentations de capital réservées aux adhérents d'un plan d'épargne entreprise ou qui sont acquises dans ce cadre auprès de la société.

**564** - Dans le cadre de ces calculs de détention, on considèrera par mesure de simplification qu'une détention de 95% du capital de la filiale équivaut à une détention de 100%, cette notion est d'ailleurs importante dans le cadre des chaînes de participation.

La société qui souhaite se constituer tête de groupe, ne doit en revanche pas être détenue à 95% au moins, directement ou indirectement, par une autre personne morale soumise à l'IS dont le siège est en France. Bien évidemment, une société détenue par deux ou plusieurs sociétés françaises, peut se constituer tête de groupe, si aucune d'entre elles ne détient plus de 95% de ses titres. Cette condition n'est pas retenue dans le cadre de l'intégration fiscale horizontale (V. n°586 et s.).

Dans le cadre d'une détention indirecte, il existe également une exception à l'interdiction pour la société mère d'être détenue à 95%, il faut pour cela que la détention des titres de la société souhaitant devenir tête de groupe se fasse par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes morales non soumises à l'IS (comme par exemple une SNC n'ayant pas opté pour l'assujettissement à l'IS ou une société étrangère).

La dérogation peut également s'appliquer lorsque la détention des titres de la société qui souhaite former un groupe fiscal s'exerce à plus de 95% par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés soumises à l'IS et dont le capital n'est pas détenu à plus de 95% par la société qui est assujettie à l'IS et qui contrôle à plus de 95% la société qui souhaite avoir le statut de tête de groupe<sup>944</sup>, cette tolérance permet l'obtention d'avantages fiscaux notamment dans le cadre de situations familiales.

**565** - *L'influence de la jurisprudence européenne*. La CJCE<sup>945</sup>, a permis de nombreuses évolutions de l'intégration fiscale, en reconnaissant notamment que l'interdiction qui était faite à une société tête de groupe d'intégrer une sous-filiale française détenue par l'intermédiaire d'une société dont le siège est situé dans le périmètre de l'UE ou de l'EEE, constituait une restriction à la liberté d'établissement contraire aux prescriptions du droit communautaire<sup>946</sup>.

De ce fait, il est dorénavant possible d'incorporer dans le périmètre d'intégration les filiales françaises détenues par le biais d'une société intermédiaire établie dans l'UE ou

---

<sup>944</sup> Loi n°2001-1275 de finances pour. 2002 du 28 décembre 2001, JO 29 déc., art. 85.

<sup>945</sup> O. DEBRAY, *Liberté d'établissement et fiscalité des groupes*, Dr. fisc. 2013, n°24, 319.

<sup>946</sup> CJCE aff. C-418/07, 27 novembre 2008, Société Papillon ; RJF 2009, n°180 ; Rec. CJCE 2008, I, p. 8947 ; Dr. fisc. 2008, n°52, comm. 644, note J.-L. PIERRE ; RJF 2009, n°180 ; BDCF 2009, n°16, concl. J. KOKOTT.

l'EEE. Cette dernière peut être soit une société soumise à un impôt équivalent à l'IS dans son pays d'implantation ou un établissement stable établi dans un de ces Etats.

Nous noterons pour conclure sur ce point que le seuil de 95% peut dans certaines hypothèses être dépassé de manière temporaire, notamment dans le cadre d'opérations de restructuration. La seule condition à cela est que la situation doit être régularisée avant la fin de l'exercice fiscal en cours, sous peine de voir le groupe intégré dissout.

## **2°) Le fonctionnement de la consolidation**

**566** - Nous allons revenir ici sur les principales caractéristiques du fonctionnement de l'intégration fiscale. Nous verrons ainsi quelles sont les conséquences de l'intégration sur les résultats individuels (1), comment va s'ajuster le résultat brut d'ensemble (2), comment va se calculer l'éventuelle plus-value d'ensemble (3) et enfin, comment va être imposé le résultat d'ensemble (4).

### **1) Les conséquences de l'option sur les résultats individuels**

**567** - *Le report des déficits antérieurs à l'intégration fiscale de la société.* Si les résultats postérieurs à l'entrée dans le groupe viennent s'imputer sur le résultat d'ensemble, les déficits antérieurs demeurent une charge pour la société intégrée. La société peut les reporter de manière indéfinie sur les bénéfices à venir, pour autant, ce bénéfice d'imputation est entendu de manière restrictive, c'est à dire après déduction des amortissements de l'exercice<sup>947</sup>.

Par ailleurs, s'il existe un solde disponible, le bénéfice d'imputation doit être diminué des remises de dettes ou subventions (directes ou indirectes), obtenues d'une autre société du groupe ou d'une société intermédiaire, reçues dans le cadre de l'exercice, des profits obtenus suite à une cession d'immobilisations ou de titres à une autre société du groupe ou intermédiaire, des réévaluations libres, ainsi que du montant de la réintégration annuelle dans le cas de la réalisation d'une opération de fusion placée sous le régime de faveur de l'article 210 A, 3, d du CGI<sup>948</sup>.

---

<sup>947</sup> BOI-IS-DEF-10-30 n°100, position validée par la jurisprudence, CE, plén., 10 avril 2015, n°369667, Sté Fayat ; Dr. fisc. 2015, n°28, comm. 457, concl. V. DAUMAS, note P. FUMENIER ; RJF 2015, p. 539.

<sup>948</sup> Art. 223 I, 4 du CGI.

A l'inverse, le résultat doit être augmenté des pertes ou moins-values intragroupe liées à des opérations de cessions intra-groupe ou à des sociétés intermédiaires, des sociétés étrangères, ou avec une société mère non résidente, portant sur des titres d'une autre société du groupe pour leur montant neutralisé<sup>949</sup>.

**568 -** *Le traitement des produits reçus des filiales.* Bien que leur exonération ne soit que facultative (option pour le régime mère-fille de l'article 145 du CGI), les dividendes reçus par une société membre du périmètre par une autre société du groupe, sont retranchés du calcul du résultat d'ensemble lorsqu'ils n'ouvrent pas droit au bénéfice du régime mère-fille.

**569 -** *La déduction des charges financières provenant des avances obtenues dans le cadre des relations hors groupe.* Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014, les sociétés qui ne font pas parti du périmètre d'intégration, qui exposent des charges financières supérieures à 3 millions d'euros au cours d'un exercice, sont tenues d'en réintégrer 25% dans leur résultat fiscal.

Ce seuil doit être apprécié au niveau du groupe et concerne, les sommes laissées ou mises à disposition des sociétés membres du groupe par des personnes qui n'en sont pas membre.

La société mère doit donc être attentive à ces montants et doit, afin de ne pas se retrouver en difficulté à ce niveau, procéder à un décompte annuel des produits et charges consentis ou obtenus en dehors du groupe, afin de pouvoir connaître avec précision la part à réintégrer annuellement.

**570 -** *L'hypothèse du changement d'activité d'une société membre du périmètre.* Ce dernier n'entraînera que pour la société intégrée, une perte du report des déficits subis avant l'entrée du groupe<sup>950</sup>. Pour l'exercice durant lequel intervient le changement d'activité, la société mère retiendra tel qu'il est (sans retraitement au niveau des déficits), le résultat de la société procédant à un changement d'activité.

---

<sup>949</sup> Art. 223 F du CGI.

<sup>950</sup> BOI-IS-GPE-20-10 n°185.

## 2) L'ajustement du résultat brut d'ensemble

**571** - La société tête de groupe, va procéder au calcul du résultat d'ensemble qui va être constitué de la somme des résultats des sociétés membres du groupe, des plus et moins-values nettes à long terme de ces dernières, ce dernier sera influencé par certaines rectifications, qui auront sur lui, un impact positif ou négatif. Nous allons étudier ici les principales d'entre elles.

**572** - *La déduction de certains dividendes.* Il s'agit ici de déduire du résultat les dividendes ne donnant pas droit au bénéfice du régime mère-fille. Ces derniers sont retranchés du résultat d'ensemble et restent donc compris dans le résultat propre de chacune des sociétés membre du groupe<sup>951</sup>, sauf si ces derniers sont versés au cours du premier exercice d'intégration. Cette limitation concerne les titres qui ne sont pas éligibles et pas simplement ceux qui n'ont pas fait l'objet de l'option pour le régime mère-fille de l'article 145 du CGI.

Cette déduction présente un caractère définitif et ne peut être remise en cause en cas de sortie du groupe de la société qui a versé reçu les dividendes. Il est à noter que les avances aux associés, les jetons de présence, les intérêts excédentaires et le boni de liquidation n'y ouvrent pas droit.

Il est à noter qu'un traitement spécifique est prévu concernant les titres détenus par la société tête de groupe sur une filiale pour une durée de moins de 2 ans. La cession de ces titres, fait perdre à la société le bénéfice de l'exonération, comme cela est prévu par l'article 145-1 du CGI<sup>952</sup>.

Dans le cas où la cession se ferait au profit d'une autre société du groupe dans un délai inférieur à 2 ans et qu'une moins-value est constatée, elle est placée en report<sup>953</sup>, si aucun événement ne met fin au report, elle relèvera donc du long terme et ne sera pas neutralisée.

**573** - *L'impact de la quote-part de frais et charges sur les produits soumis au régime mère-fille.* Lorsque la société a opté pour le régime mère-fille, il est admis que cette

---

<sup>951</sup> Art. 223 B, al. 3 du CGI.

<sup>952</sup> Le Conseil d'Etat a toutefois réservé cette hypothèse à la situation où la société mère n'a pas conservé dans la société une participation de 5% dans la filiale ; V. CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 décembre 2014, n°380942, SA Technicolor préc. cit.

<sup>953</sup> Art. 219, I-a septies du CGI.

dernière puisse déduire de sa base imposable les produits reçus de sa filiale. Pour autant, cette somme est imputée d'une quote-part de frais et charges forfaitaire d'un montant de 5%.

Pour la détermination du résultat d'ensemble, le montant de la quote-part de frais et charge réintégrée par une des société membre du groupe au moment où cette dernière touche des produits afférents à sa participation dans une autre société du groupe, est déduite par la société mère, sauf pour le premier exercice d'appartenance de la filiale qui verse la rémunération.

Il faut noter sur ce point que pour le calcul du résultat d'ensemble des exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, le mécanisme de neutralisation est supprimé et les versements intragroupe vont supporter une taxation par quote-part à taux réduit (1%), alors que cette dernière était précédemment neutralisée sauf pour les produits de participation versés au cours du premier exercice d'intégration de la société distributrice.

**574 -** *La dépréciation des actifs détenus sur une autre société du groupe.* Cette dernière implique la majoration du résultat d'ensemble, du montant des dotations complémentaires aux provisions constituées par une société après son entrée dans le périmètre d'intégration, pour les créances détenues sur d'autres sociétés du groupe, ou celles en rapport avec des titres exclus du régime des plus-values à long terme détenus dans d'autres sociétés du groupe<sup>954</sup>.

Dans le cas où ces provisions seraient ensuite reprises, il y a lieu de les déduire si les deux sociétés concernées appartiennent encore au groupe, ou si elles sont entrées dans le périmètre d'un nouveau groupe par scission ou absorption de leur mère intégrante, ou en cas de rachat de cette dernière<sup>955</sup> (sans qu'il y ait eu de discontinuité dans l'appartenance à un groupe).

**575 -** *Les provisions pour risque liées à l'activité des sociétés du groupe.* On va dans ce cadre majorer le résultat d'ensemble du montant des provisions pour les risques encourus du fait de l'activité exercée par une ou plusieurs sociétés membres du groupe, ou du fait d'une société intermédiaire ou encore, d'une société étrangère ou de l'entité non résidente

---

<sup>954</sup> CAA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., 15 mai 2014, n°11VE03381, SAS Becton Dickinson France ; J.-M. VIE, Sélection d'arrêts des cours administratives d'appel ; Dr. fisc. 2014, n°39, 542, n°9 ; RJF 2014, n°876.

<sup>955</sup> Art. 223 L, 6 du CGI paragraphes c, d, e, f, g, h, i ou j.

en cas d'intégration horizontale. La reprise ultérieure d'une telle provision emporte les mêmes conséquences que dans l'hypothèse d'une provision pour dépréciation des actifs.

**576 -** *La neutralisation des abandons de créances et subventions intragroupe.*

Généralement, un abandon de créance ou une subvention directe ou indirecte qui serait consenti entre deux sociétés du groupe, n'est pas pris en compte dans la détermination du résultat d'ensemble. Cette neutralisation vise à corriger la dissymétrie qui apparaîtrait si la société qui accorde l'avantage n'avait pas le droit à la déduction fiscale correspondante. Par ailleurs, dans le cadre des groupes, les avantages accordés prennent la forme de subventions indirectes, qui ne doivent pas être prises en compte dans le résultat d'ensemble. Un autre objectif de ce mécanisme est de ne pas rompre l'équilibre existant entre la déduction de la subvention opérée chez la société qui l'a consentie et son imposition chez l'entité qui en bénéficie<sup>956</sup>.

Nous devons noter sur ce point que les sociétés mères, doivent joindre à la déclaration du résultat d'ensemble établie pour chaque exercice, un état des abandons de créances et subventions<sup>957</sup>. Si cet état n'est pas souscrit, la société sera soumise à une amende<sup>958</sup> égale à 5% des sommes omises ou à 1% lorsque les sommes sont effectivement déductibles.

**577 -** *La cession d'immobilisations ou de titres dans le périmètre du groupe.*

Ces dernières, peuvent également engendrer l'accord de subventions indirectes dans le cas où le prix payé s'écarte de la valeur de marché. Dans ce cas, il doit être procédé à une neutralisation par une majoration du résultat des entités membres impliquées dans la cession et par une minoration du résultat d'ensemble de la majoration affectant le résultat de la société bénéficiaire<sup>959</sup>. Cette neutralisation sera corrigée lors de la sortie du groupe d'une des entités partie à la cession et rapportée au résultat d'ensemble.

De même, sont neutralisées les plus ou moins-values de cessions de titres ou d'immobilisations dans le cadre du groupe ; dans ce cadre, la plus value long terme

---

<sup>956</sup> Pour un exemple de cession d'immobilisation consentie à un prix inférieur à la valeur vénale, V. CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 novembre 2010, n°309148, Corbfi ; Dr. fisc. 2010, n°51, comm. 605, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note D. BOCQUET et J. SAYAG ; RJF 2011, n°153, pour un exemple de cession à un prix supérieur, V. CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 avril 2001, n°212680, Sté Générale de Transport et d'Industrie (GTI) ; Dr. fisc. 2001, n°41, comm. 909, concl. J. COURTIAL ; RJF 2001, n°905, chron. F. BEREZIAT, p. 314.

<sup>957</sup> Art. 223 Q du CGI et Art. 46 quater-0 ZL de l'annexe II du CGI.

<sup>958</sup> CAA Bordeaux 3<sup>ème</sup> ch., 13 juillet 2015, n°14BX01286 ; BF 4/16 inf. 296.

<sup>959</sup> BOI-IS-GPE-20-20-40-10 n°130 s.



réalisée par l'entité cédante (intégrée dans son résultat), doit être déduite du résultat d'ensemble et/ou de la plus-value nette d'ensemble l'année suivante la cession.

S'il s'agit en revanche d'une moins-value, la solution est inverse, il faut la réintégrer dans un premier temps dans le résultat d'ensemble ainsi qu'éventuellement dans la plus-value nette d'ensemble de l'exercice de cession puis, la déduire en cas de sortie du groupe du bien ou d'une entité partie à la cession.

Pour le cas des immobilisations amortissables, il est intéressant de noter que ce mécanisme est complété par une réintégration annuelle au sein du résultat d'ensemble des suppléments d'amortissements pratiqués par l'entité cessionnaire de l'immobilisation. Cette mesure, permet d'étaler l'imposition de la plus-value en sursis selon le rythme des compléments d'amortissements. La plus-value « *finale* » lors de la cession du bien, sera ensuite diminuée de ces montants.

**578 - L'hypothèse des sorties de groupe.** Cette dernière, peut être due à la modification de la date de la clôture de l'exercice d'une société membre du périmètre, la modification de son régime fiscal, sa dissolution, un transfert de siège engendrant une cessation d'entreprise, ou une décision de la société tête de groupe<sup>960</sup>. Bien entendu, en cas de sortie, les résultats de la société ne seront plus pris en compte dans le cadre du calcul du résultat d'ensemble, la filiale sortante ne pourra plus déduire de ses résultats ultérieurs, les déficits et moins-values à long terme subis durant son intégration au groupe.

Il faut noter qu'en cas de sous-capitalisation de la filiale sortante, le montant des intérêts qui proviennent de cette filiale, va demeurer déductible du résultat d'ensemble<sup>961</sup>.

Cette dernière, va également engendrer sauf dans le cas de l'absorption de la filiale par une autre société membre du groupe, par une société intermédiaire ou par une société étrangère, dans le cadre d'une intégration fiscale horizontale et que cette opération et éligible aux dispositions de l'article 210 A du CGI (V. n°970 et s.), une majoration du résultat d'ensemble.

Cette majoration est due à l'imposition des plus-values liées aux cessions internes d'immobilisations et de titres qui ont précédemment été neutralisées. Pour les titres de participation qui ont donné lieu à une quasi exonération, la sortie du groupe entraîne la prise en compte dans le résultat d'ensemble, d'une quote-part de frais et charges d'un

---

<sup>960</sup> Nous verrons plus loin qu'il existe des hypothèses particulières de sorties de groupe, qui sont réservées aux groupes intégrés de manière horizontale (V. n°586 et s.).

<sup>961</sup> Art. 223 E et K du CGI.

montant de 12%<sup>962</sup>. Cette réintégration n'est pas exigée dans l'hypothèse où la sortie de groupe est due à l'absorption de la société par l'entité mère non résidente d'un groupe horizontal, lorsque l'opération est placée sous le régime de faveur de l'article 210 A du CGI<sup>963</sup>.

La majoration va également être due à l'imposition des abandons de créances et subventions consentis durant les cinq exercices précédents (et au delà en ce qui concerne les éléments d'actifs), par la société quittant le groupe lorsque l'aide en question n'était pas déductible.

Dans le cas de la sortie du groupe, l'entité sortante perd certaines prérogatives, elle ne disposera en effet plus d'un « *bénéfice de référence* » servant au report en arrière des déficits constatés au moment où elle se retrouve imposée distinctement. Dans l'hypothèse où elle aurait été déficitaire, elle n'aura plus droit au report de ces déficits.

Afin d'absorber ces conséquences fiscales négatives, la structure sortant du groupe peut être dédommée de la perte des avantages liés à l'appartenance au groupe.

Il faut noter sur ce point que les conséquences de sortie du groupe d'une société membre du périmètre d'intégration peuvent être aménagées de manière conventionnelle, en fonction de la situation de la filiale à sa sortie du groupe, si elle intègre un nouveau groupe ou qu'elle devient imposable distinctement.

Si l'intégration se poursuit du fait de l'acquisition de 95% du capital de la société intégrante par une autre société, l'ex intégrante, doit indemniser la filiale sortante du fait de la perte de l'usage de ses déficits

Si la filiale devient un contribuable indépendant, est généralement prévue une indemnisation forfaitaire.

Nous noterons pour conclure sur ce point que la jurisprudence a jugé que le dédommagement versé par la société tête de groupe à une filiale quittant le périmètre d'intégration, ne constituait pas pour elle une charge déductible, mais ne constituait pas non plus pour la filiale un profit imposable<sup>964</sup>, cette position a été reprise par l'administration<sup>965</sup>.

---

<sup>962</sup> Art. 46 quater-0 ZH, II-2 et II de l'annexe III du CGI.

<sup>963</sup> BOI-IS-GPE-40-20-30 n°340.

<sup>964</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 décembre 2009, n°301341, Sté GE Healthcare Clinical Systems ; Dr. fisc. 2009, n°52, comm. 603, concl. L. OLLEON, note O. FOUQUET et Ph. DURAND ; RJF 2010, n°107 ; BGFE 2010, n°1, p. 3, obs. F. DONNEDIEU DE VABRES.

<sup>965</sup> BOI-IS-GPE-30-30-10 n°260 s.

**579** - Un autre point d'attention concerne les acquisitions de filiales intégrées auprès d'un actionnaire contrôlant le groupe. Ces dernières emportent une réintégration afin d'empêcher que le résultat d'ensemble ne soit pas diminué des charges financières liées à l'acquisition d'une société membre<sup>966</sup>. Cette réintégration est forfaitaire selon le rapport entre le coût réel de la participation acquise autrement dit le prix des titres diminué des apports en capital reçus et le montant moyen de l'endettement de l'ensemble des sociétés membres du périmètre. La réintégration s'étale sur 8 ans pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007.

**580** - En ce qui concerne les intérêts touchés par le dispositif de l'article 212 du CGI (V. n°315) visant les hypothèses de sous-capitalisation, chaque société membre du groupe est soumise à ce dispositif, comme si elle était imposable distinctement.

Pour autant, il faut noter que les éventuelles réintégrations liées à ce dispositif ont un caractère définitif, car il existe une limite de déduction propre au groupe fiscal, qui donne à la société tête de groupe la possibilité de neutraliser la somme des réintégrations individuelles<sup>967</sup>.

**581** - Enfin, il faut également être attentif à la réintégration de certaines charges et produits financiers liés à des avances consenties ou obtenues hors du groupe. A la différence du mécanisme de l'article 212 bis du CGI (V. n°255 et s.), le régime applicable aux groupes connaît certaines particularités. L'article 223 B du CGI prévoit en effet que la réintégration doit être opérée seulement au niveau du groupe, cette dernière doit dans les faits, porter sur la somme algébrique des charges financières nettes et des produits financiers nets afférents aux sommes laissées ou mises à disposition du groupe par des entités extérieures. La réintégration sera de 25% et s'appliquera dès que la somme atteint 3 millions d'euros.

Nous noterons que pour le calcul de cette somme, les entités membres du groupe doivent calculer leurs propres charges et produits financiers de manière individuelle.

---

<sup>966</sup> Selon les dispositions de l'article L 233-3 et s. du Code de commerce.

<sup>967</sup> Art. 223 B. al. 14 à 19 du CGI.

### **3) La détermination de la plus ou moins-value nette à long terme d'ensemble**

**582** - Dans l'hypothèse où serait dégagée par le groupe une plus-value nette à long terme, celle-ci pourra être imposée selon les cas à 15% ou 19%, comme en dispose l'article 223 D du CGI, sauf si bien entendu, la plus-value peut être compensée avec le déficit d'ensemble.

Le taux de 15%, s'applique aux produits de propriété industrielle et de titres à risque et celui de 19%, s'applique à la cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière cotées. Il est à noter que les plus-values de cession des titres de participation et assimilés, ne sont pas imposables et donnent seulement lieu à l'intégration dans les résultats de la société cédante d'une quote-part de frais et charges d'un montant de 12%, venant s'intégrer au résultat d'ensemble dans les conditions des cessions intra-groupes.

La plus-value nette, vient s'intégrer ensuite dans le résultat net d'ensemble, sauf pour la partie de celle-ci, que la société peut imputer sur les moins-values reportables qui ont été constatées avant l'intégration ou, sur celle qui est constatée sur le même exercice d'imposition sur une plus-value imposée au taux de 15%, elle peut enfin, être imputable sur les déficits reportables subis avant l'intégration.

S'il existe une moins-value nette à long terme qui n'est pas compensée par une plus-value d'un autre secteur, elle vient s'intégrer à la plus ou moins-value nette d'ensemble imposée au taux correspondant, la société qui la subit en est donc dessaisie. Il faut noter par ailleurs que l'on doit lui appliquer les correctifs applicables en cas de cession intra-groupe et aux provisions pour dépréciation.

### **4) L'imposition du résultat d'ensemble**

**583** - En cas de résultat bénéficiaire, suite à la compensation des résultats individuels et des éventuels ajustements, ce dernier est imposé conformément aux dispositions de l'article 223 C du CGI, au taux normal de l'IS, sauf application du taux réduit de 15% pour les PME et aux taux réduits de 15% et de 19%, pour les plus-values concernées par ces taux.

Il est à noter qu'à la clôture du premier exercice d'intégration, les déficits et moins-values antérieurs, restent dans le résultat propre des sociétés intégrées. Lors des exercices suivants, la base d'imposition d'ensemble pourra se trouver modifiée par ces derniers, si ils n'ont pas été utilisés dans le cadre d'un report en arrière (V. n°807 et s.).

Si le résultat est déficitaire, il deviendra une charge pour les exercices suivants, imputable éventuellement sur le bénéfice de l'exercice précédent dans la limite d'1 million d'euros, majorée de 50% du bénéfice excédant ce seuil<sup>968</sup>.

**584** - Dans le cadre de l'imposition au niveau de la société tête de groupe, nous noterons que cette dernière peut imputer les crédits d'impôts attachés à des produits financiers (autre que les dividendes reçus dans le cadre de l'exonération du régime mère-filiale), dont disposent l'ensemble des entités membres du groupe, tels que les crédits d'impôts obtenus dans le cadre des conventions fiscales sur les intérêts, redevances ou dividendes non exonérés.

Le crédit d'impôt recherche (CIR), que nous allons étudier plus loin (V. n°848 et s.) reste quant à lui, calculé société par société. L'addition des CIR des entités du groupe, donne le crédit d'impôt recherche global du groupe.

Si ce montant excède l'impôt du groupe, l'excédant n'est pas restitué immédiatement mais constituera une créance sur le Trésor imputable durant les trois exercices suivants, créance qui pourra également être mobilisée auprès d'un établissement de crédit et enfin depuis 2013 être cédée à un organisme de titrisation<sup>969</sup>.

En ce qui concerne le crédit d'impôt compétitivité et emploi (CICE, V. n°865 et s.), ce dernier est également calculé entité par entité, la somme des crédits donne le crédit d'impôt du groupe qui vient alors s'imputer sur l'IS du groupe<sup>970</sup>. L'excédant non imputé devient une créance acquise de la société mère sur le Trésor, même en cas de sortie du périmètre d'une des filiales ou en cas de cessation du groupe. La société tête de groupe est la seule à pouvoir mobiliser la créance de CICE<sup>971</sup>, notamment dans le cadre d'un préfinancement par le biais d'une cession unique ou partielle auprès d'un établissement de crédit<sup>972</sup>.

**585** - *L'impact des contributions additionnelles.* Dans le cadre de l'imposition des groupes, comme d'ailleurs pour l'ensemble des sociétés, il faut également prendre garde à l'application éventuelle des contributions additionnelles à l'IS.

---

<sup>968</sup> Pour un aperçu des obligations déclaratives inhérentes à l'imposition des groupes de sociétés V. FR 20/15, inf. 6.

<sup>969</sup> Loi n°2013-1279 de finances rectificative pour 2013 du 29 décembre 2013 art. 35

<sup>970</sup> Art. 223 O,1-c du CGI.

<sup>971</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-30-20 n°120 et s.

<sup>972</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-30-20 n°212.

La première d'entre elles, la contribution sociale sur les bénéfices<sup>973</sup>, d'un montant de 3,3% de l'IS, diminué d'une fraction de 763 000 euros. Elle va toucher les groupes dont le chiffre d'affaires consolidé excèdera 7,63 millions d'euros. On retiendra que l'impôt retenu est l'impôt brut, avant imputation des différents crédits d'impôt.

La deuxième, qui est la contribution additionnelle à l'IS, codifiée à l'article 235 ter ZAA du CGI, concernera les groupes dont le chiffre d'affaires annuel excède 250 millions d'euros. Elle est d'un montant de 10,7%, applicable sur l'IS à taux normal ou réduit dû par le groupe<sup>974</sup>. On le voit, les groupes composés de sociétés réalisant un chiffre d'affaires inférieur à ce seuil, mais qui lors de la consolidation le dépassent, sont soumis à une imposition plus importante que si elles avaient été imposées de manière individuelles, pour autant, cette imposition a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>975</sup>.

La troisième, applicable aux revenus distribués vient toucher les distributions de revenus effectuées par les sociétés, mais pas celles réalisées entre les entités du même groupe. Cette contribution, d'un montant de 3%, codifiée à l'article 235 ter ZCA du CGI, touche les distributions effectuées par la société tête de groupe, mais également celles qui pourraient profiter à une sous-filiale intégrée qui détiendrait une fraction de son capital, ainsi que les distributions effectuées au profit des actionnaires des filiales pour la fraction de 5% qui peut être détenue en dehors du groupe d'intégration<sup>976</sup>.

S'est posée la question de l'application de cette imposition aux distributions effectuées par une société membre du périmètre d'intégration à sa société mère intermédiaire. Cette dernière, qui est généralement une société implantée au sein de l'UE ou de l'EEE qui la détient à 95% au moins et par laquelle elle est rattachée au groupe d'intégration dans lequel se situe la société française, qui détient 95% au moins du capital de la société intermédiaire.

Dans ce type de situation, les revenus distribués à la société intermédiaire ne sont pas imposables, si l'on peut établir que ces derniers sont redistribués à une autre société membre du groupe. Cette preuve est apportée après paiement de la contribution dans le

---

<sup>973</sup> Art 1668 D du CGI.

<sup>974</sup> Art. 16 de la Loi de finances rectificative pour 2013 précitée.

<sup>975</sup> Cons. const., 6 mars 2015, n°2014-456, QPC, Sté Nextratio TV ; Dr. fisc. 2015, n°11, act. 164.

<sup>976</sup> Il faut noter sur ce point que l'exclusion des dividendes intragroupe du champ d'application de la contribution de 3% prévue à l'article 235 ter ZCA du CGI, a été jugée inconstitutionnelle (Cons. const., 30 septembre 2016, n°2016-571, QPC). Ces derniers, sont donc soumis à ces dispositions à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017.

cadre d'une réclamation contentieuse, l'administration viendra restituer l'impôt en cas de validation de la position du contribuable<sup>977</sup>.

Il est donc important dans les situations transfrontalières, de bien suivre les flux de distribution de revenus entre les différentes entités, afin de pouvoir les comparer entre eux dans le cadre de la réclamation à l'administration.

## **B) Les spécificités de l'intégration fiscale horizontale**

**586** - Dans le cadre de cette étude, nous verrons quelle est l'origine de ce mécanisme (1°), nous verrons également quelles conditions particulières doivent être remplies par les sociétés membres du périmètre d'intégration afin de pouvoir en bénéficier (2°) et enfin, quels sont les retraitements spécifiques qui doivent être effectués dans le cadre du calcul du résultat d'ensemble (3°)<sup>978</sup>.

### **1°) L'origine du mécanisme**

**587** - *Une origine hollandaise.* Dans le cadre de nos différents propos, nous avons souligné à plusieurs reprises que la fiscalité des groupes, notamment dans le cadre des activités transfrontalières et donc communautaires, était une matière en mutation, malgré le fait que la personnalité morale n'ait pour le moment pas été accordée aux groupes de sociétés.

Pour autant, l'application de certains mécanismes comme celui de l'intégration fiscale, permet de se poser la question d'une reconnaissance d'un intérêt de groupe pouvant présager, dans un futur plus ou moins proche, de la reconnaissance de la personnalité morale des groupes de sociétés. C'est dans ce contexte, que la lecture des conclusions de l'avocat général dans le cadre de l'affaire SCA Group Holding BV et a.<sup>979</sup>, a permis de s'interroger sur la possibilité pour des sociétés implantées aux Pays-Bas, sans que leur société mère y soit également implantée, de mettre en place un groupe fiscal<sup>980</sup>.

---

<sup>977</sup> BOI-IS-AUT-30 n°130.

<sup>978</sup> Dr. fisc. n°12, 8 janvier 2015, comm. 20

<sup>979</sup> CJUE, 2<sup>ème</sup> ch. 12 juin 2014, aff. C-39/13, C-4/13 et C-41/13, Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen c/ SCA Group Holding BV et a. ; Dr fisc. 2014, n°25, act. 344.

<sup>980</sup> Dr. fisc. 2014, n°26 act. 347 et L. LECLERCQ, A.-M. MERLE et J. DU PASQUIER, *Groupes de sociétés : après les sœurs jumelles, les sœurs intégrées ?* Dr. fisc. 2014, n°12, act. 183.

Dans cette affaire, l'avocat général avait conclu en faveur de la position du contribuable, qui souhaitait la création d'un tel groupe fiscal, en démontrant que le refus des Pays-Bas d'autoriser sa création, allait à l'encontre de la liberté d'établissement, telle que défendue par les textes européens, sans que cette interdiction soit justifiée par un impératif d'intérêt général, ou de préservation des recettes budgétaires. La Cour a donc été invitée à condamner la législation néerlandaise. Cette dernière a suivi la position de l'avocat général ce qui devait logiquement influencer la pratique française, du fait de la similitude des deux législations concernant le mécanisme de l'intégration fiscale.

**588** - Suite à cette décision, le législateur français a donc amendé sa législation<sup>981</sup>, similaire à la législation hollandaise, relative à la constitution de groupes intégrés, afin de permettre à des sociétés implantées en France, mais dont la mère n'est pas implantée sur ce territoire, de procéder à la création d'une intégration fiscale horizontale. Nous allons revenir ici sur le fonctionnement de ce nouveau mécanisme.

## **2°) Les conditions liées au statut des sociétés membres du périmètre**

**589** - Afin d'appréhender correctement le fonctionnement de l'intégration fiscale horizontale, nous allons étudier à la fois les conditions liées au statut de société mère, de filiale et d'entité mère non résidente.

Avant toute chose, il est important de souligner que le groupe fiscal intégré de manière horizontale, va pouvoir être constitué entre sociétés filiales, qu'elles soient sœurs ou cousines, qui vont être détenues à 95% au moins par une entité, qui à l'inverse du mécanisme d'intégration fiscal vertical, dans lequel la société mère doit être établie en France, pourra être implantée dans un pays de l'UE ou de l'EEE, ayant signé avec la France, une convention d'assistance visant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscale<sup>982</sup>.

Il faut noter sur ce point, que l'entité mère non résidente, va pouvoir être implantée sur un de ces territoires, par le biais d'un établissement stable d'une société qui va être implantée dans un autre Etat. Comme dans le cas général, le capital de la société mère non résidente ne doit pas être détenu à plus de 95%, directement ou indirectement par une autre personne morale assujettie de plein droit à l'IS, par une société coopérative (article

---

<sup>981</sup> Loi n°2014-1655 de finances rectificative pour 2014, art.63.

<sup>982</sup> Art. 223 A, I al. 2 et 3.



214 du CGI), ou par une personne morale soumise à un impôt équivalent à l'IS dans un des autres Etats de l'UE ou de l'EEE.

Cette interdiction de détention de l'entité non résidente ayant le statut de société mère, signifie qu'en cas de détention de filiale par une société intermédiaire, il est impossible de choisir cette dernière en tant qu'entité mère résidente pour la mise en place d'une intégration fiscale horizontale en France. Il n'est donc pas possible, dans le cadre d'une chaîne de détention de sociétés détenues à 95% et établies dans l'UE ou l'EEE, de choisir une des sociétés membre de la chaîne, comme entité mère non résidente. En toute hypothèse, l'entité mère non résidente sera la société se situant en haut de la chaîne de participation<sup>983</sup>.

Par dérogation à ce principe, il peut être admis que le capital de la société mère non résidente soit détenu de manière indirecte à 95%, par une seule et unique autre personne morale, assujettie à l'IS dans les conditions de droit commun ou, selon le régime de l'article 214 du CGI, ainsi qu'à un impôt équivalent à l'IS, lorsqu'elle est établie dans un autre Etat de l'UE ou de l'EEE, sous deux conditions.

La première, veut que cette détention s'exerce par le biais d'une ou plusieurs personnes morales qui ne soit pas soumises à l'IS en France, mais à un impôt équivalent dans son territoire d'implantation<sup>984</sup>.

La seconde, est que lorsque la détention du capital de la société souhaitant obtenir le statut de société mère non résidente, est exercée à hauteur de plus de 95% par le biais d'une ou plusieurs entités assujetties à l'IS ou à un impôt équivalent, si ces dernières sont établies au sein de l'UE ou de l'EEE, le capital de ces dernières ne doit pas être détenu à plus de 95% par la société soumise à l'IS ou à un impôt équivalent, qui contrôle à plus de 95%, le capital de la candidate au statut d'entité mère non résidente.

Enfin, il est important de préciser sur ce point que le capital de la société mère du groupe, ne doit pas être détenu de manière indirecte par l'entité mère non résidente par le biais d'une société ou d'un établissement stable, qui pourrait se constituer lui même tête de groupe d'une intégration horizontale.

**590 -** *De nouvelles possibilités pour les structures internationales.* Dans le cadre de la mise en place d'une intégration fiscale horizontale, la société mère, va s'instituer

---

<sup>983</sup> BOI-IS-GPE-10-30-50 n°130 et s.

<sup>984</sup> BOI-IS-GPE-50-20-10 n°180 et s.

redevable unique de l'IS dû par l'ensemble des sociétés françaises détenues à 95% au moins par « l'entité non résidente », qui la détient également.

Dans ce cadre, peuvent être membres du groupe d'intégration fiscale horizontale, les sociétés françaises détenues directement à au moins 95% par l'entité mère non résidentes, les sociétés indirectement détenues à au moins 95%, par l'entité mère non résidente par le biais d'un établissement stable détenu à 95% au moins, par l'entité mère non résidente et qui est soumise à un impôt équivalent à l'IS, les sociétés détenues de manière directe ou indirecte par le biais de la société mère de sociétés étrangères, de sociétés intermédiaires ou membres de groupes, sous réserve du respect de la détention à 95%. L'établissement stable français de l'entité mère non résidente ou d'une société mère étrangère, va également pouvoir appartenir au groupe horizontal<sup>985</sup>.

Il est à noter que le groupe peut être également formé avec les filiales françaises d'une entité mère non résidente, mais également avec la filiale française de l'entité mère non résidente et ses propres filiales et sous filiales, qui sont détenues dans le cadre d'une chaîne de participation à 95% et les filiales françaises de l'entité mère non résidente et leurs propres filiales qui sont détenues à au moins 95%, par des filiales françaises.

### **3°) Les retraitements effectués dans le cadre du calcul du résultat d'ensemble**

**591** - Dans le cadre d'une intégration fiscale horizontale, divers retraitements vont devoir être effectués dans le cadre du calcul du résultat d'ensemble, nous allons voir dans un premier temps quels sont les retraitements à appliquer aux subventions intragroupe (1), puis, du fait de la spécificité de la structure horizontale (2).

#### **1) Le traitement des subventions intragroupe**

**592** - Dans le cadre de l'intégration fiscale horizontale, le traitement des subventions distingue deux hypothèses, conformément aux dispositions de l'article 223 B du CGI.

La première, qui implique une subvention ou un abandon de créance accordé par une société membre du périmètre d'intégration à une société étrangère ou à l'entité mère non résidente, a pour conséquence que la subvention ou l'abandon, ne bénéficiera pas du

---

<sup>985</sup> BOI-IS-GPE-10-30-50 n°140.

principe de neutralisation des opérations intragroupe, s'il ou elle est accordé en dehors de toute relation de groupe. Ce sera notamment le cas, lorsque l'abandon ou la subvention, ne sera pas réalloué à une société membre du groupe par l'entité qui en a bénéficié. Le réinvestissement, pour pouvoir bénéficier de la neutralisation doit avoir lieu au cours du même exercice, la société tête de groupe, devant justifier par ailleurs, que la somme en question n'est pas en rapport avec un déficit ou une moins-value nette à long terme d'une société du groupe.

La seconde hypothèse, vise la situation inverse où une subvention ou un abandon de créance, a été accordé par une société étrangère, ou l'entité mère non résidente, à une des sociétés membres du groupe intégré.

Dans cette situation, la somme correspondant à l'abandon ou à la subvention, est par principe imposable chez la société bénéficiaire, sans qu'elle soit neutralisée dans le cadre du calcul du résultat d'ensemble. Cependant, la fraction de son montant qui provient d'une subvention ou d'un abandon accordé par une société membre du périmètre et qui n'a pas été prise en compte dans la détermination du résultat d'ensemble, donne droit à neutralisation si la société mère peut en apporter la preuve.

## **2) Les rectifications liées au périmètre de l'intégration fiscale horizontale**

**593** - Diverses opérations doivent être corrigées dans le cadre de la mise en place d'une intégration fiscale horizontale du fait de la structure particulière de cette dernière.

Dans le cas où une société étrangère ou l'entité mère non résidente, verserait des produits de participations éligibles au régime mère-fille, la quote-part de frais et charges sera neutralisée si la société mère peut établir que les sommes versées ont pour origine des produits de participation reçus d'une société qui a intégré le périmètre d'intégration depuis au moins un exercice et que ces distributions n'ont pas déjà donné lieu à la neutralisation de la quote-part de frais et charges, sauf imposition forfaitaire.

**594** - Dans l'hypothèse de la réintégration dans le résultat d'ensemble de provisions pour dépréciation d'actifs détenus sur une autre société membre du périmètre, cette dernière s'étend à la dépréciation d'actifs détenus sur une société étrangère ou sur l'entité mère non résidente, à moins que la société mère démontre que cette dernière n'est pas liée directement ou indirectement à des déficits ou des moins-values à long terme, ayant une influence sur la situation fiscale du groupe.

**595** - Un autre point d'attention est relatif à la réintégration des charges financières suite à la mise en place de l'amendement Charasse (V. n°254 et s.), la réintégration est également étendue aux acquisitions de titres d'une sous-filiale française auprès d'une société étrangère ou de l'entité mère non résidente.

**596** - En ce qui concerne le versement de dividendes dans le cadre d'une situation de boucle d'autocontrôle par une société étrangère ou de l'entité non résidente à une société membre du périmètre d'intégration qui n'a pas le statut de société mère, le résultat d'ensemble doit être diminué de la somme de ces dividendes, pour la somme qui représente une redistribution de dividendes reçus par la société étrangère ou, l'entité mère non résidente de sociétés qui font partie du périmètre d'intégration depuis au moins un exercice.

Il en est de même pour les règles de sous-capitalisation (V. n°244 et s.), en effet les intérêts qui ne font que transiter dans le cadre d'un même exercice par une société étrangère ou l'entité mère non résidente, sont réputés être des intérêts intragroupe.

## **§II) La gestion et l'optimisation de l'intégration fiscale**

**597** - L'intégration fiscale, qu'elle soit verticale ou horizontale, va permettre au contribuable de structurer efficacement les sociétés membres du périmètre, notamment en procédant à la rationalisation des flux intragroupe.

Nous noterons tout d'abord que le périmètre de l'intégration fiscale, n'est pas limité numériquement ; un groupe intégré peut être ainsi formé simplement entre deux sociétés, une société mère et une filiale membre du groupe, mais peut également concerner des centaines de sociétés, ce qui donne une certaine souplesse à ce régime et permet de le faire évoluer selon le besoin des contribuables.

Nous allons donc voir dans un premier temps qu'il est possible pour les contribuables de prévoir une répartition de l'imposition entre les différentes entités composant le groupe (A), puis, nous nous intéresserons à des possibilités d'optimisations plus spécifiques en fonction de la situation du contribuable (B).

## **A) La mise en place d'une convention de répartition de la charge fiscale**

**598** - Si l'intégration fiscale ne permet pas la reconnaissance d'une personnalité morale aux groupes sociétés, elle permet de prévoir dans le cadre de conventions spécifiques, une répartition de la charge d'IS entre les différents membres du périmètre (1°), mais également des autres composants de l'impôt (2°).

### **1°) La répartition de l'impôt sur les sociétés**

**599** - Si par principe, la mise en place de l'intégration fiscale emporte le fait que la société tête de groupe est la seule redevable de l'impôt d'ensemble et que les filiales ne sont quant à elles, simplement tenues de payer la part d'impôt qui aurait été la leur si elles avaient été imposées en dehors du groupe, la loi n'interdit pas de prévoir une répartition différente de la participation des entités membres du périmètre dans le paiement de l'impôt. Ces conventions peuvent prendre des formes diverses (1), et ont donc des conséquences particulières sur l'imposition du groupe (2).

#### **1) Les différentes formes de convention d'intégration**

**600** - La première forme de convention d'intégration, qui fut la seule initialement reconnue par l'administration fiscale, prévoit que l'imposition est répartie entre les différentes entités du groupe comme si l'intégration fiscale n'existait pas. Le calcul de la participation au paiement de l'impôt du groupe, se fait de manière individuelle avec une imputation personnelle des déficits antérieurs. En revanche, les économies d'impôt liées à l'utilisation des déficits, seront conservées par la société mère et considérées comme une économie de trésorerie qui bénéficiera aux entités du périmètre d'intégration déficitaires, au moment où ces dernières redeviendront bénéficiaires. De même, les économies liées aux correctifs et crédits d'impôt, seront conservées chez la société mère, mais constatées en tant que produits.

**601** - La deuxième forme de convention d'intégration qui a été validée par la jurisprudence<sup>986</sup>, prévoit également que les charges d'impôts sont supportées par les sociétés membres du périmètre comme si les sociétés étaient indépendantes (V. supra). Les économies d'impôts qui sont liées aux déficits, sont là aussi, conservées par la société mère, mais sont en revanche considérées comme un gain immédiat de l'exercice et non pas comme une économie de trésorerie. Lorsque les filiales seront à nouveau bénéficiaires, la société mère supportera pour compenser cet avantage, une charge d'impôt supplémentaire. Les économies non liées aux déficits, sont également conservées par la société mère et constatées en produits.

**602** - Selon la troisième forme de convention, les économies d'impôt réalisées par le biais de l'apparition de déficits, sont réparties entre les sociétés membres du périmètre déficitaires, qui bénéficient de ce fait d'un produit. La charge d'impôt est donc supportée dans par les différentes entités du groupe comme s'il n'y avait pas d'intégration fiscale. Les économies non liées aux déficits, sont comme dans les deux précédentes formes de convention, conservées chez la société mère.

**603** - Selon la quatrième forme de convention d'intégration, la totalité de la charge d'impôt, ainsi que l'économie d'impôt globale réalisée par le groupe, sont conservées par la société tête de groupe qui supportera donc, la totalité de la charge d'impôt du groupe. Les filiales du groupe, que ces dernières soient bénéficiaires ou déficitaires, ne supporteront donc aucune charge d'impôt, mais ne bénéficieront en contrepartie d'aucune des économies d'impôt générées par le groupe<sup>987</sup>.

**604** - Il est à noter que la modification de la convention peut s'opérer sans aucun formalisme spécifique<sup>988</sup>. Pour autant, il faudra prendre garde au respect de l'intérêt social et propre de chaque société, ainsi qu'à l'intérêt des minoritaires<sup>989</sup>.

---

<sup>986</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 novembre 2010, n°334032, min. c/ Sté Océ NV et CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 novembre 2010, n°333867, Sté Saga et n°333868, Sté Saga Air Transport ; Dr. fisc. 2011, n°10, comm. 245, concl. L. OLLEON, note P. DURAND et O. FOUQUET ; Dr. sociétés 2011, comm. 41, note J.-L. PIERRE ; RJF 2011, n°150 et 151 ; BGFE 1/11 p. 4, obs. J. TUROT.

<sup>987</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 juillet 2013, n°351874, Ministre du budget c/ Sté Kingfisher International France Limited ; Dr. fisc. 2013, n°42, comm. 483, concl. V. DAUMAS, note O. FOUQUET et P. DURAND ; RJF 2013, n°914.

<sup>988</sup> CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 30 décembre 2014, n°13VE02872, SA Safran ; Dr. fisc. 2015, n°19-20, comm. 308, concl. B. COUDERT, note P. FUMENIER et C. MAIGNAN ; RJF 2015, n°307. V. également : P.

## 2) Les conséquences fiscales de la convention d'intégration

**605** - Dans le cadre de la mise en place d'une convention fiscale, la liberté des entreprises est donc on le voit relativement préservée. Pour autant, il faudra dans le cadre de leur mise en place, toujours prendre garde à respecter l'intérêt propre de chaque entité membre du périmètre d'intégration, afin de préserver un certain équilibre dans la répartition des charges. Cette limite, fixée par le Conseil d'Etat, implique que la convention peut procéder à une répartition de la charge d'imposition, en prenant en compte les résultats propres des différentes entités du groupe, de telle manière à ce que la répartition prévue, n'aille pas à l'encontre de l'intérêt social propre de chacune des entités du groupe, ni aux droits des actionnaires minoritaires, tout en ne constituant pas un acte anormal de gestion (V. n°157 et s.). Il est à noter que les modalités de répartition, si elles sont respectueuses des différents intérêts précités, ne peuvent être considérées comme permettant l'octroi d'une subvention indirecte au sens de l'article 223 B du CGI<sup>990</sup>. Cette position, malgré quelques réticences, a été reprise par l'administration fiscale<sup>991</sup>. On peut donc imaginer, sous réserve du respect de cette condition, qu'une filiale puisse supporter une charge d'impôt supérieure à celle qui aurait été la sienne en tant que contribuable indépendant. Cependant, pour que cette situation soit considérée comme « normale », la filiale doit obtenir une contrepartie à ce supplément d'impôt, comme une indemnisation en cas de sortie du groupe<sup>992</sup>, ou l'accord d'apports complémentaires, lui permettant la reconstitution de son actif net au niveau qui aurait été le sien, si cette surcharge d'imposition ne lui avait pas été appliquée.

**606** - Si l'on s'intéresse de manière plus spécifique aux conséquences des différents modèles de convention fiscale, on se rend compte que si les contribuables optent pour une des deux premières formes de convention (V. supra), les filiales seront pour chaque exercice, redevables auprès de la société tête de groupe, d'une contribution égale au

---

FUMENIER et C. MAIGNAN, *Peut-on déroger à une convention d'intégration ?* Dr. fisc. 2015, n°19-20, comm. 308 et même par le biais d'une note interne, V. CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ch., 13 octobre 2016, n°388410.

<sup>989</sup> TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 4 juillet 2013, n°1107078, Sté Safran ; RJF 2014, n°323.

<sup>990</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 mars 2010, n°328424, Société Wolseley Centers France ; Rec. CE 2010, tables p. 740 ; Dr. fisc. 2010, n°15, comm. 272, concl. L. OLLEON, note P. DURAND et O. FOUQUET ; JCP E 2010, 506, note B. DELAUNAY ; RJF 2010, n°469, chron. V. DAUMAS, p. 370 ; FR 17/10, inf. 5, p. 9, obs. A. COLONNA D'ISTRIA et V. DANIEL-MAYEUR.

<sup>991</sup> BOI-IS-GPE-30-30-10 n°230 à 300.

<sup>992</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 novembre 2010 n°333867, préc. cit.

montant de l'impôt qui aurait été le leur, si elles avaient été des contribuables distincts. Si le montant global des contributions des filiales venait à dépasser l'impôt global dû par le groupe, la société tête de groupe conserverait alors cet excédant en tant qu'économie d'impôt, sans pour autant être imposable sur cette somme.

Dans le cadre du troisième modèle de convention, qui met en place la réallocation immédiate aux filiales déficitaires, d'une somme équivalente à l'impôt économisé, (somme que l'administration ne considère pas comme une subvention), les filiales sont autorisées à calculer leur résultat, en retranchant le produit correspondant à cette réallocation. Cette possibilité, permet d'éviter d'avoir à effectuer une correction pour la détermination du résultat d'ensemble afin de permettre la neutralité fiscale.

Dans le cadre du quatrième modèle de convention, qui va décharger les filiales de toute contribution à l'impôt, ces dernières ne sont pas imposables sur l'avantage perçu, puisqu'il n'est pas considéré là aussi, comme une subvention.

## **2°) La répartition des autres composantes de l'impôt**

**607** - Dans le cadre de la répartition des autres composantes de l'impôt du groupe intégré, on va s'intéresser notamment aux problématiques inhérentes aux différents crédits d'impôt dont peut bénéficier le groupe.

Il est important de souligner avant tout autre développement que les filiales, si elles n'avaient pas été membres du périmètre d'intégration, profiteraient immédiatement des avantages des différents crédits d'impôt obtenus. Ces derniers, viendraient atténuer de manière directe leur charge fiscale, ou permettraient de bénéficier d'une créance sur le Trésor. Il est donc nécessaire dans le cas où le groupe bénéficierait, en lieu et place des entités membres du groupe d'un tel avantage fiscal, de rétablir une certaine équité. Il faut donc que la société tête de groupe, compense cette perte d'avantage, en versant une compensation intégrale du droit au crédit d'impôt aux filiales membres du groupe. Ces dernières, lorsqu'elles seront appelées à verser leur contribution à l'impôt du groupe, pourront donc verser cette dernière, déduction faite du droit à crédit qui aurait dû normalement être le leur. Si ce droit excède le montant de leur contribution, les filiales obtiendront de la société mère le versement direct de l'excédant.



**608** - Un des autres enjeux important de l'intégration fiscale va être lié à la gestion de la contribution économique territoriale<sup>993</sup>. Une de ses deux composantes, la contribution sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE), va en effet s'appliquer à tous les contribuables dont le chiffre d'affaires annuel dépasse 152 500 euros<sup>994</sup>, seuil qui va rapidement être dépassé dans le cadre des groupes rassemblant plusieurs sociétés. En effet, la difficulté rencontrée dans le cadre de l'intégration fiscale, est que le taux de CVAE applicable aux entités membres du périmètre d'intégration, n'est pas lié aux chiffres d'affaires individuels, mais va correspondre à la somme des chiffres d'affaires des entités membres du périmètre<sup>995</sup>. Le taux applicable au chiffre d'affaire étant proportionnel à ce dernier, la règle de la consolidation peut donc faire peser sur certaines sociétés membres du groupe, une surcharge d'imposition.

## **B) Des solutions plus spécifiques d'optimisation et les difficultés rencontrées**

**609** - L'optimisation de l'intégration fiscale, si elle passe souvent comme nous l'avons vu par la mise en place d'une répartition de la charge d'imposition entre la société tête de groupe et les filiales membres, a également d'autres avantages.

Nous allons donc voir dans le cadre de cette étude, quelles sont les possibilités d'optimisation offertes aux contribuables (1°), puis, quels sont les points d'attention et les difficultés éventuelles que l'on va pouvoir rencontrer, dans le cadre de la gestion du périmètre du groupe (2°).

### **1°) L'optimisation de l'intégration fiscale**

**610** - La mise en place d'une intégration fiscale, se fait bien souvent dans le but nous l'avons vu, de compenser les résultats dégagés par les différentes structures membres du périmètre, afin de réaliser une économie d'impôt. En effet, si les déficits d'une entité membre du groupe compensent les bénéfices d'une autre entité également membre du groupe, l'impôt de cette dernière sera annihilé.

---

<sup>993</sup> G. WERBROUK, *Contribution économique territoriale*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2011.

<sup>994</sup> BOI-CVAE-CHAMP-10 n°1 et s.

<sup>995</sup> Art. 1586 quater I bis du CGI.

**611 -** *La rationalisation de la circulation des flux financiers entre sociétés liées.* L'intégration fiscale, présente sur point certains avantages difficilement accessibles en dehors de ce type de structuration. En effet, dans le cadre de l'intégration fiscale, il est possible de verser des fonds à d'autres sociétés membres du groupe fiscal, sans que ces versements soient jugés comme des actes anormaux de gestion ou des abus du droit, puisqu'il ne sera pas nécessaire que ces versements soient rémunérés aux conditions normales de marché.

Dans le même ordre d'idée, la localisation des économies d'impôts dans le cadre de la mise en place d'une convention d'intégration (V. n°598 et s.), va également permettre de rationaliser le remboursement des emprunts liés à l'acquisition d'une structure cible, ou d'apporter une aide non négligeable à une entité membre du périmètre connaissant des difficultés, en prévoyant que l'intégrante s'acquittera des déficits dégagés par les sociétés intégrées. Il faut d'ailleurs noter qu'il sera en revanche impossible d'imputer les pertes des filiales étrangères<sup>996</sup>, ce qui représente une évolution espérée des contribuables.

**612 -** *Des précautions particulières dans le cadre de la mise en place du dispositif.* Par exemple, s'il est nécessaire d'accorder une aide ou subvention à des filiales à intégrer et que ces dernières disposent d'un stock de déficit important avant leur entrée dans le périmètre d'intégration, l'aide envisagée devra être accordée avant l'entrée des filiales dans le périmètre. L'aide accordée pourra alors s'imputer sur le déficit dont dispose la filiale avant son entrée dans le périmètre d'intégration et la société qui aura accordé la subvention, pourra la déduire à son tour de son propre résultat.

En revanche dans la situation où la filiale ne disposerait pas de déficits antérieurs, l'intégration immédiate est une solution intéressante, puisque l'aide non déductible chez la mère, ne sera pas imposée chez la filiale et au bout de 5 ans et elle n'aura donc pas à être réintégrée par le groupe.

On retrouve une problématique relativement proche à propos des provisions intragroupe. En effet, ces dernières, doivent être en vertu des dispositions des articles 223 B et D du CGI, être retraitées afin d'éviter l'apparition d'une double déduction liée à une remontée de déficits de sociétés membres du périmètre et de la constatation d'une provision par la société tête de groupe.

---

<sup>996</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 2015, n°368135, Sté Agapes ; Dr. fisc. 2015, n°24, comm. 407, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note L. LECLERCQ et P. TREDANIEL ; RJF 2015, n°660 ; FR 27/15, inf. 3.

Dans l'hypothèse où avant l'intégration, cette provision n'aurait pas été constatée, ce mécanisme de neutralisation devient pénalisant puisqu'en cas de rectification dans le cadre de l'intégration, elle ne pourra être déduite. De même, en cas de sortie du groupe, la provision qui doit être reprise par la société intégrante et imposée, n'a dans le même temps pas été déduite, ce qui constitue un désavantage certain pour l'entreprise.

Il faut donc anticiper la politique de provisionnement intragroupe, afin de ne pas être désavantagé par le mécanisme de neutralisation.

En effet, si le groupe détient d'importantes créances sur une société à intégrer, ou que cette dernière est déficitaire, les provisions doivent être passées en amont de l'intégration de la filiale, afin de pouvoir bénéficier de l'intégralité de son déficit.

**613 -** *La gestion des facturations intragroupe.* On pense ici notamment aux subventions indirectes définies à l'article 46 quater-0 ZG de l'annexe III du CGI. Il découle de ces dispositions que les cessions de biens ou de services à des sociétés intégrées pour un prix situé entre le prix de revient et la valeur vénale, ne pourraient être remises en cause dans le cadre de l'intégration fiscale.

Il faut cependant apporter une nuance à cette politique de facturation, puisqu'elle ne doit pas être motivée par un but exclusivement fiscal, sous peine d'être remise en cause par l'administration dans le cadre de l'application de la théorie de l'abus de droit, elle ne doit pas non plus être considérée comme un acte anormal de gestion (V. n°157 et s.).

Nous noterons enfin que dans l'hypothèse où les sociétés pratiquant ce type de « *subventions* », resteraient dans le périmètre, la société bénéficiaire n'aurait pas à réintégrer le montant perçu.

**614 -** *L'hypothèse du changement d'activité.* Un des autres avantages de l'intégration fiscale, est relatif aux hypothèses de changement d'activité. En effet, dans le cadre du régime de droit commun, un changement d'activité, emporte classiquement une imposition du résultat dégagé jusqu'au changement d'activité, une imposition des plus-values latentes et l'imposition des résultats en sursis d'imposition.

Dans le cadre de l'intégration fiscale, les conséquences d'un changement d'activité ne sont pas aussi extrêmes. Elles se traduiront simplement par une perte du droit au report des déficits pré-intégration et par une limitation pour la société-mère du délai de report de la partie du déficit d'ensemble, correspondant aux amortissements réputés différés en

période déficitaire prévues à l'article 223 C du CGI, si le changement d'activité est inhérent à une reprise ou à transfert de fond.

**615 -** *La transformation d'une filiale en SNC.* Cette opération est une des autres possibilités d'optimisation dans le cadre de la stratégie d'intégration fiscale d'une filiale. Le contribuable va pouvoir ainsi décider de transformer une filiale en SNC (ce qui fait d'elle une entité transparente), ce qui permet de ce fait d'imputer les déficits liés à une précédente intégration fiscale<sup>997</sup>. Il faudra pour autant prendre garde à ce que cette opération, ne puisse être assimilée à un abus de droit<sup>998</sup>.

## **2°) Des difficultés pratiques nécessitant une attention particulière**

**616 -** Une première difficulté peut apparaître lorsque l'on souhaite procéder à l'intégration d'une filiale nouvellement créée.

En effet, le résultat annuel du groupe est apprécié en fonction des résultats individuels sur des exercices d'une durée identique pour tous les membres du groupe. Cette caractéristique du mécanisme, peut donc provoquer un décalage dans l'intégration des filiales nouvellement créées. De ce fait, leur rattachement au périmètre ne pourra prendre effet au plus tôt qu'à l'ouverture de l'exercice suivant celui de leur création. Sur ce point, il est à noter que l'administration n'accepte l'intégration d'une société nouvellement créée qu'après une première clôture d'exercice<sup>999</sup>. Afin de palier à cette problématique, les sociétés membres d'un groupe qui souhaitent filialiser une activité par apport partiel d'actif, doivent donc au préalable, créer la filiale qui recevra la branche apportée et ce, avant la date d'ouverture commune des exercices des sociétés du groupe, afin de pouvoir clore un premier exercice avant son intégration<sup>1000</sup>.

---

<sup>997</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 février 2016, n°374071 préc. cit.

<sup>998</sup> F. DEBOISSY, *Transformation, consolidation sauvage et abus de droit. Les apports de l'arrêt SNC Distribution Leader Price du 15 février 2016*, Dr. fisc. 2016, n°11, act. 149 et J.-L. PIERRE, *Transformation de société. Qualification éventuelle d'abus de droit*, Droit des sociétés, 2016, n°6, comm. 118.

<sup>999</sup> BOI-IS-GPE-10-40 n°100.

<sup>1000</sup> Sur ce point l'administration a rapporté sa doctrine qui exigeait que la filiale soit immatriculée avant la date commune d'ouverture des exercices des sociétés du groupe, CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 mars 2012, n°335046, min. c/ Sté Alimentation générale de la cigale et 335047, min. c/ Sté Alimentation générale du Mail ; Dr. fisc. 2012, n°22, comm. 316, concl. V. DAUMAS, note R. POIRIER ; RJF 2012, n°577.

**617** - Une deuxième situation délicate, concerne le rachat d'un autre groupe, suivi de son intégration dès l'exercice d'acquisition. Dans ce cas, il ne sera pas nécessaire de clôturer un exercice préalable du fait que la création d'une holding, véhicule d'acquisition, permet d'intégrer le groupe cible directement en mettant en place une intégration fiscale et ainsi de consolider sur ce dernier, les frais financiers issus de l'emprunt contracté par la holding.

**618** - Une troisième situation sensible, concerne la constitution d'un groupe par une société détenue par une société étrangère ou par une société de personnes. Nous avons vu qu'en principe, il est nécessaire afin de pouvoir mettre en place une intégration fiscale, que la société souhaitant devenir tête de groupe, ne soit pas détenue à plus de 95% par une autre société assujettie à l'IS. Depuis la loi de finances pour 2002<sup>1001</sup>, un assouplissement de la règle de détention à plus de 95% de la société souhaitant devenir tête de groupe, a été mis en place et démontre bien la volonté du législateur d'adapter le dispositif aux besoins des contribuables.

Dans le cadre de la reprise d'un groupe familial, cet assouplissement prend tout son sens, en effet, dans ce type de situation, on se retrouve généralement face à un actionnariat dispersé, qui nécessite la mise en place d'une ou plusieurs sociétés civiles translucides au dessus d'une société de capitaux tête de groupe.

La prise de contrôle du groupe, implique la prise de contrôle par le biais d'une société créée à cet effet, des structures intercalées entre les différents porteurs de parts, ce qui pouvait dans le cadre d'un dépassement du seuil de détention à plus de 95%, mettre un terme au groupe fiscal. Grâce à ce dispositif, le groupe fiscal peut continuer à exister malgré la prise de contrôle.

Lorsque l'acquisition d'un groupe passe par l'acquisition d'une société translucide interposée, l'acquéreur peut par ailleurs bénéficier d'un délai d'option pour l'intégration du groupe cible plus long qu'en cas d'acquisition directe. En effet, en cas d'acquisition directe, l'acquéreur dispose de la faculté d'intégrer le groupe cible jusqu'au premier jour du mois qui suit la fin de l'exercice d'acquisition, alors que dans l'hypothèse d'un achat par société interposée, l'acquéreur peut, soit laisser le groupe poursuivre son intégration fiscale, soit absorber la société translucide et devenir tête de groupe.

---

<sup>1001</sup> Loi n°2001-1275 du 28 décembre 2001, de finances pour 2002, art. 85.

**619** - Une quatrième difficulté concerne la gestion des flux intragroupe, notamment dans le cadre de l'accord de subventions qui doivent, comme dans le cadre des relations hors groupe, relever d'une gestion normale.

Dans le cadre des subventions intragroupe, qui peuvent correspondre tout aussi bien à une livraison de biens, à des prêts, des avances sans intérêt<sup>1002</sup> ou à taux d'intérêt minoré, à des excédents de charges, ou des avances assorties d'un taux d'intérêt supérieur au marché, ces dernières doivent donc être neutralisées<sup>1003</sup>. Un des avantages de l'intégration fiscale est que la neutralisation est reconnue comme définitive si les sociétés demeurent dans le périmètre du groupe pour une durée de 5 ans.

**620** - *Le formalisme lié à l'intégration fiscale.* Dans un premier temps, il faut noter que les sociétés peuvent fixer librement le périmètre de l'intégration, sous réserve du respect des différentes conditions que nous avons étudiées précédemment. Les sociétés sont donc libres de ne pas intégrer toutes les sociétés éligibles. La société mère doit, afin de prendre le statut de tête de groupe, notifier son option à l'administration, avant l'expiration du délai prévu pour le dépôt de la déclaration du résultat de l'exercice précédent le premier exercice au titre duquel elle demande l'application du dispositif<sup>1004</sup>.

L'option est exercée pour une période de 5 ans et doit toujours être accompagnée de la liste des filiales composant le périmètre de l'intégration et le cas échéant, de l'identité de l'entité mère non résidente en cas d'intégration fiscale horizontale. Le contribuable devra également fournir les informations qui permettront à l'administration fiscale, l'identification des différentes entités membres du groupe (répartition du capital, siège social, désignation etc.).

L'administration doit également être informée dans ce cadre, des attestations faisant part de l'accord des filiales, des éventuelles sociétés intermédiaires en présence d'entité étrangères, ainsi que de l'entité mère étrangère en cas d'intégration fiscale horizontale.

**621** - *Le cas du report en arrière des déficits.* Comme en matière de fusion pour le cas de la société absorbée, la société intégrée peut transmettre à la société tête de groupe, des

---

<sup>1002</sup> TA Poitiers, 1<sup>ère</sup> ch., 3 décembre 2015, n°1300249, SAS Blount Holdings France ; Dr. fisc. 2016 n°2, comm. 62, note O. GUIARD.

<sup>1003</sup> Art. 223 B du CGI.

<sup>1004</sup> Art. 223 A, al. 7 du CGI.

crédits d'impôts relatifs aux créances de report en arrière dont elle serait titulaire. Pour autant, cette créance ne peut être utilisée par la société tête de groupe que si la filiale réalise un bénéfice, ce dernier permettant, en dehors de l'intégration l'utilisation de la créance. Il peut donc être intéressant dans la phase pré-intégration, de faire réaliser à la société qui va rejoindre le périmètre d'intégration, un report en arrière plutôt qu'un report en avant, afin de transmettre la créance dans le cadre de l'intégration fiscale.

## CHAPITRE II : L'OPTIMISATION DES FLUX

### INTER- ENTREPRISES

**622** - L'optimisation fiscale de l'entreprise, nous allons le voir, n'est pas seulement une affaire de structuration. Si comme nous l'avons vu dans le cadre de notre précédent chapitre, l'option pour le régime mère-fille ou la mise en place d'une intégration fiscale, permettent de rationaliser certains flux ; nous allons voir ici que ces derniers sont un point d'attention majeur des entreprises.

Les évolutions constatées ces dernières années dans la place de la gestion des flux entre entreprises liées, sont évidemment inhérentes à l'évolution structurelle des groupes de sociétés dans le cadre d'une mondialisation sans frontière, qui implique la mise en place d'organisations globales, nécessitant souvent la centralisation de certains postes, dans un but de développement de la compétitivité et de réduction de ces coûts.

La réalisation de ces économies d'échelles, va notamment, nous allons le voir, s'opérer par l'internalisation de certaines prestations comme la trésorerie qui sont parfois externalisées, mais également par le biais de l'optimisation de la politique prix de transfert de la structure.

**623** - *Une problématique majeure pour les contribuables mais également pour les Etats.* Pour que cette optimisation des flux soit utilisée de la meilleure manière possible, il faudra que les flux économiques et financiers, participent d'une stratégie de développement globale, intégrant les facteurs économiques, financiers et fiscaux du groupe, comme l'activité de l'entreprise, sa structure, ainsi que sa politique de développement. Nous allons retrouver dans ce cadre deux des principaux enjeux et facteurs de risque de l'entreprise, qui seront la mise en place d'une politique de rémunération des prestations entre les entreprises liées par le biais des prix de transfert, ainsi que la composante financière des entreprises liées, notamment dans le cadre de la gestion de la trésorerie. Ces deux problématiques, sont d'ailleurs au cœur des pratiques d'évasion fiscale, puisqu'elles permettent la localisation de bénéfices dans des pays ou territoires, où la fiscalité est avantageuse par rapport aux pays où est exercée l'activité du groupe. En effet, lorsque l'on aborde les questions liées à la pratique des prix de transfert et à la politique financière des entreprises, on constate rapidement et notamment à la



lecture des différents travaux parlementaires<sup>1005</sup> et de l'OCDE<sup>1006</sup>, que ces derniers seraient les instruments privilégiés par les entreprises dans le cadre de la délocalisation de leurs bénéfices dans des paradis fiscaux, les échanges intragroupe représentant pour mémoire plus de 50% des échanges mondiaux entre entreprises.

**624** - Dans le cadre de ce chapitre nous verrons notamment comment sont structurées les politiques prix de transfert des entreprises, qui sont aujourd'hui visées par les Etats en tant qu'instrument d'évasion fiscale et comment, en matière de trésorerie et de TVA, certains montages peuvent permettre aux contribuables de bénéficier d'importants avantages fiscaux. Nous allons donc nous intéresser aux moyens utilisés par les entreprises afin d'optimiser la charge fiscale liée aux flux entre les différentes entités liées par le biais des prix de transfert (Section I), mais également dans le cadre de la gestion financière (Section II).

## **Section I : L'optimisation fiscale par le biais des prix de transfert**

**625** - La problématique des prix de transfert, nous l'avons introduit tout au long de notre étude, est aujourd'hui une des problématiques les plus sensibles et des plus délicates pour les groupes de sociétés, mais également pour les administrations fiscales. En effet cette dernière, du fait de sa composante internationale, des spécificités relatives à chaque groupe, chaque entité, mais également des particularités liées aux activités exercées par chacune des structures concernées, en fait un sujet délicat à appréhender et à contrôler, car elle peut servir dans certains cas de vecteur à des stratégies d'optimisation fiscale très agressives<sup>1007</sup>.

Dans le cadre du développement de leur stratégie fiscale, les entreprises seront donc très attentives à la gestion de ces flux intra-groupe et l'administration fiscale prendra garde de son côté, à ce que ces derniers ne soient pas utilisés à des fins abusives et notamment d'instrument de transfert de bénéfices vers des « paradis fiscaux ».

---

<sup>1005</sup> Note n°2012-M-032-03, de l'inspection générale des finances préc. cit.

<sup>1006</sup> Pour un aperçu global des travaux de l'OCDE en matière de prix de transfert V. <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/>

<sup>1007</sup> Rapport AN n°1243 préc. cit. p. 57 et s.

**626** - Avant d'aborder plus en détail le fonctionnement des prix de transfert, nous devons souligner à ce stade que ces derniers, du fait de leur impact au niveau des transferts de flux internationaux, ont également largement retenu l'attention de l'OCDE. C'est d'ailleurs dans le cadre des travaux de cette organisation, que l'on peut retrouver une définition importante de ces flux. Selon l'organisation, les prix de transfert, correspondent aux « *prix auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées* »<sup>1008</sup>, implantées dans des Etats différents.

Ces frais, qui nous l'avons vu tout aussi bien dans le cadre de certains travaux parlementaires (V. n°237 et s.) et de l'OCDE (V. n°463 et s.), peuvent dans le cadre de leur facturation, servir d'instrument d'évasion fiscale, correspondent pourtant à une réalité économique certaine et viennent en principe, rémunérer des prestations intragroupes réelles de natures très diverses.

Nous verrons ainsi dans le cadre de cette étude, qu'un des principaux postes de dépenses en matière de prix de transfert, est ainsi relatif aux frais de siège supportés par la société mère ou tête de groupe, dans le cadre des services centralisés, comme ce sera le cas des directions financières, fiscales, ressources humaines etc.

Ces services, généralement administratifs, mais également techniques, financiers ou juridiques, correspondent à la mise en place dans le cadre du groupe d'une politique de décentralisation ou à l'inverse, de centralisation de certains services et de certaines activités. Cette structuration, se caractérise généralement dans le cadre du développement territorial du groupe, par la mise en place de quartiers généraux régionaux ayant à leur charge, la gestion de différentes filiales opérationnelles locales, ce qui nécessite de répartir ces différents coûts entre les différentes entités.

**627** - Dans le cadre de la mise en place d'une politique prix de transfert, au vu des enjeux en terme de flux et de montant et du fait que certains coûts sont supportés par différentes entités opérationnelles, notamment dans le cadre de la centralisation de services partagés, qui impliquent des facturations croisées, il sera parfois difficile d'identifier les flux, de les quantifier et de leur affecter une valeur économique probante. Cette tâche sera d'autant plus difficile pour l'administration fiscale dans le cadre des

---

<sup>1008</sup> OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, rapp. préc. cit.

opérations de contrôle, puisque la législation est dans les faits, malgré une politique anti-abus de plus en plus restrictive, souvent peu adaptée aux pratiques des entreprises, notamment dans le cadre des activités liées à l'économie numérique et des actifs incorporels.

Nous allons donc voir dans le cadre d'un premier paragraphe en quoi les prix de transfert représentent un formidable levier fiscal, nécessaire dans le cadre du développement des échanges internationaux entre entreprises liées (§I), puis, nous verrons en quoi ces derniers, représentent également dans certains cas, un instrument d'évasion fiscale et plus particulièrement de transfert de bénéfices (§II).

## **§I) Les prix de transfert : un outil d'optimisation nécessaire aux échanges internationaux**

**628** - Les prix de transfert, que l'on va souvent retrouver sous l'appellation « *management fees* » dans le cadre de la rémunération des services intragroupe, représentent la rémunération de prestations et services rendus entre entités liées.

Lorsque l'on parle de groupe, cette notion n'est pas entendue comme dans le cadre de l'intégration fiscale, mais plus généralement d'un ensemble de sociétés, liées soit par un lien capitalistique, économique ou encore contractuel. On retrouve ici les notions classiques de dépendance de droit et de fait (V. n°686). Ces dernières, implantées sur différents territoires à travers le monde, nécessitent la mise en place d'une politique prix de transfert reflétant la réalité économique des échanges entre les sociétés, afin de garantir la juste rémunération des échanges et des services au sein du groupe. La politique de prix de transfert, va donc en principe dans ce cadre, refléter la juste rémunération des prestations réalisées en interne, comme si elles avaient été externalisées.

**629** - L'étude de la politique de prix de transfert dans le cadre de la stratégie fiscale des entreprises, nous oblige à nous interroger sur différents points : Quels sont les coûts qui peuvent, ou doivent être facturés aux différentes entités du groupe ? Comment se calcule la rémunération de ces prestations et quelle marge peut, ou doit être retirée de la prestation rendue ?

Au cours de l'étude des réponses qui pourront être apportées à ces questions, il faudra également prendre garde aux différentes obligations déclaratives qui ont été récemment

mises en place ou mises à jour, ainsi qu'aux éventuels justificatifs devant être tenus à la disposition de l'administration fiscale, si cette dernière en fait la demande dans le cadre d'une procédure de contrôle, visant à vérifier que la politique prix de transfert mis en place par le contribuable corresponde bien à une réalité économique et non pas à un transfert de bénéfices vers des structures moins imposées. Il faudra donc que les prix de transfert pratiqués par le contribuable reflètent au mieux la réalité du marché de pleine concurrence.

Nous allons voir dans un premier temps quelles sont les principales caractéristiques des prix de transfert (A), puis, quelles sont les pistes d'optimisation suivies par les contribuables en cette matière (B).

## **A) Les prix de transfert : principales caractéristiques**

**630** - Dans le cadre de cette étude, nous allons revenir dans un premier temps sur les différents services qui peuvent être rendus entre entités liées (1°), nous verrons dans un deuxième temps quelles sont les différentes méthodes de facturation qui peuvent être retenues (2°) et enfin dans un troisième temps, comment les contribuables, viennent justifier à la fois la réalité des prestations rendues mais également le montant de la rémunération qui leur est attaché (3°).

### **1°) La nature des services rendus entre entités liées**

**631** - *Une grande diversité de services.* La politique prix de transfert mise en place par les groupes de sociétés va se retrouver caractérisée par la signature de conventions de services intragroupe, ces dernières, vont définir les services ou prestations, qui feront l'objet d'une facturation entre les différentes entités.

La première catégorie de services pouvant être mis en place dans le cadre de ces conventions, est relative à la comptabilité par exemple, par le biais de la centralisation des procédures de clôture des exercices, les émissions de factures, voire la tenue de la comptabilité des structures, qui se fera bien souvent au niveau du quartier général régional ayant le contrôle des filiales locales opérationnelles.

La deuxième catégorie de services, est relative aux services juridiques et fiscaux, qui permettent à la fois la centralisation, l'internalisation et la rationalisation des prestations

relatives à la rédaction d'actes juridiques, à l'assistance et à la gestion des contentieux notamment avec l'administration fiscale, à la gestion des opérations de restructuration, ainsi qu'à la gestion juridique et fiscale quotidienne des différentes entités du groupe dans le cadre de l'accomplissement des obligations déclaratives, ou de la gestion des différents contrats venant lier les entités du groupe entre elles, ou avec des tiers.

C'est notamment dans le cadre de la gestion de ces services que s'envisage la politique d'optimisation fiscale et juridique du groupe, en fonction des décisions qui seront prises par les dirigeants du groupe en terme d'investissement et de structuration.

La troisième catégorie de services est relative aux services financiers, qui correspondent à la centralisation des opérations de gestion des contrats de financement par le biais de l'endettement auprès des entités bancaires et des risques inhérents au poids des intérêts dus par le groupe dans le cadre de cet endettement, mais également dans les éventuels risques liés aux pertes de change.

La centralisation de la composante financière du groupe, va également permettre de conserver un contrôle global de la solvabilité des entités du groupe, ce qui peut permettre d'anticiper au mieux les difficultés financières rencontrées par les entités membres du groupe et donc de pouvoir mettre en place rapidement une politique de refinancement.

La quatrième catégorie de services est relative à la gestion des ressources humaines, qui permet de centraliser la gestion des contrats et donc des carrières, d'envisager au niveau du groupe les besoins et opportunités en terme de mobilité. La centralisation permet également de définir une politique salariale globale et de répondre au mieux aux besoins des différents secteurs d'activité du groupe, aux différents départements, ainsi que des différentes entités, en réaffectant les ressources humaines internes, ou en procédant à des recrutements selon des standards unifiés et définis en amont, afin de répondre au cahier des charges du recrutement répondant notamment aux différentes valeurs du groupe.

La cinquième catégorie de services est relative à la gestion de la composante informatique qui prend une place de plus en plus importante dans les groupes internationaux. Il s'agit de mettre en place des standards pour l'ensemble du groupe afin d'harmoniser les outils et de promouvoir une meilleure interopérabilité entre les différents opérateurs. La centralisation de services comme l'assistance technique, permet également de réaliser des économies d'échelles, et d'éviter les doublons.

La sixième catégorie de services est relative aux achats et permet au niveau du groupe, d'optimiser la politique d'approvisionnement en matière première, afin d'éviter des stocks inutiles pouvant être rapidement dévalués. Elle permet également de mettre en

place une politique d'achats groupés auprès des fournisseurs sélectionnés par le groupe, ce qui permet d'obtenir des réductions de prix.

Enfin, nous pouvons identifier comme septième catégorie de services centralisés, celle qui vise à mettre en place une politique marketing et commerciale commune, dans le but de mettre en place une politique globale de positionnement sur les nouveaux marchés, le développement de nouveaux produits etc.

**632 -** *La question de la refacturation des services.* Afin de répondre à cette question et dans le cadre du respect des méthodes retenues par les standards de l'OCDE<sup>1009</sup>, il faudra rechercher si dans le cadre d'une situation comparable impliquant des sociétés indépendantes, la prestation aurait été rémunérée et à quel prix ou, si à l'inverse, cette dernière aurait été effectuée en interne.

Dans l'hypothèse où la prestation ou le service serait réalisé en interne dans une entreprise indépendante, il sera généralement considéré qu'il ne peut y avoir de refacturation du montant à une autre entité du groupe. On pense notamment à certains services rendus par la société tête de groupe, puisqu'une partie des prestations, ne pourra pas être refacturée car elle correspondra par exemple à des frais de sièges, directement consommés par la société qui va les fournir.

On peut établir un lien entre cette approche et celle d'intérêt social de l'entreprise, puisqu'un service ne pourra être facturé, que s'il correspond à un besoin réel de la société à qui il sera facturé.

La prestation peut par exemple être fournie à la demande de la société à qui elle est facturée selon un besoin identifié. Dans ce cas et sauf si les facturations sont abusives (en dessous ou au dessus de la valeur de marché), on pourra alors envisager la facturation ou la refacturation de la prestation à la société utilisatrice.

A contrario, les services et prestations fournis dans le cadre d'une activité de holding ou d'actionnaire, dans l'intérêt de la société mère ou tête de groupe et non pas des entités liées, ne pourront par principe être refacturés puisque si l'on se place dans le cadre de sociétés indépendantes, ils seraient réalisés en interne et n'auraient pas pour conséquence la rémunération d'une société prestataire tierce.

---

<sup>1009</sup> OCDE, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, VII, 6., 2010.

Il va s'agir par exemple de certains coûts liés à la gestion juridique, fiscale, financière, propres à la société mère et qui visent à l'organisation des assemblées d'actionnaires, l'émission d'actions, ou encore certains frais de gestion et de direction liés à cette dernière.

On retrouve également dans cette catégories, les coûts liés aux obligations comptables et déclaratives propres de la société mère ou tête de groupe, ainsi que les frais relatifs à des acquisitions réalisés par cette dernière afin d'élargir le périmètre du groupe.

**633** - Sur la question de la refacturation des prestations aux entités du groupe, on peut s'intéresser à une jurisprudence récente relative à la l'externalisation par une société, de sa gestion administrative et financière, qui a été remise en cause par l'administration par l'application des dispositions de l'article 57 du CGI.

Dans cette affaire<sup>1010</sup>, l'administration remettait en cause la déductibilité des honoraires versés par la société de droit français, Property Investment Holding France, à la société de droit néerlandais Property Investment Holding BV, au motif que les prestations fournies par cette dernière, n'étaient pas utiles à la société française, ce qui constituait selon le service, un transfert de bénéfices à l'étranger.

Le principal intérêt de cette affaire, fut que le contribuable a échoué à démontrer que les dépenses engagées présentaient un intérêt pour ses besoins propres, mais représentaient un intérêt pour le groupe, intérêt qui n'est aujourd'hui pas reconnu. La société n'a pour autant pas fait l'objet du redressement envisagé par l'administration.

En effet, le Conseil d'Etat, a considéré, que la convention d'assistance signée entre les deux sociétés, n'était pas dépourvue de contreparties réelles.

La Haute juridiction a notamment retenu à l'aide d'un faisceau d'indices, que la société française ne disposait pas des ressources nécessaires pour la réalisation des prestations envisagées par la convention et que les services rendus par d'autres sociétés à la société française, n'étaient pas identiques à ceux prévus par ladite convention. De ce fait, il a été jugé que la preuve de l'existence d'un avantage anormal consenti à la société néerlandaise par la société française, n'avait pas été apportée, les dispositions de l'article 57 du CGI, n'étaient donc pas applicables en l'espèce.

---

<sup>1010</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 9 décembre 2015, n°367897, Sté Property Investment Holding France ; Dr. fisc. 2016 n°7-8, comm. 181, concl. B. BOHNERT.

Au final, le principal point d'attention pour les contribuables réside dans le fait qu'il ne faudra pas refacturer aux entités membres du groupe, des prestations ou services, qui ne l'auraient pas été entre sociétés indépendantes.

## 2°) Le montant de la facturation

**634** - Une fois que l'on a pu identifier les services et prestations facturables aux entités du groupe, va inévitablement se poser la question du montant de cette facturation. Cette dernière, doit être calculée dans le respect du principe de pleine concurrence. La rémunération de la prestation ou du service, ne doit donc pas être excessive, ni trop faible, au risque de représenter pour l'administration fiscale, qui viendra la vérifier et potentiellement la remettre en cause, une pratique d'évasion fiscale et de transfert de bénéfices.

**635** - *Les méthodes de facturation retenues par l'OCDE.* Afin de définir un cadre à la politique de rémunération des prestations intragroupe, l'OCDE a développé des principes<sup>1011</sup>, visant à ce que le prix fixé dans le cadre de la rémunération des prestations et des services rendus entre entités liées, se rapproche au mieux du prix qui serait payé par une entreprise indépendante à une autre entreprise qui lui aurait rendu la même prestation ou le même service.

Afin de se rapprocher au plus près de ce prix de pleine concurrence, ont été admises différentes méthodes de détermination des prix de transfert. On retrouve parmi elles des méthodes « classiques », fondées sur les transactions, qui comprennent notamment la méthode du prix comparable sur le marché libre, la méthode du prix de revente et celle du prix de revient majoré. On retrouve également des méthodes transactionnelles de bénéfice, comme celle du partage de bénéfice et celle de la marge nette.

**636** - Dans le cadre des méthodes fondées sur les transactions, on retrouve dans un premier temps la méthode du prix comparable sur le marché libre, qui va consister en la détermination d'un prix, conformément au prix qui serait pratiqué pour des transactions

---

<sup>1011</sup> Dès 1984, le comité des affaires fiscales de l'OCDE a fixé les principes directeurs et a énoncé des règles qui constituent une référence essentielle pour les administrations fiscales et pour les entreprises internationales, même si ces principes ne contiennent pas de méthodes précises ou préétablies dans l'organisation de la refacturation de ces coûts.



similaires, entre entreprises indépendantes, ou entre une entreprise d'un groupe et une entreprise indépendante.

Ce comparable, peut être étudié soit sur le marché du bénéficiaire, on parlera alors de comparable externe ou, lorsque cela n'est pas possible, ou que les services sont trop spécifiques, par l'étude des prix pratiqués par la société prestataire lorsqu'elle fournit ces mêmes services à des sociétés indépendantes, on parle alors de comparable interne.

Dans le cadre des principes directeurs de l'OCDE, la méthode du comparable externe, doit par principe, toujours être privilégiée lorsqu'il existe un tel comparable. Ceci, afin de se rapprocher au plus de la situation existant entre sociétés indépendantes, que la facturation du service soit faite directement aux seules sociétés bénéficiaires, ou indirectement, par la refacturation de frais à l'ensemble des entités membres du groupe.

Pour autant, il est évident que cette méthode s'appliquera plus facilement dans le cadre d'une facturation directe, qui identifie de manière claire la facturation, le bénéficiaire et la prestation. Cette méthode, simple et fiable lorsqu'elle peut s'appliquer, ne peut dans les faits être utilisée que pour des activités de commercialisation de marchandises courantes.

La deuxième méthode « *classique* », est celle du prix de revente, elle vise à réduire le prix de vente final, c'est à dire le prix auquel est revendu à un tiers le produit qui est acheté auprès d'une entité liée, pour y soustraire une marge brute qui doit permettre la prise en compte des frais et des charges d'exploitation de l'entité vendeuse. Cette méthode, sera notamment utilisée lorsque le distributeur du produit n'est pas l'entrepreneur principal.

La troisième méthode « *classique* », celle du prix de revient majoré, va prendre comme base le coût réel, ou le prix de revient de la prestation ou du service et ajouter à ce dernier, une marge bénéficiaire appropriée afin de déterminer le prix de pleine concurrence.

Cette méthode est notamment recommandée par les principes directeurs de l'OCDE dans l'hypothèse où il n'existerait pas de prix comparable sur le marché libre. Elle sera particulièrement utilisée dans le cadre d'opérations de prestations de services de sous-traitance n'emportant que peu de risque entrepreneuriaux, ou dans le cadre de la création de produits semi-finis vendus entre entités liées.

**637** - Concernant les méthodes « *transactionnelles* », utilisées dans des circonstances plus particulières, on va dans un premier temps retrouver la méthode de la marge nette, qui doit permettre à partir de données spécifiques (montant des charges, chiffre d'affaires, valeur des actifs etc.), de déterminer quelle doit être la marge nette réalisée par une

entreprise lorsqu'elle réalise une transaction contrôlée. Pour atteindre ce résultat, on doit procéder à une comparaison avec la marge qui serait réalisée par une entreprise équivalente sur le marché libre. La principale difficulté de cette méthode comme pour la méthode du prix comparable sur le marché libre, est qu'il faut avoir une connaissance avancée des pratiques de la concurrence afin de déterminer la marge.

Elle est par ailleurs difficile à utiliser puisqu'elle implique de raisonner selon des ratios spécifiques à chaque entreprise (bénéfice d'exploitation/chiffre d'affaires, rendements des actifs etc.) et donc, de disposer d'informations détaillées sur les concurrents.

La seconde méthode « *transactionnelle* », celle du partage des bénéfices, vise à calculer un résultat consolidé pour l'ensemble des opérations intragroupe, puis à le partager entre les différentes entités selon des critères pertinents, afin que le partage corresponde à ce qui serait obtenu dans le marché de pleine concurrence. Cette méthode est dans la pratique souvent utilisée par les entreprises du secteur numérique.

Elle est en effet adaptée aux situations dans lesquelles les projets et activités du groupe sont très imbriqués et ne peuvent être valorisés de manière indépendante. Cette méthode est par ailleurs utilisée lorsque les méthodes classiques ne peuvent s'appliquer ou lorsqu'il n'existe pas de comparable.

**638** - Enfin, nous dirons un mot d'une technique de facturation particulière qui est la méthode du prix coutant ou « *ad cost* ». Cette dernière est néanmoins très rarement utilisée dans le cadre des prestations intragroupe. Elle va être acceptée dans certaines situations très spécifiques et notamment dans le cadre du démarrage d'une activité, lorsque le volume d'activité est insuffisant pour prévoir une marge.

Elle peut être également utilisée dans l'hypothèse où le service ne correspondrait pas à une activité normale et récurrente du prestataire, mais représente simplement une activité occasionnelle fournie par commodité.

Enfin, elle peut également être utilisée si la société ne réalise pas elle-même la prestation et qu'elle n'intervient qu'en tant qu'intermédiaire.

Dans cette situation, l'OCDE indique que la marge ne doit pas être calculée sur le prix de revient des services, mais simplement sur les coûts qui sont supportés par la société en tant qu'agent.

S'il ressort de notre propos que cette méthode n'est que rarement utilisée, on peut retrouver dans le cadre de la législation, certaines tolérances permettant l'absence de

facturation d'une marge, dans le cadre des relations entre sociétés membres d'un groupe intégré<sup>1012</sup>.

Ce type de facturation a ainsi été admis par la jurisprudence dans le cadre de l'application du régime mère-fille. Les juges du palais royal ont en effet exclu la mise en œuvre de la théorie de l'acte anormal de gestion, dans l'hypothèse où une société mère facturerait à sa filiale des prestations à leur coût de revient et non pas selon la valeur de marché<sup>1013</sup>. Il s'agissait en l'espèce de la rémunération de travaux d'études, visant à faciliter la mise en place de programmes immobiliers.

La jurisprudence française a également dans une autre affaire, admis qu'une société mère pouvait facturer des prestations sans marge à une de ses filiales en difficulté financière, si elle démontre qu'elle a agi dans son intérêt propre<sup>1014</sup>.

Par ailleurs, nous pouvons également envisager la mise en place d'une facturation de services sans marge, lorsque le coût de revient des services en question excède le prix de marché constaté pour des prestations comparables<sup>1015</sup>.

Pour autant, ces solutions favorables doivent être considérées avec attention, puisqu'elles ne peuvent être retenues que dans certaines hypothèses spécifiques et qu'en général, l'administration fiscale, dans la droite ligne des principes directeurs de l'OCDE, exige l'application d'une marge dans le cadre des transactions ou des prestations entre sociétés liées, comme ce serait le cas entre sociétés indépendantes. La mise en place de cette marge est d'autant plus importante lorsque le service faisant l'objet de la prestation et donc de la rémunération, est une des activités principales de l'entreprise, ou que l'entreprise bénéficiaire retire un bénéfice important des services qui lui sont rendus.

Nous noterons que cette approche est retenue par l'ensemble des pays membres de l'OCDE malgré certaines spécificités locales<sup>1016</sup>.

**639** - Dans ce cadre, si l'administration identifie une différence de prix entre les prix facturés par une entreprise française à une entreprise liée étrangère par rapport à ceux facturés à une entreprise non liée, sans que cet écart soit justifié par une différence de

---

<sup>1012</sup> Art. 46 quater-0 ZG de l'annexe III du CGI que nous avons déjà cité à propos de la problématique des subventions indirectes.

<sup>1013</sup> CE, sect., 24 février 1978, n°2372, préc. cit.

<sup>1014</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 19 octobre 1988, n°56218 ; Dr. fisc. 1989, n°7, comm. 241, obs. G. TIXIER et Th. LAMULLE ; RJF 1988, n°1312, concl. O. FOUQUET, p. 723.

<sup>1015</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 juin 1996, n°80178, SARL Rougier-Hornitex ; Dr. fisc. 1996, n°42, comm. 1246 ; RJF 1996, n°973 ; BDCF 1996, concl. F. LOLUM, p. 15.

<sup>1016</sup> Prix de transfert : Analyse critique des pratiques actuelles ; le club des juristes, 2012.

situation entre les différents clients, elle devra toujours démontrer par l'utilisation de comparables qu'il existe un transfert de bénéfices, il ne sera pas donc fait application d'une présomption de transfert, sans que ce dernier ne soit démontré<sup>1017</sup>

**640** - Dans le cadre de l'évaluation de la facturation, il faudra toujours que la société prestataire, quelque soit la méthode retenue, facture les sociétés liées en se basant sur les coûts qu'elle aura supportés pour la réalisation des prestations, auxquels seront ajoutés une marge qui devra être considérée comme acceptable par les standards de l'OCDE.

Dans le cadre de la facturation de services communs, il faudra prendre garde au choix de la clef de répartition qui servira à allouer la part de prestation à chacune des sociétés bénéficiaires.

La question du montant de cette marge est bien évidemment importante, puisque l'objectif est en théorie de se rapprocher au mieux du prix qui serait pratiqué entre des entités indépendantes. De ce fait, le prix doit à la fois prendre en compte l'ensemble des coûts directs ou indirects supportés par une entreprise prestataire et donc en principe, inclure une marge.

En effet, au sein du marché libre, une entreprise indépendante prestataire, va toujours chercher à réaliser un profit sur la transaction ou sur la prestation et ne se contentera pas de facturer sa prestation à prix coûtant.

**641** - *La facturation, pratique internationale.* Si l'on s'intéresse à la pratique dans d'autres pays membres de l'OCDE, on peut constater que la fiscalité américaine retient une approche similaire à la France, puisque la section 482 de l'IRC, nous indique que les prix de transfert doivent être calculés en conformité avec le prix que l'on va retrouver pour une opération équivalente entre deux entités indépendantes.

Pour autant, bien que membre de l'OCDE, les Etats-Unis ne font pas référence directement aux standards de l'OCDE, ce qui implique certaines divergences dans leur législation.

Si l'analyse de comparabilité doit précéder à la détermination des prix de transfert par une analyse fonctionnelle et des risques supportés, la législation américaine diverge dans les méthodes de calculs retenues. En effet, si la majorité des méthodes sont reprises, la

---

<sup>1017</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 16 mars 2016, n°372372, Sté Amycel France ; Dr. fisc. 2016, n°12, act. 191 ; RJF 2016, n°514, concl. F ALADJIDI.

méthode transactionnelle de la marge nette, est remplacée par une méthode dite des bénéfiques comparables aux Etats-Unis, qui va reposer sur une comparaison des résultats financiers.

Par ailleurs, les Etats-Unis acceptent que le contribuable utilise n'importe quelle autre méthode raisonnable et adéquate, afin de déterminer les prix de transfert, tout en ne privilégiant aucune méthode en particulier pour la détermination de ces derniers.

A l'inverse, le Canada, autre pays de tradition anglo-saxonne ayant adhéré aux principes de l'OCDE, prévoit une hiérarchie entre les méthodes de détermination des prix de transfert, à l'instar de ce que l'on peut retrouver en France. Le Code de l'impôt sur le revenu<sup>1018</sup> et certaines circulaires administratives<sup>1019</sup>, considèrent que les méthodes traditionnelles doivent être appliquées en priorité, les méthodes transactionnelles ne devant être utilisées qu'à défaut de pouvoir les appliquer.

**642** - On retrouve également au sein de l'UE, des divergences dans l'appréciation des prix de transfert et dans leur calcul.

Le Royaume-Uni et les Pays-Bas, qui ont souscrit aux principes de l'OCDE et notamment au principe de pleine concurrence, ont pour autant retenu une approche relativement libérale de la pratique des prix de transfert.

Si l'on prend l'exemple de la législation britannique, la Section 770 de la loi de finances pour 1998 et la « *Schedule* » 28 AA de la même loi, on constate que la réglementation britannique détache des principes de l'OCDE, même si les méthodes de détermination et de documentation des prix de transfert sont identiques. Ce détachement s'explique par la volonté de promouvoir la pratique des accords préalables, unilatéraux ou bilatéraux, qui demeurent en France, une exception.

En Allemagne, si les règles de détermination des prix de transfert sont très encadrées par une circulaire du 12 avril 2005 faisant directement référence aux principes de l'OCDE en terme d'analyse fonctionnelle des entités, des opérations et des flux, on retrouve également un régime particulier, celui des « *pool services* »<sup>1020</sup>. Ce régime, permet de ne pas prévoir la facturation d'une marge pour les transferts de fonctions dans le cadre des relations intragroupe.

---

<sup>1018</sup> Sous-section 247.

<sup>1019</sup> On pense notamment à la circulaire 87-2R sur les prix de transfert internationaux.

<sup>1020</sup> Germany Tax Guide 2013, PKF.

On retrouve en Pologne, un mécanisme similaire, puisqu'il est généralement admis que la facturation d'une marge ne pourra être envisagée que dans le cadre de services permettant à l'entité bénéficiaire, d'augmenter la valeur ajoutée de ses activités.

**643** - Dans le cadre de relations d'affaires avec des pays non membres de l'OCDE, dotés d'une législation prix de transfert divergeant parfois des standards de l'organisation, il faudra afin d'éviter les contentieux avec l'administration, être attentif à la qualification de la prestation, à sa rémunération et à son identification dans le cadre de l'application des conventions fiscales internationales, afin de se prémunir contre le risque de doubles impositions. Nous allons revenir pour illustrer ce propos sur les législations de certains de ces Pays.

La Chine qui a largement modifié sa législation en matière prix de transfert depuis 1991, a notamment depuis la loi relative à l'impôt sur le revenu des entreprises de 2008, décidé d'intégrer les principes l'OCDE et notamment celui de pleine concurrence.

La législation chinoise prévoit aujourd'hui six méthodes de détermination des prix de transfert, on retrouve les cinq méthodes retenues par l'OCDE et une méthode supplémentaire, celle de l'évaluation des profits, que l'on peut utiliser si les autres méthodes ne permettent pas de déterminer correctement les prix de transfert.

Les accords préalable prix de transfert ont également été développés dans le cadre d'une réforme de 2009, pour les entreprises réalisant plus de 4 millions d'euros de transactions intragroupe. Dans le cadre d'un accord préalable, l'entreprise doit déclarer annuellement les transactions intragroupe au moyen d'une documentation prix de transfert détaillée.

**644** - La législation brésilienne, malgré le fait que les méthodes de détermination des prix de transfert soient proches de celles de l'OCDE, est dans les faits, très peu comparable avec la législation française.

Elle a ainsi mis en place différents taux de marges imposés aux entreprises, avec un taux standard de 20%, applicable lorsque les taux de 30% (dans le secteur de la chimie, du papier de la métallurgie et du verre) ou de 40% (dans le secteur de la pharmacie, du tabac et le secteur pétrolier et gazier), ne sont pas applicables.

En ce qui concerne les exportations, ces dernières qui étaient dispensées de l'application d'une marge lorsque leur montant atteignait au moins 5% du chiffre d'affaires réalisé à l'export, ne continueront à bénéficier de ce mécanisme, que si le ratio de profitabilité de

l'entreprise dépasse les 10% et que cette dernière, réalise un chiffre d'affaires avec des entités liées à l'export inférieur à 20% de son chiffre d'affaires total à l'export.

Ce choix de marges imposées, est justifié par le Brésil dans le cadre du manuel de l'ONU des prix de transfert<sup>1021</sup>, du fait que les méthodes de détermination prévues par l'OCDE, emportent une certaine insécurité juridique, car elles sont appliquées à l'initiative du contribuable.

**645 - Le montant de la marge.** Si l'OCDE ne donne dans le cadre de ses principes directeurs, aucune précision sur le montant de marge à appliquer, il en découle pour autant qu'elle doit être « *appropriée* », afin de refléter à la fois la valeur de la prestation sur le marché libre, mais également la valeur ajoutée produite par la prestation.

Ainsi, la législation fiscale française ne prévoit pas d'obligations spécifiques sur le montant de la marge à appliquer dans le cadre de la facturation de prestations entre entités liées, pour autant on peut retrouver certaines indications dans le cadre de la législation anti-abus.

En effet, l'administration fiscale, dans le cadre de la lutte contre les pratiques fiscales abusives, par l'utilisation de la théorie de l'acte anormal de gestion (V. n°157 et s.), de l'abus de droit (V. n°138 et s.), mais également par le biais de certains mécanismes spécifiques comme l'article 57 du CGI (V. n°276 et s.), qui permettent de remettre en cause la rémunération de prestations ou de transactions effectuées entre entités liées lorsque celle-ci, abusives ou trop peu importantes, favoriseront notamment un transfert de bénéfices vers des pays où la fiscalité est plus clémente qu'en France<sup>1022</sup>.

Pour autant, il existe dans la législation française, un mécanisme pouvant simplifier la problématique de la marge, de par l'adoption du statut de quartier général, lorsque la société française possède le statut de prestataire de service.

Ce statut de quartier général<sup>1023</sup>, précisé par une instruction du 21 janvier 1997 et réformé par une instruction du 14 août 2003<sup>1024</sup>, peut s'appliquer aux filiales ou succursales de

---

<sup>1021</sup> Manuel de l'ONU sur les prix de transfert, 2013.

<sup>1022</sup> Pour bénéficier de la présomption de transfert de bénéfices, l'administration doit prouver l'existence d'un avantage qui ne peut résulter du seul écart de prix de vente aux distributeurs et consommateurs ni du seul versement de commissions rémunérant partiellement un service, V. CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 mars 2016, n°372372, Sté Amycel France préc. cit et CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 2016, n°372097, Sté Lifesand Vivre Debout ; Dr. fisc. 2016, n°16, act. 258 ; RJF 2016, n°603, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI.

<sup>1023</sup> BOI-SJ-RES-30-10 n°1 et s.

<sup>1024</sup> BOI-13-G-1-97. Modifiée par l'instruction BOI-4-C-6-03 du 14 août 2003, reprise au BOI-SJ-RES-30-10 n°1 et s.

groupes internationaux qui ont pour mission de rendre des services « *de nature essentiellement administrative, non susceptibles de donner lieu à une commercialisation à des tiers* », mais à des sociétés ou établissements membres du groupe, implantés hors de France.

La spécificité de ces quartiers généraux est que leur imposition est réalisée en fonction d'une base négociée par avance avec l'administration, selon la marge appliquée à leurs coûts, qui est généralement fixée entre 6% et 10%.

Si ce régime reste spécifique, cela peut nous indiquer que l'administration fiscale considère qu'une marge comprise dans cette fourchette reflétera les conditions que l'on pourrait retrouver sur le marché libre.

Pour autant, lorsque l'on s'intéresse aux marges appliquées par les groupes internationaux, on peut constater que ces derniers retiennent une approche plus conservatrice en retenant généralement une marge de 5% sur les transactions intragroupe. En effet, selon les arguments que l'on retrouve dans certaines documentations prix de transfert<sup>1025</sup>, une marge de 5% est déterminée conformément aux pratiques connues en matière de prix de revient majoré et sera habituellement acceptée par les différentes administrations fiscales.

Par ailleurs, cette marge est souvent retenue du fait les « *risques encourus de part et d'autres et notamment par la société mère* », sont relativement faibles, et qu'une marge supérieure, ne « *pourrait refléter les relations transactionnelles entre la société mère et ses filiales* ». Cette dernière pourrait, « *être qualifiée de transfert indirect de bénéfices, dans la mesure où les services rendus par la société mère à ses filiales ne génèrent aucun risque pour elle, la marge ne peut donc être plus importante* ».

**646** - La notion de risque est donc très importante, puisqu'on peut envisager le fait que pour des services qui ne sont pas purement administratifs, comme par exemple les services marketing, les services stratégiques relatifs à la production ou à la recherche et développement, vecteurs de profits, peuvent faire l'objet de l'application d'une marge plus importante, puisqu'ils augmentent la valeur ajoutée des structures qui les utilisent et représentent également un certain risque en fonction de leur efficacité, pouvant avoir un impact non négligeable sur le chiffre d'affaires du groupe.

---

<sup>1025</sup> Nous ne donnerons pas de source particulière sur ce point pour des raisons évidentes de confidentialité.



De ce fait, dans le cadre du respect du principe de pleine concurrence, différents taux peuvent être appliqués en fonction des prestations rendues par la société mère.

Par ailleurs, il faudra prendre garde à certaines spécificités relatives aux normes fiscales locales comme celle que l'on rencontre en Argentine<sup>1026</sup> ou au Brésil, qui limitent la déductibilité des charges liées à la facturation de services entre sociétés liées, en fonction de l'investissement réalisé auprès de la filiale.

### **3°) La pratique de la facturation et sa justification**

**647** - Dans le cadre de la mise en place de sa politique prix de transfert, le groupe doit dans le cadre de la facturation des services aux autres entités, définir le coût de ces prestations mais également la marge bénéficiaire à leur appliquer.

Pour autant, la tâche de l'entité prestataire ne s'arrête pas là. Si la facturation de services en direct ne pose à priori pas de difficultés majeures puisque les prestations, sont facilement identifiables et facturées directement à l'entité bénéficiaire, la tâche est plus ardue dans le cadre de la facturation indirecte, c'est à dire dans le cadre de prestations rendues à l'ensemble, ou à plusieurs sociétés du groupe.

Dans ce cas, va se poser la question de la quote-part du prix à facturer aux sociétés bénéficiaires selon leur pourcentage d'utilisation de la prestation.

On le voit, une facturation directe n'est ici pas envisageable car trop complexe et inappropriée, il faudra donc, trouver une clé de répartition efficace permettant de refléter au mieux le coût de l'utilisation par chaque entité bénéficiaire tout en respectant le coût que l'on retrouverait sur le marché libre.

**648** - *Les clés de répartitions retenues par les principes directeurs de l'OCDE.* Selon ces principes, une clé de répartition basée sur le chiffre d'affaires, les effectifs mais également toute autre clé pertinente en présence de prestations spécifiques, comme le nombre de postes ou matériels informatiques, pourra être retenue.

---

<sup>1026</sup> <http://ibfd.org>.

La jurisprudence française a d'ailleurs eu l'occasion de valider ce type de clé, comme celle basée sur le chiffre d'affaires de chaque filiale, que l'on rapporte dans le calcul de la quote-part à celui de l'ensemble du groupe<sup>1027</sup>.

Si l'on s'intéresse dans la pratique aux documentations prix de transfert, on se rend compte que les groupes utilisent généralement comme clés de répartition, le chiffre d'affaires ou l'effectif, en fonction des services et prestations à refacturer aux filiales pour limiter les risques contentieux.

Ainsi, les services de direction générale, rendus filiales comme les activités de développement stratégique du groupe, le développement industriel et commercial, sont généralement facturés selon une clé de répartition basée sur le chiffre d'affaires. Il en est de même pour les activités liées aux directions financières (assistance en matière de clôture des exercices, tenue des registres comptables, contrôle budgétaire ou suivi de la comptabilité analytique), pour les activités liées aux directions fiscales (définition de la stratégie fiscale du groupe, veille législative ou réglementaire, consultation et prestation de conseil fiscal, assistance au respect des obligations déclaratives ainsi que l'assistance en matière de contentieux), pour les activités liées à la trésorerie ou au financement (assistance en matière de gestion de la trésorerie, assistance dans la gestion des risques et des engagements financiers), pour les activités de gestion des systèmes d'information, bien que ces derniers puissent faire nous l'avons vu, l'objet d'une facturation basée sur une clé de répartition basée sur le nombres d'unités informatiques, pour les activités d'achats (mise en place d'une politique centralisée d'achats avec des prestataires et fournisseurs identifiés dans le but de réaliser des économies d'échelle), pour les activités de communication (promotion du groupe, fourniture d'outils de communication, organisation d'événement de promotion etc.), pour les activités juridiques (mise en place d'une politique en matière juridique et d'assurance, conseils et prestations juridiques, assistance en cas de contentieux ou de recours, accompagnement dans les relations avec les professionnels du droit).

On le voit, la répartition basée sur le chiffre d'affaires est généralement privilégiée par les groupes, notamment parce qu'elle prend mieux en compte l'impact de la prestation rendue dans le développement de la valeur ajoutée des activités des filiales.

---

<sup>1027</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 janvier 1986, n°42795 ; Dr. fisc.1987, n°52, comm. 2339 ; JCP E, 1986, n°13, act. 15312.

Pour autant, on retrouve souvent dans le cadre des activités de ressources humaines (politique de recrutement, mobilité interne, promotion etc.), une clé de répartition basée sur les effectifs, qui correspond mieux à l'impact de la prestation sur les filiales, aux besoins de ces dernières et donc au coût réel de la prestation fournie.

Il est à noter en revanche que les répartitions purement forfaitaires comme les pourcentages fixes par rapport au chiffre d'affaires des filiales, sont exclues à la fois par les principes directeurs de l'OCDE et par la jurisprudence française<sup>1028</sup>.

**649 -** *La justification des prix de transfert.* Nous avons pu voir que les obligations déclaratives en matière de prix de transfert, ainsi que les sanctions qui leur sont attachées, avaient été durcies dans le cadre de la mise en place d'une politique de lutte contre l'optimisation, l'évasion et la fraude fiscales.

La préparation d'une documentation prix de transfert cohérente et intelligible est donc essentielle pour le contribuable puisque par ailleurs, s'il existe des mécanismes anti-abus spécifiques (comme l'article 57 du CGI, V°), privilégiés par l'administration fiscale notamment du fait de l'évolution législative, il est également envisageable de sanctionner les politiques prix de transfert des contribuables sur le fondement de l'abus de droit en cas de but exclusivement fiscal, ou de l'acte anormal de gestion dans le cadre d'opérations effectuées en France, puisque l'article 57 du CGI ne pourra pas s'appliquer. Si l'on réserve les hypothèses liées au non respect des obligations déclaratives, quelles sont alors les justifications qui pourront être utilisées par l'entreprise dans le but de justifier sa politique prix de transfert ?

**650 -** Afin d'éviter les risques liés à d'éventuels redressements, le groupe devra être en mesure de justifier à la fois de la réalité de la prestation ou du service rendu, de démontrer que ce ou cette dernière a été réalisé en fonction d'un réel besoin de la société bénéficiaire et enfin, que le montant facturé correspond bien au prix de pleine concurrence<sup>1029</sup>.

Bien évidemment, la première base de la justification de la politique prix de transfert réside dans la documentation annuelle (V. n°668) ou dans celle, plus détaillée, qui sera à fournir dans le cadre d'un contrôle fiscal (V. n°665 et s.).

---

<sup>1028</sup> CE, 22 juin 1983, n°26240 ; Dr. fisc. 1983, n°42, comm. 1925.

<sup>1029</sup> Article 9 de la Convention modèle OCDE.

L'importance du détail dans la rédaction de ces documentations est donc un des principaux points d'attention pour les contribuables ; il est en effet évident que l'administration sera plus encline à s'interroger sur la réalité des prestations intragroupe, lorsque les justificatifs produits par l'entreprise pourront être jugés comme insuffisants.

On ne peut que conseiller aux contribuables, à la fois de procéder à un audit de leur politique prix de transfert et de leur justification et en ce qui concerne les nouvelles prestations de services, de mettre en place dès la signature du contrat, des procédures rapides et efficaces permettant de réunir tous les justificatifs appropriés.

Afin de démontrer de la réalité de la prestation il est donc recommandé de mettre en place un contrat de fourniture de service avec les entités liées bénéficiaires. Bien que ce dernier soit insuffisant pour établir la réalité de la prestation, il permet néanmoins d'identifier les services facturés, la méthode de facturation retenue, la marge appliquée mais également, la clé de répartition qui a été retenue par le contribuable.

**651** - Dans le cadre de la justification des services rendus, l'habillement de la documentation prix de transfert va également jouer un rôle très important dans l'image qui est donnée à l'administration fiscale. Si cette dernière ne permettra pas d'éviter tout risque de contrôle, elle peut démontrer de la volonté du contribuable de bien respecter les prescriptions législatives, ainsi que les principes directeurs de l'OCDE.

Il sera donc important d'indiquer que la conclusion du contrat de prestation de service s'est faite dans l'intérêt des parties et selon les besoins de la société bénéficiaire, il faudra donc, mettre en évidence le fait que certains coûts, notamment relatifs aux activités d'actionnaires, ne font pas l'objet d'une facturation.

Dans l'hypothèse d'une facturation basée sur le prix de revient majoré, il faudra démontrer l'existence de services équivalents sur le marché de pleine concurrence et en cas de services spécifiques, démontrer que ces derniers, sont facturés directement aux bénéficiaires et non à l'ensemble du groupe. Il faudra enfin fournir aux bénéficiaires, tous les éléments nécessaires à la justification du montant de la facturation.

La facturation est en effet un des principaux points d'attaque de l'administration fiscale dans le cadre de la remise en cause de la déductibilité de certaines charges, il est donc

évident qu'une filiale ne pourra déduire des sommes versées en contrepartie de prestations de services dont le montant n'est pas justifié<sup>1030</sup>.

**652** - En parallèle de la documentation, on pourra envisager de fournir des contrats et des factures, mais il sera également opportun pour les entités membres du groupe en cas de contrôle, de conserver tout document permettant la justification de la réalité et de l'importance des services rendus.

En ce sens, si la justification des opérations facturées directement aux entités bénéficiaires est souvent facilitée par des documents contractuels et bancaires clairement identifiables, il n'en est pas de même en ce qui concerne les facturations indirectes.

Dans ce cadre, il sera impératif que la société procède à la compilation de documents pouvant servir de justificatifs aux prestations fournies, mais également à leur facturation. Lorsque l'on parle de documents, ces derniers peuvent être de nature diverse, comme des procès-verbaux, des e-mails, fax ou autres comptes rendus de réunions ou discussions, ainsi que tous les documents relatifs aux déplacements de salariés vers les entités du groupe bénéficiaires des services et prestations fournis etc.

## **B) Les pistes d'optimisation retenues par les contribuables**

**653** - Les prix de transfert, représentent nous l'avons vu, la valeur monétaire attachée aux transactions et prestations rendues entre des entités liées<sup>1031</sup>. L'importance de ces transactions qui représentent plus de la moitié des échanges mondiaux et qui peuvent porter aussi bien sur des actifs corporels qu'incorporels, comme la concession de droits de propriété intellectuelle et plus généralement des prestations de services, a fait de ces dernières, un enjeu majeur de la gestion fiscale des entreprises et plus particulièrement pour celles implantées à l'international.

L'utilisation des prix de transfert comme instrument d'optimisation fiscale s'est d'ailleurs fortement développée du fait de la nécessité pour les entreprises, de diminuer leur TEI, afin de dégager un maximum de profits dans le cadre de leurs activités transfrontalières.

---

<sup>1030</sup> CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 5 juillet 2001, n°95NC01360, SA Mat Transport ; BDCF 2002, n° 74, concl. M. STAMM.

<sup>1031</sup> Mais également entre sociétés liées au sens du 12 de l'article 39 du CGI qui vise les relations entre deux entreprises dont l'une étient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre où y exerce en fait le pouvoir de décision ou que ces dernières sont places, directement ou indirectement, sous le contrôle d'une même entreprise.

**654** - Au vu de ces enjeux, la mise en place de conventions de prestations de services, reflet juridique de la politique prix de transfert des groupes, va donc s'inscrire dans le cadre d'une politique globale de rationalisation des coûts, d'anticipation des contraintes juridiques et fiscales, ainsi que d'optimisation du système de refacturation entre les différentes entités utilisatrices des prestations intragroupe.

Classiquement, l'objectif de la politique prix de transfert lorsqu'elle est utilisée à des fins d'optimisation fiscale, va être de diminuer le poids de l'impôt au sein du groupe. En effet, la détermination d'un prix pour les prestations et services rendus entre entités liées et la localisation de la valeur qui en découle sur certaines zones géographique, vont avoir un impact direct et significatif sur le bénéfice des sociétés parties à l'opération et donc sur leur imposition. In fine, le but est ici de faire apparaître un montant élevé de charges déductibles de l'assiette de l'IS du groupe, chez les entreprises bénéficiaires de la prestation ou du service, lorsqu'elles sont implantées dans des pays ou territoires fortement imposés et un produit taxable minime pour l'entreprise prestataire, bien entendu la situation inverse va également se présenter et sera le cas échéant utilisée par les groupes en fonction des contraintes fiscales rencontrées.

**655** - En prenant en compte ces différentes considérations, il peut être tentant pour les entreprises, surtout pour celles ayant un rayonnement international, de profiter des disparités identifiables entre les législations fiscales des Etats, afin d'influencer leurs choix en matière de prix de transfert.

Les groupes, pourront par exemple essayer d'optimiser la localisation de leurs structures, en plaçant les entités bénéficiaires des services dans les pays où le poids de la fiscalité est important et les prestataires dans des pays où la fiscalité est plus avantageuse.

Une autre solution d'optimisation, plus risquée en terme de contentieux fiscal, mais qui est intéressante dans la situation où le bénéficiaire du service est implanté dans un pays où la fiscalité est lourde, réside dans la manipulation du prix des prestations intragroupe, en survalorisant les paiements effectués par les entreprises implantées dans des pays où la fiscalité est élevée, afin d'augmenter le montant des charges déductibles.

Enfin, au delà de ces formes d'optimisation vectrices de risques contentieux, les entreprises peuvent parfois bénéficier de solutions d'optimisation prévues par les législations nationales, comme le régime des quartiers généraux français (V. n°645), les

centres de services et de coordination belges<sup>1032</sup>, les régimes des sociétés offshore de l'Irlande, de Madère, de Gibraltar etc.<sup>1033</sup>, des taux d'impositions relativement faibles que l'on retrouve en Irlande ou en Suisse<sup>1034</sup>, ou comme nous l'avons vu, des « *rulings* », négociés avec les administrations fiscales de certains pays, mais qui sont aujourd'hui sous le regard attentif de la Commission européenne, ceci, afin de favoriser la localisation d'entités prestataires de services dans ces pays.

**656** - On le voit, quelque soit la forme d'optimisation retenue dans le cadre de la mise en place d'une politique prix de transfert, cette dernière est porteuse de risque en terme de contentieux fiscal.

De ce fait, il est conseillé aux entreprises de prendre certaines précautions dans la mise en place de ces politiques en particulier dans le contexte actuel, où les prix de transfert sont en ligne de mire dans le cadre de la lutte contre l'optimisation fiscale agressive et la lutte contre l'érosion des bases d'imposition.

Parmi les différentes précautions à prendre, il est important d'adapter les méthodes de calcul en fonction des différentes prestations et des différents services rendus entre les entreprises du groupe et ce, afin de démontrer la volonté du contribuable de fixer pour chacun des services, un prix équivalent à celui qui existerait sur le marché libre.

Par ailleurs, il sera nécessaire de mettre en place des méthodes de calcul facilement justifiables, afin que l'administration ne soit pas tentée de remettre en cause la politique mise en place par le groupe. La documentation fournie par le contribuable, qu'elle soit annuelle ou remise dans le cadre d'une demande de l'administration doit sur ce point, être précise et adaptée à chacun des services fournis.

**657** - *Les solutions de simplification de simplifications utilisables.* Dans le cadre de prestations relatives à des biens corporels, il peut être intéressant d'inclure le paiement des services rendus entre les entités du groupe, dans le paiement d'autres transactions. Cette solution sera intéressante dans l'hypothèse où il serait difficile de mettre en place une politique de facturation spécifique à chaque service ou prestation, par exemple

---

<sup>1032</sup> Rapport d'information n°347 (2006-2007) de Ch. GAUDIN, *La notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national*, déposé le 22 juin 2007, p. 186.

<sup>1033</sup> <http://ibfd.org>.

<sup>1034</sup> Nous avons vu que le taux d'IS irlandais était de 12,5%. En suisse, ce dernier va varier en fonction des cantons entre 15 et 25%, en tenant compte de l'impôt communal, cantonal et fédéral).

lorsque dans un groupe, les activités achats, de logistique, de stockage, de production, de marketing ou de commercialisation, sont effectuées par une même entité et que le groupe, est composé de quelques entités de fabrication et de nombreuses entités de distribution.

Il sera dans ce cas envisageable de facturer l'ensemble des services aux entités en charge de la fabrication sur la base du coût de revient majoré, ces dernières fixeront ensuite le prix de vente des biens aux entités assurant la distribution des biens, en prenant en compte la facturation effectuée en amont qui aurait dû leur être appliquée.

Une solution équivalente peut être adoptée lorsqu'une seule entité prend en charge l'ensemble des risques entrepreneuriaux, cette dernière pourra par mesure de simplification, facturer les services intragroupe dans le cadre des ventes effectuées auprès des autres entités du groupe.

Enfin, dans une logique d'optimisation fiscale pure, ce type de méthode permet d'éviter l'application des retenues à la source applicables sur les services intragroupe qui ne sont pas supprimées par l'application d'une convention fiscale.

Cette dernière hypothèse est à manier avec précautions, si elle permet de retirer un avantage fiscal et donc financier, l'augmentation du prix des biens du fait de l'intégration du montant des prestations intragroupes, peut avoir un impact significatif sur le montant des droits de douane, de la TVA et d'accises.

Par ailleurs, il faudra avant de choisir cette méthode de facturation, être capable de justifier le lien entre le coût facturé et les services fournis et donc pouvoir identifier clairement l'avantage procuré et sa rémunération, ce qui ne sera pas toujours évident pour le contribuable, et qui pourra dans certaines hypothèses rendre difficile la déduction des sommes versées.

**658** - Dans le cadre de l'application des prix de transfert aux actifs incorporels, la problématique est encore plus complexe du fait des difficultés de localisation et d'évaluation de la valeur de ces derniers, ce qui n'est pas le cas pour les actifs corporels ou encore pour certaines services très utilisés par les entreprises comme les services de comptabilité, sur lesquels on peut obtenir facilement des informations sur les comparables existants sur le marché libre.

En ce qui concerne les actifs incorporels, les récentes réflexions relatives à l'évolution des prix de transfert dans le cadre de la lutte contre les pratiques fiscales dommageables et l'érosion des bases d'imposition, ont démontré que les méthodes actuelles de détermination des prix de transfert, ne permettaient pas d'allouer aux actifs incorporels,



une valeur objective et laissaient trop de latitude aux contribuables dans la détermination de cette dernière. Cette difficulté, plaçant les administrations fiscales en grandes difficultés dans la mise en place des contentieux en matière de prix de transfert.

Par ailleurs, ces actifs, souvent très spécifiques comme les algorithmes détenus par les grandes entreprises du numériques, sont difficilement valorisables par comparaison puisqu'adaptés à une entreprise et à son activité propre. Ces derniers, intangibles par nature, sont par ailleurs facilement déplaçables et localisables dans des pays où la fiscalité est plus faible, à l'inverse des actifs corporels. Pour démontrer de la réalité de l'activité exercée au sein de ces Etats ou territoires, la substance nécessaire sera d'ailleurs bien moins importante que pour les biens corporels.

De ce fait, le schéma classique va consister à concéder des droits d'utilisation de ces actifs à des sociétés opérationnelles implantées dans des Etats où la fiscalité est importantes, ces dernières, par le biais de redevances, rémunéreront la ou les sociétés titulaires de ces actifs, qui seront quant à elles implantées dans des Etats où la fiscalité est la plus faible, ce qui permettra de localiser le bénéfice là où l'impôt est le moins important et érodera la masse imposable des structures opérationnelles et donc les recettes fiscales des pays où l'imposition est la plus élevée.

Dans le cadre des stratégies de facturation relatives aux biens incorporels, nous pouvons noter que l'inclusion du prix d'une prestation dans le cadre de la facturation d'une autre prestation, est également envisageable à l'instar de ce que nous avons vu précédemment pour les actifs corporels (V. supra). Dans le cadre de prestations relatives à des actifs incorporels tels que les marques, les brevets, la R&D ou le savoir faire, la facturation des prestations liées à la gestion et à la défense de ces derniers, peut être intégrée dans le cadre de la facturation de la licence d'utilisation, ce qui représente un important levier d'optimisation fiscale.

## **§II) Les prix de transfert : un outil d'optimisation fiscale mais également de transfert de bénéfices**

**659** - Si par principe, les prix de transfert servent à rémunérer les opérations, transactions et prestations rendues entre sociétés liées selon les règles de la pleine concurrence, ils permettent également lorsqu'ils sont utilisés dans le cadre de la stratégie fiscale, de transférer des profits d'un Etat à fiscalité élevée vers des juridictions plus

clémentes en matière d'imposition sur les bénéfiques. Les Etats, cherchent donc, à leur fixer un certain cadre et à bien identifier et comprendre les flux intragroupe, afin de limiter les abus qui pourraient découler de leur utilisation.

Nous allons donc voir dans un premier temps comment les entreprises peuvent manipuler les prix de transfert notamment dans le cadre de la nouvelle économie (A), puis, comment, les administrations fiscales, tentent de répondre à ces stratégies en étudiant certains contentieux qui ont marqué la matière (B).

### **A) Une manipulation des prix de transfert facilitée par l'avènement de la nouvelle économie**

**660** - On comprend aisément que si des entreprises non liées rémunèrent leurs transactions en fonction d'un prix de marché, les transactions entre sociétés liées dépendent plus majoritairement de la stratégie économique et fiscale choisie par le groupe, ce qui peut engendrer certaines « *manipulations* ». De ce fait, la surfacturation ou la sous facturation d'une transaction, ou d'une prestation, peut avoir des conséquences sur la minoration ou la majoration de l'assiette fiscale des entreprises parties à l'opération et donc sur le budget de l'un ou l'autre des Etats d'implantation.

Si dans le cadre des Etats développés, ces manipulations portent atteinte aux recettes du Trésor, son impact est encore plus préoccupant lorsqu'elle touche des pays en voie de développement, souvent utilisés de manière abusive par les multinationales.

Ce point, a justement été souligné dans le cadre d'un rapport parlementaire<sup>1035</sup> sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international et plus particulièrement lors de l'audition de certaines ONG, investies dans cette matière.

Une d'entre elle<sup>1036</sup>, présentait alors le cas d'un groupe britannique possédant plusieurs établissements de débit de boisson et de restauration dans différents Etats d'Afrique en voie de développement, comme la Zambie, le Ghana, le Mozambique, la Tanzanie ou l'Afrique du Sud.

Ces dernières, qualifiées de filiales opérationnelles, versent chaque années à différentes sociétés établies en Suisse, à l'île Maurice et au Pays-Bas, des redevances visant à

---

<sup>1035</sup> Rapport d'information n°1243 préc. cit

<sup>1036</sup> Et plus particulièrement l'ONG ActionAid, qui tente de faire prendre conscience au grand public de l'impact négatif des pratiques des entreprises multinationales sur les finances des Pays en voie de développement.

rémunérer l'utilisation de marques et à rémunérer certaines prestations de services à caractère financier, commercial, de marketing, ou portant sur l'achat de matière première. A ces redevances directement liées à la politique prix de transfert du groupe, s'ajoute le versement d'intérêts relatifs à un prêt consenti aux sociétés opérationnelles, sous-capitalisées, par les différentes sociétés établies dans les Etats susvisés.

Ces mécanismes, utilisés dans le cadre de cette stratégie agressive et qui seraient sans aucun doute sanctionnés s'ils entraient dans le champ d'application de la loi française<sup>1037</sup>, permettent de générer d'importantes charges déductibles et de déplacer la matière imposable dans des Etats où la fiscalité est plus faible et de remonter le bénéfice en franchise d'impôt vers les actionnaires par le biais du jeu des conventions fiscales.

Après ces quelques remarques générales nous verrons comment s'opère la manipulation des prix de transfert relativement aux actifs corporels (1°), celle des prestations de services et des actifs incorporels (2°) et comment, celle-ci peut être limitée par la mise en place de certaines obligations déclaratives (3°).

## **1°) La manipulation du prix des actifs corporels**

**661** - Avant l'avènement de l'économie numérique et le développement des services intragroupe dématérialisés, les échanges entre les entités liées concernaient quasiment exclusivement des actifs corporels. S'ils concernent encore aujourd'hui de nombreux groupes internationaux, ils sont tout de même en perte de vitesse au vu de l'évolution de la mondialisation, qui tend aujourd'hui à la fois à pousser vers des approvisionnement locaux et du fait du développement massif des flux dématérialisés.

Pour autant, ces derniers n'échappent pas à certaines pratiques répréhensibles puisqu'il est aisé pour des entreprises liées dans le cadre des achats et des ventes de marchandises, de matières premières, de machines, de terrains ou d'immeubles, de manipuler leurs prix afin d'en retirer un avantage fiscal.

Concernant les actifs corporels, l'idée est nous l'avons souligné, de localiser au maximum les charges dans les pays où la fiscalité est importante et de localiser les produits et donc les marges dans des Etats ou territoires où l'impôt sera plus faible.

---

<sup>1037</sup> Les mécanismes de limitation de la déduction des charges financières, l'acte anormal de gestion ou l'abus de droit, sans compter les dispositifs applicables au transfert de bénéfices pourraient effet s'appliquer à ce type d'hypothèse.

Afin de réaliser cet objectif, l'idée sera de sous-évaluer ou de surévaluer, en fonction de la direction du flux physique, le prix de la transaction. Cette manipulation, va permettre in fine, de transférer l'impôt d'une entité du groupe vers une autre de manière abusive allant à l'encontre du principe de pleine concurrence.

Si ces pratiques doivent en principe être sanctionnées, elles sont difficilement identifiables au vu du nombre de transactions et d'opérateurs impliqués dans ces dernières et ce, même en présence de mécanismes anti-abus.

Cette difficulté est d'ailleurs renforcée par le fait que certaines tolérances sont admises dans le cadre des principes directeurs de l'OCDE, puisqu'il est possible pour les groupes de sous-valoriser certaines transactions entre entités du même groupe, si ces dernières sont compensées par d'autres transactions elles, survalorisées entre les mêmes entités afin de respecter au final, le principe de pleine concurrence.

Pour autant, nous le verrons dans le cadre du contentieux relatif aux prix de transfert que la manipulation des prix relatifs aux actifs corporels est celle qui est le plus à risque pour les opérateurs économiques étant donné qu'il est plus facile pour l'administration fiscale, d'identifier des comparables sur le marché libre et donc, de démontrer du caractère abusif des transactions intragroupe.

## **2°) La manipulation des prestations de service et des actifs incorporels**

**662** - A l'inverse des transactions relatives à des actifs corporels, la manipulation du prix des prestations de services intragroupe, est plus aisée pour les contribuables et plus difficilement identifiable pour les administrations fiscales.

En effet, si le transfert de marchandises d'un pays A vers un pays B est facilement identifiable du fait de l'existence de documents douaniers ou des déclarations d'impositions telles que la TVA ou les droits d'accise, une prestation de service administrative, comptable, financière, juridique ou technique se contrôle et se quantifie avec beaucoup plus de difficultés.

Ces derniers étant volatiles, il est relativement aisé de localiser les portefeuilles de propriétés intellectuelle dans des Etats où la fiscalité est faible et de faire payer des redevances aux filiales opérationnelles afin de déplacer la matière imposable. Ce type de montage est aujourd'hui visé par les travaux de l'OCDE et de l'UE, afin de déplacer la création de valeur à l'endroit où les biens sont consommés.

**663** - Dans le cadre de l'optimisation de la politique prix de transfert relative aux actifs incorporels établis sur différents territoires, si les contribuables doivent en principe utiliser la méthode du partage des bénéfiques, ces derniers essaieront toujours d'utiliser des méthodes leur permettant de procéder à une évaluation unilatérale du coût des opérations intragroupe, ce qui constitue un levier important d'optimisation fiscale et de déplacement de la matière imposable<sup>1038</sup>. En effet, elles permettent de maîtriser l'imposition globale du groupe en centralisant les fonctions, les risques ainsi que les richesses, tout en ne partageant pas les informations fiscales avec les administrations des territoires ou sont implantées les structures opérationnelles.

La promotion de ces méthodes unilatérales, en lien étroit avec l'utilisation des régimes fiscaux privilégiés existant dans certains pays qui promeuvent la localisation de certains actifs et fonctions dans des conditions fiscales très avantageuses, notamment lorsque les administrations fiscales, permettent aux contribuables dans le cadre de leurs implantations, de « *négozier* » leur imposition dans le cadre d'accords préalables sur les prix de transfert, est une des principales difficultés à laquelle doivent faire face les Etats victimes de ces pratiques.

### **3°) Les obligations déclaratives, une limitation de la manipulation des prix de transfert**

**664** - La bonne maîtrise des pratiques en matière de politique prix de transfert par les administrations fiscales, va comme chacun peut s'en douter, dépendre des exigences mises en place par les législations nationales en terme de documentation, sans quoi il sera difficile, sauf dans le cadre d'un redressement, de mettre en lumière les abus pratiqués dans le calcul des rémunérations entre entités liées.

Lorsque l'on s'intéresse aux exigences mises en place dans les différents pays<sup>1039</sup>, on se rend rapidement compte que les Etats réputés pour abriter des entités membres de groupes internationaux ayant pour rôle quasi-exclusif, la réalisation de prestations intragroupe, n'ont que peu d'exigences en matière de prix de transfert, contrairement à ce

---

<sup>1038</sup> Note n°2012-M-032-03 préc. cit.

<sup>1039</sup> En ce qui concerne les obligations déclaratives françaises V.

que l'on retrouve par exemple en France, qui est devenu un des Etats à la réglementation la plus contraignante en la matière<sup>1040</sup>.

Malgré les nombreux travaux de l'OCDE et de l'UE qui visent à promouvoir un rapprochement législatif en cette matière, on se rend rapidement compte qu'il existe d'importantes disparités entre les différents Etats en matière d'obligations déclaratives.

**665 -** *Des obligations déclaratives pour les entreprises françaises de plus en plus lourdes.* Les obligations françaises, ont nous l'avons vu, fortement évolué ces dernières années, afin de lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales déviantes des contribuables.

La première obligation déclarative, codifiée à l'article L 13 AA du LPF<sup>1041</sup> est applicable aux personnes morales établies en France dont : a) le chiffre d'affaires annuel hors taxes ou l'actif brut est supérieur à 400 millions d'euros ; b) qui détiennent directement ou indirectement, plus de la moitié du capital ou des droits de vote d'une entité juridique constituée en France ou hors de France répondant au conditions du a) ; c) qui sont détenues à plus de 50% du capital ou des droits de vote par une entité répondant aux conditions du a) et enfin, aux entreprises appartenant à un groupe intégré, dont un des membres répond à une des conditions précédemment citées. Il est à noter que ces conditions, alternatives, peuvent concerner les personnes morales étrangères disposant un France d'un établissement stable lorsqu'elles sont pour le a) et le c), remplies au niveau de la personne morale étrangères et pour le b), au niveau de l'établissement stable français.

**666 -** Les personnes morales entrant dans le champ d'application de cet article doivent tenir à la disposition de l'administration fiscale, une documentation permettant de justifier la politique prix de transfert appliquée dans le cadre des opérations de toute nature qui sont effectuées entre entités associées au sens de l'article 39, 12 du CGI.

Cette documentation va devoir contenir, une description globale de l'activité exercée par le groupe, de la structure juridique et opérationnelle avec l'identification des différentes entités liées, des fonctions et des risques assumés par les entités, la liste des principaux

---

<sup>1040</sup> Pour une étude approfondie des exigences relatives à la mise en place d'une documentation prix de transfert V. Tax Connect, *Transfer pricing : managing documentation requirements in 30 countries* ; CMS Bureau Francis Lefebvre, 2013.

<sup>1041</sup> Modifié par la Loi n°2014-891 du 8 août 2014, art. 20.

actifs incorporels détenus, ainsi qu'une description générale de la politique prix de transfert mise en place par le groupe.

En plus de ces informations générales, la documentation doit contenir des informations plus spécifiques comme les opérations réalisées avec les entités liées, la liste des accords de répartition des coûts<sup>1042</sup>, les accords prix de transfert et les rescrits étrangers<sup>1043</sup>, la présentation des méthodes de détermination des prix de transfert ainsi que les éléments de comparaison pertinents.

Nous noterons sur ce point que dans la pratique, il existe un marché des bases de données de comparables, certaines sont même mises à disposition par les pouvoirs publics<sup>1044</sup>, par des sociétés commerciales<sup>1045</sup> ou créées sur mesure par les conseils des sociétés afin que ces dernières soient adaptées à la politique de l'entreprise.

Ces éléments doivent permettre à l'administration d'apprécier le respect du principe de pleine concurrence.

Cette obligation documentaire, va être étendue pour les entités implantées dans un ETNC au sens de l'article 238-0 A, ou dans un pays à fiscalité privilégiée au sens de l'article 238 A du CGI et ce, selon les dispositions de l'article L 13 AB du LPF.

Dans l'hypothèse où des transactions seraient réalisées avec une entité liée implantée dans ces Etats, il faudra que les contribuables prévoient la mise en place d'une documentation complémentaire, comprenant les documents qui sont exigés des sociétés assujetties à l'IS et notamment le bilan et le compte de résultat.

**667** - Ces documentations doivent être fournies à l'administration fiscale au moment de l'engagement d'une vérification de comptabilité, dans le cas contraire le contribuable sera mis en demeure de la fournir dans un délai de trente jours.

En cas de défaut ou de documentation incomplète, le contribuable encourt une amende minimale de 10 000 euros qui peut être portée au montant le plus élevé entre 0,5% du montant des transactions non documentées après mise en demeure, ou 5% des rectifications qui seront fondées sur l'article 57 du CGI, c'est à dire en cas de transfert de bénéfices à l'étranger (V. n°276 et s.).

---

<sup>1042</sup> O. MARICHAL et T. SCHMITT, *Accords de répartition des coûts et fiscalité internationale française*, Dr. fisc, 2003, n°48, 43.

<sup>1043</sup> Art. L 80 B du LPF.

<sup>1044</sup> <http://www.SEC.gov/edgar.shtml>.

<sup>1045</sup> <http://www.bvdinfo.com/> ; <http://www.capitaliq.com/> ; <http://www.ktmine.com/> ;

**668** - La deuxième obligation déclarative que nous avons déjà introduite dans le cadre de notre étude été mise en place dans le cadre de l'article 223 quinquies B qui prévoit une obligation de transmission annuelle d'une documentation prix de transfert simplifiée, au plus tard six mois après la date limite de dépôt de la déclaration de résultat, dans les conditions que nous avons vu précédemment (V. n°686).

Cette dernière, va contenir des informations générales sur l'activité et les changements intervenus en cours d'exercice, le listing des principaux actifs incorporels détenus, ainsi qu'une description générale de la politique prix de transfert mise en place par le groupe. Elle devra également contenir des informations spécifiques sur les opérations effectuées entre les entités liées, ainsi que la méthode de détermination des prix de transfert.

Sont exemptées de la fourniture de cette déclaration, les entreprises dont le montant des transactions avec des entités liées étrangères est inférieur à 100 000 euros.

Dans le cadre des groupes intégrés, c'est la société mère intégrante qui sera tenue chaque année, de souscrire la déclaration pour elle et ses filiales concernées<sup>1046</sup>.

Sur ce point, il faut noter que dans le cadre des travaux parlementaires sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de l'économie, l'Assemblée nationale, a dans le cadre de l'article 45 quater A, inséré une modification de cette article. Cette dernière vise à élargir le périmètre des sociétés tenues de déclarer à l'administration leur politique prix de transfert et leurs actifs incorporels. Le nouveau seuil retenu serait de 50 millions d'euros. S'il faut attendre la validation du nouveau dispositif par la Commission mixte paritaire, gageons que ce dernier sera intégré dans notre droit puisque l'Assemblée et le Sénat ont décidé de valider le mécanisme.

Si cette obligation était déjà lourde à mettre en place pour les grandes entreprises (le seuil actuel est pour mémoire de 400 millions d'euros), elle le sera encore plus pour les nouvelles entreprises touchées, peu habituées à ce genre d'obligations déclaratives. Elles devront pour autant anticiper cette nouvelle obligation avec attention afin de limiter au maximum d'éventuels contentieux.

**669** - La troisième obligation pour les contribuables va concerner la mise en place dans le cadre de la loi de finances pour 2016, du « *reporting pays* » (décret du 29 septembre 2016, n°2016-1288), mesure encouragée dans le cadre du rapport BEPS de l'OCDE (V.

---

<sup>1046</sup> Loi n°2015-1785 du 29 décembre 2015, de finances pour 2016, art. 86.



n°466 et s.) et aujourd'hui codifiée à l'article 223 quinquies C du CGI<sup>1047</sup>. Cette dernière est applicable aux groupes multinationaux qui établissent des comptes consolidés et dont le chiffre d'affaires annuel, excède 750 millions d'euros et qui disposent de succursales à l'étranger, ou aux entreprises qui contrôlent ou détiennent, directement ou indirectement, des entités établies hors de France. Le dépôt de cette déclaration est obligatoire et ce, dans les mêmes conditions que la déclaration annuelle de l'article 223 quinquies B du même code. Les informations à fournir concerneront la répartition pays par pays des bénéfices du groupe, des agrégats économiques, comptables et fiscaux, ainsi que des informations sur la localisation et l'activité des entités du groupe. Le défaut ou le retard de déclaration sera sanctionné par une amende de 100 000 euros<sup>1048</sup>.

Le « *reporting pays* », déjà institué dans certains Etats comme L'Irlande, les Pays-Bas, le Mexique ou le Royaume-Uni<sup>1049</sup>, va nécessiter le développement d'accords de coopération, puisqu'il doit à terme emporter un échange automatique d'informations entre les différents pays concernés<sup>1050</sup>.

**670** - Enfin, plus généralement, il est important de souligner qu'au delà des obligations déclaratives, l'administration, selon les dispositions de l'article L 13 B du LPF<sup>1051</sup>, dispose de la possibilité dans le cadre d'une vérification de comptabilité, de demander à une entreprises lorsqu'elle suppose l'existence d'un transfert de bénéfices au sens de l'article 57 du CGI, certaines informations et documents.

Les demandes de l'administration vont pouvoir porter sur la nature des relations avec des entités ou groupements établis hors de France, sur la méthode de détermination des prix des opérations effectuées avec ces entités, sur les activités exercées ou sur le traitement fiscal de ces opérations.

Cette demande, basée sur des présomptions, emportera la mise en place d'un délai de réponse ne pouvant être inférieur à deux mois, et prolongeable de trente jours. En cas de

---

<sup>1047</sup> *Institution d'une obligation pour les grandes entreprises multinationales de souscrire une « déclaration pays par pays »*, Dr. fisc. n°1, comm. 50.

<sup>1048</sup> Nous devons souligner que dans le cadre des débats sur l'adoption de la Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de l'économie, l'Assemblée nationale a souhaité modifier le champ d'application de cet article en élargissant le champ des sociétés devant déclarer à l'administration fiscale les bénéfices pays par pays. Cet article a été supprimé par la Commission du Sénat, suppression devant encore être validée par la Commission mixte paritaire. Cet article visait à abaisser le seuil de chiffre d'affaires au delà duquel il existait une obligation de déclaration à 50 millions d'euros.

<sup>1049</sup> KPMG, *Reporting pays par pays : comparatif des obligations françaises*, janvier 2016.

<sup>1050</sup> FR 55/15, inf. n°31.

<sup>1051</sup> Cette disposition va aujourd'hui concerner surtout les PME.

défaut de réponse ou de réponse insuffisante, l'administration pourra redresser les bases d'impositions selon le mécanisme de la taxation d'office<sup>1052</sup>.

Le contribuable sera par ailleurs passible d'une amende de 10 000 euros pour chaque exercice visé par la demande.

**671 - *Les obligations déclaratives, perspectives internationales.*** En Allemagne, il existe une législation assez similaire à la législation française depuis 2003<sup>1053</sup>, puisque les contribuables sont obligés de prévoir une documentation sur les prix de transfert applicables aux transactions transfrontalières avec des entités liées. Ces dernières doivent être accompagnées de justificatifs écrits, comme des contrats pour pouvoir être admissibles en tant que telles pour l'administration fiscale allemande.

Par ailleurs, la législation allemande oblige les contribuables à prévoir pour certaines opérations spécifiques comme les restructurations internes ou les contrats long terme, des documentations et des justifications particulières à fournir dans les 6 mois suivant la clôture de l'exercice dans lequel elles ont eu lieu<sup>1054</sup>.

Il est intéressant de noter que l'Allemagne a également mis en place une documentation allégée qui sera applicable aux plus petites sociétés, qui réalisent des transactions avec des entités liées d'un montant inférieur à 5 millions d'euros par ans, ou dont la somme des paiements pour des services intragroupe n'excède pas 500 000 euros.

Pour autant, ces contribuables doivent pouvoir justifier par la production de contrats, les prestations effectuées entre entités liées à la demande de l'administration.

Plus généralement, dans le cadre de la documentation prix de transfert, il sera nécessaire d'apporter des informations sur la structure du groupe et son actionnariat, les activités exercées, les liens, flux et prestations effectuées avec les entités liées qui doivent être identifiées, une analyse fonctionnelle et des risques liés à la chaîne de production de valeur, ainsi qu'une analyse et une justification de la politique prix de transfert choisie. Cette documentation doit être fournie dans les 60 jours de la demande de l'administration dans le cadre d'un audit fiscal. Si le contribuable ne la fournit pas ou qu'elle ne serait pas utilisable, il encourt une pénalité de 5 000 euros ou de 5% à 10% du chiffre d'affaires si la pénalité excède 5 000 euros ; par ailleurs une pénalité de 100 euros par jour de retard (jusqu'à 1 million d'euros) est également applicable.

---

<sup>1052</sup> BOI-CF-IOR-50-20

<sup>1053</sup> Sect. 90. paragraphe 3 du Code allemand des impôts.

<sup>1054</sup> Sect. 1, paragraphe 3 de la législation fiscale internationale allemande du 12 août 2008.

Il est à noter enfin que l'absence de documentation ou son caractère incomplet, fait peser la charge de la preuve sur le contribuable.

**672** - En Italie, la législation fiscale ne prévoit pas d'obligations spécifiques en matière de documentation prix de transfert, si ce n'est que le contribuable doit pouvoir dans le cadre d'un contrôle fiscal, justifier de la nature et de la facturation des prestations intragroupe. En revanche, si le contribuable prend l'initiative de mettre en place une documentation prix de transfert en amont d'un contrôle fiscal et qu'il en informe l'administration, il ne fera pas l'objet de pénalités dans le cadre d'un redressement. Quelque soit la situation en matière de documentation prix de transfert, la charge de la preuve repose sur l'administration fiscale italienne.

**673** - Au Luxembourg, à l'instar de ce que l'on a vu pour l'Italie, il n'existe pas d'exigences spécifiques en matière de documentation prix de transfert à l'exception de la mise en place d'une procédure d'accord préalable sur les prix de transfert qui nous l'avons vu, pose de nombreux problèmes aujourd'hui. Elle nécessite dans le cadre de la négociation avec l'administration d'identifier, de quantifier et d'évaluer les prestations intragroupe. Dans le cadre de la négociation de ce type d'accord, <sup>toutes</sup> les informations relatives à la structure du groupe, aux actionnaires, aux entités liées, aux flux, aux activités exercées et aux clés de répartition choisies doivent être fournies à l'administration fiscale.

Si la préparation d'une documentation prix de transfert n'est pas nécessaire il faudra que le contribuable soit capable dans le cadre d'un contrôle fiscal, de justifier de sa politique de rémunération intragroupe. Pour autant, la charge de la preuve reposera toujours sur l'administration fiscale.

**674** - La législation des Pays-Bas, prévoit pour l'ensemble des contribuables, la mise en place d'une documentation prix de transfert pour les transactions effectuées entre entités liées, bien que cette notion ne soit pas clairement définie par la loi. Cette documentation doit démontrer comment les prix de transfert respectent le principe de pleine concurrence. Pour autant, la législation hollandaise prévoit simplement une documentation générale et brève, il n'est pas nécessaire de justifier les prix pratiqués par l'existence de comparables sur le marché libre. Par ailleurs, cette documentation n'a pas à être préparée en amont, elle doit simplement être fournie dans un délai raisonnable en cas de demande de

l'administration fiscale. Par ailleurs, aucune pénalité n'est applicable en cas de défaut du contribuable dans la fourniture des informations, cependant dans ce cas, la charge de la preuve du respect du principe de pleine concurrence reposera sur le contribuable.

**675** - La Suisse, ne prévoit également pas d'obligations spécifiques en matière de documentation prix de transfert, pour autant, comme dans la majorité des cas, il peut être conseillé aux contribuables d'en prévoir une, afin que cette dernière puisse servir de base aux justifications apportées dans le cadre d'un contrôle fiscal portant sur la facturation des prestations intragroupe. Cette documentation permettra de renverser la charge de la preuve au profit du contribuable.

**676** - Au Royaume-Uni il n'existe pas de législation spécifique à la documentation prix de transfert, mais les principes imposés par le droit anglais en matière d'audit interne sur l'imposition des entreprises, obligent les contribuables à prévoir une documentation prix de transfert, afin de respecter les procédures de déclaration d'impôt, notamment pour ce qui concerne les ajustements des profits réalisés entre entités liées qui diffèreraient du principe de pleine concurrence.

Ces obligations, ne concernent pas les contribuables ayant le statut de PME communautaire<sup>1055</sup>, c'est à dire dont l'effectif est inférieur à 250 personnes, dont le chiffre d'affaires n'excède pas 250 millions d'euros et si elle ne détiennent pas, ou ne sont pas détenues à plus de 25% par ou dans une ou plusieurs entreprises et qu'elles n'établissent pas de comptes consolidés.

La documentation doit présenter l'ensemble des transactions effectuées entre les entités liées c'est à dire en présence d'une situation de contrôle ou de contrôle commun, mais également en cas de participation à 40% au moins dans une joint-venture.

La documentation prix de transfert devra respecter les standards fixés dans le cadre du Code de conduite européen en matière de prix de transfert (V. n°342 et s.), il est à noter que cette dernière, n'a pas à être fournie de manière spontanée, elle doit être remise à l'administration fiscale qui en fait la demande dans un délai de 30 jours.

En cas de redressement des bases d'imposition, si le contribuable n'a pas respecté le principe de pleine concurrence, la pénalité sera égale à la totalité de l'impôt élué, cette

---

<sup>1055</sup> Règlement n°800/2008 du 6 Août 2008, sur les catégories d'aide compatibles avec le marché intérieur.

dernière pouvant être réduite à 30% pour négligence et à 70% en cas d'erreurs volontaires.

**677** - Enfin, aux Etats-Unis la législation<sup>1056</sup> oblige les contribuables à préparer une documentation prix de transfert très développée, regroupant des informations sur le groupe (actionnariat, structure, entités liées) et sur ses activités. Cette documentation doit inclure une approche légale et économique des prix des transactions intragroupe, des informations relatives aux stratégies de marchés et de partage des coûts, des informations sur les méthodes de détermination des prix de transfert et leur justification, ainsi que des arguments sur la non sélection des autres méthodes de détermination, la description des transactions, ainsi que les documents juridiques les approuvant et les définissant. Elle doit enfin comprendre la description, des comparables utilisés ainsi qu'une analyse structurelle et économique des différentes transactions.

Cette obligation s'applique à l'ensemble des contribuables, dès lors qu'il s'agit d'opérations effectuées entre entités liées (il existe un contrôle direct ou indirect, sans que cette notion soit plus détaillée) et doit être fournie à l'administration fiscale si cette dernière en fait la demande, elle doit être révisée lors de chaque exercice fiscal.

En cas de redressement, le contribuable encourt à la fois une pénalité transactionnelle et une amende, ces dernières sont calculée en fonction du montant d'impôt qui a été éludé et peuvent être réduites en cas de bonne foi.

La pénalité transactionnelle est applicable si le prix défini par le contribuable est supérieur à 200% ou inférieur à 50% de la valeur de marché, dans ce cas elle sera de 20% du montant éludé, si en revanche le prix défini par le contribuable est supérieur à 400% ou inférieur à 25% de la valeur de marché, la pénalité sera de 40%.

L'amende, sera elle fonction de l'avantage retiré de la diminution de la base d'imposition, soit un montant de 20% ou de 40% du montant éludé en fonction de ce que ce dernier représente 5 millions de dollars ou 10% des recettes brutes ou 20 millions de dollars ou 20% des recettes brutes.

---

<sup>1056</sup> Sect. 482 et 6662 du Code des impôts.

## **B) Un contentieux important permettant d'illustrer la stratégie des administrations fiscales**

**678** - Le contexte entourant les prix de transfert est nous l'avons vu, relativement difficile à cerner tant les implications entre les opérateurs, les législations et les différents instruments d'optimisation fiscale sont complexes, le contentieux ne va donc pas échapper à ces difficultés. Nous allons dans un premier temps revenir sur certaines affaires qui ont marqué la matière (1°), sur la manière avec laquelle l'administration fiscale va remettre en cause les prix de transfert pratiqués par les contribuables (2°) et nous nous intéresserons à des exemples de contentieux étrangers (3°).

### **1°) Les prix de transfert : un contentieux varié et complexe**

**679** - *Un contentieux relativement vaste.* Ce dernier peut en effet concerner différentes problématiques. Nous allons revenir ici sur certaines problématiques qui permettent d'illustrer ce propos.

**680** - *L'utilisation des fiscaux privilégiés.* Si cette problématique se retrouve de moins en moins dans le cadre des contentieux de par la mise en place de nombreux obstacles législatifs, douaniers mais encore du fait de l'absence de conventions fiscales bilatérales dans le cadre des ETNC et d'autre part, parce que les pratiques liées à l'utilisation de structures implantées dans ces Etats et territoires, sont difficiles à identifier et recouvertes d'une apparence de légalité.

Pour autant, les contribuables n'hésitent pas dans certains cas à utiliser des Etats à fiscalité privilégiée au sens de l'article 238 A du CGI, voire dans certains cas des ETNC au sens de l'article 238-0 A et ce, même si les obligations déclaratives sont dans ce cas alourdies comme en dispose l'article L 13 AB du CGI (V. n°666). Ces mécanismes vont nécessiter afin que l'activité ne soit pas remise en cause, une réalité de l'activité (substance), ainsi que la justification de la normalité des dépenses liées aux opérations effectuées avec des entités établies dans ces Etats et qui ne doivent donc pas être exagérées, ce qui va limiter le risque de manipulation.

Afin de contourner ces problématiques, les contribuables utilisent donc pour avoir accès à ces Etats ou territoires, des montages complexes qui impliquent des structures

intercalaires implantées entre la France et le pays concerné, ce qui permet de bénéficier dans un premier temps des dispositions de la convention fiscale applicable entre la France et l'Etat intercalé, puis dans un second temps, de bénéficier du réseau conventionnel de ce dernier, choisi pour sa souplesse, afin de réaliser des opérations avec l'Etat à fiscalité privilégiée. On pense ici notamment aux réseaux conventionnels favorables du Luxembourg, des Pays-Bas de l'Irlande ou de la Suisse<sup>1057</sup>.

**681 -** *L'hypothèse de l'établissement stable.* La présence ou non d'un tel établissement sur le territoire national, va permettre d'imposer les bénéfices réalisés par ce dernier dans l'Etat où il est implanté, elle est donc un enjeu majeur de cette matière.

Normalement, les entreprises doivent déclarer la présence d'un établissement stable opérant sur le territoire national, mais n'effectuent pas toujours cette formalité.

Par ailleurs, ces dernières vont parfois pour des raisons fiscales, essayer d'éviter la qualification d'établissement stable<sup>1058</sup> en utilisant certains contrats particuliers.

Si l'on s'intéresse par exemple au contrat de commissionnaire<sup>1059</sup>, le Conseil d'Etat<sup>1060</sup>, suite à un long contentieux a eu l'occasion de s'intéresser à la situation du groupe Zimmer, spécialisé dans la production et distribution de produits orthopédiques. La distribution des produits en France était assurée par une filiale britannique par le biais d'un acheteur revendeur (Zimmer SAS), transformé par la suite en commissionnaire. L'administration fiscale a tenté de contester cette réorganisation en comparant la situation antérieure et postérieure à la transformation, en fonction de la convention fiscale franco-britannique du 21 mai 1968, qui indiquait qu'un agent dépendant, constituait un établissement stable. L'administration soutenait pour appuyer son raisonnement que le commissionnaire, ne pouvait commercialiser les produits sans l'accord de la société britannique et agissait pour le compte de la société britannique. Elle a donc estimé que la

---

<sup>1057</sup> On pense aux montages appelés vulgairement sandwich, très utilisés dans le développement international des groupes notamment liés à la nouvelle économie.

<sup>1058</sup> Sur la notion d'établissement stable et ces conséquences fiscales, V. B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 10<sup>ème</sup> édition, n°700 et s.

<sup>1059</sup> S. GELIN, *Du nouveau sur le régime fiscal du commissionnaire* : FR 25/07, p. 17 et s. ; *La mort fiscale du commissionnaire ?* : Option fin. 14 mai 2007, p. 24 et s. – J.-L. PIERRE : Qualification d'établissement stable pour une société française commissionnaire d'une société étrangère, note ss. CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch. B., 2 février 2007, n°05PA02361, Sté Zimmer Ltd ; Dr. des sociétés 2010, n°7, comm.153.

<sup>1060</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 31 mars 2010, n°304715 et 308525, Sté Zimmer Ltd. ; Dr. des sociétés 2010 n°7, comm.153 ; JCP E 2010, 1433 ; Dr. fisc. 2010, n°16, comm. 289, concl. J. BURGUBURU, note E. RIVIERE, P. ESCAUT et E. BONNEAUD ; RJF 2010, n°568.

société britannique possédait un établissement stable en France au sens des dispositions de la convention.

Si les juridictions de première instance<sup>1061</sup> et d'appel<sup>1062</sup>, ont confirmé la position de l'administration fiscale qui avait également affirmé que la société possédait en France une installation fixe d'affaires (argument écarté en appel), le Conseil d'Etat a quant à lui, donné raison au contribuable.

Sur la question de l'existence d'une installation fixe d'affaires, la position de la Cour d'appel n'a pas été validée au motif que l'administration n'avait pas démontré l'existence d'une telle installation, puisque les locaux et personnels, étaient propres à Zimmer SAS pour la réalisation de son activité de commissionnaire.

Plus généralement, en ce qui concernait la question de la dépendance, cette dernière ne pouvait constituer un critère de définition de l'établissement stable au regard des définitions retenues par l'OCDE dans le cadre du modèle de Convention fiscale<sup>1063</sup>, modèle repris dans le cadre de la Convention franco-britannique.

La dépendance qui n'était pas contestée en l'espèce, nécessitait selon la Haute juridiction, de s'interroger sur le fait que le commissionnaire avait ou non, la possibilité de signer des contrats au nom de son commettant.

Le Conseil d'Etat a, sur la base de ces arguments, écarté l'existence d'un établissement stable et a validé la position du contribuable puisque le commissionnaire, ne pouvait être considéré comme un intermédiaire opaque, engageant directement le commettant, le Conseil d'Etat faisant prévaloir ainsi la réalité des opérations sur les stipulations contractuelles<sup>1064</sup>.

Dans l'hypothèse où l'administration serait en mesure de démontrer l'existence d'un établissement stable, il faudrait alors effectuer une analyse prix de transfert, dans le but d'évaluer le montant des profits à attribuer à ce dernier<sup>1065</sup>.

Si l'administration fiscale arrive à établir l'existence d'un établissement stable, elle va pouvoir recourir à la procédure de taxation d'office. Dans le cas de l'affaire Zimmer, puisque l'établissement stable aurait été imposé directement et non la filiale, les déficits reportables de cette dernière n'auraient pas pu être utilisés.

---

<sup>1061</sup> TA Melun, n°021167/3, 27 janvier 2005 ; JCP E, 2010, n°17, 1433.

<sup>1062</sup> CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch. B, 2 février 2007, n°05PA02361, Sté Zimmer Ltd, préc. cit.

<sup>1063</sup> Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune : Rapp. Comité fiscal de l'OCDE, 1963, comm. art. 5, § 14, p. 77).

<sup>1064</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 1<sup>er</sup> juin 2005, n°259617, Nouvelle-Calédonie c/ Sté Allianz-Vie et n°259618, Nouvelle-Calédonie c/ SA Eagle Star Vie ; Dr. fisc. 2006, n°7, comm. 177, concl. P. COLLIN.

<sup>1065</sup> OCDE : Attribution de bénéfices aux établissements stables » (sections D-2 et D-3 de la partie I).



**682** - *Les hypothèses de sous-capitalisation.* Ces dernières, qui font l'objet aujourd'hui d'une attention particulière de la législation anti-abus française mais également de nombreux autres Etats<sup>1066</sup>, sont centrales dans cette matière.

Pour mémoire, la preuve de la sous-capitalisation va se trouver dans l'existence d'un rapport élevé entre les fonds d'emprunts et les capitaux propres dans le passif de la société. Si une situation de sous-capitalisation peut se rencontrer en cas de grandes difficultés financières, elle peut également résulter d'un comportement assumé des contribuables visant à minorer le niveau d'imposition dans un Etat où la fiscalité est considérée par ces derniers comme étant trop élevée.

Du fait de l'insuffisance de fonds propres, la filiale sous-capitalisée ne peut financer ses activités que par le biais d'emprunts généralement souscrits auprès d'une société du même groupe ou d'un tiers. Du fait de la garantie apportée par la société mère, les conditions du prêt notamment au niveau de son taux, ne pourront pas être remises en cause, ce qui peut bloquer certains dispositifs anti sous-capitalisation, sauf pour la limitation de la déduction des charges financières.

**683** - *L'application de la théorie de l'acte anormal de gestion* (V. n°157 et s.). Celle-ci sera importante notamment dans des situations nationales où l'article 57 du CGI ne pourra pas être appliqué. Ce mécanisme s'intègre parfaitement dans la remise en cause des prix de transfert, puisqu'il vise à remettre en cause les dépenses ou pertes, mises à la charge d'une entreprise en privant cette dernière de la réalisation d'une recette ou d'un profit, ce qui n'est justifié par aucun intérêt lié à l'exploitation.

L'avantage de l'application de la théorie de l'acte anormal de gestion est par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire, contrairement à l'article 57 du CGI (V. n°276 et s.), d'établir un lien de dépendance entre l'entité établie en France et celle qui est établie à l'étranger, pour réintégrer aux résultats de l'entité française les bénéfices qui ont été transférés.

**684** - *L'application de l'abus de droit.* Dans ce cadre, la procédure de l'abus de droit pourra être engagée par l'administration fiscale lorsque la politique prix de transfert mise en place par le contribuable s'appliquera à des transactions, ou aura son origine dans des

---

<sup>1066</sup> *Thin capitalization legislation : A background paper for country tax administration*, OECD publication, 2012. J. BLOUIN, H. HUIZINGA, L. LAEVEN and G. NICODEME, *Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure*, IMF Working Paper, WP/14/12.

opérations de restructuration dont il sera établi par l'administration, qu'elles n'ont qu'un objectif exclusivement fiscal.

Il est à noter que la procédure de l'abus de droit peut se combiner avec l'application de l'article 209 B du CGI (V. n°265), qui vise à dissuader les opérations de réorganisation d'entreprises mises en place dans le but d'implanter des filiales dans des pays à fiscalité privilégiée afin de réduire le montant de l'impôt acquitté en France.

## **2°) La démarche de l'administration dans la remise en cause des prix de transfert avec des entités étrangères**

**685** - Classiquement nous l'avons vu, le mécanisme utilisé par l'administration fiscale en cas de contrôle des prix de transfert dans le cadre des relations internationales est celui de l'article 57 du CGI. Cet article, est applicable « *aux entreprises relevant de l'impôt sur le revenu et (par application de l'article 209, I du CGI), aux entreprises passibles de l'impôt sur les sociétés* ». Son champ d'application est donc on le voit relativement important, ce qui a permis par exemple d'y soumettre différents types d'entités. Il a même été appliqué dans le cadre d'une relation entre une entité française et une association établie au Liechtenstein, dans la mesure où cette dernière exerçait une partie de son activité de manière lucrative<sup>1067</sup>, ou à une succursale française d'une société Belge, même dépourvue de personnalité juridique<sup>1068</sup>, solution validée par le Conseil d'Etat.<sup>1069</sup>

**686** - *L'existence nécessaire d'un lien de dépendance.* L'administration doit démontrer l'existence de ce lien entre les entités entre lesquelles a lieu la transaction<sup>1070</sup>.

Si l'administration arrive à démontrer la dépendance directe ou indirecte, le contribuable devra, afin d'éviter la réintégration des sommes litigieuses dans l'assiette taxable française, démontrer qu'il ne s'agit pas d'un acte de gestion anormal, en prouvant notamment que la transaction fait l'objet de contreparties suffisantes et réelles<sup>1071</sup>.

---

<sup>1067</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 février 1991, n°48780, SARL d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied ; Dr. fisc. 1992, n°13, comm. 664, concl. O. FOUQUET ; RJF 1991, n°401.

<sup>1068</sup> CAA Douai, 2<sup>ème</sup> ch, 4 juin 2013, n°12DA00907, Sté Sodirep Textiles SA NV préc. cit.

<sup>1069</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 novembre 2014, n°370974, Sté Sodirep Textiles SA-NV préc. cit.

<sup>1070</sup> Nous rappellerons que la démonstration du lien de dépendance n'est pas nécessaire lorsque l'on est en présence d'une activité exercée dans un Etat à fiscalité privilégiée ou un ETNC au sens des articles 238 A et 209 B du CGI.

<sup>1071</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 mars 2011, n°342099, Sté Soutiran préc. cit.

Si le lien de dépendance n'est pas défini dans le cadre de ces dispositions législatives, elle s'appréciera comme dans d'autres branches du droit, en droit et en fait.

La dépendance de droit va s'apprécier par exemple par l'existence d'un lien capitalistique démontrant une participation prépondérante dans le capital d'une entreprise, de la possession de la majorité des droits de vote<sup>1072</sup>, ou lorsqu'elle est exercée de manière interposée selon ces mêmes critères.

En ce qui concerne la dépendance de fait, cette dernière va nécessiter la démonstration de l'existence de liens contractuels particuliers, ou la spécificité des relations entre les entités. Elle a ainsi pu être établie par l'administration fiscale pour les gérants, administrateurs ou directeurs de l'entreprise, ainsi que les membres de leur famille. Elle a également été reconnue à l'encontre des entreprises placées sous la dépendance de l'entreprise dirigeante, mais également pour toute personne possédant un intérêt dans le commerce ou l'industrie de chacune des entreprises, ou ayant une part dans le capital<sup>1073</sup>. On a ainsi pu la retrouver dans le cas de la fixation par une entité étrangère, des prix pratiqués par une société française, qui devait par ailleurs verser à la première, des redevances de droit de marque importantes<sup>1074</sup>.

Cette conception de la dépendance relativement large, est encore plus libérale dans le cadre de la jurisprudence puisque cette dernière, considère que la preuve d'un lien financier (détention de la majorité du capital), suffit à caractériser la dépendance, en cas de versement de sommes hors de proportions avec les services rendus<sup>1075</sup>. On l'a ainsi retrouvée dans l'hypothèse d'une société française placée sous la dépendance d'un exploitant Suisse, détenant les marques que la société française revendait et qui avait un droit de veto sur les décisions commerciales de cette dernière<sup>1076</sup>.

Un lien de dépendance a ainsi pu être établi entre une société française et des sociétés étrangères, lorsque ces sociétés ont été créées et financées par le principal actionnaire de la société française. En revanche, ce lien n'est pas établi, si l'administration se borne à alléguer sans preuve tangible, que les sociétés étrangères, étaient contrôlées par le directeur du département exportation de la société française<sup>1077</sup>.

---

<sup>1072</sup> CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 11 février 1997, n°94-511, SA Borsumij Whery France ; Dr. fisc. 1998, n°38, comm. 801, concl. M. MARTEL ; RJF 1998, n°245.

<sup>1073</sup> BOI-BIC-BASE-80-20 n°40.

<sup>1074</sup> CE, 23 mars 1953, n°75326 ; RO p. 226, RI 7934.

<sup>1075</sup> CE, 6 mai 1966, n°62129 ; Dr. fisc. 1966, n°24, comm. 605 ; Dupont 1966, p. 340 ; RO, p. 159.

<sup>1076</sup> CE, 2 juin 1976, n°94758 ; RJF 1976, n°371.

<sup>1077</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 janvier 1992, n°77015, SA Orose et Me Gourdain ; Dr. fisc. 1992, n°26, comm. 1230 ; RJF 1992, n°314.

Plus récemment, une Cour d'appel a jugé qu'une société anglaise de vente était sous la dépendance d'une société française, du fait que cette dernière assurait l'ensemble de l'activité de commercialisation, alors que la société anglaise ne disposait d'aucune adresse de domiciliation, n'employait pas de personnel et ne payait aucun loyer<sup>1078</sup>.

La jurisprudence a ainsi pu appliquer le dispositif de l'article 57 du CGI, dans le cas d'une société française à qui un groupe néerlandais, dont le gérant de la société française était actionnaire, a imposé l'interposition d'une société du groupe installée en Suisse et qui, sans intervenir dans le circuit de commercialisation, procédait à des refacturations des marchandises commandées en Belgique auprès d'une autre entité du groupe en majorant les prix<sup>1079</sup>. Il a aussi été appliqué dans le cas où une entité française assurant la distribution exclusive d'ouvrages édités par une entité Suisse, dont une des filiales mettait à disposition de la société françaises des locaux et du matériel et que par ailleurs, les deux sociétés avait une activité identique et un gérant commun<sup>1080</sup> ou encore, dans le cas d'une entité française dont la marge de distribution était fixée par une entité Suisse et qui lui accordait des délais de paiement anormalement brefs<sup>1081</sup>.

La jurisprudence a donc on le voit, une interprétation extensive du lien de dépendance, tout en mettant en place certains garde fous. Il a été ainsi admis que le simple fait de réaliser un chiffre d'affaires important avec une entité étrangère<sup>1082</sup>, d'identifier ou une communauté d'intérêt, doublée d'une indépendance économique<sup>1083</sup>, ne peut suffire à caractériser la dépendance de fait.

**687 - La preuve d'un transfert de bénéfice.** L'administration doit également apporter cette preuve sauf lorsque l'activité est exercée avec une entité implantée dans un ETNC ou un pays à fiscalité privilégiée où il existe alors une présomption de transfert de bénéfice.

---

<sup>1078</sup> CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 15 octobre 2013, n°12BX00050, SARL Malmezat Prat ès qual. ; RJF 2014, n°321.

<sup>1079</sup> CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 11 mars 1993, n°92-227, Vanstahl France ; Dr. fisc. 1993, n°49, comm. 2359, concl. J. FELMY ; RJF 1993, n°805.

<sup>1080</sup> TA Paris 1<sup>ère</sup> section, 3<sup>ème</sup> ch., 13 février 1997, n°93-7089 et 93-7090, SARL Les amis de l'histoire ; RJF 1997, n°1014.

<sup>1081</sup> CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 30 avril 2004, n°99-2135, Sté Firmenich et Cie ; RJF 2004, n°866.

<sup>1082</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 mars 1978, n°5125 ; Dr. fisc. 1979, n°4, comm. 85, concl. P. RIVIERE ; RJF 1978, n°227.

<sup>1083</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss. sect., 18 mars 1994, n°68799 et 78014, SA Sovemarco-Europe ; Dr. fisc. 1994, n°40, comm. 1703, note G. TIXIER et Th. LAMULLE ; RJF 1994, n°532, concl. Ph. MARTIN p. 290. V. également : P.-Y. BOURTOURAUULT et M. BENARD, *Relations intragroupe, prix de transfert et acte anormal de gestion : vers une convergence des règles de preuve applicables aux opérations nationales et internationales ?* Dr. fisc. 2009, n°50, comm. 576 ; RJF 1994, n°532.

Pour se faire, l'administration reprend à son compte le mécanisme de comparaison, en étudiant les pratiques des entreprises comparables sur le marché libre, afin d'identifier dans la transaction litigieuse, l'existence d'un avantage sans contrepartie. Elle démontrera par exemple l'existence d'un écart non justifié entre le prix convenu et la valeur réelle de la prestation ou du service rendu<sup>1084</sup>.

Dans ce cadre, un des axes de défense du contribuable, va consister à insister sur le fait que l'administration va devoir démontrer que l'avantage sans contrepartie existait au moment de la réalisation de l'opération ou de la transaction. Il ne doit donc pas être la conséquence d'événements ultérieurs ne dépendant pas de la volonté du contribuable. Ce principe a été retenu pour l'appréciation de la valeur d'un brevet, qui doit être valorisé à la date de son acquisition et non pas de manière rétrospective en fonction des profits acquis ensuite par le cessionnaire<sup>1085</sup>.

**688** - En fonction de la situation fiscale des pays impliqués, le montant du prix payé ou de la redevance peut être au dessus ou en dessous du prix de marché. Si une survalorisation du prix représente l'hypothèse classique du transfert de bénéfice, l'hypothèse de la sous-valorisation n'est pas une hypothèse d'école, puisqu'elle permet de ne pas transférer le bénéfice d'un Etat où la fiscalité est avantageuse, vers un Etat où elle est plus lourde. L'administration a précisé sur ce point, que la déduction des redevances versées aux sociétés mères étrangères, ne peut être autorisée que lorsque le bénéfice net de la filiale est au moins égal à celui réalisé par une entreprise française exerçant une activité similaire et intégrant les services qui font l'objet des redevances considérées<sup>1086</sup>.

**689** - *L'hypothèse des prêts sans intérêts*. Ce mécanisme, permet nous l'avons vu, d'échapper à toute ou partie de l'impôt du fait des problématiques de qualification juridique entre les Etats impliqués. Il a été considéré dans ce genre d'hypothèse, que devait être réintégré dans le bénéfice imposable d'une filiale française, un intérêt correspondant au taux normal qui aurait été applicable à la somme en question, si la société mère qui a perçu cette somme avait contracté un emprunt auprès d'un

---

<sup>1084</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 novembre 2005, n°266436 et 266438, min.c/ Sté Cap Gemini ; Dr. fisc. 2006, n°14, comm. 311, concl. E. GLASER ; Dr. sociétés 2006, comm. 15, note J.-L. PIERRE ; RJF 2006, n°17.

<sup>1085</sup> CE, 16 mars 1990, n°41059, Sté Ford France ; Dr. fisc. 1990, n°42, comm. 1886 ; RJF 1990, n°513.

<sup>1086</sup> BOI-BIC-BASE-80-20 n°210.

établissement de crédit. En revanche, dans l'hypothèse où le taux d'intérêt applicable à l'opération est supérieur au taux du marché, il n'y a pas transfert de bénéfice, si toutefois, ce taux reste inférieur au taux moyen pratiqué en France<sup>1087</sup>. A également été sanctionnée une société mère française, qui a transféré un bénéfice dans un autre pays, en octroyant à une filiale un prêt sans intérêt pendant plusieurs années<sup>1088</sup>.

Il est à noter que dans certaines hypothèses, la libéralité normalement sanctionnée peut être admise en déduction, si elle correspond à une gestion commerciale normale et permet par exemple d'ouvrir ou préserver, certains débouchés commerciaux<sup>1089</sup>.

**690 - L'hypothèse des aides et abandons de créances.** Ces derniers mis en place dans le cadre des groupes de sociétés dans lesquels certaines entités, plus heureuses en affaires, peuvent être amenées à consentir aux entités moins en réussite, des aides de nature diverse. Il peut s'agir d'un abandon de créance, d'aides ou de subventions ou de manière indirecte, par le biais de la prise en charge de certains frais. Elle peuvent également être accordées par le biais de ventes, d'achats et prestations passés à des conditions, qui différent des prix du marché.

En partant de ces différentes pratiques, s'est développée une importante jurisprudence relative aux aides, en fonction de leur caractère commercial ou financier.

Depuis les exercices clos à partir de 4 juillet 2012 les aides à caractère financiers ne peuvent plus être déduites par les contribuables, en dehors de certaines hypothèses très spécifiques, comme l'existence d'un accord homologué dans les conditions de l'article L 611-8 du Code de commerce ou dans le cadre d'une procédure de sauvegarde judiciaire au sens des articles L 620 à L 628-7 du Code de commerce, de redressement judiciaire au sens des articles L 631-1 à L 632-4 du Code de commerce, de liquidation judiciaire au sens des articles L 640-1 à L 644-6 du Code de commerce<sup>1090</sup> ou enfin, de toute procédure d'insolvabilité mentionnée au sein de l'annexe A du règlement CE n°1346/2000 du Conseil du 20 mai 2000<sup>1091</sup>.

La jurisprudence, a sanctionné dans cette matière, de nombreuses pratiques comme l'octroi direct d'un abandon de créance à des succursales de filiales étrangères, alors que

---

<sup>1087</sup> CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch. 26 mars 1992, n°90-433, Ouitrop-Easteners ; RJF 1992, n°1314.

<sup>1088</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 novembre 1982, n°24360 ; Dr. fisc. 1983, n°22, comm. 1127, concl. Ph. BISSARA ; RJF 1983, n°16.

<sup>1089</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 juin 1982, n°23342, Cie générale de radiologie ; Dr. fisc. 1983, n°6, comm. 191, concl. C. SCHRICKE ; RJF 1982, n°637.

<sup>1090</sup> Art. 39, 13 al. 2 du CGI.

<sup>1091</sup> BOI-BIC-BASE-50-20-10 n°63.

ces dernières connaissaient une situation nette positive leur permettant de distribuer des dividendes<sup>1092</sup>. Dans bien des cas, en ce qui concerne les recettes ou créances, le transfert de bénéfices va s'opérer de manière indirecte, c'est à dire que l'entité créancière va renoncer à son droit. Dans ce cas et en l'absence de contrepartie permettant de démontrer d'une gestion commerciale normale, l'administration pourra prouver l'existence d'un transfert de bénéfice. Il est à noter qu'a également été sanctionné, l'octroi d'abandons de créances trop importants au vu de la faiblesse du chiffre d'affaires réalisé par les filiales, sans que cela soit justifié par une stratégie de développement commercial<sup>1093</sup>.

**691 - L'hypothèse de la facturation à des prix anormaux.** Ce type de comportement, qui correspond à un acte de gestion anormal, peut être constitutif d'un transfert de bénéfice. Il va être apprécié au cas par cas, en étudiant les similarités ou les différences entre les prestations litigieuses et celles effectuées entre des entités équivalentes.

On retrouve de nombreux exemples de ce contentieux dans le cadre de la jurisprudence française.

N'ont ainsi pu être remises en cause, des commissions versées par une société mère allemande à une filiale française pour un montant de 3%, alors que l'administration faisait état d'un montant de 8% pour les sociétés qui exerçant une activité similaire, sans pour autant pouvoir démontrer que la rémunération était rattachée à la fourniture de services identiques<sup>1094</sup>.

Afin de remettre en cause la facturation, l'administration va donc devoir s'intéresser au delà du prix de la prestation, au contexte de cette dernière et aux avantages retirés par les entités comme, les délais de paiement octroyés, les garanties offertes ou encore les frais couverts<sup>1095</sup>.

**692 - La question des frais communs.** En ce qui concerne ces derniers, l'administration devra s'intéresser aux méthodes de calculs retenues, notamment dans la répartition de ces frais entre les différentes entités et effectuer un test de cohérence avec les opérations facturées. La rémunération d'un dirigeant ou d'un cadre détaché, peut ainsi être

---

<sup>1092</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 avril 2008, n°281033, SA Guerlain, préc. cit.

<sup>1093</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 mars 2008, n°296625, SA Tornier ; RJF 2008, n°639 ; BDCF 2008, n°72, concl. P. COLLIN.

<sup>1094</sup> CAA Paris, 20 novembre 1990 n°1172, Reynolds Tobacco France ; RJF 1991, n°255. A contrario V. CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 31 juillet 1992, n°61286, SNAT ; RJF 1992, n°1468.

<sup>1095</sup> CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 6 juillet 1995, n°92-110 et 92-272, SA VAG France ; Dr. fisc. 1996, n°3, comm. 27, concl. B. COMMENVILLE ; RJF 1995, n°362.

refacturée à différentes entités du groupe, il faudra pour autant que cela soit justifié par l'existence d'une contrepartie, comme la promotion commerciale ou la conservation de débouchés commerciaux<sup>1096</sup>.

On retrouve cette problématique dans le cadre des réseaux, il a été ainsi jugé que les dépenses engagées par une société dans le cadre de son appartenance à un réseau demeureraient déductibles du fait des avantages retirées de l'adhésion au réseau, même si cette dernière ne participait pas à toutes les activités exercées ce dernier<sup>1097</sup>.

**693** - En cas de redressement de la politique prix de transfert mise en place par le contribuable, il y aura une réintégration des bénéfices transférés hors de France en cas de renonciation à recette, de prestations effectuées à des prix ne correspondant pas au prix de marché, ou en cas de non perception d'intérêts. Pour autant, dans certaines situations, notamment en cas de défaut de réponse<sup>1098</sup> ou de non respect des obligations déclaratives, l'administration pourra évaluer les bases d'imposition sur la base des éléments à sa disposition et en l'absence d'éléments précis, faire application de méthodes forfaitaires, par comparaison<sup>1099</sup> avec les pratiques des entreprises équivalentes<sup>1100</sup>.

Par ailleurs, il est à noter que les sommes réintégrées dans les bases d'imposition, peuvent être considérées des revenus distribués dans différentes situations et notamment si l'exercice de rattachement est bénéficiaire<sup>1101</sup>, ou déficitaire et, si l'entité étrangère qui a bénéficié des produits est associée, actionnaire ou porteur de parts de l'entité française<sup>1102</sup> et enfin, s'il existe des avantages occultes<sup>1103</sup>. Par principe, le taux de cette retenue à la source en droit interne est de 30% et 75% en présence d'un ETNC<sup>1104</sup>, mais des taux plus faibles peuvent s'appliquer (5% ou 15%) en présence d'une convention fiscale.

---

<sup>1096</sup> CE, plén., 30 mars 1987, n°52754, SA Labo-Industries ; Dr. fisc. 1987, n°30, comm. 1634, note. G. TIXIER et X. ROHER ; RJF 1987, n°589, concl. B. MARTIN LAPRADE, p. 262.

<sup>1097</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 novembre 2012, n°348864, PricewaterhouseCoopers Audit ; Dr. fisc. 2013, n°6, comm. 139 ; RJF 2013, n°131.

<sup>1098</sup> Art. L 13 B du LPF.

<sup>1099</sup> Cette méthode ne doit être utilisée que de manière subsidiaire, V. CE, 2 juin 1976, n°94758, préc. cit.

<sup>1100</sup> CE, 23 mars 1953, n°75326, préc. cit.

<sup>1101</sup> Art. 109, 1-1° du CGI.

<sup>1102</sup> Art. 109, 1-2° du CGI et art. 111 du même code.

<sup>1103</sup> Art. 111 c du CGI.

<sup>1104</sup> Le Conseil d'Etat a récemment transmis une QPC (CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ch., 14 septembre 2016, QPC n°400867) concernant ce point. En effet, s'agissant d'une présomption irréfragable de localisation de distribution de bénéfices dans un ETNC, qui serait selon les requérants, contraire à l'article 13 de la DDHC.



**694** - Nous ajouterons pour conclure sur ce point que la jurisprudence a récemment reconnu qu'un transfert de bénéfices pouvait être mis en lumière dans le cadre d'une relation entre une société étrangère et sa succursale française<sup>1105</sup>, dénuée de personnalité morale et dont le siège se situait à l'étranger.

### **3°) Comparaisons internationales du contentieux prix de transfert**

**695** - La première affaire que nous allons étudier, concernait la remise en cause par l'administration fiscale américaine, du transfert d'un actif incorporel par la société américaine Veritas Software Corp., à sa filiale irlandaise Veritas Ireland.

Dans le cadre de ce contentieux, l'administration fiscale américaine (*Internal Revenue Service*), a considéré que le montant acquitté par l'entité irlandaise dans le cadre de ce transfert d'actif, était inférieur au prix du marché de pleine concurrence et devait être réévalué de 118 millions de dollars à 1,675 milliard de dollars.

La juridiction fédérale américaine spécialisée en matière fiscale (*United States Tax Court*), n'a pas retenu cette position<sup>1106</sup> et a indiqué que l'IRS avait assimilé à tort cette opération à une vente. Par ailleurs, il n'avait pas été justement pris en compte, l'amortissement économique de l'actif transféré, et enfin, que l'administration avait négligé le fait qu'une partie des revenus futurs, devaient être imputée à des développements ayant eu lieu après le transfert litigieux. Les hypothèses de croissance avancées sur ce dernier point par l'administration dans le calcul de la rémunération étaient donc infondées.

La Cour a donc tranché en faveur du contribuable, qui avait démontré par un échantillon de comparables, que l'utilisation de la méthode du prix comparable sur le marché libre était opportune et que le montant de la transaction, était conforme au principe de pleine concurrence.

**696** - La seconde affaire, que l'on retiendra comme l'affaire GlaxoSmithKline, impliquait une société canadienne (Glaxo Canada), se fournissant en matière première auprès d'une entité liée à un prix considéré par l'administration fiscale canadienne

---

<sup>1105</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 novembre 2015, n°370974, préc. cit

<sup>1106</sup> 133 T.C n°14, United States Tax Court, Veritas Software Corporation & Subsidiaries, Symantec Corporation, Petitioner vs. Commissioner of Internal Revenue, respondent, Docket No. 12075-06., Filed December 10, 2009.

(*Agence du revenu du Canada : ARC*), comme sans rapport avec le prix relevé sur le marché libre.

Le prix retenu par le contribuable était en lien direct avec un contrat signé avec la maison mère de Glaxo Canada, qui l'obligeait à se fournir exclusivement auprès d'une société Suisse (Adechda S.A), liée à Glaxo Group, à un prix cinq fois supérieur au prix du marché.

La Cour canadienne<sup>1107</sup>, qui a validé la position de l'administration fiscale, a été désavouée par la Cour d'appel fédérale<sup>1108</sup>, qui a jugé que le tribunal devait prendre en considération la situation du contribuable et opter pour une méthode de calcul différente de celle du comparable sur le marché libre, l'affaire a donc été renvoyée en première instance. L'administration a fait appel de cette décision, qui a été validée par la Cour suprême canadienne<sup>1109</sup>.

Si aucune décision définitive n'est encore aujourd'hui publiée, on peut légitimement penser que le contribuable pourrait dans cette affaire, obtenir gain de cause. En effet, la Cour suprême indique qu'il est nécessaire pour remettre en cause une opération d'achat, de s'intéresser à l'ensemble des circonstances de la transaction, afin d'en connaître le contexte et non pas de prendre en considération et de manière indépendante, chaque étape de cette dernière.

La Cour suprême a ainsi reconnu que le prix payé même s'il était plus élevé que la valeur du marché de pleine concurrence, servait de contrepartie à certains droits et avantages, comme ceux liés au contrat de licence qui permettait de commercialiser le produit fini.

**697** - Au final, des prestations clairement identifiées, respectueuses de l'intérêt social des entités impliquées et facturées à des prix équivalents au marché de pleine concurrence et qui ne correspondront donc pas à des pratiques abusives visant à transférer des bénéfices à l'étranger, ne pourront pas en théorie, être remises en cause par l'administration fiscale. Les charges qui correspondent à ces prestations pourront donc être déduites au sein du groupe.

Nous concluons ce point, sur le fait qu'il sera d'ailleurs toujours possible pour le contribuable avant la mise en place d'une politique prix de transfert, de demander l'avis

---

<sup>1107</sup> Cour canadienne de l'impôt : *GlaxoSmitKline c. Sa majesté la Reine*, 30 mai 2008.

<sup>1108</sup> Cour d'appel fédérale du Canada : *GlaxoSmitKline c. Sa majesté la Reine*, 26 juillet 2010.

<sup>1109</sup> Cour suprême du Canada : *GlaxoSmitKline c. Sa majesté la Reine*, 18 octobre 2012

de l'administration sur cette dernière dans le cadre de la procédure du rescrit (V. n°209 et s.) qui peut avoir une application multilatérale.

Enfin, il sera également intéressant sur ce point de voir à l'avenir quel sera l'impact du mécanisme de la relation de confiance, qui pourra peut être emporter la mise en place d'une approche commune entre le contribuable et l'administration sur la pratique des prix de transfert, ce qui n'est clairement pas le cas aujourd'hui.

## **Section II : L'optimisation du financement et de la TVA**

**698** - L'optimisation fiscale, nous l'avons souligné dans le cadre de nos propos, est une affaire de choix, souvent adaptés à des flux, de nature très diverse.

Si les groupes multinationaux sont les principaux utilisateurs des stratégies visant à optimiser leur situation financière, notamment en la rationalisant, on a déjà souligné qu'il est également possible de rationaliser la gestion de l'impôt. La création d'un groupe intégré, l'option pour le régime mère-fille et la gestion des prix de transfert, sont ainsi des outils d'optimisation importants pour les entreprises.

Pour autant, nous allons voir dans le cadre de cette section que la TVA et le financement, qui représentent des enjeux très importants pour les entreprises, peuvent également faire l'objet d'une politique de rationalisation et d'optimisation.

La TVA, qui est un des principaux postes des dépenses fiscales des entreprises, est devenu aujourd'hui un des enjeux majeurs de leurs opérations de structuration dans le cadre de l'utilisation des sociétés holdings. Ces dernières, étant souvent utilisées comme véhicules d'acquisition dans le cadre du rachat d'entreprise, ou dans la rationalisation de la gestion des participations détenues dans d'autres entités.

L'optimisation de la composante financière mais également de la TVA, doit également et comme toute stratégie d'optimisation, se faire en prenant de nombreuses précautions relatives à la structuration choisie par le contribuable. Ce dernier, devra en effet afin de limiter le risque contentieux, avoir une bonne connaissance de l'environnement juridique lié aux outils qui seront choisis, de la fiscalité qui leur sera applicable, à la fois dans le territoire d'implantation mais également des autres Etats impliqués.

Nous allons ainsi voir dans un premier temps, quel est le cadre de l'optimisation de la composante financière (sous-section I), et celui de la gestion des participations et de la TVA (sous-section II).

## **Sous-section I : l'optimisation de la composante financière**

699 - Dans le cadre de l'optimisation de la composante financière des entreprises, on peut retenir différentes approches. Nous avons vu que certains contribuables, utilisaient les emprunts intragroupe, qui permettent de jouer sur le montant des charges financières déductibles dans le but de diminuer la base imposable. Sera également prise en compte, la fiscalité applicable aux intérêts d'emprunts, qui permettra de calibrer le montant de ces derniers, à la hausse ou à la baisse, par rapport aux taux que l'on peut observer sur le marché libre, dans le but dans certains cas, de déplacer la matière imposable vers des pays où la fiscalité est avantageuse.

Pour autant, il ne s'agit pas de la seule manière d'obtenir des avantages fiscaux en lien avec la politique de financement des entreprises.

Nous allons donc voir dans un premier temps, comment la gestion de la trésorerie constitue un important levier d'optimisation fiscale pour les groupes internationaux (§I), puis, comment les contribuables peuvent optimiser la gestion fiscale de leurs capitaux propres et l'acquisition de biens, afin d'en retirer un avantage fiscal (§II).

### **§I) La gestion de la trésorerie : un mécanisme d'optimisation fiscale à l'usage des groupes multinationaux**

700 - La mise en place d'un mécanisme d'une centralisation de trésorerie dans le but d'en retirer des avantages fiscaux, nécessite certaines précautions dans l'appréhension de l'environnement réglementaire et juridique, non pas simplement dans un cadre national, mais également dans un cadre international, pour chacun des Etats concernés.

Dans le cadre de ce paragraphe, nous verrons quel est le cadre juridique de la gestion de la trésorerie notamment dans le cadre de sa centralisation (A), puis, nous verrons comment, cette dernière peut également être optimisée dans le cadre de la souscription de différents contrats, à la disposition des contribuables (B).

## **A) La centralisation de la trésorerie : un environnement juridique et fiscal à risque**

**701** - Le cadre juridique de la centralisation de la trésorerie est relativement vaste et fait intervenir un certain nombre de réglementations comme le droit bancaire, le droit des sociétés et bien entendu, le droit fiscal.

Classiquement, il est considéré en vertu des dispositions du Code monétaire et financier<sup>1110</sup>, que les opérations de banque, sont exercées à titre habituel par des établissements de crédit et ce, en vertu d'un monopole<sup>1111</sup>. Ce monopole, est pourtant tempéré par les dispositions de l'article L. 511-7, 3° du même code, qui ont permis le développement des activités de centralisation de trésorerie.

Afin de respecter les dispositions de cet article, il faudra prendre garde à bien respecter un périmètre défini (1°) et anticiper l'environnement fiscal (2°), nous procéderons enfin, à une comparaison avec les réglementations étrangères (3°).

### **1°) Le périmètre de la centralisation de la trésorerie**

**702** - *Les paramètres de la centralisation.* Afin de ne pas rentrer en conflit avec le monopole des établissements bancaires, deux paramètres doivent être anticipés.

Le premier, est relatif à la nature des flux qui feront l'objet de la centralisation. Seules les opérations de trésorerie peuvent faire l'objet de la dérogation visée par le Code monétaire et financier, même si ces dernières ne sont pas clairement définies par la loi.

Selon la position de la direction du Trésor et du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, ces opérations ne doivent connaître aucune restriction<sup>1112</sup>, c'est à dire qu'elles peuvent concerner, l'ensemble des opérations liées à la trésorerie, quelque soit leur durée et quelque soit leur forme. Autrement dit, les opérations de trésorerie peuvent concerner des activités de prêts, mais également de simples engagements pour signature.

---

<sup>1110</sup> Article L. 511-1.

<sup>1111</sup> P. COUDERT, *Le Champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement*, Thèse, Clermont-Ferrand, 2004.

<sup>1112</sup> Rapport de l'année 2007. Auparavant, il était nécessaire que ces activités soient exercées dans le cadre d'une « banque de groupe » ou d'une « société financière de groupe ».

Le second point d'attention est quant à lui relatif au périmètre des sociétés concernées par les activités centralisées, périmètre qui dans les faits, est relativement restreint. Il est important dans ce cadre de respecter deux conditions essentielles, la première implique l'existence d'un lien capitalistique, la seconde implique l'existence d'un pouvoir de contrôle effectif.

Le lien capitalistique est ici entendu de manière restrictive, c'est à dire qu'il correspond à la détention d'une partie du capital social.

Sur ce point, la Cour de cassation a reconnu que le lien en capital existait dans l'hypothèse de deux sociétés sœurs, détenues par une personne physique au jour de la signature de la convention de gestion de trésorerie<sup>1113</sup>. Il faut noter qu'il a ainsi été reconnu qu'une détention de 40%, suffisait à établir l'existence d'un contrôle au sens de l'article L. 511-7, 3° du Code monétaire et financier.

Il faut noter sur ce point que l'utilisation de certains instruments de quasi-capital, de participation en fonds propres, de produits dérivés ou d'obligations convertibles, ou remboursables en actions, a quelque peu bouleversé la pratique financière, ces derniers devant selon nous pour autant, être exclus de ce mécanisme, qui est appliqué de manière restrictive.

Enfin, en ce qui concerne la notion de contrôle effectif, cet arrêt reprend les critères classiques, c'est à dire toutes les situations de contrôle de droit et de fait (V. n°686).

**703 -** *L'existence de certaines difficultés pratique.* Ces difficultés, reposent bien souvent sur le caractère novateur de certaines opérations mises en place par les contribuables. En effet, la Commission bancaire avait par exemple empêché une filiale française d'une banque espagnole, d'ouvrir de nouveaux comptes par le biais d'une clause de rémunération. Cette position a été ensuite remise en question par la condamnation de la France par la CJCE<sup>1114</sup>, ce qui a eu pour conséquence, la publication d'un arrêté<sup>1115</sup> autorisant la rémunération des comptes de dépôts à vue, ce qui a permis la facilitation des activités de centralisation de trésorerie.

---

<sup>1113</sup> Cass. com., 10 décembre 2003, Baud c/ Sté Snecma n°02-13.449 ; JCP E, 2004, n°13, 452.

<sup>1114</sup> CJCE, gde ch., 5 octobre 2004, aff. C-442/02, Caixabank France c/ France ; D. 2006, pan. p. 157, obs. H. SYNVEIT ; E. ALFANDARI, *La rémunération des comptes à vue : la fin du ni-ni à la française ?* JCP G 2004, act. 567. J. STOUFFLET, *La fin de l'interdiction de la rémunération des comptes à vue ?* RD bancaire et fin. 2004, p. 237 et s. ; Banque et droit janv.-févr. 2005, n°99, p. 66, obs. Th. BONNEAU ; RTD com. 2004, p. 792, obs. D. LEGEAS ; D. 2005, jurispr. p. 370, note A. BOUJEKA. R. BONHOMME, *Instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2015, n°448, p. 381, note [74].

<sup>1115</sup> Arrêté du 8 mars 2005, JO 16 mars.

En effet, avant cette condamnation, il était considéré que la fusion d'échelle d'intérêt, servait à rémunérer de manière détournée les comptes créditeurs des sociétés, pratique sanctionnée par la réglementation bancaire<sup>1116</sup>.

La fusion d'échelle d'intérêt, proposée par les banques, permettait en effet aux groupes de sociétés, de procéder à une compensation financière des comptes débiteurs et créditeurs, juridiquement indépendants et de calculer les agios sur une base globale afin de réaliser des économies.

Une autre situation était à l'époque critiquée pour des raisons similaires et consistait par le biais d'une convention d'unité de compte permettant l'ouverture d'un compte bancaire collectif au nom de différentes entités liées. Ce mécanisme permettait de rationaliser la pratique bancaire des sociétés impliquées, qui pouvaient ainsi bénéficier d'une convention d'omnium. Cette dernière, met en place des virements automatiques des différents comptes créditeurs des différentes sociétés signataires, vers un compte centralisateur. Ce mécanisme, permet au final d'accorder des avances aux autres sociétés signataires de la convention, ou de mettre en place des prêts aux sociétés débitrices et placer les excédents de trésorerie afin d'en retirer une rémunération.

**704** - Une des autres difficultés est la conformité de la centralisation par rapport à la spécificité d'objet social définie par l'article L. 210-2 du Code de commerce. La question qui s'est légitimement posée ici est de savoir si le fait de participer à une activité de centralisation de trésorerie, constituait un élément de l'activité des sociétés impliquées devant de ce fait, figurer dans leurs dispositions statutaires.

S'il semble indispensable que l'activité soit inscrite dans l'objet social de l'entité centralisatrice et ce, même si cette dernière a une activité accessoire, il n'en est selon nous pas de même pour les sociétés participantes, notamment si leurs statuts prévoient des clauses à vocation générale relatives aux différentes opérations financières.

**705** - Il est également important de souligner que dans le cas où les différentes entités auraient des dirigeants communs, les conventions de centralisation devront respecter la procédure d'autorisation par le conseil d'administration ou du conseil de surveillance pour les conventions réglementées dans les conditions des articles L. 225-38 et L. 225-86 du Code de commerce, lorsque ces dernières portent sur des opérations courantes et

---

<sup>1116</sup> CRB, 14 mai 1986, art. 2 et art. 1756 bis ancien du CGI.

conclues à des conditions normales. Les contrats qui appliquent les conventions ainsi approuvées, ne doivent en revanche pas respecter cette procédure qui ajoute de la lourdeur à la gestion administrative<sup>1117</sup>.

## **2°) L'environnement fiscal de la convention de trésorerie**

**706** - Si l'environnement juridique des conventions de trésorerie a une importance capitale pour son bon fonctionnement, il est également important d'anticiper les problématiques fiscales qui pourront apparaître à la mise en place de ces dernières.

Dans le cadre des problématiques fiscales que nous allons étudier ici, on retiendra par exemple l'application de retenues à la source applicables aux intérêts versés, les éventuelles limites applicables à la déduction des intérêts versés, les impôts et taxes applicables (TVA, IS etc.) et bien entendu, les diverses obligations déclaratives.

**707** - Dans le cadre de la mise en place d'une centralisation de trésorerie, que cette dernière soit effectuée dans un cadre conventionnel, ou à l'initiative de la société tête de groupe, les opérations devront toujours respecter l'intérêt propre de chaque société et ce, à l'exclusion de l'intérêt du groupe, ce dernier n'étant toujours pas reconnu juridiquement. Les avantages procurés dans le cadre par exemple d'avances en compte courant, devront engendrer des avantages réciproques, afin d'éviter une sanction de l'administration fiscale.

Dans la pratique, les sociétés dont la trésorerie est excédentaire, devront obtenir une rémunération équivalente à celle qui aurait été la leur auprès d'une banque ou d'un établissement financier. Les sociétés déficitaires devront quant à elle, supporter un taux d'intérêt équivalent à celui qui serait applicable si elles souscrivaient un emprunt auprès d'un tiers. Un taux unique applicable à l'ensemble des sociétés, bénéficiaires ou déficitaires parties à la centralisation, sera donc souvent mis en place.

**708** - Dans ce contexte, il faut noter que l'administration, essaie, lorsque les opérations revêtent un caractère normal, de ne pas empêcher les groupes de procéder à la mise en place d'une centralisation de trésorerie.

---

<sup>1117</sup> CA Versailles, ch. com. 2 avril 2002, n°00-3930, Sté Clos du Prieuré c/ Souchon ; Bull. Joly sociétés, août-septembre 2002 n°8-9, p. 923 note H. LE NABASQUE ; RJDA 2002, n°1150.



Ainsi, lorsque l'entité qui centralise la trésorerie prélève des sommes disponibles auprès de certaines structures du groupe afin d'en aider d'autres, elle n'est pas considérée comme en étant le bénéficiaire et de ce fait, il ne peut être fait application des dispositions de l'article 111, a du CGI, qui prévoit une présomption de distributions de bénéfices<sup>1118</sup>, sauf si bien entendu, elle détourne les fonds à son profit.

Dans le cadre de la mise en place d'une convention de trésorerie donnant mandat à la société mère d'agir pour le compte de ses filiales, un des autres avantages va être l'exclusion de l'application des limites prévue à l'article 39, 1-3° du CGI (V. n°253), pour la déductibilité des intérêts des sommes mises à disposition des filiales<sup>1119</sup>. Il faudra néanmoins que les filiales prouvent l'existence d'un mandat, pour éviter l'application de ces dispositions<sup>1120</sup>.

En ce qui concerne les dispositions liées aux hypothèses de sous-capitalisation<sup>1121</sup>, ces dernières ne seront pas applicables « *aux intérêts dus à raison de sommes ayant servi à financer des opérations de financement réalisées dans le cadre d'une convention de gestion centralisée de la trésorerie d'un groupe par l'entreprise chargée de cette gestion centralisée* ».

On le voit, seules les entreprises qui dans un groupe, sont chargées de la centralisation de la trésorerie, peuvent être exclues de l'application de ce dispositif, pourront donc en bénéficier, les sommes mises à disposition de la centrale de trésorerie par les entreprises liées et qui ne sont pas utilisées par cette dernière pour financer d'autres activités<sup>1122</sup> ;

**709 - La gestion des retenues à la source.** Les contraintes administratives et l'existence de retenues à la source trop importantes sur le versement d'intérêts, peuvent avoir des conséquences sur la viabilité financière de la convention et ce, même si elles sont compensées par un crédit d'impôt. En effet, ce dernier, pourrait éventuellement tomber en non valeur, si l'entité récipiendaire de l'intérêt est déficitaire et qu'il n'est prévu de mécanisme de remboursement des crédits d'impôt étranger ou de mécanisme de report en avant. La retenue à la source est donc soit un coût de trésorerie que le contribuable souhaitera éviter, soit un mécanisme dissuasif.

---

<sup>1118</sup> BOI-RPPM-RCM-10-20-20-20 n°150.

<sup>1119</sup> CE, 27 février 1989, n°61397, SARL Serimmo ; Dr. fisc. 1990, n°22, comm. 1071 ; RJF 1989, n°414.

<sup>1120</sup> CAA Douai, 25 mai 2000, n°96-132 ; RJF 2000, n°1421.

<sup>1121</sup> Art. 212, II du CGI.

<sup>1122</sup> BOI-IS-BASE-35-20-20-20 n°90.

Les situations transnationales, obligent par ailleurs les contribuables à s'adapter aux spécifications des législations étrangères. Si l'article 125 A, III du CGI prévoit que les intérêts versés par un emprunteur français à un prêteur non résident, sont généralement soumis à une retenue à la source d'un montant de 16%, situation similaire à celle que l'on retrouve en Grèce ou en Irlande<sup>1123</sup>.

Par ailleurs, l'exonération des flux domestique n'est pas partagée par tous les Etats. Ainsi, en Espagne il existe une retenue à la source sur les flux d'intérêts entre sociétés résidentes, alors qu'il n'existe pas de retenue à la source sur les emprunts contractés auprès de sociétés établies dans un autre pays de l'UE, ce qui peut poser problème.

Dans la situation inverse, où une banque verserait un intérêt à une société résidente du même Etat, la banque va généralement prélever une retenue à la source dès le versement, ce qui n'est pas le cas en France, du fait des nombreuses obligations déclaratives existant sur ce point<sup>1124</sup>.

### **3°) La centralisation : exemples de réglementations étrangères**

**710** - Si nous l'avons souligné, certains pays se sont dans une certaine mesure « *spécialisés* » dans la promotion de la centralisation de certaines activités, de nombreux Etats ont adopté une réglementation relative aux activités de centralisation de trésorerie, chaque législation nationale ayant, comme dans toutes les branches du droits, certaines spécificités.

En Espagne, il est ainsi très important de prendre garde dans le cadre de la mise en place d'une convention de centralisation de trésorerie, à la réglementation applicable au contrôle des changes<sup>1125</sup>, notamment dans le cadre des déclarations à effectuer auprès de la Banque d'Espagne.

**711** - Aux Etats-Unis, il existe certaines limitations à la mise en place des mécanismes de centralisation de trésorerie. Afin de promouvoir les activités durables et limiter les effets d'opportunité, il est ainsi interdit de rémunérer les dépôts à vue d'une durée inférieure à 7 jours. La violation de cette réglementation emporte des conséquences

---

<sup>1123</sup> PWC, *Worldwide Tax summaries*.

<sup>1124</sup> Tel est le cas de l'imprimé fiscal unique qui est remis par les banques aux contribuables recevant des revenus de capitaux mobiliers.

<sup>1125</sup> <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/foreign-investor-currency-exchange-restrictions>

relativement lourdes pour le contribuable puisque selon la gravité de l'infraction relevée et de son caractère intentionnel, les sanctions applicables peuvent varier de 1 000 à 1 million de dollars. Il est à noter que la réglementation est applicable à la fois aux banques américaines implantées aux Etats-Unis, mais également à l'ensemble à leurs succursales étrangères.

Dans le cadre de la mise en place d'une centralisation de trésorerie, nous noterons qu'il est permis de mettre en place des garanties pour les entreprises participantes, garanties qui doivent être autorisées par le conseil d'administration de ces sociétés. Par ailleurs, les sociétés cotées doivent donner à l'administration, des informations relatives aux transactions effectuées avec les entités affiliées<sup>1126</sup>.

**712** - Au Royaume-Uni, Etat connu pour la libéralité de sa législation, il n'existe pas d'interdiction pour la rémunération des soldes créditeurs des comptes bancaires. Les sociétés peuvent par ailleurs, procéder relativement facilement à des prêts ou des emprunts intragroupe, dès lors qu'il n'y a pas réception de fonds publics et que les opérations ne sont pas considérées comme tel.

## **B) Les différents contrats de centralisation de trésorerie**

**713** - La mise en place de mécanismes de centralisation de trésorerie nécessite en dehors de l'appréhension des différentes contraintes juridiques et fiscales, de prendre garde également aux différentes formes de centralisation proposées notamment par les établissements financiers et de crédits. Nous allons étudier dans un premier temps les différences entre les techniques de centralisation qui reposent sur les intérêts notionnels et de « *zero balance account* » (ZBA), (1°), puis sur les contrats de capitalisation (2°), nous verrons enfin quelles sont les précautions à prendre en amont de la mise en place de ces centralisations.

---

<sup>1126</sup> Notamment dans le cadre de la mise en place du « *reporting pays par pays* ».

## 1°) Les distinctions entre le système des intérêts notionnels et le système ZBA

**714** - Les difficultés d'accès et les coûts rencontrés par les contribuables sur le marché du crédit<sup>1127</sup>, combinés aux difficultés économiques latentes, ont obligé les entreprises et en particulier les entreprises multinationales, à mettre en place des solutions innovantes, afin de rentabiliser, ou à tous le moins de réduire, leurs coûts de fonctionnement en matière de gestion de trésorerie<sup>1128</sup>.

Générer des profits étant devenu de plus en plus difficile, les contribuables ont donc ressenti le besoin d'avoir une plus grande visibilité sur la trésorerie des différents membres du groupe, afin de pouvoir procéder si besoin à certains ajustements. Deux techniques différentes, peuvent dans ce cadre être retenues.

**715** - *La technique du ZBA*. Cette première technique, fait entrer en ligne de comptes, différents comptes ouverts dans une même banque, dans le même pays et dans la même devise. Les fonds sont transférés (débit et crédit ce qui engendre une balance à zéro), à partir de sous comptes vers un compte principal.

Le compte principal, est généralement ouvert au nom de la société mère ou du quartier général régional et les sous comptes, au nom des divisions de cette dernière (branches, bureaux etc.), ce qui n'engendre pas de difficulté au plan fiscal, puisque les entreprises utilisent souvent des comptes à balance zéro, afin de séparer les différentes activités, les encaissements et les décaissements.

Toutefois, si les détenteurs de sous comptes sont des entités différentes (filiales), les différents mouvements de fonds entre les comptes, vont constituer des prêts intragroupes, qui vont pouvoir générer des problématiques fiscales et comptables, en fonction des réglementations nationales en terme de déduction de charges financières, de prix de transfert etc.

**716** - Afin que ces mouvements ne soient pas remis en cause par les administrations fiscales, il faudra pouvoir documenter la facturation d'un taux d'intérêt correspondant à la

---

<sup>1127</sup> L. ABADIE et C. MERCIER-SUISSA, *Finance internationale : Marché des changes et gestion des risques financiers*, Armand Colin, 2011.

<sup>1128</sup> M. SION, *Gérer la trésorerie et la relation bancaire*, Dunod, 6<sup>ème</sup> éd., 2015.

rémunération du prêt, dans le respect du principe de pleine concurrence aux différentes filiales participantes.

Dans certains pays comme les Etats-Unis, les mécanismes ZBA sont très souvent utilisés pour la gestion de la trésorerie des entreprises, ces derniers ne reçoivent pas pour autant un acceptation universelle, puisque certains pays comme la Corée du sud, ne les autorisent pas. Ils peuvent également perdre leur intérêt dans des pays comme l'Australie, où il existe une imposition sur les transactions entre comptes bancaires.

En ce qui concerne la gestion des trésoreries à vocation plus internationale, la structure ZBA peut être également utilisée, mais seulement de manière indirecte, puisque les fonds doivent d'abord être transférés dans l'Etat où est opérée la centralisation de trésorerie.

Par ailleurs, nous noterons que ces transferts multinationaux, ne peuvent être utilisés finalement que par les entreprises multinationales, au vu des coûts qu'ils représentent et du fait qu'ils ne concernent qu'une seule devise. De ce fait, il faudra ouvrir un compte pour chaque devise utilisée ce qui s'avère coûteux pour les entreprises.

**717 -** *Le « cash pooling » notionnel.* Contrairement au mécanisme ZBA, ce type de mécanisme n'engendre pas de mouvements physiques de liquidités entre les différents comptes, on procède plus simplement, à une compensation des intérêts créditeurs et débiteurs.

L'intérêt est calculé et donc payé ou perçu, sur le montant net global des comptes, pour autant, la séparation juridique et fiscale des différentes filiales et de leurs comptes, est maintenue.

L'objectif est ici, de réduire l'intérêt sur découvert, en centralisant le montant des liquidités disponibles dans les différents comptes et de compenser les comptes débiteurs et créditeurs.

Ce système, a été privilégié par certains Etats et notamment le Royaume-Uni, les Pays-Bas ou la Belgique, du fait que ces Etats n'ont pas mis en place (ou alors pour un montant faible), de retenue à la source sur la perception d'intérêts.

Par ailleurs, contrairement au système ZBA, il n'est pas nécessaire d'ouvrir un compte principal, même si certains pays obligent la mise en place d'une société holding locale.

Ce système, permet également une approche multidevise<sup>1129</sup>, ce qui n'est pas possible dans le cadre de l'utilisation du ZBA (V. supra).

---

<sup>1129</sup> A l'exception de certains pays comme l'Espagne qui interdisent l'approche multidevise.

Afin de payer ou facturer les intérêts sur une base consolidée unique (principale difficulté de ce mécanisme), la banque va utiliser un différentiel de taux d'intérêt afin d'éviter l'obligation de convertir les devises, à l'image de ce qui se fait dans le cadre des swaps à courte échéance<sup>1130</sup>. Si l'on se place du côté de l'entreprise, ce fonctionnement peut affecter la rentabilité du mécanisme puisque l'entreprise, est souvent amenée à payer avant les échéances qui seraient prévues en dehors de l'utilisation de ce mécanisme, ce qui peut réduire le taux d'intérêt applicable à un solde positif de compte.

**718 - Particularités françaises.** Si certains pays se sont depuis longtemps spécialisés dans la centralisation de trésorerie en proposant des régimes juridiques et fiscaux avantageux, la France s'est peu à peu mise au diapason<sup>1131</sup>.

De ce fait, les centrales de trésorerie françaises bénéficient également de certains avantages fiscaux, sous réserve de respecter certains principes.

Afin de bénéficier d'une exonération de retenue à la source sur les revenus versés et d'un allègement des obligations déclaratives, la centralisation de trésorerie doit porter sur au moins trois pays, afin de démontrer du caractère international de l'opération.

Par ailleurs, les accords de centralisation entre les différentes entités, doivent être formalisés et être déclarés auprès de l'administration fiscale. Les différentes opérations comptables doivent être quant à elles enregistrées dans les comptes, afin de permettre le suivi de la circulation des flux.

**719 -** Il faut noter que la pratique des intérêts notionnels, qui a été identifiée comme pouvant engendrer un transfert de bénéfice, peut se voir appliquer les dispositions de l'article 57 du CGI, du fait de la possibilité d'octroyer à une entité liée implantée à l'étranger, des prêts sans intérêts.

De ce fait, l'administration va pouvoir dans certains cas, réintégrer dans les résultats d'un établissement stable imposable en France, les intérêts non facturés, du fait de la comptabilisation d'avances consenties au siège implanté hors de France, et ce, en

---

<sup>1130</sup> Le swap est un contrat qui va permettre d'échange de valeur. Il s'agit d'un produit dérivé. V. A. RUTTIENS, *Futures, swaps, options : Les produits financiers dérivés*, Edipro, 2012.

<sup>1131</sup> Instr. 13 avril 1999, BOI 4 C-1-99 ; Instr. 28 février 2003, BOI 4 C-2-03.

l'absence de contrepartie pour le développement de l'activité de la succursale implantée en France<sup>1132</sup>.

## 2°) La mise en place d'un contrat de capitalisation

**720** - La centralisation de trésorerie va également pouvoir s'effectuer par la détention ou la souscription par une société d'un ou plusieurs contrats de capitalisation.

Dans une de ses études sur le sujet, M. LEROY, souligne qu'un des moyens les plus classiques utilisés pour optimiser fiscalement la trésorerie de l'entreprise, consiste à créer une société qui va acquérir un bien qui est la propriété de son fondateur et dont le prix est investi du moins pour partie, dans un contrat de capitalisation, ce dernier étant ensuite, apporté à la société<sup>1133</sup>.

Si l'apport de ce contrat de capitalisation peut permettre un remplacement des fonds investis dans le cadre d'une opération d'OBO dans le but de rembourser le prêt qui a financé l'acquisition, il permet également d'optimiser la transmission du patrimoine privé s'il est accompagné d'un démembrement des parts sociales, mais surtout et c'est le point qui nous intéresse ici, il peut permettre d'optimiser la situation budgétaire et donc la trésorerie de l'entreprise.

**721** - Une des stratégies d'optimisation dans ce cadre, est relative à la dette de compte courant d'associés, en faisant souscrire à la société un emprunt visant à rembourser cette créance, le produit de la cession étant alors investi par l'associé dans un contrat de capitalisation. Ce refinancement du compte courant d'associés, permet de sécuriser la situation de la structure en modifiant dans un premier temps la nature de sa dette, puisque les comptes courants d'associés sont, sauf convention contraire, remboursables à tout moment<sup>1134</sup>. Par cette opération, on substitue une dette remboursable à tout moment par une dette long terme dont les échéances sont anticipées.

Du côté de l'associé, les sommes remboursées peuvent être réinvesties dans un contrat d'assurance-vie ou de capitalisation, qui arrive ici en aval de l'opération, l'avantage ici

---

<sup>1132</sup> C. SILBERZTEIN, B. GRANEL, A. CALLOUD, M. VALETEAU, *Traitement fiscal des intérêts notionnels entre siège et succursale : Une révolution menée par le Conseil d'Etat ?* Dr. fisc. 2016, n°24, comm. 377.

<sup>1133</sup> M. LEROY, *L'optimisation de la trésorerie de la société par le contrat de capitalisation*, Les nouvelles fiscales, 1<sup>er</sup> janvier 2013 n°1103.

<sup>1134</sup> Cass. com., 8 décembre 2009, n°08-16418 ; RJDA 3/10, n°246 ; BPAT 2/10, n°132.

résulte dans la déduction des intérêts, puisqu'en vertu des dispositions de l'article 39, I-3° du CGI, les intérêts servis dans le cadre des comptes courants d'associés, ne sont que partiellement déductibles, en plus du mécanisme de plafonnement général de déduction des charges financières (V. n°255 et s.).

**722** - Dans le cadre de l'optimisation de la trésorerie, il est possible pour la société, de souscrire directement le contrat de capitalisation, si son objet social le lui permet.

La difficulté résidera plutôt dans le fait que la souscription d'un tel contrat, suppose un investissement liquide et sécurisé, ce qui peut poser des problématiques de gestion. Certaines limites avaient donc été fixées par la fédération française des sociétés d'assurances, afin de ne pas créer de trop grands déséquilibres avec les personnes physiques, dont la surface financière est moins importante. Par ailleurs, l'utilisation de contrats de capitalisation étant généralement envisagée comme un placement long terme à l'instar de l'assurance vie, le placement de la trésorerie des entreprises soumises à l'IS dans un but de placement court terme, pouvait avoir selon les compagnies d'assurance, des conséquences néfastes sur l'utilisation de ces instruments<sup>1135</sup>.

**723** - Malgré ces limites, la position des assureurs a évolué en 2010<sup>1136</sup> et les contribuables peuvent aujourd'hui plus facilement avoir accès à ce type de contrat et vont disposer de plusieurs supports en fonction de leurs besoins.

Parmi les solutions les plus couramment proposées, on retrouve les comptes à terme<sup>1137</sup>, les OPVCM de trésorerie<sup>1138</sup> ou encore les certificats de dépôt négociables<sup>1139</sup>.

En fonction de l'objectif de l'entreprise, que celui ci vise la promotion de la disponibilité des fonds, la rémunération ou des placements sécurisés, le contrat de capitalisation sera adapté de par la pluralité d'actifs pouvant être utilisés.

---

<sup>1135</sup> Recueil des engagements à caractère déontologique relatifs aux assurances de personnes des entreprises d'assurances membre de la FFSA ou GEMA 2010, engagement n°16.

<sup>1136</sup> Lettre du 23 décembre 2010 de la FFSA portant révision de l'engagement relatif aux contrats d'assurance-vie et de capitalisation souscrits par des personnes morale.

<sup>1137</sup> Il s'agit d'un placement financier rémunéré et sécurisé dont la durée est fixée au préalable. Classiquement une somme d'argent est prêtée à une banque, cette dernière sera récupérée au terme avec un intérêt.

<sup>1138</sup> Instruments qui permettent la rémunération de liquidités à court terme avec un faible risque.

<sup>1139</sup> Il s'agit d'un titre de créance négociable à court terme émis par une banque et qui est une alternative aux comptes à terme.



Pour autant, il faut souligner que la souscription de ce type de contrat dans le seul but d'optimiser la trésorerie, demeure bien évidemment interdite sous peine d'être sanctionnée par l'administration fiscale.

Par ailleurs, la loi autorise certaines sociétés à souscrire des contrats de capitalisation à prime unique, si leur activité principale est la gestion de leur propre patrimoine mobilier ou immobilier, que les associés sont des personnes physiques, des sociétés soumises à l'IR, ou des sociétés à l'IS, dont les associés sont des personnes physiques ou des sociétés à l'IR. Enfin, le chiffre d'affaires de ces sociétés ne doit pas être composé à plus de 10% de revenus issus d'activités industrielles et commerciales. Le but est ici on le voit, d'autoriser la souscription de ces contrats aux sociétés holdings patrimoniales.

**724 -** Afin de respecter le principe de l'investissement long terme, il est à noter que la rémunération totale afférent aux 12 premiers mois, n'est attribuée qu'à la fin de la 4<sup>ème</sup> année suivant la souscription et en cas de sortie prématurée, la rémunération est réduite à proportion du montant rachetée par rapport à la valeur réelle du contrat.

**725 -** Malgré ces limitations, des possibilités de contournement existent et les sociétés à l'IS peuvent toujours signer ce type de contrats auprès de compagnies d'assurances non adhérentes de la fédération, dont le règlement n'a pas de caractère contraignant pour l'ensemble des compagnie et n'engage dans les faits que les seuls adhérents. Les sociétés peuvent donc souscrire un contrat de capitalisation, auprès d'une compagnie d'assurance étrangère.

**726 -** *L'imposition des produits.* Si l'on envisage le cas d'une société implantée en France, on devra distinguer deux hypothèses.

Si la société est assujettie à l'IR, il est possible d'opter pour un prélèvement libératoire de 35%, si le contrat à une durée inférieure à 4 ans, de 15% si le contrat à une durée supérieure ou égale à 4 ans, ou de 7,5% si le contrat a une durée supérieure à 8 ans<sup>1140</sup>.

Vont également s'appliquer à ces produits, les habituels prélèvements sociaux.

Si la société est assujettie à l'IS, les produits de ces contrats, relèvent des dispositions relatives aux primes de remboursement<sup>1141</sup>, qui vont être constituées de la différence entre

---

<sup>1140</sup> Art. 125-0 A du CGI.

<sup>1141</sup> Art. 238 septies E du CGI.

les sommes à recevoir (à l'exception des intérêts) et celles versées lors de la souscription ou de l'acquisition.

La fraction de la prime et des intérêts qui doivent être rattachés à chaque exercice, est déterminée en appliquant au prix d'acquisition, le taux actuariel, qui est déterminé à la date de l'acquisition du contrat<sup>1142</sup>. Dans le cas où la détermination du taux serait rendue aléatoire par certaines clauses du contrats, il faudra, afin de déterminer le montant de la plus-value à ajouter au résultat imposable, appliquer un taux de 105% au taux mensuel des emprunts d'Etats en vigueur au mois de la souscription du contrat.

### **3°) Les réflexions préalables à l'option pour la centralisation de la trésorerie**

*727 - Un moyen de rentabilisation des liquidités disponibles.* L'option pour l'un des mécanismes de centralisation, va dépendre de ses conséquences fiscales, qui vont notamment dépendre des structures impliquées dans le montage.

Une des principales questions, va être l'identification du détenteur du compte principal et le fait que ce dernier va agir en tant que « *mandataire* » du groupe, ou s'il sera réellement impliqué en tant que tête de groupe. Cette distinction a de réelles implications pratiques, puisque si le détenteur agit en tant que mandataire, l'intérêt versé sera considéré comme un simple intérêt bancaire d'un point de vu fiscal, alors que si le titulaire agit en tant que tête de groupe, il s'agira d'un intérêt intragroupe, ce qui n'est pas neutre en terme d'imposition, aussi bien dans le cadre du traitement national que par le bais des conventions fiscales, où les prêts entre sociétés sont avantageés. La qualification d'intérêt bancaire, peut également avoir des conséquences d'un point de vue comptable et entraîner des décalages entre le traitement fiscal et le traitement comptable.

Il va également falloir s'interroger sur la complexité de la structure du groupe qui lorsqu'elle sera très importante et impliquera à la fois des opérations nationales et internationales, ce qui va parfois nécessiter une centralisation nationale, puis une mondiale, afin de simplifier les flux, ce qui implique des coûts supplémentaires.

Cette complexité, peut avoir des implications importantes au niveau de la gestion des crédits d'impôts étrangers, puisqu'il sera parfois difficile de savoir sur quel « *panier* », l'intérêt sera versé et donc, où ces derniers pourront être imputés. La législation

---

<sup>1142</sup> Art. 238 septies E, II-2 du CGI.

américaine est sur ce point assez restrictive, notamment dans le cadre de la caractérisation de revenus passifs sur lesquels l'impôt ne peut être différé<sup>1143</sup>.

**728 - Des précautions d'importance.** Il faudra prendre garde à ce que les flux d'intérêts entre les différents comptes, respectent le principe de pleine concurrence, afin que ces derniers ne puissent pas être considérés comme un transfert de bénéfices pouvant être sanctionné par l'administration fiscale.

Dans le même sens, il faudra que la structuration choisie ait un but autre que fiscal, la centralisation de trésorerie ne doit pas avoir pour objet de contourner la législation fiscale et d'éviter le paiement de l'impôt, ce qui pourrait être également sanctionné sur le fondement de l'abus de droit ou l'acte anormal de gestion.

Enfin, il faudra prendre garde à la notion de substance économique, en effet, les membres du schéma de centralisation, doivent pouvoir faire face à certaines responsabilités, notamment en ce qui concerne les risques de taux, le défaut de paiement etc. De ce fait, des garanties croisées ou autre schémas de compensation, sont utilisés par les banques et nécessitent la solvabilité des différents membres du périmètre de centralisation.

La problématique des retenues à la source est également importante, puisque dans certains cas, la centralisation de trésorerie peut être également appréhendée comme un prêt bancaire et non pas comme un prêt entre entités liées, ce qui peut poser certaines problématiques en fonction de la législation applicable en la matière dans un Etat donné.

Sur ce point, il est important de s'intéresser aux dispositions de la directive européenne sur les intérêts et redevances<sup>1144</sup>, transposée en droit français dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2003<sup>1145</sup>, à l'article 119 quater du CGI.

Les dispositions de cet article, permettent l'exonération de toute retenue ou prélèvement à la source, sur les intérêts versés depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004, par une personne morale française à une autre personne morale implantée au sein de l'UE, dont elle détient ou est détenue à au moins 25% du capital (ou dans l'hypothèse où les deux personnes morales sont détenues à au moins 25% par une autre société).

Pour autant, afin de bénéficier de ce mécanisme, il faudra que le siège de direction effectif de la société prêteuse, soit situé dans un Etat membre de l'UE, que la forme juridique de cette dernière soit listé à l'annexe de la directive, que la détention de 25%

---

<sup>1143</sup> Sous partie F (*deemed dividends*) de la réglementation américaine applicable au revenus passifs.

<sup>1144</sup> Directive n°2003/49/CE préc. cit.

<sup>1145</sup> Loi n°2003-1312, du 3<sup>e</sup> décembre 2003, de finances rectificative pour 2003, art.30.

soit d'au moins 2 ans, ou soumise à un engagement de conservation, que la société prêteuse soit le bénéficiaire effectif des intérêts versés et que les sociétés en question, soient soumises à l'IS ou à un impôt équivalent sans en être exonérées.

Il est à noter que l'article 119 quater, 3, prévoit un dispositif anti-abus, qui vise à ce que les sociétés non européennes qui souhaiteraient implanter une filiale au sein de l'UE dans le but de bénéficier de cette exonération, ne puissent pas en bénéficier.

Une problématique peut également apparaître en lien avec la notion de dividende. Si par exemple une entreprise américaine participant à un mécanisme de centralisation de trésorerie est considérée comme prélevant du bénéfice sur une entité étrangère, cette opération peut être considérée comme un versement de dividende imposable comme tel.

Une autre problématique qui est aujourd'hui nous l'avons vu majeure dans le cadre des travaux de l'OCDE, est relative aux sociétés étrangères contrôlées.

Si un des participants est implanté dans un Etat qui a adopté une telle législation comme le Royaume-Uni, l'Allemagne, les Etats-Unis ou le Japon, le revenu d'intérêt pourrait être qualifié de dividende imposable pour la société mère, malgré le fait qu'il n'existe pas dans les faits de transfert de fonds vers cette dernière.

**729** - Il faudra donc procéder avant la mise en place de ce type de mécanismes, à un audit complet de la structure du groupe, de ses besoins et de l'adaptabilité des différents schémas proposés à cette dernière.

Il est à noter qu'en France, l'exonération de retenue à la source prévue à l'article 131 quater du CGI, peut s'appliquer aux versements en comptes courants mais dans ce cas, les sommes doivent être versées depuis l'étranger, ce qui exclut les financements accordés par le biais de réinvestissements de sommes disponibles en France.

En ce qui concerne la localisation de sommes en France et afin de bénéficier d'une exonération de retenue à la source, il faudra donc pouvoir justifier de l'application d'un régime de centralisation de trésorerie, soit d'une structuration de flux permettant de démontrer la provenance étrangère des fonds prêtés.

Il faudra également prendre garde aux dispositifs visant à lutter contre l'évasion fiscale et donc vérifier que la société centralisatrice, en fonction de son territoire d'implantation, ne rentre pas dans le champ de certaines dispositions anti-abus tels que l'article 209 B du CGI (V. n°265), notamment lorsque l'entité est implantée en dehors de l'UE et génère des revenus d'opérations financières et des prestations intragroupe.

**730** - Nous noterons pour conclure sur ce point qu'afin de rentabiliser encore plus d'un point de vue fiscal la trésorerie et les flux financiers entre entités, liées, les entreprises peuvent recourir au moyen des captives d'assurance et de réassurance<sup>1146</sup>.

En effet, dans le cadre du développement de leurs activités, les entreprises peuvent faire face à certains risques, qui pourront être couverts par des compagnies d'assurance, en échange du versement de primes, déductibles du résultat imposable.

Cette approche externalisée, ne sera pour autant pas retenue dans le cadre de la mise en place de stratégies d'optimisation plus avancées puisque certains groupe, notamment internationaux, vont décider d'internaliser ces fonctions par la mise en place de captives. Ces dernières, vont alors facturer des primes aux différentes sociétés du groupe visant à se prémunir contre d'éventuels « *sinistres* », à l'instar des compagnies d'assurance tierces. Ce schéma relativement classique, peut être encore optimisé lorsque la captive d'assurance va s'assurer à son tour contre les risques couverts par le biais d'une captive de réassurance, qui fait également partie du même groupe.

Ce type de structuration, va permettre dans un premier temps de développer la synergie du groupe par la mutualisation des dépenses liées aux primes d'assurance, ce qui va réduire les coûts pour les différentes entités. D'un point de vue fiscal, ce type d'organisation va également être avantageuse, notamment si les captives sont situées, dans un Etat où la fiscalité est attractive, solution facilitée du fait que les primes d'assurance, revenus taxables immatériels, peuvent être localisées n'importe où.

Certains pays se sont d'ailleurs fait une spécialité de ces activités, les Bermudes, attirent ainsi un tiers du marché mondial des activités de réassurance<sup>1147</sup> puisque sur leur territoire<sup>1148</sup>, les contribuables peuvent solliciter du ministère des finances, un certificat d'exonération fiscale sur les bénéfices, en théorie provisoire mais qui est dans les faits continuellement prorogé.

Bien entendu le dispositif peut être encore amélioré par une bonne utilisation de la politique prix de transfert du groupe.

---

<sup>1146</sup> Il s'agit d'une filiale créée par une entreprise qui va jouer le rôle d'assureur en garantissant exclusivement les risques de l'entreprise. La captive de réassurance, implique que les assurances de l'entreprise sont gérées par des compagnies d'assurance présentes sur le marché, qui vont se réassurer auprès de la compagnie captive de réassurance qui est contrôlée par l'entreprise assurée.

<sup>1147</sup> Conseil d'analyse économique, note d'analyse n°222 : *Centres financiers offshore et système bancaire fantôme*, 2011.

<sup>1148</sup> Exempted Undertakings Tax Protection Act de 1966.

## **§II) L'optimisation du financement des acquisitions de l'entreprise**

731 - Dans le cadre du développement de son activité, nous avons vu que l'entreprise peut utiliser différents mécanismes qui lui permettent, à différents stades de la création de la chaîne de valeur, d'obtenir certains avantages financiers ou fiscaux.

Dans ce cadre, l'environnement juridique et fiscal est bien souvent au centre de l'équation et va avoir une influence notable sur la politique de l'entreprise, dans la sectorisation de son activité et dans la localisation des flux financiers.

Afin de rentabiliser ses investissements, l'entreprise va par exemple pouvoir dans certains cas, au lieu de procéder à une acquisition directe, lourde en terme de trésorerie, passer par le biais de la location financière, nous allons donc voir dans un premier temps quels sont les avantages de l'option pour le crédit bail (A), nous verrons ensuite comment sont optimisés fiscalement les placement financiers de l'entreprise (B).

### **A) L'utilisation de la location financière : un formidable outil de financement pour les entreprises**

732 - Les opérations de location financière regroupent différents contrats, il peut s'agir du crédit bail mobilier, du crédit bail immobilier ou de la location avec option d'achat (LOA)<sup>1149</sup>.

Avant de choisir un mode de financement, le crédit-preneur doit réaliser une étude économique intégrant les caractéristiques de l'équipement, les différentes contraintes liées au marché et va procéder à une comparaison entre les différentes solutions offertes et notamment par exemple en comparant les taux de crédit applicables.

Si le crédit bail immobilier n'est bien évidemment pas dénué d'intérêt pour les entreprises, il n'est pas au cœur de notre étude car moins utilisé par les contribuables. De ce fait, nous nous intéresserons ici au crédit-bail mobilier, entendu ici au sens large (1°) et à ces conséquences au niveau de l'IS et de la TVA (2°).

---

<sup>1149</sup> JCL Contrats-Distribution, Fasc 2650 pour le crédit bail mobilier, 2660 pour le crédit bail immobilier et 2670 pour la location d'achat.

## 1°) L'utilisation du crédit-bail mobilier

**733** - Les opérations de crédit-bail mobilier sont définies par le Code monétaire et financier<sup>1150</sup>, comme l'ensemble des opérations « *de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyer* ».

L'ensemble de ces opérations, en vertu des dispositions de l'article L. 515-2 du Code monétaire et financier, ne peuvent être réalisées à titre habituel que par des entreprises commerciales agréées en qualité d'opérateur de crédit.

**734** - Lorsque le contribuable décide d'opter pour le crédit bail, qu'il a présenté son dossier et que ce dernier a été accepté par l'établissement financier, l'opération est mise en place et fait intervenir trois parties, le crédit preneur, le crédit bailleur et le fournisseur vendeur. Il est à noter que la mise en place d'une opération de crédit-bail présente des avantages à la fois pour les établissements de crédit, les utilisateurs, et même pour les fournisseurs.

Pour le crédit bailleur, le principal avantage de ces opérations réside dans la perception de loyers réguliers. En tant que propriétaire, l'établissement de crédit est également prémuni contre le risque d'insolvabilité du crédit preneur, même si dans le cadre de la mise en place des garanties, le retour du matériel chez le crédit bailleur en cas de défaillance du crédit-preneur, peut s'avérer couteux pour le premier cité, notamment si le bien est très spécialisé et qu'il ne peut être remplacé chez un autre crédit preneur, ou que le marché de l'occasion est inexistant.

Pour le crédit-preneur, le principal avantage réside dans l'obtention d'un bien, sans avoir à débloquer une somme trop importante lorsque l'opération est initiée, tout en pouvant devenir par la suite propriétaire du bien, au moment de la levée d'option. Il faut noter dans ce cadre que les modalités de sortie de l'opération sont différentes en fonction que l'on se place dans le cadre de la location avec option d'achat, du crédit-bail (stricto sensu), ou de la location longue durée<sup>1151</sup>.

---

<sup>1150</sup> Art. L. 313-7 du Code monétaire et financier.

<sup>1151</sup> JCL Banque-Crédit-Bourse, Fasc. 640 : Crédit-bail mobilier, 109.

En plus de cet avantage que l'on peut qualifier de patrimonial, l'opération de crédit-bail engendre également des avantages fiscaux pour le contribuable utilisateur. En effet, le crédit-bail permet un financement du bien TTC, c'est à dire qu'il n'y a pas d'avance de TVA du fait de l'échelonnement du paiement des loyers. Ce dernier point, permet également de réaliser des économies de trésorerie, point très intéressant notamment dans un contexte où les liquidités des entreprises sont peu importantes.

Dans le même sens, pour les fournisseurs, la vente de biens par le biais d'établissements de crédit, permet d'ouvrir des perspectives de développement de marché, puisque certains biens inaccessibles pour les utilisateurs, peuvent être mis à leur disposition notamment dans les secteurs du transport ou du numérique.

**735 - Des formes particulières de crédits-baux.** Ces dernières, utilisées par les grands entreprises, sont appelées opérations dérivées ou encore adossées.

Dans le cadre des opérations dérivées, on retrouve la cession bail, qui peut être tout aussi bien applicable à des biens mobiliers ou immobiliers.

Outre les avantages classiques du crédit bail, la cession bail, analysée comme une vente suivie de la location au vendeur du bien acheté par le bailleur, va permettre au crédit-preneur de bénéficier de liquidités immédiates de réemploi<sup>1152</sup> et donc de trésorerie<sup>1153</sup>. Elle permet dans le même temps au crédit bailleur, de procéder à un investissement directement assorti d'une sûreté économique<sup>1154</sup>.

D'un point de vue fiscal et contrairement au crédit bail classique, la cession vente n'a été consacrée qu'indirectement par une ordonnance de 1967<sup>1155</sup>. La jurisprudence l'a définie comme une opération de crédit-bail, dans laquelle le crédit preneur est le vendeur du bien. L'opération est envisageable dès lors que les trois contrats nécessaires entre les parties sont caractérisés.

Il est à noter que ce type de contrat peut être accompagné d'une convention de trésorerie ou d'un prêt d'argent consenti par le crédit preneur au crédit bailleur.

En ce qui concerne le crédit-bail adossé, invention de la pratique, il correspond à l'opération de vente par une entreprise, d'un bien d'équipement dont l'usage est industriel, commercial ou professionnel, à un crédit-preneur, à charge pour l'acheteur de

---

<sup>1152</sup> CA Paris, 5<sup>ème</sup> ch., A, 27 février 1984 ; Gaz. Pal. 1984, 2, somm. p. 359.

<sup>1153</sup> CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch., A, 16 février 1983, Locafrance c/ Y. Pavec ; JCL Contrats-Distribution, Fasc. 2650 : Location financière, n°78.

<sup>1154</sup> E.-M. BEY et Ch. GAVALDA, *Le crédit-bail mobilier*, Que sais-je ? PUF, 1981, p. 12.

<sup>1155</sup> Ordonnance n°67-837 du 28 septembre 1967, art. 6.



le lui donner en crédit-bail, avec obligation de le sous louer à un tiers, à défaut il peut s'analyser en un crédit-bail classique<sup>1156</sup>.

L'opération se décompose en plusieurs contrats (au moins trois, voire quatre), qui se succèdent dans le temps, il s'agit de la vente, du crédit bail, la sous-location et parfois la vente du bien sous loué au crédit-preneur, si ce dernier lève l'option d'achat.

**736** - Dans le cadre des opérations de crédit-baux, il existe également des montages sophistiqués utilisés par des entreprises opérant dans des secteurs d'activité particuliers.

La première opération est relative au crédit-bail aérien, utilisé dans le cadre de l'acquisition d'avions.

Ce type de leasing peut être mis en place selon différentes formes comme par exemple des contrats de location simple, mis en place pour une durée déterminée, avec une rémunération fixe, majorée d'une redevance horaire couvrant l'entretien et les services annexes à la location de l'appareil. Il peut s'agir également de la location opérationnelle qui est généralement mise en place pour une durée de cinq ans avec des loyers mensuels, fixés à 1% de la valeur hors taxe de l'avion loué. Ces différents mécanismes, permettant en général de réaliser une économie située dans une fourchette de 6% à 10% par rapport au prix de l'appareil, par l'utilisation d'amortissements fiscaux, qui sont souvent plus rapides que les amortissements financiers effectués en début de bail et qui dégagent des pertes absorbées par les comptes bénéficiaires et du crédit d'impôt accordé.

Parfois, cet avantage est cumulé par le double amortissement de l'avion chez le preneur et chez le bailleur.

Pour aller plus loin, nous pouvons indiquer que dans certains cas, les sociétés mettent en place des montages de cession bail d'avions exploités par des filiales détenues à au moins 5% du capital. Ce type de structuration, utilisé par les principales compagnies aériennes, vise à créer une société détenue à au moins 40% par l'avionneur (afin de conserver un certain contrôle) et des partenaires financiers, implantée dans un Etats où la fiscalité est avantageuses, bien souvent aux Antilles.

Le but de cette filiale financière, est de réaliser avec la compagnie qui la détient, des opérations de cession bail, en achetant des avions pour lui donner en crédit bail. Cela permet ainsi au fournisseur crédit preneur, de dégager de la trésorerie.

---

<sup>1156</sup> Cass. com., 21 mai 1979 ; D. 1980, jurispr. p. 611, note Cl. L. de LEYSSAC. ; Rép. civ. Dalloz, 2<sup>ème</sup> éd. V. Crédit-bail, n°11.

Nous noterons que l'on retrouve des structures équivalentes dans le cadre de l'acquisition de bateaux ou de trains<sup>1157</sup>.

**737** - Un des autres mécanismes complexes qui nous intéresse ici est le crédit-bail fiscal. Ce mécanisme, très développé en Irlande, au Royaume-Uni, aux USA et au Japon, a pour objectif d'utiliser les opportunités fiscales locales, afin de réduire le coût des opérations envisagées par le contribuable.

Si du fait de la crise économique, la majorité de ces dispositifs a perdu de son intérêt, il nous paraît intéressant de revenir sur ceux qui ont démontré la volonté du législateur de promouvoir l'investissement, quitte à sacrifier, une partie de ses recettes fiscales.

Au Royaume-Uni, il existait ainsi un mécanisme visant à permettre l'amortissement total du bien acquis la première année, ce qui permettait pour le preneur, d'obtenir une réduction de l'ordre de 4% à 10% sur le montant de l'opération.

En France, il existait un mécanisme équivalent, celui de l'amortissement exceptionnel de l'article 39 AB du CGI<sup>1158</sup>, mis en place pour favoriser l'investissement dans les matériels destinés à économiser l'énergie. Ce dispositif permettait l'amortissement linéaire<sup>1159</sup> sur douze mois de ces matériels, lorsqu'ils ont été acquis ou construits avant le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (selon une liste établie par arrêté ministériel<sup>1160</sup>). Les matériels en questions, pouvaient également faire l'objet d'une location<sup>1161</sup>, la condition étant qu'ils soient inscrits à l'actif du bilan de l'entreprise donnant à location. Ce dispositif, trop coûteux, a été supprimé par le législateur, du fait des déficits qu'il permettait de dégager.

La loi de finances rectificative pour 1986<sup>1162</sup>, avait également mis en place un mécanisme permettant aux entreprises réalisant des investissements portant sur des biens neufs et, exploités dans les DOM, de déduire de leurs résultats imposables, la totalité du prix de revient de ces investissements<sup>1163</sup>.

Ces dispositifs incitatifs, ont ensuite dans la majorité des Etats été jugés comme représentant un manque à gagner trop important pour les finances publiques et ont peu à

---

<sup>1157</sup> JCL Contrats-Distribution, Fasc. 2650 : Location financière, n°127 et s.

<sup>1158</sup> Documentation pratique Francis Lefebvre, BIC-X, 61100 et s.

<sup>1159</sup> BOI-BIC-AMT-20-30-80 n°60 et 70.

<sup>1160</sup> Arrêté du 27 décembre 2005 (JO 31)

<sup>1161</sup> Rép. BESSON, AN, 15 mai 1995, JO AN, p. 2488 n°23223 non reprise dans Bofip.

<sup>1162</sup> Loi n°86-824, du 11 juillet 1986, de finances rectificative pour 1986.

<sup>1163</sup> Art. 238 bis HA-HC du CGI.

peu été supprimés<sup>1164</sup>, notamment du fait qu'ils permettaient généralement la déduction de l'ensemble des intérêts des capitaux nécessaires à l'acquisition du bien<sup>1165</sup> et permettaient donc, la minoration de la base d'imposition des entreprises utilisatrices.

**738** - Dans le contexte de l'économie numérique, une autre forme de crédit-bail, le crédit-bail informatique, s'est développé de manière très importante ces dernières années. Ce dernier, a posé par le passé quelques difficultés pratiques au vu des définitions générales liées à la mise en place de ce type d'opérations.

Le bien qui fait l'objet d'une opération de crédit-bail doit, nous l'avons déjà souligné, être obligatoirement un bien d'équipement, c'est à dire un bien professionnel acheté en vu de sa location.

Un équipement informatique, est quant à lui composé de deux éléments, l'ordinateur et le logiciel, ce dernier se décomposant entre, d'une part le logiciel de base, fourni avec l'ordinateur pour son fonctionnement et d'autre part, les logiciels spécifiques adaptés à une profession ou à un secteur d'activité et qui sont, éventuellement créés sur mesure<sup>1166</sup>.

Classiquement, on reconnaît, le statut de matériel au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 juillet 1966, aux ordinateurs mais pas aux programmes. Pour autant ces derniers dès lors qu'ils sont intégrés aux ordinateurs, sont nécessaires à son fonctionnement et inversement.

De ce fait, ces derniers peuvent être immobilisés à l'actif du crédit bailleur et amortissables sur 11 mois chez le crédit-preneur<sup>1167</sup> et ont finalement été considérés comme des biens d'équipement au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 2 juillet 1966. Ils peuvent donc, faire l'objet d'un crédit-bail<sup>1168</sup>.

**739** - Un autre problème réside dans le fait que le logiciel comme tout autre matériel, au sens de la loi de 1966 doit être acheté, si ce point ne pose pas de difficultés pour l'ordinateur et l'ensemble des logiciels intégrés à ce dernier, soit achetés sur les différents supports disponibles, de nombreux fabricants, dans le but de protéger leurs créations, ne

---

<sup>1164</sup> On peut retrouver l'ensemble des anciens amortissements exceptionnels dans la documentation pratique Francis Lefebvre, BIC-X-60000.

<sup>1165</sup> CH. DOSSE, *Le leasing – crédit-bail – aux États-Unis* ; Banque mars 1976, p. 299, n°349.

<sup>1166</sup> E.-M. BEY, *Le financement des logiciels : peut on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ?* Gaz. Pal. 1985, 2, doct. p. 396.

<sup>1167</sup> Loi n°84-578, du 9 juillet 1984, sur le développement économique.

<sup>1168</sup> CE, plén., 6 décembre 1985, n°53001 Sté Sofilec ; Dr. fisc. 1986, n°18, comm. 898, concl. M.-A. LATOURNERIE ; RJF 1986, n°9, chron. Ph. CROUZET, p. 6.

vendent pas leurs logiciels, mais accordent des concessions d'utilisation, ce qui ne permet pas en principe de mettre en place un contrat de crédit-bail, la condition relative à la vente n'étant pas respectée<sup>1169</sup>. Pour autant, il faut ici nuancer ce propos en ajoutant que certaines concessions d'utilisation de logiciels, sont déterminées pour une durée correspondant à sa durée de vie économique et que le prix payé en une fois par l'utilisateur, correspond à la valeur vénale du logiciel, c'est à dire sa valeur réelle.

Dans ce cas, on peut considérer que l'opération correspond à une vente, correspondant à la transmission d'un droit s'épuisant au fur et à mesure de l'usage du bien.

Cette position a été reconnue par la jurisprudence, qui a considéré que les logiciels constituant une composante indispensable d'une configuration informatique, ce qui permet de reconnaître la validité du crédit-bail sur les logiciels.

**740** - Nous noterons enfin que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004, les contrats de LOA, sont assimilés au plan juridique et fiscal, aux opérations de crédit-baux même si certaines spécificités leurs demeurent applicables notamment dans la rupture de la relation contractuelle.

La législation applicable étant relativement neutre, les parties peuvent organiser leurs différents rapports en fonction du but recherché, tout en respectant les règles de protection du locataire<sup>1170</sup>.

## **2°) Le crédit-bail au regard de l'IS et de la TVA**

**741** - Du point de vue de l'IS, il va notamment falloir distinguer la situation du bailleur et du preneur, les conséquences de l'opération de crédit-bail sur la fiscalité applicable à chacune des parties étant spécifiques.

Pour le crédit bailleur, les loyers, considérés comme des produits d'exploitation, sont imposables selon les conditions de l'article 38, 2 bis du CGI, du fait du caractère continu des prestations. A l'échéance du contrat, si le preneur lève l'option, le résultat de la cession est imposable à l'IS dans les conditions de droit commun.

---

<sup>1169</sup> *La vente de logiciels*, droit informatique et télécoms 1987, p. 110, n°189 et Rép. min. AUTHIE n°16353, 11 octobre 1984, JO Sénat Q, p. 1638.

<sup>1170</sup> JCL Contrats – Distribution, Fasc 2670.

Il est à noter sur ce point que pendant longtemps, s'est posée la question de l'amortissement des biens objets du crédit-bail et ce, en lien avec le contrôle exercé sur le bien.

Après un avis du Conseil national de la comptabilité, il a été considéré que les immobilisations objets d'un crédit-bail ou d'une LOA, doivent être comptabilisées à l'actif du crédit bailleur et non du crédit-preneur, qui peut, en vertu des dispositions de l'article 39 C du CGI<sup>1171</sup> opter pour un amortissement linéaire, dégressif ou financier du bien.

**742** - En ce qui concerne le cas du crédit preneur, les loyers versés dans le cadre du contrat de crédit-bail, sont classiquement comptabilisés en tant que charges, ces dernières venant réduire, le résultat imposable. Il en est de même en ce qui concerne les frais d'entretien, de réparation ou de remplacement du matériel usagé.

Ce principe de déductibilité des charges inhérentes à des contrats de crédits-baux, est toutefois nuancé afin de limiter certains abus.

En effet, les sommes payées, ne seront pas admises en déduction dans le cas où la durée de location du matériel est anormalement courte, par rapport à sa durée normale d'utilisation.

**743** - Nous soulignerons que dans le cadre du financement de grands équipements, à l'instar de ce que nous avons vu dans le cadre des flottes aériennes, maritimes ou ferroviaires, que les établissements financiers se regroupent parfois dans le cadre d'une structure transparente, telle qu'un Groupement d'intérêt économique (GIE)<sup>1172</sup>, soumis au régime des sociétés de personnes de l'article 8 du CGI.

Si pendant longtemps ce type de structuration permettait d'obtenir des avantages fiscaux, la loi de finances pour 2006<sup>1173</sup>, a encadré cette pratique et a notamment limité la déduction des amortissements, établi des restrictions concernant la personne concernée par l'opération et sur la localisation géographique du bien loué.

Ainsi, en ce qui concerne les biens situés, immatriculés ou exploités au sein de l'EEE et si l'Etat en question a signé avec la France une convention fiscale, l'amortissement admis en déduction est équivalent à trois fois le montant brut des loyers, ou de la quote-part

---

<sup>1171</sup> Complété par les dispositions de l'article 30 de l'annexe II du CGI.

<sup>1172</sup> Mémento sociétés commerciales Francis Lefebvre 2016, 96500 et s.

<sup>1173</sup> Loi n°2005-1719 de finances pour 2006 du 30 décembre 2005.

représentant la copropriété du bien, dans les 36 mois de la location ou de la mise à disposition du bien.

L'éventuel déficit, qui serait attaché à la dotation de ces amortissements déduits pour les 12 premiers mois d'amortissement, ne peut être déduit que pour le quart des bénéfices imposables au taux d'IS de droit commun que chaque partie retire de ses autres activités.

En dehors de l'EEE, l'amortissement admis en déduction est quant à lui de trois fois le montant net des loyers, sans limite de temps.

**744** - Au regard de la TVA, les opérations de crédit-bail mobilier domestiques, sont soumises à la TVA selon le taux qui s'applique au matériel objet du crédit-bail.

Le crédit bailleur, acquitte la TVA au moment de l'acquisition du bien, mais va la récupérer du fait des loyers qui lui sont versés par le preneur. Il est à noter que les indemnités de résiliation versées au bailleur, sont soumises à la TVA, puisqu'elles compensent des prestations futures restant à payer et que les éventuels dépôts de garanties visant également à compenser des loyers impayés, sont soumis à la TVA.

Pour le crédit preneur, qui n'est pas propriétaire du bien, aucune TVA n'est due sur l'acquisition du bien, ce dernier l'acquittera en revanche sur les loyers versés.

Il est à noter que pour les structures transparentes, la charge de trésorerie inhérente à la TVA supportée en amont pourra être dans certains cas problématique.

## **B) L'optimisation des placements financiers de l'entreprise**

**745** - Dans le cadre du développement de leurs activités, les entreprises peuvent être amenées à investir des fonds par le biais de prises de participations dans d'autres entreprises et ce, pour diverses raisons. Il peut s'agir d'un investissement dans un but de rentabilité, caractérisé par la perception de dividendes ou d'intérêts, dans l'optique de réaliser une plus-value, mais également dans le but d'exercer un certain pouvoir dans une autre société dans le cadre du développement d'une chaîne de participation.

Nous allons donc voir ici comment sont imposés les différents produits (1°), puis, comment est imposée la cession de ces titres (2°).

## 1°) L'imposition des différents produits

**746** - Bien souvent, le traitement fiscal des produits financiers acquis par l'entreprise est la conséquence de leur traitement comptable, qui démontre l'intention de l'entreprise dans l'acquisition de ces produits, c'est ce qu'on appelle la comptabilité d'intention<sup>1174</sup>.

Ainsi, dans le cadre du plan comptable général, on peut distinguer différentes catégories de titres. On va ainsi retrouver les titres de placement, qui sont « *les titres acquis en vue de réaliser un gain à brève échéance* », les titres de participation, qui démontrent d'une intention de conservation durable et utile à l'entreprise<sup>1175</sup>, notamment pour l'exercice d'un contrôle sur la société émettrice des titres<sup>1176</sup>, les titres immobilisés dits de portefeuille, qui sont des investissements dans le but d'obtenir une certaine rentabilité et enfin, les autres titres immobilisés qui représentent à la fois une intention de conservation durable, mais qui est dans les faits, non utile à l'exercice de l'activité de l'entreprise.

Généralement, dans le cadre de leur comptabilisation, les titres sont évalués selon deux méthodes, le coût du marché ou la méthode du plus bas coût<sup>1177</sup>.

**747** - De manière classique, les produits perçus par les entreprises dans le cadre de ces investissements, peuvent être des dividendes, des intérêts, des redevances, ou des primes de remboursement, chacun de ces produits faisant l'objet d'une imposition particulière.

En ce qui concerne les intérêts, considérés comme des fruits civils, ces derniers sont imposés selon la règle du couru, c'est à dire en ne prenant pas compte la date de leur versement. Ils sont classiquement imposés au taux normal de l'IS, mais il est à noter que certains organismes à but non lucratif comme les Caisses de retraites, connaissent en vertu des dispositions de l'article 206 du CGI un taux d'imposition réduit de 10% ou 24% selon les cas.

**748** - En ce qui concerne les dividendes, ces derniers sont imposables au titre de l'exercice au cours duquel ils ont été perçus. Ces produits, peuvent nous l'avons vu dans

---

<sup>1174</sup> D. LEDOUBLE, *Propos introductifs à une éventuelle réforme comptable*, JCP Entreprise et Affaires 1995, n°41, 497.

<sup>1175</sup> Et ce, même s'ils représentent une très faible part du capital. V. O. FOUQUET, *Titres de participation : l'utilité à moins de 1%*, à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mai 2016, n°392527, min. c/ SELARL Lemaire ; Dr. fisc. 2016, n°26, comm. 391.

<sup>1176</sup> PCG, I. 42.

<sup>1177</sup> Mémento comptable, Francis Lefebvre, 2017, n°1810 et s.

le cadre de l'application du régime mère-fille lorsqu'ils sont éligibles, être exonérés d'impôt sous réserve de la réintégration d'une quote-part de frais et charge (V. n°534).

Les dividendes qui ne seraient pas éligibles à ce mécanisme, sont en revanche imposables dans les conditions de droit commun.

Nous noterons qu'avant la loi de finances pour 2004<sup>1178</sup>, les dividendes taxables dans les conditions de droit commun bénéficiaient d'un avoir fiscal, qui visait à neutraliser la double imposition pouvant apparaître, de par l'imposition des dividendes au niveau de la société, mais également au niveau des revenus de l'investisseur. Ce mécanisme a été remplacé par un abattement forfaitaire sur le montant imposable d'un montant de 40%.

En ce qui concerne les primes de remboursement, leur régime est fixé par les articles 238 septies A à E du CGI, qui vise à taxer de manière actuarielle la prime perçue, comme un intérêt.

Dans le cadre des opérations transnationales en particulier, les contribuables doivent anticiper l'application des problématiques liées aux retenues à la source éventuellement applicables et des crédits d'impôts qui viennent les compenser.

**749** - Si l'on s'intéresse plus particulièrement aux entreprises du secteur financier, nous noterons au préalable que ces dernières connaissent, en plus des formes de titres que nous avons vu précédemment évoqués, des titres de transaction, acquis et vendus sur un marché liquide, en vue de les revendre dans les 6 mois et des titres d'investissement, titres à revenu fixe témoignant en principe d'une volonté de conservation jusqu'à échéance.

## **2°) L'imposition de la cession des titres**

**750** - Dans le cadre du calcul du résultat de l'entreprise, les profits et pertes réalisés au moment de la cession des titres détenus, constituent des profits ou des charges, devant être pris en compte dans le résultat fiscal, imposable par principe au taux de droit commun sous réserve de certaines particularités.

En effet, les plus ou moins-values sur titres de participation (détenus depuis au moins 2 ans), sont considérés comme des plus ou moins-value long terme, qui bénéficient de ce

---

<sup>1178</sup> Loi n°2003-1311 du 30 décembre 2003, de finances pour 2004, art. 66.



fait d'un régime de faveur<sup>1179</sup>, visant à promouvoir l'investissement réel dans les structures cibles.

**751** - Au delà de ce régime de faveur et afin d'obtenir un avantage fiscal, certains contribuables mettent également en place des opérations complexes.

On retiendra ici l'exemple les opérations de couverture, qui sont encadrées par la législation fiscale<sup>1180</sup> dans le cadre notamment des opérations symétriques.

Une opération symétrique, se caractérise par des prises de positions d'une entreprise, sur différentes valeurs qui subissent de par l'évolution du marché des variations corrélées et que les valeurs ou rendements de l'une, sont compensés par une autre, dans un sens opposé, de manière comparable et sur une période déterminée et ce, même si la compensation est partielle.

L'hypothèse classique repose dans la détention directe ou indirecte par le contribuable d'un portefeuille obligataire, inscrit à son bilan, en tant que titre de placement, couvert par un contrat sur marché à terme, par la mise en place d'options sur devises, créances, dettes libellées dans la même devise ou par un contrat d'échange de taux d'intérêt etc.<sup>1181</sup>. L'idée sous-jacente est on le voit, de réduire le risque de variation de valeur de l'élément couvert.

Il faut noter que d'un point de vue fiscal, l'encadrement de la pratique va simplement nécessiter la constatation d'une corrélation entre les différentes positions (sauf de manière fortuite), la reconnaissance de cette dernière par le contribuable n'étant pas nécessaire.

**752** - Si l'entreprise a pris des positions symétriques, la perte subie sur l'une d'elle, sera déductible des résultats imposables, seulement pour la partie qui est supérieure aux gains non encore imposés sur les positions prises en sens inverse. Il faudra par ailleurs que l'ensemble de l'opération soit déclaré par l'entreprise<sup>1182</sup>.

En d'autres termes, si la perte constatée sur une position excède le gain non encore imposé sur la position inverse, l'excédent est immédiatement déductible, la déduction de la perte égale au profit non encore imposée étant reportée à l'imposition de ce dernier.

---

<sup>1179</sup> BOI-BIC-PVMV-20-40-10 n°1 et s.

<sup>1180</sup> Art. 38, 6 – 3° du CGI.

<sup>1181</sup> Mémento comptable Francis Lefebvre, 2017, n°2141-4 ; BOI-BIC-PDSTK-10-20-70-30 n°20 à 50.

<sup>1182</sup> Art. 2 C de l'annexe III au CGI.

Dès lors, lorsque la perte n'excède pas le profit non encore imposé, sa déduction est reportée à l'imposition de ce dernier.

**753** - Un autre exemple d'opération complexe est caractérisé par les opérations de cessions temporaires comme le réméré ou le prêt de titre.

Le réméré, défini par les articles 1659 à 1673 du Code civil, correspond à une opération de vente puis de rachat. Si l'option de rachat est exercée, elle permet dans les faits d'extérioriser des plus ou moins-values latentes<sup>1183</sup>.

Dans le cadre de ces opérations, le résultat des ventes réalisées avec une option de rachat en cours, à la clôture d'un exercice, doit être neutralisé pour la détermination du résultat fiscal. Chez le cédant, les charges et les produits sont inscrits en résultat et une provision pour risque est constituée si la valeur des titres, est inférieure à la valeur comptable de ces derniers à la date de cession ; chez le cessionnaire, aucune provision pour risque n'est constituée et l'indemnité à percevoir en cas de résolution est portée en résultat.

**754** - On peut également retrouver d'autres schémas d'optimisation à l'usage des entreprises, notamment par le biais de la création d'une société dédiée à la gestion des différentes participations détenues.

En cas de création d'une société holding, l'administration fiscale va pouvoir appliquer la procédure de l'abus de droit de l'article L. 64 du LPF (V. n°185 s.), dans l'hypothèse où la création de la filiale intermédiaire est purement fictive, ou a pour but exclusif de transformer des produits qui auraient été soumis en France à une imposition au taux normal, en dividendes pouvant le cas échéant bénéficier de l'exonération que l'on retrouve dans le cadre du régime mère-fille (V. n°522 et s.).

L'objectif de l'administration fiscale est ici d'éviter que les contribuables constituent à l'étranger des sociétés holdings (bénéficiant dans bien souvent des cas d'un régime fiscal de faveur), qui investissent leurs fonds propres sur les marchés financiers et distribuent des dividendes à leurs actionnaires en franchise d'impôt.

Pour autant, caractériser le but exclusivement fiscal de l'opération est difficile pour l'administration. Dans le cas qui nous intéresse, confier la gestion de la trésorerie excédentaire de différentes structures à une société dédiée, n'est pas en soit un acte

---

<sup>1183</sup> BOI-BIC-PVMV-40-40-30 n°1 et s. et BOI-BIC-PVMV-30-30-50 n°1 et s.

constitutif d'un abus de droit si la société dispose notamment d'une substance suffisante (V. n°149 et s.) pour l'exercice de son activité.

**755** - On peut également retrouver dans les moyens d'optimisation, l'utilisation des conventions de portage, contrat par lequel le porteur, qui est généralement un établissement de crédit, souscrit ou acquiert des actions pour le compte d'un associé ou d'un tiers<sup>1184</sup>.

Dans le cadre de cette convention le porteur, suite à une demande d'un donneur d'ordre, devient de manière temporaire, propriétaire des titres objets de la convention, en s'engageant expressément à céder ces derniers à un terme et à un prix fixé à l'avance, à une personne désignée.

On comprend bien que la question qui se pose ici est de savoir si la rémunération du porteur, constituée de la différence entre le prix de cession et le prix d'achat, est ou non, constitutive d'une plus-value, pouvant le cas échéant bénéficier du régime du long terme, si les conditions d'inscription en comptabilité en tant que titre de participation et de cession au bout d'une durée d'au moins deux ans de détention sont remplies.

Si l'administration fiscale a tenté de requalifier la rémunération en intérêts financiers taxables à l'IS au taux normal, cette position a été infirmée par la jurisprudence<sup>1185</sup>, qui a considéré que les actions d'une société nouvelle souscrites par des sociétés ayant conclu des conventions de portages avec les associés personnes physiques, sont considérées comme détenues par les sociétés porteuses, si elles ne sont pas privés des droits attachés aux actions, du fait que les conventions opèrent un transfert de propriété. De ce fait, si le porteur est considéré comme propriétaire des titres, sa rémunération doit donc pouvoir bénéficier du régime du long terme.

On retrouve également dans le cadre des schémas d'optimisation les opérations de passages de coupons, qui consistaient en l'acquisition d'un titre avant le détachement du coupon auquel il ouvre droit (dividende ou à l'intérêt). Le titre était ensuite revendu peu de temps après le détachement du coupon et les parties intéressées, qui ont fixé le prix d'achat et de revente, se partageaient l'économie d'impôt liée à l'imputation du crédit d'impôt, situation que l'on a retrouvé dans le cadre de l'affaire dite des fonds turbo<sup>1186</sup>.

---

<sup>1184</sup> J.-P BERTEL et M. JEANTIN, *Le portage d'action*, RJDA A0/91, p. 683.

<sup>1185</sup> CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 7 juillet 1998, n°96BX02317 ; BF 6/04, étude.

<sup>1186</sup> TA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 22 octobre 1996, n°94-17605, Sté X ; Dr. fisc. 1996, n°50, comm. 1497. *Quels enseignements tirer des réponses du Conseil d'État dans l'affaire des fonds turbo ?* Dr. fisc. 1998, n°25,

## **Sous-section II : L'optimisation des holdings et de la TVA**

**756** - Si de prime abord, les notions de holdings et de TVA ne semblent pas directement liées, nous verrons qu'à l'occasion notamment que dans le cadre des acquisitions portant sur des titres de participation, ces notions peuvent se retrouver entremêlées et participer d'une même stratégie d'optimisation fiscale, même si elles connaissent bien entendu des applications spécifiques.

Nous allons ainsi envisager dans un premier temps comment peut s'optimiser d'un point de vue fiscal, l'utilisation des sociétés holdings (§I), puis, quel peut être l'intérêt pour des sociétés liées, de mettre en place un groupe TVA (§II).

### **§I) L'optimisation fiscale des sociétés holdings**

**757** - Dans le cadre des structurations relatives aux prises de participations dans d'autres entités, les contribuables utilisent aujourd'hui dans de nombreux cas, des sociétés holdings, afin de gérer et de détenir, l'ensemble de leur portefeuille afin de centraliser et de rationaliser la politique d'investissement du groupe.

Ces holdings<sup>1187</sup>, parfois localisées dans des pays où la fiscalité est faible afin de bénéficier des avantages liés à l'application du régime mère-fille qui permet de recevoir les dividendes en exonération (sauf quote-part de frais et charges), peuvent être étudiées selon différents axes. Nous verrons donc dans un premier temps comment doivent être structurées les holdings afin de ne pas s'attirer les foudres de l'administration fiscale (A), puis, comment peut être optimisée dans le cadre des structurations et des acquisitions, la composante TVA (B).

#### **A) L'utilisation d'une société holding : quelques précautions d'usage**

**758** - L'utilisation ou la création d'une société holding, qui attire dans la majorité des cas les contribuables notamment pour l'image qu'elle peut renvoyer aux clients et aux investisseurs, est pour autant à manier avec précaution.

---

100242. et TA Paris, plén., 22 avril 1997, n°94-15879, Sté EPI ; RJF 1997, n°596 ; BDCF 1997, n°67, concl. F. BOSSUROY.

<sup>1187</sup> Les holdings, éd. Francis Lefebvre, 2013.

Diverses structures peuvent être créées ou choisies dans le cadre de l'utilisation des holdings<sup>1188</sup> dont l'objet sera d'acquérir des titres et de les gérer.

La structure peut ainsi par exemple être créée de manière « *ad hoc* », être une société existante qui prend une participation dans une ou plusieurs autres sociétés, mais également prendre la forme d'une société civile, ayant pour mission de gérer le patrimoine détenu par ses associés.

Si le panel offert au contribuable semble de prime abord relativement large et pouvoir couvrir l'ensemble de ses besoins, il n'en est pas de même dans la pratique, puisque c'est finalement l'objet de la structure qui va déterminer son régime fiscal.

En effet, contrairement à de nombreux pays dont certains frontaliers (Suisse, Luxembourg, Belgique etc.), la France n'a prévu aucun régime de faveur pour les holdings pures, c'est à dire des structures qui n'ont d'autre vocation que la gestion d'une ou plusieurs participations dans d'autres sociétés, se pose d'ailleurs aujourd'hui nous l'avons vu, la question de leur fonctionnement dans le cadre des nouvelles dispositions encadrant le régime mère-fille (V. n°522 et s.).

En effet, la France considère que ces structures, dont l'objet social correspond à une activité de gestion patrimoniale, ne sont pas génératrices de revenus de part leur activité propre, les avantages législatifs et notamment fiscaux auxquels elles pourraient prétendre à l'instar des autres sociétés, sont donc bien souvent difficiles à obtenir.

Nous allons donc voir dans un premier temps quel est le cadre juridique et fiscal de la société holding (1°), puis, nous verrons dans quels types de schémas, cette dernière peut être utilisée (2°).

## **1°) Les difficultés liées à l'absence de régime fiscal particulier**

**759 -** *Une mauvaise image fiscale.* Dans le cadre de la législation française, les holdings ont généralement, n'ayons pas peur de le dire, plutôt mauvaise presse et ce, malgré les avantages qu'elles peuvent procurer dans le cadre du développement du tissu économique. Elles sont d'ailleurs à de nombreux regards, pénalisées par certaines dispositions fiscales.

En matière d'ISF par exemple, lorsque l'on s'intéresse à la notion de holding, seules les holdings animatrices, c'est à dire qui ont un rôle prépondérant dans le développement et

---

<sup>1188</sup> H. KRUGER, *La gestion fiscale des holdings*, Groupe Revue Fiduciaire 2014.

la gestion des entités détenues en aval de la chaîne de participation, peuvent prétendre à l'exonération prévue pour les biens professionnels<sup>1189</sup>.

En matière de TVA, les holdings pures, qui n'ont pour activité que la prise de participations et qui ne s'immiscent pas dans la gestion des entités détenues, sont également « *maltraitées* », car leur activité est considérée comme en dehors du champ d'application de la TVA, ce qui n'ouvre donc pas droit à déduction<sup>1190</sup>.

La jurisprudence communautaire sur laquelle repose cette dernière affirmation, fonde son raisonnement sur le fait que l'acquisition et la simple détention de participations dans le capital d'autres entités, ne peut être considéré comme étant une activité au sens de la directive TVA<sup>1191</sup>, puisqu'elle n'a pas pour objectif de créer des recettes de manière permanente<sup>1192</sup>, du fait du caractère aléatoire de la perception des dividendes et de l'absence de contrepartie à ces derniers.

**760 -** *Les difficultés liées à la soumission de ces entités à la contribution économique territoriale (CET)*<sup>1193</sup>. A l'époque de la taxe professionnelle, les holdings pures étaient soumises à cette dernière, alors même qu'elles n'exerçaient pas d'activité professionnelle au sens des dispositions applicables à cette taxe. Dans ce cadre, leur valeur ajoutée, calculée pour le plafonnement<sup>1194</sup> de la taxe professionnelle, prenait en compte les produits et charges financières et donc les dividendes alors que les holdings mixtes, qui ne pouvaient quant à elles être, qualifiées d'entreprises de gestion de valeurs mobilières, voyaient leur valeur ajoutée calculée selon le droit commun applicable à toutes les sociétés, c'est à dire en faisant abstraction des produits et charges financières, ce qui engendrait un certain désavantage pour les holdings pures.

Dans le cadre de l'application de la CET s'est également posée la question de son application aux holdings pures.

---

<sup>1189</sup> Art. 885 N du CGI ; BOI-PAT-ISF-30-30-10 n°1 et s. ; Memento Fiscal, op. cit. 72500 et s.

<sup>1190</sup> CJCE, 6<sup>ème</sup> ch., 20 juin 1991, aff. C-60/90, Polysar Investments Netherlands ; Rec. CJCE 1991, I, p. 3111 ; Dr. fisc. 1991, n°41, comm. 1911, note E. KORNPROBST ; RJF 1991, n°1324 ; Bull. Joly Sociétés 1991, § 337, note O. DIAZ. V. M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, op. cit. doc. 37 et CJCE, 1<sup>ère</sup> ch., 14 novembre 2000, aff. C-142/99, Floridienne SA et Berginvest SA ; Rec. CJCE 2000, I, p. 9567 ; Dr. fisc. 2001, n°3, comm. 21, note Ph. DEROUIN ; RJF 2001, n°127.

<sup>1191</sup> 6<sup>ème</sup> directive TVA

<sup>1192</sup> CJCE, plén., 22 juin 1993, aff. C-333/91, Sofitam SA ; Dr. fisc. 1993, n°44, comm. 2116 ; RJF 1993, n°986, concl. W. VAN GERVEN, p. 548 ; RJF 1993, p. 733, étude Ph. TOURNES ; RJF 1993, p. 891, chron. G. GOULARD ; RJF 1993, n°986. V. Ph. DEROUIN et E. GINTER, Droit communautaire, sociétés holding et prorata de déduction de la TVA (suite), Dr. fisc. 1993, n°44, comm. 2116.

<sup>1193</sup> Mémento Fiscal Francis Lefebvre 2016, n°43850 s. (CVAE) et 43660 (CFE).

<sup>1194</sup> Doc pratique Francis Lefebvre, PRO-V-19000 et s.

Si l'on s'intéresse aux dispositions de l'article 1447 du CGI<sup>1195</sup> qui prévoit que la CFE est due chaque année par les personnes physiques ou morales, qui exercent à titre habituel, une activité professionnelle non salariée. On peut considérer, et telle est la position de l'administration fiscale que les activités limitées à la gestion d'un patrimoine privé en sont exclues.

Pour autant, la question de l'application de cette imposition aux holdings pures peut se poser<sup>1196</sup> et la réponse donnée par l'administration fiscale n'est pas limpide sur ce point.

En effet, la documentation administrative actuelle<sup>1197</sup>, indique simplement que « *la gestion de son propre portefeuille de valeurs mobilières par un particulier constitue une activité relevant de la gestion d'un patrimoine privé et n'est pas, à ce titre, imposable à la cotisation foncière des entreprises* ». Doit on comprendre que la gestion d'un portefeuille par une société est à contrario considérée comme une activité imposable, ce qui était la position retenue par l'ancienne documentation administrative<sup>1198</sup>, position alors fondée sur des décisions de justice rendues au visa de texte abrogés, en matière de patente<sup>1199</sup>, ou à contrario, qu'elles en sont également exclues.

L'article 1447 du CGI applicable à l'époque, prévoyait en effet l'assujettissement à la contribution des patentes, de toute personne physique ou morale exerçant « *un commerce, une industrie, une profession non compris dans les exceptions déterminées (par le Code)* ». Le tarif de ces patentes, fixé par l'annexe I bis du CGI prévoyait explicitement une catégorie « *entreprise de placement ou de gestion de valeurs mobilières opérant pour son compte* ».

**761** - A l'heure où nous écrivons ces lignes, le Conseil d'Etat n'a pas encore eu à se prononcer sur l'application de la CFE à une holding pure, sans moyens ni activité, mis à part la gestion passive de participations.

Afin d'envisager une réponse à cette question on peut effectuer un parallèle avec la sous-location de biens immobiliers.

---

<sup>1195</sup> Modifié par Loi n°2009-1673 du 30 décembre 2009, de finances pour 2010, art. 2 et Modifié par Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010, de finances pour 2011 – art. 108.

<sup>1196</sup> H. KRUGER, *Les holdings pures sont-elles soumises à la CFE ?* Revue fiduciaire, feuillet hebdo n°3564.

<sup>1197</sup> BOI-IF-CFE-10-20-20-30 n°10.

<sup>1198</sup> Doc. adm. 6 E-121 n°31, 1er septembre 1991

<sup>1199</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 1976, n°132 ; RJF 1976, n°447. Dans cette affaire la Haute juridiction a considéré qu'une société dont l'objet social était la gestion et l'administration de tous portefeuilles de valeurs mobilières bien que cette dernière n'ait procédé durant les années concernées, à aucune opération de vente ou d'achat et n'ait pas employé de salarié. V. également CE, n°14968 du 25 juillet 1980.

Il a ainsi été jugé<sup>1200</sup> que cette activité ne pouvait être assujettie à la taxe professionnelle que lorsqu'il existe des éléments permettant d'attester de « *l'exercice d'une profession, tel que, notamment, la régularité de l'activité et la mise en œuvre de moyens matériels et intellectuels* ». On pourrait donc penser qu'à l'époque de la taxe professionnelle, les holdings pures n'ayant pas mis en place ces moyens devraient en être exclues.

Dans le cadre de la jurisprudence relative à des activités de gestion de portefeuille, plus proche de notre sujet, nous pouvons relever que le Conseil d'Etat, a considéré qu'une société de capital risque était imposable à la taxe professionnelle, du fait que leur objet social de gestion d'un portefeuille de valeur mobilière, et dont l'activité est réglementée par des textes qui les obligent à investir dans des sociétés non cotées, en contrepartie d'un régime fiscal particulier au regard de l'IS, ceci, démontrant l'exercice habituel d'une activité professionnelle<sup>1201</sup>.

**762** - On le voit, ces situations sont bien différentes de celles des holdings pures qui ne font que porter des participations sans exercer d'activité et qui ne mettent généralement en œuvre aucun moyen spécifique et qui ne sont généralement qu'interposées entre l'actionnaire et les participations détenues.

Si le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur la question qui nous anime, certaines juridictions ont pour autant souligné qu'une holding n'exerçait pas une activité de gestion de valeur mobilière pour le compte de tiers (ce qui aurait pu permettre de les rattacher à l'exercice d'une activité professionnelle)<sup>1202</sup>. Dans d'autres jugements, il a été souligné que la holding n'avait effectué aucune opération d'achat ou de vente<sup>1203</sup>, ou qu'il n'existait pas de moyens humains et matériels dans le but d'exercer une activité spécifique<sup>1204</sup>.

---

<sup>1200</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 octobre 1994, n°122532, SCI du Chêne Vert ; Dr. fisc. 1995, n°17, comm. 975 ; RJF 1994, n°1328, chron. G. GOULARD, p. 3 ; BDCF 1994, p. 145, concl. F. LOLOUM et CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 25 septembre 2013, n°350893, Sté Immobilière Groupe Casino SAS ; Dr. fisc. 2013, n°46, comm. 509 ; RJF 2013, n°1145.

<sup>1201</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 juin 2013, n°341889, SA Institut de participation de l'Ouest. La même solution a été retenue en matière de gestion de portefeuille pour le compte de tiers : CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 juin 2013, n°35012, Sté CM-CIC Asset Management ; Dr. fisc. 2013, n°43-44, comm. 496, note O. FOUQUET, concl. F. ALADJIDI ; RJF 2013, n°831.

<sup>1202</sup> TA Toulouse, 1<sup>ère</sup> ch., 16 juin 1998, n°95-2008, Sté civile financière Alpa ; RJF 1998, n°1429 ; TA Lille, 4<sup>ème</sup> ch., 18 mai 2000, n°97-812, Entreprise MVMM ; RJF 2001, n°36 ; CAA Bordeaux, 14 janvier 2003, n°99BX02069, Sté Actor Participation ; Inédit au Recueil Lebon ; TA Paris, 1<sup>ère</sup> sect., 14 novembre 2006, n°01-1470, SCM Floisa ; RJF 2007, n°809.

<sup>1203</sup> TA Amiens, 2<sup>ème</sup> ch., 4 mai 2006, n°03-1006, SA Phénaal ; RJF 2007, n°27.

<sup>1204</sup> TA Amiens préc. cit.



Si nous sommes dans l'attente d'une position officielle de l'administration et de la jurisprudence sur l'assujettissement des holdings pures à la CFE, on peut considérer au vu des décisions que nous avons citées, qu'afin d'éviter l'assujettissement à la CFE, il faudra prendre garde à ce que l'activité de la société ne corresponde pas à de la gestion de valeurs mobilière et qu'il n'existe pas de personnel dédié dans le but de réaliser une activité professionnelle.

Enfin, nous ajouterons qu'en ce qui concerne l'assujettissement à la seconde composante de la CET, c'est à dire la CVAE, les holdings pures peuvent prétendre à une exonération dans les mêmes conditions que pour la CFE, c'est à dire que la holding ne doit pas exercer une activité professionnelle à titre habituel. A défaut cette dernière pourra entrer dans le champ d'application de la taxe, si elle réalise notamment un chiffre d'affaires supérieur à 152 500 euros<sup>1205</sup>.

**763** - Pour autant, en fonction des objectifs recherchés dans le cadre de la mise en place de la holding, il pourra être nécessaire de pouvoir justifier de l'exercice d'une activité afin de bénéficier de certains avantages dans le cadre de l'application des règles fiscales (ISF, TVA, etc.).

De ce fait, il faudra que la société soit qualifiée de holding mixte c'est à dire qu'il y ait immixtion dans la gestion. Afin que l'immixtion soit retenue il faudra qu'en plus de l'exercice des droits qui correspondent aux participations détenues, que l'on puisse caractériser l'existence d'activités économiques au profit des filiales.

Ce point est d'ailleurs d'une importance notable à l'heure où la substance économique et l'exercice d'une activité économique réelle sont au cœur des débats visant à renforcer la lutte contre les pratiques fiscales dommageable et que ces derniers, sont nécessaires pour que certaines opérations, notamment réalisées en partenariat avec des Etats à fiscalité privilégiée, ou encore des ETNC, ne puissent être remises en cause.

## **2°) L'utilisation des holdings dans le cadre des schémas d'optimisation fiscale**

**764** - Lorsque l'on s'intéresse à la problématique de l'utilisation des structures holdings dans le cadre des stratégies d'optimisation fiscale, on va, dans la majorité des cas, penser

---

<sup>1205</sup> BOI-CVAE-BASE-40 n°70 et s.

aux schémas d'acquisition de type LBO. Ces derniers, sont souvent utilisés dans le but d'acquérir une société cible et le véhicule d'acquisition (la holding), va d'ailleurs être dédié (au moins dans un premier temps), exclusivement à cette opération.

Si différentes formes d'acquisition peuvent être mises en place<sup>1206</sup>, nous allons revenir sur le mécanisme du LBO qui représente la forme la plus utilisée<sup>1207</sup>.

De manière classique, la holding qui va servir de véhicule d'acquisition, va être créée par le repreneur de la cible. Ce dernier sera seul dans le cadre d'une opération d'OBO mais il sera le plus souvent accompagné de partenaires financiers qui auront un rôle d'investisseurs. On peut retenir également dans le cadre de la diversité de montage, le LTA (« *leverage turn around* »), qui est destiné à assurer le redressement d'une entreprise en difficulté, le MBO (« *management buy out* »), où la reprise de la société cible est assurée par les organes de direction, le VBO (« *vendor buy out* »), où le vendeur devient un associé minoritaire de la holding de reprise à côté de divers investisseurs, ou encore le FBO (« *family buy out* »), qui vise à optimiser la transmission familiale d'une entreprise.

D'autres montages, peuvent être conseillés dans le cadre d'opérations plus spécifiques comme les BIMBO (« *buy in management buy out* »), lorsque l'on fait coexister au sein du véhicule d'acquisition le management existant et des dirigeants extérieurs, ou encore le LBU (« *leverage build up* »), lorsque plusieurs cibles sont acquises afin de constituer un groupe<sup>1208</sup>.

**765 - Les avantages de l'opération.** Le premier avantage consiste dans le levier financier, par le biais de l'endettement du véhicule d'acquisition, le second est de s'assurer le contrôle de la société cible par le biais de la holding et d'obtenir un effet de levier fiscal en déduisant du résultat de la holding les intérêts financiers de la dette ayant permis l'acquisition. L'ensemble de ces caractéristiques démontre de l'intérêt de ce type de structuration.

---

<sup>1206</sup> Memento fusions et acquisitions, Francis Lefebvre, éd. 2016.

<sup>1207</sup> Il est à noter que ces opérations d'acquisition peuvent être soumises aux procédures de contrôle des concentrations, réalisées lorsque deux entreprises indépendantes fusionnent, lorsqu'elles créent une entreprise commune ou lorsqu'une entreprise prend le contrôle d'une ou plusieurs autres. Pour plus de détails V. [http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=296](http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=296).

Ce contrôle est également communautaire : Règl. CE du Conseil n°139/2004 du 20 janvier 2004.

<sup>1208</sup> P. THOMAS, LBO, *Montages à effet de levier – Private Equity*, éd. RB, 2012 et LBO : *Capital transmission*, éd. Francis Lefebvre, 2013.

Si chaque opération LBO présente des caractéristiques propres puisque ces montages sont imaginés « *sur mesure* » pour leurs utilisateurs, on peut dégager divers traits communs à ces derniers.

Classiquement, les repreneurs s'associent avec des investisseurs financiers au sein d'une structure holding, qui va souscrire un emprunt bancaire classique souvent complété par un financement hybride<sup>1209</sup>. Grâce à ses propres capitaux et aux moyens de financements obtenus auprès des établissements financiers, la société holding va pouvoir procéder à l'acquisition de la cible.

Nous allons envisager dans un premier temps la structuration de l'opération (1) puis, les aspects fiscaux de cette dernière (2)

## 1) La structuration de l'opération

**766** - L'opération, nous l'avons vu, peut s'envisager de différentes manières, soit par la création d'une holding soit, par l'utilisation d'une structure existante. Le choix entre ces deux solutions, est fonction de la situation du contribuable, même si l'utilisation d'une structure existante peut être problématique dans l'hypothèse de l'existence éventuelle d'un passif pouvant rebuter les potentiels apporteurs ou prêteurs de fonds.

Pour autant, la création d'une structure peut également être problématique puisqu'il faudra prendre garde à bien anticiper la gestion des actes à accomplir pour le compte de la société en formation<sup>1210</sup>. Il faudra également avoir clôturé au moins un exercice avant de pouvoir procéder à l'intégration de la société cible<sup>1211</sup>. Cette solution est pourtant souvent privilégiée par les praticiens<sup>1212</sup>, notamment du fait qu'il sera plus simple de faire coïncider les exercices sociaux.

**767** - Si en principe les contribuables pourront choisir n'importe quelle forme sociale pour servir de véhicule d'acquisition, puisque l'on pourra toujours opter pour l'assujettissement à l'IS, les praticiens recommanderont classiquement pour des raisons

---

<sup>1209</sup> On peut penser par exemple au financement mezzanine qui combine à la fois les caractéristiques d'un prêt bancaire mais également celles d'un financement par actions. Sur ce type de financement V.

<sup>1210</sup> Art. L. 210-6 du Code de commerce et Art. R. 210-5 du même Code.

<sup>1211</sup> Art. 223 A du CGI.

<sup>1212</sup> M. TURON et M. CHAPIN, *Structuration fiscale du LBO*, Journ. Sociétés, février 2008, p. 33 et : *Les LBO* ; Actes prat. Ing. Sociétaire, n°99, mai-juin 2008, n°148, p.22-23.

de flexibilité, l'utilisation d'une SA ou d'une SAS, ces dernières permettant par ailleurs d'émettre une importante diversité de titres.

En ce qui concerne la capitalisation du véhicule d'acquisition, cette dernière va généralement s'opérer par le biais d'un apport en capital des associés de la holding, mais également par de l'emprunt bancaire afin de permettre de sécuriser et de structurer efficacement la dette d'acquisition.

On peut imaginer rencontrer dans un même LBO, des emprunts bancaires classiques d'une durée de 5 à 7 ans qui vont représenter la dette sénior<sup>1213</sup>, et des fonds d'investissement privés, qui représenteront eux généralement les dettes mezzanines ou subordonnées<sup>1214</sup>, car elles seront remboursables après l'apurement complet de la dette sénior, ainsi que des apports ou des prêts qui sont opérés par les dirigeants.

Ce financement, est par ailleurs souvent assorti de garanties comme le nantissement des titres de la société cible détenus par le holding, des contrats de couverture d'intérêt etc.

## 2) Les aspects fiscaux du montage

**768** - Sur la question des aspects fiscaux du montage, le principal avantage va reposer sur le levier financier. De ce dernier, va également dépendre la viabilité économique de l'opération. Il va reposer sur l'endettement du véhicule d'acquisition et devra être compensé par les flux financiers futurs, qui seront générés par la cible afin de faire face aux échéances de remboursement.

L'audit financier de la cible au préalable de l'acquisition, est donc une étape cruciale de l'opération dans l'anticipation des bénéfices qui seront dégagés par cette dernière.

Sur un plan strictement fiscal, les avantages de l'opération vont être liés à la déduction des charges financières liées aux intérêts d'emprunts et aux frais d'acquisition (déduction qui est limitée nous l'avons vu dans le cadre de certains mécanismes anti-abus)<sup>1215</sup> et sur

---

<sup>1213</sup> Dans une opération de LBO, la dette sénior correspond aux apports en dette amortissables, réalisés par les banques. Les intérêts et le remboursement annuel vont être prioritaires par rapport aux dettes mezzanines. Elle représente en général de 3 à 5 fois l'excédent brut d'exploitation et va généralement durer cinq ans. V. P. VERNIMMEN, *Finance d'entreprise*. Dalloz. éd. 2016.

<sup>1214</sup> Cette dette va servir à limiter les capitaux investis en maximisant les taux de rentabilité. Elle est conditionnée au remboursement de la dette sénior. Classiquement, elle est négociée à plus long terme que la dette sénior (entre 7 et 10 ans) et va coûter plus cher du fait de taux d'intérêts plus élevés. Sa particularité est qu'elle va pouvoir l'accès au capital du créancier, notamment par le biais de l'octroi de bons de souscription d'action à terme. V. P. VERNIMMEN, *Finance d'entreprise*, Op. cit.

<sup>1215</sup> On pense ici aux problématiques liées à la limitation de la déductibilité des charges financières, comme celle des intérêts versés aux associés, celle liée aux intérêts versés à des sociétés liées, au dispositif de lutte contre la sous-capitalisation.

la remontée des dividendes en franchise d'impôt (sauf quote-part de frais et charge et dans le cadre de l'application du régime des sociétés mères et filiales (V. n°522 et s.) et dans l'intégration fiscale (V. n°554 et s.).

Si le seuil de déclenchement du régime mère-fille (5% pour mémoire), sera généralement atteint dans le cadre des opérations de LBO, ce régime peut, si les conditions sont réunies, être couplé avec le régime de l'intégration fiscale (95% de détention pour mémoire qui lui aussi se verra limité par l'application des dispositions de l'amendement Charasse (V. n°254 et s.), qui limitera la déduction des charges financières et qui emportera une réintégration d'une partie de ces dernières.

**769** - Dans l'hypothèse où ces solutions ne pourraient être envisagées, il peut être envisagé de procéder à la fusion de la holding et de la société cible, dans le but d'imputer directement les charges financières sur les bénéfices de la cible absorbée (V. n°764 et s.). Pour autant, il faudra prendre garde dans ce cas à ce que l'opération ne soit pas jugée comme ayant un but exclusivement fiscal, ce qui pourrait permettre sa remise en cause. Cela sera notamment le cas lorsque l'opération aura pour but exclusif, d'imputer fiscalement les frais d'acquisition sur les bénéfices de la société objet de l'acquisition ou lorsque l'opération, sera considérée du point de vue de la société objet de l'acquisition puis fusionnée, une opération déséquilibrée, cette dernière ne bénéficiant pas de contreparties suffisantes<sup>1216</sup>.

Afin de remettre en cause l'opération, l'administration utilise un faisceau d'indices intégrant le délai qui sépare l'acquisition de la fusion, le niveau de capitalisation du véhicule d'acquisition, le montant des dettes d'acquisition au moment de la fusion par rapport au financement initial ou encore, l'exercice ou non par la holding d'une autre activité que celle de détention de titre.

Afin d'éviter le risque de sanction, le contribuable pourra toujours s'il le souhaite, utiliser la procédure de rescrit. Dans ce cadre<sup>1217</sup>, il a ainsi été indiqué que la déductibilité des charges financières ne sera pas remise en cause, si la fusion des deux entités n'entraîne pas de rupture dans l'application du régime de groupe, que le capital de la société absorbée ne comprend aucun intérêt minoritaire potentiellement lésé par la fusion et que

---

<sup>1216</sup> BOI-IS-FUS-10-40 n°1 et s.

<sup>1217</sup> Rescrit n°2007/48 (FE), 23 octobre 2007.

cette dernière, ne concerne que des structures de financement et n'entraîne donc pas d'appauvrissement des sociétés opérationnelles.

## **B) L'optimisation de la TVA**

**770** - Dans le cadre de leur activité, les contribuables sont bien souvent, sauf régimes ou activités spécifiques, assujettis à la TVA<sup>1218</sup>, qui représente des montants parfois conséquents. De ce fait, les contribuables sont tentés d'en optimiser la charge, autrement dit de la limiter ou, de la rationaliser.

Dans le cadre de l'optimisation de la charge de TVA, nous ne reviendrons pas ici sur les problématiques que nous avons envisagées notamment au plan communautaire et qui sont liées à l'avènement de l'économie numérique, mais plutôt sur une question qui a agité la sphère fiscale pendant de nombreuses années et concernait la déduction de la TVA par les holdings (1°) ; nous allons également voir quel peut être l'intérêt pour les holdings dans le cadre de la déduction des frais d'acquisition (2°).

### **1°) Le droit à déduction des holdings : une mise en conformité avec la jurisprudence communautaire**

**771** - Cette question, est formidablement illustrée par une jurisprudence du Conseil d'Etat à propos d'une société holding, qualifiée de holding animatrice, percevant à la fois des dividendes non soumis à la TVA du fait de sa qualité d'actionnaire, mais également des recettes soumises à la TVA du fait de son immixtion dans la gestion des filiales détenues<sup>1219</sup>.

Dans le cadre d'une vérification de comptabilité, l'administration a remis en cause une partie des droits à déduction exercés par la société au titre de ses frais généraux.

**772** - Dans ce type de situation, la Cour de justice, a jugé que les dividendes, sont étrangers au système de droit à déduction<sup>1220</sup>. Plus récemment, elle a jugé que les

---

<sup>1218</sup> Documentation pratique Francis Lefebvre, TVA-V, n°1 et s.

<sup>1219</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 20 mai 2016, n°371940, Sté Ginger Groupe Ingenierie Europe ; H. BITAR et F. BERTACCHI, *Droits à déduction des holdings : de Satam à Ginger, les retrouvailles*, Dr. fisc, 2016, n°22, act. 331.

<sup>1220</sup> CJCE, plén., 22 juin 1993, aff. C-333/91, Sofitam SA (anciennement Satam SA) préc. cit.

dépenses liées à la place de participation des filiales dans lesquelles elles ont un rôle actif, constituent pour la holding, des frais généraux liés à son activité économique et qui ouvrent donc au droit à déduction, sous réserve de l'application d'un coefficient de taxation si la société réalise à la fois des opérations taxables et d'autres exonérées. Par ailleurs, la Cour a indiqué qu'il n'existait pas de lien direct entre d'éventuelles prestations de service et le versement de dividendes<sup>1221</sup>.

Suite à cette jurisprudence, l'administration a indiqué dans sa doctrine que le fait que l'entreprise perçoive des recettes non taxables, n'avait pas d'incidence sur le droit à déduction, tout en ne réglant pas le sort des dépenses non liées aux opérations en capital<sup>1222</sup>.

Selon cette approche, le Conseil d'Etat, a dans le cadre de sa première étude de l'affaire « *Ginger* »<sup>1223</sup>, considéré que le droit à déduction de la holding, devait être limité du fait de l'exercice d'une activité hors champ et a renvoyé l'affaire au fond.

La Cour administrative de Paris<sup>1224</sup>, qui a rejugé l'affaire au fond, a entériné cette position en jugeant que la TVA applicable aux frais généraux, pouvait être déduite selon le rapport qui existe entre le montant du chiffre d'affaires imposable et le total constitué par le chiffre d'affaires et les dividendes perçus par la société *Ginger*.

Le Conseil d'Etat, qui a jugé une seconde fois l'affaire, a finalement infirmé sa position initiale, en se basant sur une nouvelle décision de la Cour de justice<sup>1225</sup>. Il va ainsi juger que l'ensemble des frais généraux supportés par la société *Ginger*, va ouvrir droit à déduction. En effet, selon la Haute juridiction, les frais acquittés en lien avec la détention d'une participation d'une holding dans ses filiales, tout en participant à leur gestion, doivent être considérés comme affectés à une activité économique. La TVA venant grever ces frais, doit donc être considérée comme ouvrant droit à déduction intégrale, tout en précisant que dans l'hypothèse où ces frais sont affectés pour partie à d'autres filiales

---

<sup>1221</sup> CJCE, 20 juin 1996, aff. C-155/94, Wellcome Trust ; RJF 1996, n°1111 ; CJCE, 6<sup>ème</sup> ch., 26 juin 2003, aff. C-442/01, Kap Hag ; RJF 2003, n°1194 ; CJCE, 5<sup>ème</sup> ch., 29 avril 2004, aff. C-77/01, EDM ; Dr. fisc. 2004, n°29, comm. 631, note M. GUICHARD et B. JEANNIN ; RJF 2004, n°827, étude Ph. TOURNES, p. 511 ; BDCF 2004, n°97, concl. Ph. LEGERR ; RD bancaire et fin. 2004, n°4, 100049.

<sup>1222</sup> BOI 3 D-4-01, 23 oct. 2001.

<sup>1223</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 27 juin 2012, n°350526, SA Groupe Ingénierie Europe *Ginger* dite Sté *Ginger* ; note G. DE CORDES et A. MORAINÉ, Dr. fisc. 2012, n°39 ; RJF 2012, n°907.

<sup>1224</sup> CAA Paris, 9<sup>ème</sup> ch., 4 juillet 2013, n°12PA02858, Sté *Ginger* ; BDCF 2014, n°15, concl. A. BERNARD ; C. ACARD, *Fiscalité financière*, Dr. fisc. 2014, n°23, 364, n°6.

<sup>1225</sup> CJUE, 2<sup>ème</sup> ch., 16 juillet 2015, aff. C-108/14 et C-109/14, Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG ; Dr. fisc. 2015, n°36, act. 469, Th. HENRIQUE.

dans lesquelles la holding n'est pas investie dans la gestion, la TVA ne pourrait être déduite que partiellement.

## 2°) La déduction de la TVA acquittée sur les frais d'acquisition

773 - A la suite des nombreuses modifications de la jurisprudence que nous avons envisagées dans le cadre du droit à déduction des sociétés holdings, se posait toujours la question de savoir si la TVA payée sur les frais acquittés par le contribuable dans le cadre d'acquisitions de participations, demeurerait hors du champ d'application de la directive, ou si cette dernière pouvait être considérée comme faisant partie des frais généraux et donc être déductible.

Il faut noter qu'il a déjà été admis que la TVA sur certaines prestations juridiques, financières ou comptables, acquittée dans le cadre d'opérations de cession<sup>1226</sup> était déductible, puisque les dépenses étaient affectées directement à l'opération.

Par la suite, la Cour a rappelé que la possibilité de déduire la TVA, a pour objectif de rendre neutre l'opération pour l'entrepreneur dans le cadre de la réalisation de son activité économique<sup>1227</sup>, si cette activité rentre dans le champ de la TVA<sup>1228</sup>. En d'autres termes, les dépenses engagées pour la réalisation de l'activité, doivent être considérées comme des éléments du prix des opérations effectuées en aval et qui ouvrent droit à déduction. On retrouve ici la notion de lien direct entre les opérations, lien qui n'existe pas dans le cadre d'activités de holding.

Pour autant, les coûts de service, qui représentent des frais généraux constitutifs du prix des produits d'une entreprise, sont directement liés à l'activité économique exercée par l'assujetti.

De ce fait, dans l'hypothèse où une holding réaliserait à la fois des opérations dans le champ de la TVA (ouvrant droit à déduction) et des activités hors champ (n'ouvrant pas droit à déduction), elle serait en droit de déduire exclusivement la TVA relative aux opérations rentrant dans le champ de la TVA.

---

<sup>1226</sup> CJCE, 5<sup>ème</sup> ch., 6 avril 1995, aff. C-4/94, BLP group ; Rec. CJCE 1995, I, p. 4177 ; Dr. fisc. 1995, n°38, comm. 1779 ; RJF 1995, n°804, concl. C. OLENZ, p. 408. V. Ph. DEROUIN, *Droit à déduction de la TVA et règle de l'affectation. À propos de l'arrêt BLP Group* (CJCE, 6 avr. 1995), Dr. fisc. 1995, n°38, 10006.

<sup>1227</sup> CJCE, 2<sup>ème</sup> ch., 8 juin 2000, aff. C-98/98, Midland Bank ; RJF 2000, n°1187 ; BDCF 2000, n°105, concl. A. SAGGIO.

<sup>1228</sup> CJUE, 2<sup>ème</sup> ch., 16 juill. 2015, aff. C-108/14 et C-109/14, Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG, préc. cit.



Au final, la reconnaissance de l'existence d'un lien direct entre les frais d'acquisition des titres et l'activité économique de la holding, représente un pas important pour la gestion fiscale des contribuables<sup>1229</sup>.

A la suite des prises de position de la jurisprudence communautaire, l'administration fiscale française a donc dû modifier sa doctrine et a précisé qu'était déductible, la TVA comprise dans le coût des dépenses exposées par les entreprises assujetties dans le cadre de la réalisation d'opérations en capital, comme cela pourra être le cas d'une introduction en bourse, d'une augmentation de capital, d'une prise de participation entraînant ou non l'immixtion dans la gestion, d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif<sup>1230</sup>. Le but est ici on le voit, d'autoriser la déduction de la TVA sur les frais d'acquisition lorsque les dépenses ont été engagées dans le but d'assurer la croissance de l'activité ou de la pérenniser<sup>1231</sup>. Les opérations qui en revanche, ne rentreront pas dans une logique d'investissement et n'auront pour but que l'obtention d'avantages fiscaux, ne pourront pas bénéficier de ce droit à déduction.

La reconnaissance de ce droit aux contribuables et en particulier pour les holdings est donc évidemment une excellente opportunité pour les contribuables, ce qui va leur permettre de développer leurs schémas d'optimisation fiscale.

Grâce à cela, le paramètre TVA devient un acteur important de l'optimisation fiscale des holdings qu'il faudra pour autant, comme bien souvent dans cette matière, manier avec précautions.

**774 -** Dans ce cadre, la remise en cause de la déductibilité de la TVA, va se jouer sur la réalité de la prestation, ou de la livraison effectuée<sup>1232</sup> et sur le fait la dépense engagée, l'a été dans l'intérêt de l'exploitation<sup>1233</sup>.

Une récente affaire sur laquelle s'est prononcé le Conseil d'Etat, vient illustrer ce propos. Il a ainsi été jugé par la Haute juridiction, qu'il appartient à l'administration de démontrer que le bien ou le service acquis, n'est pas nécessaire à l'exploitation, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, dans le cadre de l'externalisation de prestations d'assistance intragroupes,

---

<sup>1229</sup> Une fois ce principe posé, s'est posé la question du calcul de prorata à déduction. V. CJCE, 5<sup>ème</sup> ch., 29 avril 2004 aff. C-77/01, EDM, préc. cit.

<sup>1230</sup> BOI-TVA-DED-20-10-20 n°480 et s.

<sup>1231</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 décembre 2013, n°350797, France Télécom ; Dr. fisc. 2014, n°11, comm. 207, concl. F. ALADJIDI ; RJF 2014, n°328.

<sup>1232</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 juin 2008, n°299279, min c/ SA Solamat-Merex ; RJF 2008, n°1107 ; BDCF 2008, n°126, concl. L. OLLEON.

<sup>1233</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 1<sup>er</sup> avril 1992, n°82758, Laboratoires des Externes Rajennissants du docteur V. BOGOMOLETZ ; RJF 1992, n°647.

partiellement sous-traitées et non redondantes avec d'autres services, la société ne pouvant réaliser elle-même les prestations litigieuses<sup>1234</sup>.

## **§II) La consolidation du paiement de la TVA**

775 - Certains groupes de sociétés, peuvent dans certaines conditions, opter pour la centralisation au niveau de leur société tête de groupe, de la TVA et des taxes assimilées, pour certaines ou l'ensemble des sociétés éligibles.

Ce mécanisme, va également permettre de centraliser la gestion des crédits de taxes déductibles, dont les contribuables sont bénéficiaires et qui doivent être remboursés par l'administration fiscale.

Nous verrons ainsi dans un premier temps quel est le champ d'application de ce mécanisme (A), puis, son fonctionnement (B).

### **A) Le champ d'application du mécanisme de consolidation de la TVA**

776 - *Un mécanisme réservé aux grandes entreprises.* L'option pour la mise en place du paiement consolidé de la TVA<sup>1235</sup>, est ouverte aux groupes dont la société de tête, détient de manière directe ou indirecte, plus de 50% du capital ou des droits de vote des filiales qu'elle souhaitera faire bénéficier du mécanisme. Par ailleurs, les membres du groupe, les filiales comme la tête de groupe, doivent relever de la direction générale des entreprises (DGE). Autrement dit, comme en dispose l'article 344-0 A de l'annexe III du CGI, il s'agit donc des personnes morales dont le total de l'actif brut du bilan, ou le chiffre d'affaires hors taxe atteint à la clôture de l'exercice 400 millions d'euros. Relèvent également de la DGE, les personnes morales qui détiennent, ou qui sont détenues, de manière directe ou indirecte, à plus de 50% du capital ou des droits de vote par ou une entreprise atteignant les seuils visés ci-dessus et enfin, les groupes fiscaux, dont au moins un des membres qui les composent, répond à l'un des critères susvisés.

---

<sup>1234</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss-sect., 9 décembre 2015, n°367898, Sté Foncière le Charlebourg ; Dr. fisc. 2016, n°18-19, comm. 313.

<sup>1235</sup> Art. 1693 ter du CGI.

Il est à noter que pour apprécier le critère du chiffre d'affaires, seuls les revenus liés à des opérations imposables en France sont retenus pour le seuil de 400 millions. Les établissements stables des sociétés relevant de la DGE peuvent également être intégrés dans le dispositif s'ils réalisent 400 millions de chiffre d'affaires, sur des opérations imposables en France. Il en est de même pour les filiales détenues à 50% au moins par la société étrangère dont les titres figurent à l'actif de l'établissement.

*777 - L'option pour la consolidation.* Cette dernière est notifiée par la société tête de groupe à l'administration fiscale sur papier libre selon un modèle défini. Cette déclaration doit être accompagnée de différents documents d'identification, comme la liste des membres du groupe<sup>1236</sup> et les attestations fournies par chaque membre du groupe démontrant leur accord pour rejoindre le périmètre de la consolidation.

Afin de pouvoir opter pour ce régime, il est également nécessaire que les membres du périmètre, ouvrent et clôturent leurs exercices comptables aux mêmes dates et qu'ils relèvent du régime réel normal d'imposition en matière de TVA, à l'exclusion donc du régime des acomptes provisionnels. Ce régime, institué par l'article 287, 2-2° du CGI, permet à certains redevables connaissant des difficultés dans la transmission de leurs déclarations de chiffre d'affaires, de bénéficier d'un délai supplémentaire d'un mois, tout en versant un acompte dans le délai normal de déclaration. Les contribuables qui déposent des déclarations trimestrielles sont également exclus du dispositif.

En vertu des dispositions de l'article 384 D de l'annexe III du CGI<sup>1237</sup>, l'option doit être formulée par la société tête de groupe auprès de la DGE, antérieurement au début du premier exercice au titre duquel le contribuable souhaite se soumettre à l'application de ce régime. Il est à noter pour cela, que l'accord des différents membres, doit être formalisé dans le cadre d'une attestation conforme au modèle établi par l'administration.

Une fois que l'option est choisie et que le périmètre est défini, elle va couvrir obligatoirement une période initiale de trois exercices comptables et commencera donc, au premier jour du premier exercice suivant l'exercice de l'option. Il est à noter que l'option peut être le cas échéant, dénoncée par les contribuables, cette dénonciation doit être effectuée au cours du premier mois du troisième exercice suivant la prise d'effet de l'option et prend effet le premier jour de l'exercice au cours duquel elle est formulée. A

---

<sup>1236</sup> Imprimé n°3310-CA3-P-SD.

<sup>1237</sup> Modifié par décret n°2015-1356, du 26 octobre 2015, art. 1.

défaut de dénonciation, l'option continue de produire ses effets tant qu'elle n'est pas dénoncée.

Il est à noter que le périmètre de consolidation peut être modifié durant la période qui est couverte par l'option, en effet, la société tête de groupe, peut éventuellement, avec leur accord, exclure certaines entités du périmètre, ou en intégrer de nouvelles.

Cependant, la modification du périmètre de consolidation du paiement de la TVA, ne prendra effet qu'à compter du second exercice compris dans la période initialement prévue par l'option.

## **B) Le fonctionnement de la consolidation**

**778** - Une fois que l'option est entrée en vigueur, il faut au préalable noter que les différentes sociétés membres de la consolidation, ne sont pas déliées de leurs différentes obligations déclaratives, ces dernières doivent donc transmettre, dans les délais habituels, leurs déclarations de TVA<sup>1238</sup>. Ces déclarations ne sont en revanche pas accompagnées d'un paiement ou d'une demande de remboursement.

C'est en effet la société tête de groupe, qui doit transmettre chaque mois, une déclaration récapitulative de TVA<sup>1239</sup>. Si le solde entre les taxes nettes dues et les crédits de taxe est positif, la déclaration récapitulative est accompagnée d'un paiement égal à ce solde, à l'inverse, si ce dernier est négatif, la société tête de groupe va pouvoir demander le remboursement de ce solde, ou le reporter sur la déclaration suivante.

Nous noterons enfin que si la société tête de groupe est redevable du paiement de la TVA et des taxes assimilées, les entités membres demeurent solidairement tenues avec elle du paiement de ces dernières et ce, à hauteur des droits et pénalités dont chacune des entités serait redevable en l'absence de l'option.

Bien évidemment, les crédits de TVA qui sont constatés au profit d'une entité membre du groupe pour une période antérieure à la prise d'effet de l'option, doivent être obligatoirement remboursés à la société bénéficiaire et ne peuvent pas être reportés sur une déclaration de groupe. A l'inverse, un crédit qui serait constaté sur la déclaration commune pendant le régime de consolidation, ne peut être reporté sur la déclaration d'une société qui n'était pas, ou qui n'est plus membre du périmètre. En cas de

---

<sup>1238</sup> Déclaration CA3.

<sup>1239</sup> Déclaration CA3G.

dénonciation de l'option, le crédit existant à ce moment ne peut alors être utilisé que par la société tête de groupe<sup>1240</sup>.

**779 -** *La cessation du régime.* Ce dernier prend évidemment fin, si tous les membres du périmètre le dénoncent à l'issue de la période initialement couverte par l'option. Pour autant, il existe d'autres situations emportant la cessation du groupe, comme par exemple lorsque le redevable du groupe se retrouve seul membre de ce dernier, ou qu'il ne relève plus d'une des conditions d'application du régime.

On peut également s'interroger sur les conséquences sur la consolidation, de certaines opérations de restructuration. Lorsque la société tête de groupe est absorbée par une autre entité assujettie à la TVA pendant la durée de l'option, il y a par principe cessation de la consolidation, à moins que la société absorbante ne décide de se constituer redevable de la TVA et des taxes assimilés pour les membres de l'ancien groupe.

Pour autant, afin que soit validée cette substitution de redevable, il faudra que la société absorbante en informe l'administration au cours du mois durant lequel aura lieu l'opération de fusion, afin que cette dernière connaisse le nouveau périmètre du groupe. Seront donc jointes les attestations d'accord des différentes entités du groupe et que les conditions d'éligibilité sont toujours remplies après l'opération.

La durée de consolidation du « *nouveau* » groupe, sera décomptée à partir de la date de prise d'effet de l'option qui a été notifiée initialement par la société absorbée.

Dans l'hypothèse où l'entité absorbante aurait quant à elle, préalablement à la fusion, opté pour la consolidation, elle peut en élargir le périmètre et devenir redevable de la TVA et des taxes assimilées pour l'ensemble des sociétés membres de son périmètre initial et pour celles dont le redevable initial a été absorbé. En revanche, dans ce cas, c'est la signification de l'option par la société absorbante qui servira de base au calcul de la durée du calcul de la consolidation<sup>1241</sup>.

**780 -** Nous noterons pour conclure sur ce mécanisme que le contrôle des déclarations dans le cadre du paiement consolidé est assuré dans les conditions de droit commun.

Par ailleurs, si ce régime se distingue du groupe TVA tel qu'il est entendu par l'article 11 de la directive TVA<sup>1242</sup>, puisque dans le cadre du régime français, chaque entité conserve

---

<sup>1240</sup> Art. 1693 ter A du CGI.

<sup>1241</sup> BOI-TVA-DECLA-20-20-50 n°570 et 580.

<sup>1242</sup> CJCE, 3<sup>ème</sup> ch., 22 mai 2008, aff. C-162/07, préc. cit.

sa qualité d'assujetti et ses propres obligations déclaratives, il représente un intérêt certain en terme de trésorerie pour les membres du périmètre, évite la récurrence des crédits de TVA et réduit les charges de gestion des groupes<sup>1243</sup>.

---

<sup>1243</sup> Pour un aperçu de la notion du groupe TVA au sein de l'Union et des difficultés rencontrées dans sa mise en place, V. D. BOUCHET et J. MARX, *TVA : soixante ans, soixante questions clés (3<sup>ème</sup> volet)*, Dr. fisc, 2015, n°15, 112, 60 et s.

## TITRE II : L'OPTIMISATION DU DEVELOPPEMENT DE L'ENTREPRISE

**781** - La stratégie fiscale des entreprises, touche l'ensemble des étapes qui vont marquer la vie de ces dernières, il est donc normal que le développement de l'entreprise, que ce dernier soit territorial, ou purement structurel dans le cadre de la mise en place d'opérations de « *business restructuring* », s'intéresse de prêt à la variable fiscale. Ces opérations sont d'ailleurs devenues nous allons le voir le voir, un des enjeux majeurs de la fiscalité des entreprises dans le cadre de la mise en place, ou de l'évolution de leur stratégie fiscale et ce, en lien étroit avec leur politique économique et financière. Ces opérations, seront notamment sensibles dans le cadre de la conquête de nouveaux marchés ou de leur préservation, mais également pour les Etats, qui voient en elles, des pratiques d'évasion fiscale.

**782** - Dans le cadre de l'étude de ces problématiques, nous pouvons constater que se dégagent deux principales problématiques, que nous allons aborder successivement.

La première, est inhérente aux choix d'implantation des entreprises d'un point de vue territorial, soit dans un cadre national du fait des mécanismes incitatifs spécifiques mis en place par certains Etats, soit dans le cadre de l'internationalisation de l'activité.

La seconde, est quant à elle liée aux évolutions structurelles de l'entreprise ou du groupe, qui selon les besoins et les contraintes, peut avoir à faire évoluer sa structure opérationnelle, afin que celle-ci réponde au mieux aux caractéristiques du marché. Ces diverses réflexions pourront engendrer la mise en place d'une politique de restructuration, soit par le biais de la réalisation d'acquisitions, de fusions, de concentrations, de transfert d'actifs ou de siège, mais également par le biais de cessions de participations.

**783** - Avant d'aborder plus en détail ces problématiques, nous allons nous intéresser un instant aux causes de ces dernières, sans tenir compte de la nationalité de la société, ce qui va nous permettre de voir quels sont les points clés du développement de l'entreprise ayant un impact sur ces questions.

L'internationalisation en est un bon exemple, elle correspond à une stratégie de développement d'une entreprise en dehors de son marché national, qui peut

s'exprimer soit par la présence d'unités de production dans différents pays, soit par la conquête de différents marchés nationaux.

Cette stratégie, va correspondre en fonction de la situation à deux attitudes antagonistes, la première va être défensive, l'entreprise implantée va subir un pénétration de son marché, un mouvement concurrentiel important ou encore une perte de vitesse de ses débouchés, ce qui pourra l'emmener à envisager une opération de restructuration ; la seconde en revanche va être offensive, il va s'agir pour elle d'intégrer de nouveaux marchés et de développer sa puissance commerciale et économique.

**784** - Dans le cadre du développement de cette stratégie territoriale ou structurelle, on peut retenir diverses raisons qui vont emmener l'entreprise ou le groupe, à modifier sa structuration.

Il peut exister des raisons stratégiques, visant à répartir ou, à concentrer les risques en fonction de la conjoncture économique, par exemple en fonction des fluctuations monétaires à long terme, à réduire le risque de dépendance par la diversification géographique notamment dans l'écoulement des produits ou services. Au contraire, il peut s'agir de la volonté de réaliser des économies d'échelles du fait de la centralisation de certaines activités ou structures. Dans le même sens, l'entreprise ou le groupe, peut s'installer sur d'autres territoire afin d'éviter la concurrence qui pourra être moins forte sur d'autres marchés, ou en fonction du cycle de vie du produit ou service proposé, qui peut avoir atteint sa phase de maturité sur un marché et être en phase de croissance ou de développement sur un autre marché.

**785** - Nous allons donc voir dans le cadre d'un premier chapitre (Chapitre I), quels sont les mécanismes fiscaux permettant d'inciter les entreprises ou les groupes à s'implanter sur un territoire ou sur une partie de son territoire, on retrouvera ici des dispositifs incitatifs applicables en fonction des activités exercés ou réservés à des zones territoriales spécifiques puis, nous verrons dans un second chapitre (Chapitre II), comment sont optimisées fiscalement les modifications structurelles des entreprises ou des groupes, ainsi que la cession des participations détenues.



# **CHAPITRE I : LE DEVELOPPEMENT**

## **TERRITORIAL DE L'ENTREPRISE**

**786** - La stratégie de développement des entreprises d'un point de vue territorial est une donnée importante pour ces dernières et qui se retrouve aujourd'hui largement médiatisée. En effet, les entreprises et donc les investisseurs, y sont de plus en plus attentifs de par la volonté de s'extraire des contraintes fiscales rencontrées sur certains marchés. Ces derniers, recherchent donc dans la mise en place de leur politique de développement territorial, au delà des taux d'imposition, les mécanismes incitatifs qui seront les plus adaptés à leurs besoins. De ce fait, les Etats vont également être attentifs à ces pratiques et parfois en être à l'origine, mais vont souvent se retrouver confrontés, dans la mise en place de ces régimes dérogatoires, dans une situation aux problématiques antagonistes. En effet, ces deniers vont devoir à la fois, sans pour autant pratiquer la concurrence fiscale déloyale, favoriser l'investissement par la mise en place de dispositifs incitatifs, sectoriels ou territoriaux, mais devront également dans le cadre de la bonne application de la loi, veiller à ce que les contribuables ne profitent pas des dispositifs incitatifs proposés, dans le but d'éviter l'impôt, ce qui nous l'avons vu, peut faire tomber ces comportements sous le coup de certains dispositifs anti-abus.

**787** - Les réflexions de l'entreprise ou du groupe sur l'évolution, ou sur le développement de son implantation territoriale, sont nous le voyons, au cœur de la stratégie de ces derniers, le facteur fiscal, va donc bien entendu entrer en ligne de compte, mais il ne doit pas être exclusif, sous peine d'être sanctionné par des mécanismes anti-abus tels que l'abus de droit notamment.

Parmi les arguments relatifs aux choix d'implantation effectués, on peut considérer qu'il est possible, par la sélection de certaines zones territoriales, d'obtenir d'importants avantages concurrentiels. On pense notamment ici au coût de la main d'œuvre, ce qui s'illustre notamment par l'implantation de nombreuses usines textiles et industrielles, des centres d'appels, etc. dans les pays asiatiques ou africains où les salaires sont bien moins élevés que dans les pays de consommation de ces biens ou services<sup>1244</sup>.

---

<sup>1244</sup> <http://www.ubs.com/prices&earnings>.

On pense également à l'accès aux ressources naturelles et à la facilitation de l'approvisionnement. En effet, de nombreuses activités pétrolières, gazières et en relations avec les ressources de minerais, sont localisées à proximité des lieux d'extraction afin de réduire les coûts.

Enfin, nous citerons la possibilité d'accéder à diverses incitations financières et fiscales, qui engendrent des avantages spécifiques et parfois importants, en fonction des secteurs d'activité et des lieux où l'activité est exercée (V. n°812 et s.).

Au final, la baisse des coûts de production par la localisation ou la délocalisation de certaines activités, va permettre l'augmentation du chiffre d'affaires et donc, la réalisation d'économies d'échelles par une diminution du coût de production unitaire. Ces économies, pourront être également liées à une baisse du prix d'acquisition des matières premières qui seront accessibles plus facilement, par la baisse des coûts logistiques, notamment dans l'approvisionnement, ce qui va permettre de vendre plus à moindre coût, tout en développant d'autres composantes de l'activité comme par exemple la recherche et développement.

**788** - On retrouve également dans le cadre de la mise en place de ces politiques de restructurations territoriales, des facteurs liés aux caractéristiques et aux évolutions liées aux marchés.

Lorsque l'on parle du marché, on retrouve des raisons liées premièrement au marché « *initial* », autrement dit celui dans lequel l'entreprise ou le groupe, exerce classiquement son activité. Dans ce cas, l'internationalisation peut être imposée du fait de la saturation du marché national, ou des difficultés rencontrées dans le gain de nouvelles parts de marchés du fait d'une concurrence trop importante.

Les raisons de l'internationalisation peuvent être également liées aux contraintes réglementaires, qui limitent le développement de l'entreprise, ou aux conditions de production, qui limitent la croissance et le profit.

D'un autre côté, nous allons retrouver les raisons liées aux « *autres marchés* », qui trouveront leurs sources dans l'internationalisation de la concurrence, par l'ouverture de nouveaux marchés, mais également par les contraintes imposées dans ce cadre, comme l'obligation qui peut être faite aux opérateurs économiques de s'implanter afin de pouvoir

accéder à un marché, politique mise en place par de certains Etats dans le but de créer ou de préserver l'emploi local et de limiter les importations<sup>1245</sup>.

**789** - Avant de nous intéresser aux choix purement fiscaux effectués par les contribuables, il faut, avant d'entamer ce chapitre, revenir sur certains aspects plus économiques, qui viendront normalement influencer les décisions prises par l'entreprise ou le groupe dans le cadre de sa stratégie d'implantation et ce, en principe, en amont des choix fiscaux. Ces derniers, permettront notamment dans le cadre d'éventuels contentieux, d'appuyer l'argumentation du contribuable, dans le but de démontrer que l'opération ou le montage qui a été mis en place, n'a pas un objectif exclusivement fiscal, mais qu'elle est basée sur des considérations économiques, financières, structurelles ou encore sociales.

**790** - Dans le cadre de la stratégie d'internationalisation des entreprises, on peut retenir dans un premier temps les stratégies d'exportation. L'exportation peut être directe, ce qui a pour avantage d'éviter les intermédiaires et donc leur rémunération, de faire l'apprentissage des différents marchés, mais qui peut s'avérer coûteuse, puisque elle va nécessiter une adaptation aux pratiques commerciales locales. Le temps de développer son activité l'entreprise va donc bien souvent devoir entretenir sur place des stocks, ainsi qu'un service de distribution. On utilisera souvent dans ce cadre un agent commercial<sup>1246</sup>. De ce fait, dans le cadre des phases initiales d'exportation, il est bien plus souvent conseillé de procéder à de l'exportation indirecte, plus adaptée, car elle dispense de tout investissement direct et la présence de personnel sur place. Dans le cadre de ce type d'exportation, l'entreprise peut utiliser les services d'un courtier<sup>1247</sup>, ou vendre par le biais d'une société de commerce extérieur, qui s'occupera de toutes les formalités douanières, financières ou administratives. L'inconvénient de cette méthode est qu'elle place une sorte d'écran entre la société « *productrice* » et le marché étranger.

---

<sup>1245</sup> On pense par exemple aux réglementations administratives, tarifaires, engendrant le développement d'un certain protectionnisme.

<sup>1246</sup> J.-M. OLIVIER, *Les "commerçants salariés" à propos des "gérants"*, in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, D. 2007, p. 289 s. V. également : JCL commercial, *Agent commercial*, fasc. 324.

<sup>1247</sup> P. DEVESA, *L'opération de courtage : un groupe de contrats au service de la notion d'entremise*, Litec coll. BDE 1993, t. 30, Préface J.-M. MOUSSERON. V. également : JCL commercial, *Courtage.-Courtiers-Régime général*. Fasc. 326.

On peut également retrouver dans ce cadre, l'exportation associée comme le portage<sup>1248</sup>, qui permet à des PME de bénéficier en échange du versement de commissions, du réseau de distribution d'une multinationale.

**791** - A l'opposée de ces méthodes, on retrouve les stratégies d'investissements directs, qui ont notamment pour objectif, de mieux satisfaire la demande locale en agissant au plus près des consommateurs. Cette méthode d'investissement, passe par la matérialisation de la présence de l'entreprise en dehors de son pays d'origine.

Ce type de stratégie, passera par la création d'une filiale ou d'une succursale et posera bien souvent dans ce cadre des problématiques internationales, comme la question de la présence ou non au sein d'un Etat ou d'un territoire, d'un établissement stable<sup>1249</sup>, ce qui aura une influence importante sur la faculté d'imposition des Etats.

**792** - En plus de ces considérations économiques, qui auront bien entendu un impact en terme de réglementation fiscale pour les entreprises, ces dernières peuvent, dans le cadre de leurs choix d'implantation, bénéficier de certains régimes incitatifs, applicables de manière générale, ou réservés à certains secteurs d'activités ou territoires, qui pourront également influencer l'implantation.

Bien entendu, il faudra toujours, quelque soit le mécanisme de restructuration envisagé, veiller à ce que ce dernier, ne puisse être remis en question par l'administration fiscale, notamment dans le cadre de la procédure d'abus de droit<sup>1250</sup>.

Nous allons donc voir dans un premier temps quelles sont les régimes fiscaux favorables à l'usage des entreprises prévus dans le cadre de la loi (Section I), puis comment, mais aussi pourquoi, certaines entreprises choisiront de s'implanter, ou à tout le moins d'utiliser, les paradis fiscaux, notamment du fait des errements des législations fiscales (Section II).

---

<sup>1248</sup> JCL Travail Traité, *Portage salarial*, Fasc. 3-22 ; V. également, D.O Actualité n°15, 9 avr. 2015, § 9, Encadrement légal du portage salarial. – JCP S 2015, 1176, Le portage salarial définitivement sécurisé, étude par L. CARRIE. – JCP G 2015, 1443, obs. B. KANTOROWICZ. — JCP S 2015, act. 155, obs. Rédaction.

<sup>1249</sup> B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, op. cit. n°16600 et s. et B. CASTAGNEDE, *Précis de fiscalité internationale*, op. cit. § 309 et s. et 359.

<sup>1250</sup> M. COZIAN, *Abus de droit et restructuration des sociétés, Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, réédition 2015, préface Fl. DEBOISSY, p. 75, n°44.

## **Section I : Les mécanismes structurels et statutaires**

### **incitatifs**

**793** - Si nous avons vu dans le cadre de nos travaux que la législation fiscale pouvait à de nombreux égards, encadrer ou limiter les possibilités d'optimisation, d'évasion et de fraude fiscales, elle va également venir encourager la création d'entreprise et le développement de ces dernières, notamment dans le cadre des zones et activités sinistrées.

Pour se faire, le législateur va mettre en place différents mécanismes incitatifs, qui vont venir, soit s'intégrer à la structure fiscale du groupe ou de l'entreprise (§I), soit favoriser la création de ces dernières, dans le but de promouvoir certaines activités ou certaines zones du territoire (§II).

### **§I) Les régimes influençant la structure fiscale des entités**

**794** - Si l'on s'intéresse à ce type de mécanismes, au-delà de ce que nous avons pu voir dans le cadre de l'étude du mécanisme du régime mère-fille (V. n°522 et s.) ou de l'intégration fiscale, on peut retenir deux mécanismes marquants, l'un historique, puisqu'aujourd'hui disparu, celui du bénéfice mondial consolidé (A), et l'autre, toujours plus général et toujours applicable, qui va être relatif à l'utilisation des déficits (B).

#### **A) Le régime du bénéfice mondial : un fabuleux dispositif d'optimisation aujourd'hui disparu**

**795** - *Un mécanisme novateur.* Contrairement à la majorité des Etats et notamment aux autres membres de l'OCDE, la France, a retenu une approche territoriale de l'imposition des entreprises qui trouve sa source dans les dispositions de l'article 209 I du CGI<sup>1251</sup>.

Par ailleurs, si l'attribution de l'imposition à la France par une convention internationale permet d'envisager la captation de revenus étrangers et de pouvoir envisager, dans des hypothèses très particulières, une assiette mondiale de l'imposition, il n'existe pas en

---

<sup>1251</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, de finances rectificative pour 2014 art. 26, 74 et 88 (V).

France aujourd'hui de mécanisme permettant l'intégration des revenus mondiaux d'une entreprise et donc d'un groupe, ce qui représenterait pourtant un formidable instrument de simplification pour les groupes internationaux notamment.

Pour autant, la prise en compte des revenus mondiaux n'est pas totalement étrangère au droit français puisque le législateur français avait mis en place<sup>1252</sup>, le mécanisme du bénéfice mondial consolidé<sup>1253</sup> (BMC), codifié à l'article 209 quinquies du CGI<sup>1254</sup>. Ce mécanisme, finalement supprimé en 2011, visait à favoriser l'implantation des entreprises françaises à l'étranger.

**796 -** Dans les faits, le régime du bénéfice mondial consolidé était la fusion de deux mécanismes, le premier, celui du bénéfice mondial, permettait de calculer un bénéfice global, prenant en compte les bénéfices réalisés partout dans le monde par le biais d'une exploitation directe, ce dernier étant complété par un second mécanisme, celui du bénéfice consolidé, qui permettait, sous réserve de l'existence d'un lien capitalistique permettant de caractériser une détention d'au moins 50% du capital des filiales étrangères, de prendre en compte les pertes réalisées par ces dernières dans le calcul du résultat imposable global, déclaré par la société tête de groupe implantée en France.

**797 -** *Un régime avantageux.* Ce mécanisme permettait de passer outre la conception territoriale française de l'assiette de l'IS à une conception « *mondialiste* ».

Le régime du BMC, permettait donc d'imposer la société tête de groupe, comme si l'ensemble des résultats des différentes entités détenues à l'étranger, avait été réalisé en France. Parallèlement à cela et afin d'éviter tout risque de double imposition, les impôts acquittés à l'étranger, étaient imputables sur le résultat taxable en France.

Ce régime, permettait donc de rationaliser l'imposition du groupe, mais son application était finalement relativement limitée. En effet, il ne s'agissait pas pour les entreprises d'une option mais d'un agrément du ministre chargé de l'économie et des finances.

Cet agrément, était accordé pour une durée de 5 ans et était renouvelable par périodes de trois ans sur avis du comité des investissements à caractère économique et social.

---

<sup>1252</sup> Par une Loi de 1965.

<sup>1253</sup> J.-L. ROSSIGNOL et I. MENCHAOUI, *Le régime du bénéfice mondial consolidé : retour sur la disparition d'un dispositif optimisant*, Revue française de comptabilité n°455 juin 2012 p.28 et s.

<sup>1254</sup> Dispositif mis en place par la Loi n°65-566 du 12 juillet 1965.

Lorsque ce dispositif fonctionnait à plein régime, 10 groupes français internationaux comme Total, Areva ou Saint-Gobain en ont bénéficié.

En 2007, et dans la lignée de la satisfaction des utilisateurs de ce dispositif, certains sénateurs<sup>1255</sup>, ont souhaité l'élargissement de ce régime et notamment la création d'un régime allégé pour les PME. Selon eux, ce régime encourageait efficacement les entreprises françaises à diversifier leurs activités et à s'implanter dans des Etats à fort potentiel de croissance. Les investissements étaient notamment encouragés du fait que dans les premières années d'activités, les entreprises sont généralement déficitaires, les déficits étant, grâce au régime du BMC, imputés sur le résultat d'ensemble.

**798 - *Un régime rapidement critiqué.*** Dès 2010, l'idée de la suppression du régime du BMC a commencé à poindre, le rapport du Conseil des prélèvements obligatoires d'octobre de cette année<sup>1256</sup>, le décrivant comme un mécanisme très couteux pour les finances publiques (plus de 460 millions d'euros par ans), par rapport à son utilisation. Ce rapport, soulignait également qu'il n'était pas adapté à l'économie actuelle, dans la mesure où l'objectif d'une entreprise multinationale est déjà de multiplier ses territoires d'implantation et qu'il n'était donc pas de ce fait nécessaire de les favoriser.

Après diverses tentatives de suppression dans le cadre des discussions de la loi de finances pour 2011<sup>1257</sup> et du projet de loi visant à améliorer la justice fiscale<sup>1258</sup>, le coup de grâce est porté suite à la parution d'un rapport en juillet 2011, sur l'application des mesures fiscales contenues dans les lois de finances<sup>1259</sup>, présenté par G. CARREZ qui jugea le BMC « *sans justification même si il est difficile d'établir l'effet de sa suppression sur l'impôt acquitté par les entreprises concernées* ». La raison de cette critique était notamment inhérente à la faiblesse du TEI constaté chez les entreprises multinationales par rapport aux autres entreprises, un écart de 20 points avec le PME était alors souligné.

---

<sup>1255</sup> Ph. MARINI et Ch. GAUDIN, *La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation*, Rapport d'information n°347 déposé à l'Assemblée nationale le 22 juin 2007.

<sup>1256</sup> [http://www.ccomptes.fr/fr/CPO/documents/divers/Rapport\\_de\\_synthese\\_Entreprises\\_et\\_niches\\_fiscales\\_et\\_sociales\\_071010.pdf](http://www.ccomptes.fr/fr/CPO/documents/divers/Rapport_de_synthese_Entreprises_et_niches_fiscales_et_sociales_071010.pdf)

<sup>1257</sup> Loi n°2010-1657, du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

<sup>1258</sup> Texte n°321 (2010-2011) de M. François MARC et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 23 février 2011.

<sup>1259</sup> G. CARREZ, *l'application des mesures fiscales contenues dans les lois de finances*, Rapport n°3631 déposé à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2011, déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire sur l'application des mesures fiscales contenues dans les lois de finances et présenté par G. CARREZ.

Finalement, le dispositif est définitivement supprimé le 7 septembre 2011, suppression immédiate et rétroactive, sans maintien des agréments en cours<sup>1260</sup>.

## **B) L'utilisation des déficits depuis la fin du BMC**

**799** - Dans le cadre de la loi, un des mécanismes favorisant l'activité des entreprises et encourageant ces dernières à investir, réside dans la gestion des déficits. Une gestion efficace de ces derniers dans un cadre législatif favorable, est d'ailleurs un instrument d'optimisation fiscal qui peut se révéler très intéressant. Cette utilisation des déficits était nous l'avons vue, au cœur du fonctionnement du mécanisme du BMC, mécanisme aujourd'hui disparu (V. supra).

Avant d'aller plus loin, il est important de souligner que l'utilisation des déficits dans le cadre de leur report en avant, ou en arrière est une tolérance allant à l'encontre du sacrosaint principe de l'annualité de l'impôt<sup>1261</sup>.

Dans le cadre de la législation française, qui sur ce point a connu d'importantes évolutions, on peut retrouver deux types de mécanismes en ce qui concerne les entreprises assujetties à l'IS.

Nous noterons dans un but d'exhaustivité, que les entreprises assujetties à l'IR, peuvent imputer le déficit subi au titre d'une année, sur le revenu global de la même année du contribuable personne physique (par le biais de la transparence). Si ce dernier n'est pas suffisant, l'excédant de déficit est reporté de manière successive sur le revenu global des exercices suivants jusqu'à la 6<sup>ème</sup> année<sup>1262</sup> suivant l'apparition du déficit.

Nous allons donc présenter dans un premier temps comment est déterminé le déficit reportable (1°), puis nous verrons comment ce dernier, en fonction du choix du contribuable, peut être reporté, selon la méthode du report en avant, ou de manière plus spécifique, en arrière, méthode plus connue des praticiens comme le mécanisme du « *carry-back* » (2°).

---

<sup>1260</sup> TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 6 octobre 2014, n°1305900 et 1307719, SA Vivendi ; RJF 2015, n°91.

<sup>1261</sup> Qui trouve son fondement dans les dispositions de l'article 12 du CGI.

<sup>1262</sup> Art. 156, I du CGI.



## 1°) La détermination du déficit reportable

**800** - Avant toute chose, il est important de souligner qu'il est préférable pour tous les entrepreneurs, de réaliser d'importants profits et donc, de limiter les déficits puisqu'une affaire déficitaire, ne peut espérer perdurer bien longtemps. Pour autant, il peut arriver qu'avant, ou après une période faste en terme de profits, qu'un exercice soit déficitaire, la bonne utilisation de ce déficit, devant pouvoir permettre au contribuable, la réalisation d'économies d'impôt.

Le déficit reportable, qui peut apparaître à la fin d'un exercice, résulte des dispositions du CGI applicables dans le cadre de la détermination du résultat fiscal, en prenant notamment compte des différentes charges et produits de l'exercice. Pour être reportable, en avant ou en arrière sur un autre exercice, il devra être lié à des charges réelles de l'entreprise. Autrement dit, il doit être subi dans le cadre de l'activité sur laquelle le contribuable est susceptible d'être imposable à l'IS<sup>1263</sup> en France. Cette exigence, va donc à la fois exclure les déficits qui sont subis par des entreprises exploitées hors de France, mais également les déficits qui ne sont pas liés à des charges réelles de l'entreprise. Sur ce dernier point, on peut citer à titre d'exemple, le déficit qui peut résulter de la constitution d'une provision qui ne pourrait être déduite de l'assiette de l'impôt, ce dernier ne peut être reporté sur les bénéfices imposables des exercices suivants<sup>1264</sup>. Il en sera de même en ce qui concerne les déficits liés à des amortissements pratiqués à tort par l'entreprise<sup>1265</sup> et des déficits résultant de la déduction, en tant que charges, de provisions pour dépréciation de titres de portefeuille devant normalement, être soumises au régime des moins-values long terme<sup>1266</sup>.

**801** - Le déficit reportable, doit être calculé en application des méthodes de détermination du résultat comptable en y apportant certaines corrections<sup>1267</sup>.

Ainsi, si en principe, il existe un principe de rattachement des charges et des produits à l'exercice dans lequel ils apparaissent, il peut être intéressant de prendre certaines options par opportunité et ainsi d'opter pour un régime permettant une imposition étalée dans le

---

<sup>1263</sup> BOI-IS-DEF-10-20 n°60.

<sup>1264</sup> BOI-IS-DEF-10-20, n°100.

<sup>1265</sup> CE, 27 octobre 1967, n°70212 ; Dupont 1968 p. 33.

<sup>1266</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 1982, n°24515 ; RJF 1982, n°972.

<sup>1267</sup> BOI-IS-DEF-10-20, n°1 et s.

temps des produits<sup>1268</sup>. Le but est ici d'en lisser l'imposition et de déduire immédiatement les charges, ou les anticiper par le biais de provisions<sup>1269</sup>, cette affirmation est pour autant à nuancer pour les entreprises déficitaires qui ont souvent intérêt à résorber rapidement leur pertes.

Selon les règles de la territorialité de l'IS, on doit en principe considérer que les déficits pouvant être reportés, doivent être ceux qui se rapportent à une exploitation française, même si certaines règles peuvent permettre dans certains cas très limités, la prise en compte de déficits d'établissement étrangers<sup>1270</sup>.

Sous réserve de ces exceptions, il est donc interdit de considérer comme pouvant être reportés, des déficits réalisés par des entreprises exploitées hors de France.

Dans ce cadre, il est également intéressant de revenir dans le cadre du calcul du déficit, sur la question des pertes étrangères, qui a fait l'objet d'une importante jurisprudence notamment au plan communautaire, dans le cadre de l'arrêt Marks et Spencer<sup>1271</sup>.

Nous rappellerons sur ce point qu'il est considéré qu'une législation nationale interdisant systématiquement aux contribuables de prendre en compte les pertes subies par les filiales étrangères est contraire au principe de liberté d'établissement. Une restriction à une liberté communautaire, ne pouvant dans ce cadre être mise en place que lorsqu'elle est justifiée par la préservation de l'équilibre dans la répartition du pouvoir d'imposition, par un risque de double emploi des pertes, ou un risque d'évasion fiscale, qui sont des critères alternatifs<sup>1272</sup>.

Au plan national, le Conseil d'Etat<sup>1273</sup> a jugé que les déficits subis par une filiale non résidente ne peuvent être imputés sur le résultat du groupe intégré.

Pour autant, on pourrait considérer à l'étude de la jurisprudence, que les pertes étrangères, pourraient être prises en compte dans le cadre du calcul du résultat imposable et donc dans le calcul du déficit reportable, si la législation applicable dans l'Etat de résidence, limite la durée de report en avant des déficits, ou interdit leur report en arrière,

---

<sup>1268</sup> On pense notamment aux subventions d'équipement, aux plus-values à court terme pour indemnités d'assurance ou aux plus-values d'échange de titres.

<sup>1269</sup> Nous noterons que certaines charges peuvent être également étalées dans le temps comme les frais d'établissement, les dépenses de recherches et de conception de logiciels, les frais d'émissions d'emprunts etc.

<sup>1270</sup> On pense notamment aux dispositions de l'article 209 C du CGI en faveur des PME.

<sup>1271</sup> CJCE, gde ch., 13 décembre 2005 aff. C-446/03 préc. cit.

<sup>1272</sup> CJCE, 4<sup>ème</sup> ch., 15 mai 2008, aff. C-414/06, Lidl Belgium ; Rec. CJCE 2008, I, p. 3601 ; Dr. fisc. 2008, n°39, comm. 512, note M.-C. BERGERES ; RJF 2008, n°1030, concl. E. SHARPSTON ; FR 31/08, inf. 1, p. 3, comm. F. DONNAT.

<sup>1273</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 2015, n°368135, Sté Agapes, préc. Cit.

afin que les pertes étrangères ne tombent pas en non valeur, ce qui n'est pas le cas en France. Il en serait de même, dans l'hypothèse où un changement d'activité de la filiale étrangère entraînerait la suppression du droit au report de ses déficits antérieurs<sup>1274</sup>.

En ce qui concerne la nature des déficits pouvant être reportés, nous noterons que les déficits qui proviennent d'activités exonérées, ne peuvent pas être pris en compte dans le cadre des charges fiscales de l'entreprise et donc faire partie du déficit reportable<sup>1275</sup>. Il est à noter sur ce point que les déficits résultant de l'activité des entreprises nouvelles pendant la durée d'application d'un régime d'abattement ou d'exonération d'impôt, sont reportables dans les conditions de droit commun.

## **2°) L'option pour une méthode de report : une question d'opportunité**

**802** - Lorsqu'à la fin d'un exercice va apparaître un résultat déficitaire l'entreprise peut choisir d'imputer ce déficit en avant (1), ou en arrière (2), en fonction de ce qui le plus avantageux pour elle.

### **1) Le mécanisme du report en avant des déficits**

**803** - En application des dispositions de l'article 209, I du CGI, et sous réserve de l'option pour le mécanisme du report en arrière (V. infra), les déficits subis dans le cadre d'un exercice, sont par principe considérés comme une charge de l'exercice suivant et qui peuvent être déduits du résultat de celui-ci. Jusqu'à 2004<sup>1276</sup>, il était par ailleurs considéré que si ce bénéfice n'était pas suffisant afin d'absorber l'intégralité du déficit, l'excédent de ce dernier, pouvait être reporté de manière successive sur les exercices suivants, dans la limite de cinq exercices. Cette limitation n'était cependant pas applicable à la fraction de déficits correspondant à des amortissements régulièrement comptabilisés, mais réputés différés en période déficitaire.

Cette règle de péremption dans le temps des déficits, pouvait se révéler pénalisante notamment pour les jeunes entreprises, qui peuvent plus facilement se retrouver déficitaires plusieurs années d'affilées.

---

<sup>1274</sup> En matière d'opération de restructuration<sup>o</sup>: CJUE, 4<sup>ème</sup> ch., 21 février 2013, aff. 123/11, A OY ; Dr. fisc. 2013, n°17, act. 243 ; RJF 2013, n°568. V. E. RAINGEARD DE LA BLETIERE, *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2013*, Dr. fisc. 2014, n°10, 196.

<sup>1275</sup> BOI-IS-DEF-10-20 n°90.

<sup>1276</sup> Loi n°2003-1311, du 30 décembre 2003, de finances pour 2004.

De ce fait, à compter de l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2004 (Art. 89) le report des déficits n'est plus limité à une période de cinq ans, mais peut s'opérer de manière illimitée dans le temps.

La fin de cette limite temporelle, qui constituait un désavantage pour les contribuables, a comme bien souvent été considérée par le législateur comme trop avantageuses et encourageait selon lui, les entreprises à avoir en permanence un stock de déficits exploitables, afin d'annihiler ou de réduire l'imposition de manière continue.

Ainsi, la deuxième loi de finances rectificative pour 2011<sup>1277</sup>, a mis en place une limitation quantitative du montant de déficit reportable, ce dernier ne pouvait alors excéder 1 million d'euros, majoré de 60% de la fraction du bénéfice excédant ce seuil, pour les exercices clos entre le 21 septembre 2011 et le 30 décembre 2012. Cette limite de majoration en fonction du bénéfice réalisé, a ensuite été abaissée à 50% par une loi de 2012<sup>1278</sup>, régime aujourd'hui en vigueur. Si le bénéfice n'est pas suffisant, le déficit peut être reporté dans les mêmes conditions sur les exercices ultérieurs et ce, sans limitation de durée.

**804 -** *Les avantages de l'option pour le report en avant.* Le premier avantage du report en avant, est qu'il est illimité dans le temps et pour un montant plus élevé par rapport au report en arrière, qui ne peut s'effectuer que de manière limitée et sur le seul exercice précédent (V. supra).

Ce dernier, permet également de bénéficier d'un avantage de trésorerie l'année qui va suivre l'imputation des déficits, du fait que les acomptes trimestriels pour le paiement de l'IS sont déterminés en fonction du résultat de l'année précédente. De ce fait, si l'on impute par report en avant, la fraction de déficit reportable, les acomptes ainsi calculés seront moins élevés.

On voit donc qu'il existe un avantage ici par rapport à la méthode du report en arrière puisque dans ce cas, l'impôt de référence sur lequel sont calculés les acomptes, n'est pas net de la créance de « *carry-back* ».

Un des autres avantages du report en avant, est qu'il a une incidence sur le calcul de la participation des salariés, qui est calculée à partir d'un résultat net des déficits reportés en avant mais non de la créance de « *carry-back* ».

---

<sup>1277</sup> Loi n°2011-1117, du 19 septembre 2011, de finances rectificatives pour 2011.

<sup>1278</sup> Loi n°2012-1509, du 29 décembre 2012, de finances pour 2013.

Le troisième avantage que nous retiendrons est que ce dernier, permet de réduire les versements dus au titre de la contribution sociale de l'article 235 ter ZC du CGI et de la contribution exceptionnelle de l'article 235 ter ZAA du CGI.

En effet, du fait de l'imputation du déficit sur un exercice postérieur, le montant de l'IS dû au titre de cet exercice de report, est diminué et diminue donc dans la même proportion le montant de ces contributions.

Il existe ici un avantage important par rapport au mécanisme de report en arrière puisque dans ce cas, la réalisation de bénéfices ou de plus-values imposables durant les exercices qui suivront l'option, rendra le contribuable redevable de ces contributions.

**805 -** *La stratégie d'imputation des déficits sur le résultat imposable.* Pour mémoire, le résultat de l'entreprise est imposé dans une certaine limite à taux réduit (38 120 euros) et à taux normal pour le reste.

S'il est généralement admis que l'imputation du déficit sur le résultat taxé à taux réduit procure un avantage moindre que l'imputation sur le résultat imposé à taux normal, il peut être intéressant d'utiliser cette technique pour les sociétés transparentes, puisqu'au delà de 6 années, les déficits seront perdus. Cette solution permettra l'obtention d'un avantage de trésorerie important, puisque ni l'imposition sur les plus-values ni les prélèvements sociaux à l'IR ne seront plus exigibles.

En ce qui concerne les sociétés à l'IS, s'il n'existe pas de risque de péremption des déficits, il pourra être opportun de préférer une imputation sur un résultat à taux réduit, plutôt que de ne bénéficier d'aucune possibilité d'imputation et d'ainsi obtenir un avantage de trésorerie, puisque ni l'impôt ni les contributions additionnelles à l'IS ne seront exigibles.

**806 -** Enfin nous allons nous intéresser à l'éventuel étalement du report des déficits, si les dispositions de l'article 209, I al. 3 et de l'article 39 B du CGI, considèrent qu'un déficit constaté pendant un exercice sera considéré comme une charge de l'exercice suivant, il a été considéré par la jurisprudence qu'il n'existe pas d'ordre d'imputation des déficits<sup>1279</sup>. En fonction de ses priorités, le contribuable pourra donc faire le choix d'imputer certaines charges, plutôt que le déficit antérieur, sur un exercice.

---

<sup>1279</sup> CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 3 mai 2011, n°10VE00744, inédit au recueil Lebon.

## 2) Le mécanisme du report en arrière ou « *carry-back* »

**807** - Avant de développer plus en détail ce mécanisme, dont l'utilisation est plus limitée que celle du report en avant, il est important de souligner que ce mécanisme trouve son origine dans la législation américaine et du Royaume-Uni, qui ont mis en place des dispositifs similaires, mais plus favorables que le mécanisme français<sup>1280</sup>.

Dans le cadre de l'option pour le mécanisme du report en arrière des déficits<sup>1281</sup>, le montant du déficit reportable sur le bénéfice de l'exercice précédent, est égal au montant le plus faible, entre le montant de bénéfice déclaré et 1 million d'euros. Dans le cas où le montant du déficit reportable excéderait ce montant, il pourra être reportable en avant, selon les conditions que nous avons étudiées précédemment (V. supra).

**808** - Si nous l'avons vu, le mécanisme du report en avant se révèle sur certains points plus avantageux que le report en arrière, ce dernier n'est pour autant pas dénué d'intérêts, si le contribuable l'utilise à bon escient.

Le mécanisme de « *carry-back* », permet dans un premier temps d'avoir la certitude de réaliser l'économie d'impôt générée par le déficit en cause, puisqu'elle fait naître une créance sur le Trésor, qui correspondra à l'excédant d'impôt versé antérieurement et qui est imputable sur l'IS dû au titre des cinq exercices suivants l'exercice de l'option, la créance sera remboursable à la fin de cette période. Par ailleurs, si le contribuable réalise des plus-values à long terme au titre des exercices qui suivent l'option, le contribuable pourra imputer impôt sur impôt, ce qui n'est pas possible dans le cadre de l'application du mécanisme de report en avant.

L'option pour le report en arrière des déficits peut également être intéressante dans l'hypothèse où l'entreprise détiendrait des crédits d'impôt. Dans le cas où l'entreprise opterait pour le report en arrière et qu'elle réaliserait après l'exercice de cette option, des bénéfices composés de crédits d'impôt, elle va pouvoir acquitter son IS avec ces crédits d'impôts, avant que ces derniers ne tombent en non-valeur. Le résidu d'impôt pourra alors être acquitté grâce à sa créance sur le Trésor. Il faut noter que le Conseil d'Etat<sup>1282</sup>, a

---

<sup>1280</sup> Il permet en effet aux entreprises américaines et anglaises d'obtenir le remboursement immédiat de l'IS versés dans le cadre de l'imposition des bénéfices antérieurs qui sont donc annulés de manière rétroactive.

<sup>1281</sup> Art. 220 quinquies du CGI.

<sup>1282</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 9 mars 2016, n°385244, Sté BFO ; Dr. fisc. 2016, n°20, comm. 325, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note R. SCHNEIDER et R. DAGUZAN ; Procédures 2016, n°6, comm. 221.

jugé que l'administration fiscale devait rembourser spontanément la créance née du choix de reporter en arrière un déficit si elle n'est pas utilisée pour le paiement de l'IS.

Cette option présente également un avantage cosmétique puisqu'elle permet d'améliorer la présentation du bilan, ce qui peut présenter un intérêt d'un point de vue financier. L'option peut également être intéressante sur ce point lorsqu'il est envisagé que l'entreprise ne réalisera pas de bénéfices lors des cinq prochains exercices.

**809 -** *L'option pour le report en arrière et ses conséquences.* Dans le cadre d'un groupe de société, la société tête de groupe peut opter pour le report en arrière des déficits d'ensemble des membres du groupe. Elle devra indiquer dans la déclaration n°2039, les dates d'ouverture et de clôture de l'exercice au titre duquel les déficits sont constatés. Il a ainsi été jugé par la jurisprudence comme tardive, l'option en faveur du mécanisme de report en arrière du déficit au titre de l'exercice clos le 31 décembre 2011 qui a été exercé le 28 octobre 2011, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article II de la loi de finances rectificative pour 2011, le 21 septembre 2011 qui était d'application immédiate. Cette loi, a modifié l'article 220 quinquies, I du CGI en indiquant que l'option pour le report en arrière, doit être présentée dans les mêmes délais que ceux qui sont prévus pour le dépôt de la déclaration de résultat de cet exercice<sup>1283</sup>.

A la suite de l'option régulièrement prise, sera établi un état de suivi des créances, ces dernières pouvant être utilisées seulement pour le paiement de l'IS dû à raison du bénéfice d'ensemble réalisé durant la période d'intégration.

Si le déficit n'a pu être imputé, les entreprises ont quatre ans, pour demander au Trésor le remboursement de la créance<sup>1284</sup>.

En dehors des groupes, l'option résulte de la souscription d'une déclaration n°2039, qui doit être annexée à la déclaration de résultat.

Cette option ne peut être exercée au titre d'un exercice au cours duquel intervient une cession ou une cessation totale d'entreprise, une fusion ou une opération assimilée, sauf dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire<sup>1285</sup>.

---

<sup>1283</sup> TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 27 janvier 2014, n°1204818, SAS Alinéa ; Dr. fisc. 2014, n°26, comm. 399.

<sup>1284</sup> CE, 9 mars 2016, n°385244 CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 mars 2016, n°385244 Sté BFO, préc. cit. et CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 mars 2016, n°385265 ; Dr. fisc. 2016, n°20, comm. 325, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note R. SCHNEIDER et R. DAGUZAN ; Procédure 2016, n°6, comm. 221,

<sup>1285</sup> CAA Bordeaux, 2<sup>ème</sup> ch., 28 janvier 2003, n°00BX02223, Sté Sodere ; RJF 2003, n°696 ; BDCF 2003, n°77, concl. Mme D. BOULARD.

**810** - En pratique, dans le cadre de la mise en place du mécanisme de report en arrière, va se poser la question de la détermination du bénéfice sur lequel pourra être imputé le bénéfice postérieur.

La lettre de l'article 220 quinquies du CGI, indique que le bénéfice d'imputation correspond au bénéfice de l'exercice précédent. Il est précisé que doivent être seuls pris en compte, les résultats fiscaux imposés au taux normal et qui n'ont pas été distribués. Doivent donc être déduits du calcul du bénéfice d'imputation, la fraction de ce dernier qui a été distribuée, les bénéfices qui font l'objet d'une exonération et ceux qui ont pu donner lieu à un impôt acquitté par le biais de l'utilisation de crédits d'impôt.

## **§II) Les régimes fiscaux favorables à certaines activités ou implantations**

**811** - A coté des mécanismes plus structurels que nous avons vu précédemment, la législation fiscale peut proposer des mécanismes incitatifs, visant à promouvoir certaines activités, territoires, ou entreprises.

La volonté du législateur, lorsqu'il décide de mettre en place ce type de législation, sera soit de promouvoir la création d'entreprises potentiellement créatrices d'une forte valeur ajoutée, ou de revitaliser certaines activités ou territoire sinistrés.

Dans le cadre de ce paragraphe nous allons ainsi nous intéresser aux différents dispositifs proposés par la législation française, dont les avantages fiscaux se traduisent généralement par des exonérations temporaires d'impôt sur les bénéfices.

Nous allons envisager dans un premier temps les dispositifs incitatifs visant les entreprises nouvelles (A), ceux applicables à certaines activités spécifiques (B), puis ceux applicables à certains territoires considérés comme sinistrés (C).

### **A) Les dispositifs incitant à la création d'entreprises**

**812** - Nous avons eu l'occasion de souligner à différentes reprises, que la fiscalité pouvait servir de levier pour les gouvernements afin de promouvoir le développement économique. De ce fait, il est donc logique d'envisager le fait que le législateur puisse mettre en place des régimes d'allégements fiscaux qui encouragent la création d'entreprises.



Divers dispositifs se sont succédés dans le temps<sup>1286</sup> et le dernier d'entre eux, a été mis en place par une loi de 1995<sup>1287</sup>. Il s'applique aux entreprises nouvelles dans les secteurs de l'industrie, du commerce ou de l'artisanat, qui s'implantent dans des zones dites « *d'aide à finalité régionale* ». On le voit, il apparaît déjà ici une limitation géographique dont nous étudierons plus loin les contours (V. infra). Ce dispositif, initialement applicable jusqu'au 31 décembre 2014, a été prorogé par la loi de finances pour 2014<sup>1288</sup> jusqu'au 31 décembre 2020.

Nous noterons qu'avant l'entrée en vigueur de ce dispositif, de nombreux mécanismes incitatifs s'appliquaient indépendamment du lieu d'implantation des entreprises<sup>1289</sup>.

Nous allons étudier ici le régime favorable à la création d'entreprises de l'article 44 sexies du CGI (1°), puis celui applicable aux jeunes entreprises innovantes (2°).

### **1°) Le dispositif des entreprises nouvelles de l'article 44 sexies du CGI**

**813** - Ce dispositif, prorogé jusqu'au 31 décembre 2020, a mis en place une exonération des bénéfices réalisés à compter de la création de l'entreprise, jusqu'à la fin du vingt-troisième mois suivant cette création, puis un abattement supplémentaire, de 75%, 50% ou 25% sur leur montant, pour la première, deuxième ou troisième période de douze mois qui suivra la période d'exonération initiale. Nous noterons sur ce point que depuis 2007, il faudra, afin de pouvoir bénéficier de l'exonération prévue par cet article, respecter la réglementation communautaire relative aux aides de minimis (V. n°845 et 1023).

Il faut également souligner le fait que les entreprises placées sous le régime de l'article 44 sexies du CGI, peuvent, le cas échéant, bénéficier de l'exonération de certaines impositions versées au profit de collectivités, établissements publics etc. ayant une fiscalité propre. Les nouvelles entreprises pourront donc être exonérées de CET, ou de la taxe foncière sur les propriétés bâties de l'article 1383 du CGI.

Nous allons étudier les différentes conditions d'application de ce dispositif, qui concernent à la fois la création de l'entreprise (1), la nature et la localisation de l'activité (2), son caractère nouveau (3) et enfin, les avantages fiscaux du dispositif (4).

---

<sup>1286</sup> FR 60/14 inf. 4 n°3 et 19 p. 30.

<sup>1287</sup> Loi n°95-115, du 4 février 1995, d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

<sup>1288</sup> Loi n°2013-1279, du 29 décembre 2013, de finances pour 2014.

<sup>1289</sup> Loi n°88-1149, du 23 décembre 1988, de finances pour 1989.

## 1) La création et les caractéristiques de l'entreprise

**814 -** *La date de création de la structure.* Cette dernière, doit être entendue comme étant celle du début de l'activité, qui pourra être déterminée selon un faisceau d'indices, qui permettra d'attester du début de l'activité. On pense par exemple à l'achat de fournitures, des factures de téléphone<sup>1290</sup>, l'embauche de salariés, la réalisation de ventes ou de prestations<sup>1291</sup>, ou encore le recours à la sous-traitance<sup>1292</sup>. A contrario, l'émission d'une seule facture ne peut constituer une preuve suffisante pour attester du début de l'activité<sup>1293</sup>.

Les critères formels du droit des sociétés, comme la date de l'immatriculation de l'entreprise<sup>1294</sup> ou la signature des statuts<sup>1295</sup> sont écartés, en dehors de la souscription par le contribuable d'une déclaration d'existence, qui pourra servir de référence.

Sur ce point, il est important de noter que le contribuable et l'administration fiscale dans le cadre d'un contrôle, pourront démontrer que la date du début de l'activité, n'est pas celle qui est mentionnée sur la date de déclaration d'existence. Dans ce cas, on pourra par exemple retenir comme date de début d'activité, le jour où l'entreprise disposera des immobilisations nécessaires à l'exercice de son activité.

**815 -** *Le champ d'application du dispositif.* Ce dernier, est ouvert à l'ensemble des sociétés qui exercent une activité industrielle, commerciale ou artisanale, quelque soit leur forme. Nous verrons pourtant, que dans le cadre de l'application de certains régimes spécifiques à certaines zones territoriales, comme les aides à finalité régionales et les zones franches urbaines, il faudra que l'entreprise, soit soumise à l'IS de plein droit ou sur option et à un régime réel d'imposition. Autrement dit, une entreprise soumise de plein droit à un régime fiscal tel que celui des micro-entreprises, devra afin de bénéficier de ce mécanisme, opter pour un régime réel d'imposition des bénéficiaires<sup>1296</sup>, selon le

---

<sup>1290</sup> CE, sect., 14 mars 2001, n°219357 ; RJF 2001, n°1361.

<sup>1291</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 28 juillet 2000, n°198188, min. c/ SARL Soarmi ; Dr. fisc. 2001, n°5, comm. 56 ; RJF 2000, n°1236.

<sup>1292</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 23 mars 2005, n°265502, Sté Artecom ; Dr. fisc. 2006, n°11, comm. 248 ; RJF 2005, n°537.

<sup>1293</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 28 avril 2004, n°238335, M. Lautman ; RJF 2004, n°690 ; BDCF 2004, n°85, concl. S. BOISSARD.

<sup>1294</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 octobre 1990, n°57057, SARL Ateliers de Thiérache ; Dr. fisc. 1991, n°49, comm. 2356 ; RJF 1990, n°1433.

<sup>1295</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 1991, n°79278, SARL Gebo-Piast ; Dr. fisc. 1993, n°15, comm. 778, concl. Ph. MARTIN ; RJF 1991, n°733.

<sup>1296</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10 n°110.

mécanisme institué par l'article 302 septies A ter du CGI. Cette option devra être choisie lors de la première année d'exercice de l'activité, dans l'hypothèse contraire, elle sera définitivement exclue du bénéfice du dispositif<sup>1297</sup>.

Par ailleurs, il faut noter que si l'entreprise créée prend la forme d'une société, son capital ne devra pas être détenu directement ou indirectement à plus de 50%, par d'autres sociétés, que ce soit de manière directe ou indirecte<sup>1298</sup>.

Enfin, les entreprises qui sont créées dans le cadre d'une concentration, d'une restructuration, d'une reprise ou d'une extension d'activité, ne sont pas éligibles au dispositif.

**816 -** *Le contrôle de l'administration sur la nouveauté de l'activité.* Nous avons eu l'occasion de voir dans le cadre de notre propos que le fait pour un contribuable, de se placer de manière indue, ou par des manœuvres abusives sous un régime fiscal particulier, pouvait être sanctionné par l'administration fiscale.

Pour autant, l'identification de ces pratiques est souvent délicate pour l'administration fiscale. De ce fait, en dehors des hypothèses de contrôle fiscal, et dans le but de contrôler l'accès au régime de l'article 44 sexies du CGI, il a été créé un correspondant dans chaque direction départementale ou régionale des finances publiques, afin d'assurer un rôle d'information sur l'éligibilité à un régime de faveur applicable aux entreprises nouvelles.

La réponse du correspondant aux entreprises suite à une demande écrite, va engager l'administration dans les conditions de l'article L 80 B du LPF, ce qui va permettre au contribuable de s'en prévaloir pour l'avenir. Concernant la réponse de l'administration fiscale, il a été jugé que la simple absence de remise en cause du caractère nouveau de l'entreprise, ne suffit pas à attester d'une prise de position formelle de l'administration fiscale dont le contribuable pourrait se prévaloir<sup>1299</sup>.

Parallèlement à ce dispositif, il existe également un dispositif d'accord tacite, codifié à l'article L 80 B, 2°-b du LPF, sur l'éligibilité au régime de faveur, qui est applicable à condition que la consultation de l'administration fiscale se fasse en amont de la création de l'entreprise. L'administration disposera alors d'un délai de trois mois pour répondre à

---

<sup>1297</sup> CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 22 juillet 1997, n°94-469, Gressy ; RJF 1998, n°23.

<sup>1298</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-20, n°220.

<sup>1299</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 novembre 2002, n°234600, Le Gall ; Dr. fisc. 2003, n°36, comm. 603, concl. G. GOULARD ; RJF 2003, n°155.

cette demande, le défaut de réponse de l'administration dans ce délai vaudra alors approbation de l'éligibilité de l'entreprise au régime de faveur<sup>1300</sup>.

## 2) La nature et localisation de l'activité

**817** - Le bénéfice du régime des entreprises nouvelles, va nécessiter l'implantation de l'entreprise dans certaines zones territoriales, les zones à finalité régionale (ZFR). Il faudra que le siège social et l'ensemble des moyens d'exploitation y soient implantés, sauf en ce qui concerne les activités non sédentaires et les loueurs d'établissements industriels et commerciaux.

Lorsque l'on fait référence aux ZFR, deux types de territoires sont dans les faits concernés. Les premiers concernent les zones territoriales où le niveau de vie est anormalement bas ou qui sont touchées par un niveau important de sous emploi<sup>1301</sup>, les seconds, concernent les zones dans lesquelles des aides peuvent être accordées afin de faciliter le développement économique dans le respect des conditions posées par le droit européen<sup>1302</sup>.

**818** - *La nécessaire implantation des moyens d'exploitation.* Il s'agit des moyens matériels et personnels et donc y compris la direction effective de l'entreprise<sup>1303</sup>. Cette implantation exclusive, sera considérée comme respectée même si les activités et moyens d'exploitation sont implantés sur plusieurs zones éligibles, si l'activité est exercée sur différentes zones éligibles et, même en cas de démarchage ou d'activité de transport de personnes ou de marchandises en dehors de zones éligibles<sup>1304</sup>. L'entreprise s'implantant dans une ZFR, disposera d'une certaine latitude dans le développement et l'exercice de son activité, cette tolérance est bien évidemment nécessaire à la promotion de la création d'entreprise dans ces zones. Pour autant, elle nous semble insuffisante car certaines activités ne pourront en bénéficier, elle concernera en effet plus facilement les activités logistiques, de transport, de commerce ou d'artisanat de quartier, mais moins des activités nécessitant une implantation dans des zones plus accessibles et plus proches des centres de décision ou de la clientèle comme les activités libérales.

---

<sup>1300</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-20-20, n°320.

<sup>1301</sup> Art. 87 § 3-a du Traité CE.

<sup>1302</sup> Art. 87 § 3-c du Traité CE.

<sup>1303</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10 n°170.

<sup>1304</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10 n°180.

Pour autant, nous devons nuancer ce propos par le fait que le Conseil d'Etat, a taché d'interpréter l'implantation exclusive de manière souple. Selon la Haute Assemblée, il est possible de bénéficier de l'exonération, lorsque l'entreprise dispose effectivement de son siège social, de son centre de décision et de ses moyens d'exploitation dans une ZFR mais que certaines prestations sont réalisées en dehors de ces zones<sup>1305</sup>, comme par exemple dans le cadre des activités liées au secteur de l'événementiel.

Cette approche, a été confirmée plus tard par le Conseil d'Etat, qui validé l'application du dispositif à une entreprise de traitement de charpente, qui nécessite évidemment de nombreux déplacements en dehors des zones éligibles, mais n'ayant pas de moyens d'exploitation en dehors de cette zone<sup>1306</sup>. A contrario, a été refusée l'application du dispositif incitatif à une société de pose de câbles et de tuyaux, qui ne disposait pas d'un centre de décision sur une zone éligible et dont les moyens de production étaient directement déplacés d'un chantier à l'autre, sans retour au siège<sup>1307</sup>.

Il ressort de ces diverses jurisprudences que le lieu d'exercice des prestations n'est pas forcément déterminant pour l'éligibilité au régime de faveur dès lors que le cœur de l'activité autrement dit, la conception et l'organisation des activités, est exercée au sein d'une zone éligible.

Les activités non sédentaires comme les travaux publics, peuvent ainsi être éligibles à l'application du dispositif de l'article 44 sexies, sous la condition qu'au maximum 15% du chiffre d'affaires soit réalisé en dehors de zones éligibles.

Le seuil de 15%, est apprécié en se basant sur le chiffre d'affaires ou les recettes HT réalisées sur l'ensemble des activités au cours d'un exercice en ne prenant pas en compte les produits financiers, sauf réglementation particulière, ni les recettes exceptionnelles<sup>1308</sup>. En cas de dépassement de ce seuil, les avantages obtenus antérieurement ne sont pas remis en cause, seul l'exercice en question sera concerné. Pour l'exercice où l'allégement est remis en cause, les bénéficiaires ne seront exonérés qu'à proportion du chiffre d'affaires réalisé au sein d'une ZFR. Si le chiffre d'affaires de l'exercice suivant repasse en dessous des 15%, l'entreprise pourra bénéficier à nouveau des allègements fiscaux, si les autres conditions sont également remplies.

---

<sup>1305</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juin 2008, n°301403, M. Bray ; Rec. CE 2008, tables p. 711 ; Dr. fisc. 2008, n°38, comm. 491, concl. L. OLLEON ; RJF 2008, n°1168, concl. L. OLLEON ; BDCF 2008 n°129.

<sup>1306</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 juin 2010, n°325120, min. c/ Entreprise spécialisée du bois et de l'habitat (ESBH) ; Dr. fisc. 2010, n°38, comm. 489 ; RJF 2010, n°881.

<sup>1307</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 25 octobre 2010, n°311524, Sté Gendry Service Location ; RJF 2011, n°21.

<sup>1308</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10, n°220 et 230.

**819 - Les activités éligibles.** Sur ce point, on entend par activité industrielle, l'élaboration ou la transformation de biens, tels que les matières premières ou les produits semi-finis<sup>1309</sup>.

Les activités commerciales sont les activités de commerce au sens classique du terme, comme les activités de courtage et de commissions, les activités de vente de service ainsi que les activités de transport, le secteur du BTP ou de la manutention<sup>1310</sup>. Le Conseil d'Etat a reconnu que les activités d'agent immobilier et de marchand de biens, relevaient de la catégorie des activités commerciales<sup>1311</sup>, ce qui a obligé l'administration à rapporter sa doctrine, qui excluait ces activités du régime des entreprises nouvelles<sup>1312</sup>.

Les activités artisanales, peuvent concerner tout aussi bien des activités des deux secteurs précédemment cités, mais différeront dans leurs conditions d'exercice et par les moyens qui seront mis en œuvre<sup>1313</sup>.

**820 - Concernant les activités éligibles sous conditions, nous allons dire un mot de la location d'établissements industriels et commerciaux et sur les activités non commerciales.**

Les premières citées, peuvent bénéficier du régime des entreprises nouvelles y compris dans le cas d'une implantation dans une zone de revitalisation rurale (ZRU)<sup>1314</sup>. Ce type d'activité, sera éligible au dispositif de faveur, si la location comprend l'essentiel du matériel nécessaire au bon déroulement de l'exploitation et que le bail concerne une activité éligible au jour de sa signature.

Les secondes, nécessitent afin d'être éligibles, l'emploi d'au moins trois salariés à la fin du premier exercice et au cours des exercices d'application du dispositif.

Concernant la nature des activités, nous noterons pour conclure que les activités bancaires, financières, d'assurance ou de gestion et de location d'immeubles sont exclues par les dispositions de l'article 44 sexies du CGI. Cependant cette interdiction ne concernera que les établissements de crédit et les sociétés d'assurance, les entreprises

---

<sup>1309</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10 n°280.

<sup>1310</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10 n°290.

<sup>1311</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 avril 2002, n°234133, Jacob ; Dr. fisc. 2002, n°39, comm. 724, concl. Fr. SENERS ; RJF 2002, n°769 et CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 22 novembre 2002, n°99-3902, M. De Menthon ; RJF 2003, n°266.

<sup>1312</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10 n°390 et 400.

<sup>1313</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10 n°300.

<sup>1314</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-10 n°310.

ayant un rôle d'intermédiaire ou celles qui sont chargées du placement de leurs produits financiers, qui peuvent bénéficier du régime de faveur<sup>1315</sup>.

### 3) Le caractère nouveau de l'activité

**821** - La nouveauté de l'activité, est nous allons le voir une des conditions des plus essentielles de l'éligibilité au régime des entreprises nouvelles.

Ne pourront donc être considérées comme nouvelles et donc bénéficier du régime de faveur, les entreprises qui seront créées à l'occasion d'opérations de concentration, de restructuration, d'extension ou de reprise d'activité.

De ce fait, la nouveauté est appréciée par les juges en fonction des circonstances de faits propres à chaque situation et notamment, en fonction du contexte économique et juridique entourant la création de l'entreprise.

Nous allons à présent étudier les différentes situations pouvant emporter la création d'entreprise.

**822** - Si l'on s'intéresse dans un premier temps à l'hypothèse de la reprise d'une activité préexistante, cette dernière ne peut être considérée comme nouvelle. L'entité créée, ne pourra donc pas bénéficier du régime de faveur de l'article 44 sexies, III du CGI et ce, quelques soient les modalités de la reprise ou les modifications apportées à l'activité reprise (mode d'exploitation, changement géographique etc.)<sup>1316</sup>.

Afin d'écarter le caractère nouveau de la création de l'entreprise, la jurisprudence a dégagé certains critères ; nous retiendrons notamment l'identité d'activité entre l'entreprise nouvelle et l'entreprise préexistante, l'existence d'une communauté d'intérêt entre les deux entreprises en fonction d'un faisceau d'indices, prenant en compte les moyens personnels et matériels ainsi que les relations contractuelles ou financières.

Par ailleurs, la jurisprudence accorde, dans l'appréciation de la nouveauté de l'activité, une importance particulière à la clientèle, si cette dernière n'est pas reprise, on ne pourra pas caractériser une reprise d'activité<sup>1317</sup>, sauf si cette dernière est similaire.

---

<sup>1315</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 décembre, 2007, n°287662, M. et Mme Rocq ; Dr. fisc. 2008, n°7, comm. 171, concl. C. VEROT ; RJF 2008 n°283.

<sup>1316</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-20, n°160.

<sup>1317</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 8 janvier 1997, n°147704, M. Groebli ; Dr. fisc. 1997, n°14, comm. 395, concl. G. GOULARD ; RJF 1997, n°206 BDCF 1997, n°35.

Cette position a été reprise par l'administration fiscale qui indique qu'il faut dissocier l'étude de la reprise des moyens d'exploitation et les liens économiques et financiers.

Au final, l'identité d'activité sera appréciée en fonction de l'activité réellement exercée et non pas en fonction des dispositions statutaires<sup>1318</sup>, elle sera donc appréciée de manière stricte. La reprise ne sera par exemple pas caractérisée dans l'hypothèse où la nouvelle structure a une activité beaucoup plus large que celle de l'entreprise préexistante<sup>1319</sup>. Pour autant, le Conseil d'Etat a souligné que l'échelle à laquelle est exercée l'activité préexistante importe peu pour refuser l'application du régime de faveur. Il faudra donc en cas de reprise d'activité pour pouvoir bénéficier du dispositif, prendre garde à ce que les activités, prises indépendamment, soient bien différenciées.

**823** - Dans le cadre de l'appréciation du caractère nouveau de l'activité, il est important de souligner que si une activité préexistante a été interrompue et ce, même pendant plusieurs mois, on ne pourra pas faire échec à la qualification de reprise d'activité<sup>1320</sup>. Nous noterons sur ce point que l'usage d'une « *couveuse d'entreprise* », qui permet aux porteurs de projets de bénéficier d'un environnement favorable pour l'apprentissage entrepreneurial, tout en bénéficiant d'un hébergement physique et juridique, ne fait pas obstacle à la reconnaissance du caractère nouveau de l'activité, si à l'issue du contrat<sup>1321</sup>, une entreprise est créée<sup>1322</sup>.

Concernant l'appréciation du caractère nouveau de l'activité, celui-ci doit être apprécié dès la constitution de l'entreprise, ce qui implique que dès qu'une entreprise reprend une activité, le développement de son chiffre d'affaires, de ses investissements ou l'élargissement de son projet initial, ne pourront suffire à qualifier l'activité de nouvelle et ce, même si l'activité reprise se retrouve minoritaire dans le cadre de la nouvelle société<sup>1323</sup>.

Concernant la déchéance du régime de faveur, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur le fait qu'elle concerne la totalité de l'exercice au cours duquel la reprise a eu lieu, ou

---

<sup>1318</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 février 1996, n°145845, M. de Lavenere ; BDCF 1996, concl. F. LOLOUM, p. 19 à 20 ; Dr. fisc. 1996, n°11, comm. 320 ; RJF 1996, n°284.

<sup>1319</sup> CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 27 juin 1996, n°94-999, Jaeger ; Dr. fisc. 1996, n°48, comm. 1442, concl. B. COMMENVILLE ; RJF 1996, n°1405.

<sup>1320</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 mai 1989, n°95684, M. Tedoldi ; Dr. fisc. 1989, n°40, comm. 1733 ; RJF 1989, n°809 et CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 septembre 1998, n°149341, SARL Diva ; Dr. fisc. 1999, n°5, comm. 74, concl. G. GOULARD ; RJF 1998, n°1330 ; BGFE 1998 n°6, obs. J. TUROT, p. 16.

<sup>1321</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-20 n°180.

<sup>1322</sup> L 127-1 du Code de commerce.

<sup>1323</sup> Cass. com., 18 décembre 1990, n°1545 D, Sté Dauphinoise de Matériel ; RJF 1991, n°373.



seulement la période de l'exercice postérieure à la reprise. Cette dernière solution a pour autant été retenue par la Cour administrative d'appel de Lyon pour une situation différente<sup>1324</sup> (la condition de détention du capital, 50% n'avait plus été respectée), la même solution a été retenue en cas du franchissement du seuil de recette (V. supra).

Pour autant, cette position est à nuancer avec une ancienne doctrine administrative<sup>1325</sup>, qui affirme que les entreprises nouvelles, perdent le bénéfice du régime de faveur lorsqu'elles reprennent une activité préexistante, pour l'ensemble de la période pour laquelle elle peuvent bénéficier de l'exonération puis de l'atténuation de leurs bénéfices.

**824** - Il ressort de ce qui précède que l'identité des activités est nous l'avons vu un préalable nécessaire afin de pouvoir écarter l'application du régime de faveur, pour autant, elle n'est pas suffisante. En effet, afin d'écarter ce dernier, il faudra démontrer un lien entre l'ancien et le nouvel exploitant<sup>1326</sup>, à défaut de lien juridique, financier ou économique entre les deux entreprises, on ne pourra affirmer être en présence d'une reprise d'activité<sup>1327</sup>, ce lien pourra être caractérisé selon différents moyens.

On retrouve principalement parmi ces moyens, la reprise de moyens humains et matériels<sup>1328</sup>, qui doit dans les faits, être appréciée de manière pragmatique notamment dans le cadre d'activités très spécifiques comme la récupération et la transformation de boyaux<sup>1329</sup>.

#### **4) Les avantages fiscaux liés au dispositif**

**825** - Ce mécanisme, permet l'obtention d'une exonération totale d'imposition au titre des deux premières années postérieures à la création de l'entité, puis d'un abattement de 75%, 50% et de 25%, au titre des trois périodes de douze mois qui suivront.

Si ces avantages fiscaux ne peuvent se cumuler avec certains autres dispositifs incitatifs, il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent se cumuler par exemple avec certains

---

<sup>1324</sup> CAA Lyon, 27 mai 2004, n°00-2693, SA Resintel ; RJF 2005, n°224.

<sup>1325</sup> D. adm. 4 A-2141 n°53 et 54, 9 mars 2001 non reprise dans Bofip.

<sup>1326</sup> CAA Nancy, 1<sup>ère</sup> ch., 12 décembre 1992, n°92-378, Annaval ; RJF 1993, n°489.

<sup>1327</sup> Sur la démonstration de l'existence d'un lien entre les deux sociétés V. CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 mars 2007, n°271787, Sté Tmua ; Dr. fisc. 2007, n°42, comm. 624 ; RJF 2007 n°721, concl. L. OLLEON, BDCF 2007, n°74.

<sup>1328</sup> Cass. com., 14 novembre 1995, n°1906 D, Sté Mariebel ; RJF 1996, n°244.

<sup>1329</sup> CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 17 mars 1993, n°91-757, Boucey ; RJF 1993, n°1271.

abattements pratiqués sur l'imposition du bénéfice<sup>1330</sup>, comme le taux réduit d'IS pour les PME, ou l'abattement réservé aux membres d'un centre de gestion agréé<sup>1331</sup>.

**826** - Si l'on a pu voir que le régime des entreprises nouvelles impliquait le respect de certaines conditions strictes, il va également engendrer certaines difficultés purement fiscales, notamment pour les entreprises donc l'exercice ne coïncide pas avec les périodes successives de douze mois qui servent à calculer l'exonération puis les abattements d'impôt.

Dans cette hypothèse, la doctrine administrative<sup>1332</sup>, préconise aux contribuables de procéder à un calcul au prorata, règle qui a ensuite été validée par la jurisprudence<sup>1333</sup>. Autrement dit, si la clôture de l'exercice de l'entreprise n'est pas calquée sur une des périodes de douze mois permettant d'obtenir un abattement ou une exonération d'impôt, les bénéfices de l'exercice durant lequel va intervenir le terme des vingt-quatre mois d'exonération, seront pour partie exonérés et pour le reliquat, soumis à l'abattement de 75%, il en est de même pour les périodes d'abattement suivantes.

Nous noterons sur ce point qu'un arrêté de comptes provisoire ne peut servir de base pour l'application des périodes d'abattement et d'exonération<sup>1334</sup>.

**827** - Dans la pratique, va également se poser la question de savoir quelle partie du bénéfice va pouvoir être exonérée d'impôt.

Si l'article 44 sexies du CGI, dispose que l'exonération et l'allégement d'impôt s'appliquent aux bénéfices réalisés, y compris donc les plus-values de cession d'éléments d'actifs, le I de cet article, exclut du champ d'application du dispositif, les plus-values réalisées dans le cadre de la réévaluation libre des éléments de l'actif immobilisé<sup>1335</sup>.

---

<sup>1330</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-30, n°170 et s.

<sup>1331</sup> Rép. MESTRE, AN 26 décembre 1988, JO AN, p. 3853 n°2913.

<sup>1332</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-30, n°30.

<sup>1333</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mai 1998, n°171915, Vallat ; Dr. fisc. 1998, n°43, comm. 928 ; RJF 1998, n°789 ; CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 31 janvier 2001, n°209840, SARL Polygone ; Dr. fisc. 2001, n°29, comm. 690, concl. G. BACHELIER ; RJF 2001, n°456.

<sup>1334</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 22 janvier 2007, n°280934, Sté GPV ; Dr. fisc. 2007, n°39, comm. 863 ; RJF 2007, n°402, concl. L. OLLEON, BDCF 2007, n°42.

<sup>1335</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-30, n°150.

La jurisprudence<sup>1336</sup>, est venue compléter cette analyse, en admettant que certains produits financiers inscrits à l'actif d'une Sicav, pouvaient par exemple bénéficier du dispositif de l'article 44 sexies.

En revanche, il a été jugé que la cession de parts détenues dans une EURL, qui ne correspond pas à une opération réalisée par l'entreprise mais par l'associé personne physique, ne peut bénéficier du régime des entreprises nouvelles, du fait que la plus-value éventuelle ne rentre pas dans le cadre du bénéfice réalisé par l'entreprise<sup>1337</sup>.

## **2°) Le régime des jeunes entreprises innovantes (JEI)**

**828** - Ce régime, optionnel et codifié à l'article 44 sexies-0 A du CGI, a été mis en place par la loi de finances pour 2004<sup>1338</sup> dans le but de promouvoir la recherche et l'innovation au sein des PME.

Afin de pouvoir bénéficier de ce régime, il faudra que l'entreprise réponde à certaines caractéristiques, elle doit pour cela pouvoir être qualifiée de JEI (1), statut qui donnera accès à certains avantages fiscaux (2).

### **1) La qualification de JEI**

**829** - Différentes conditions sont exigées par la loi afin de pouvoir bénéficier du régime de faveur de l'article 44 sexies-0 A du CGI. La première est relative à la taille de l'entreprise, le nombre de salariés, son chiffre d'affaires ou son total de bilan.

L'entreprise candidate au statut de JEI, doit ainsi employer moins de 250 salariés titulaires d'un contrat de travail, au cours de chaque exercice ou période d'imposition, l'effectif étant apprécié selon les dispositions du Code du travail<sup>1339</sup>.

On ne prendra pas ainsi en compte pour le calcul de l'effectif, les apprentis, les titulaires d'un contrat de qualification, d'orientation, d'adaptation, d'un emploi consolidé, d'un emploi solidarité, de professionnalisation ou d'insertion<sup>1340</sup>.

---

<sup>1336</sup> CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 13 novembre 2001, n°97-2129, M. Cohen ; Dr. fisc. 2002, n°16, comm. 344 ; RJF 2002, n°622.

<sup>1337</sup> CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 22 juin 2005, n°02-470, Jardin ; RJF 2006, n°125.

<sup>1338</sup> Loi n°2003-1311 de finances pour 2004, 3<sup>ème</sup> décembre 2003.

<sup>1339</sup> Art. L 1111-2 du Code du travail.

<sup>1340</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10 n°60.

Le chiffre d'affaires de l'entreprise, doit être inférieur à 50 millions d'euros. On entend par chiffre d'affaires, le montant des recettes HT réalisées pour l'ensemble des activités professionnelles courantes. On ne prend pas en compte dans ce montant les produits financiers, sauf réglementation particulière<sup>1341</sup>.

Dans le cadre de l'application de ce dispositif, on retiendra que sont éligibles les sociétés françaises ou étrangères et leurs établissements stables, sous réserve que le chiffre d'affaires de l'ensemble de leurs opérations soit inférieur à 50 millions d'euros<sup>1342</sup>. Le total de bilan, ne doit quant à lui pas excéder 43 millions d'euros<sup>1343</sup>.

**830** - La deuxième condition afin de pouvoir prétendre au régime des JEI va concerner la durée écoulée depuis la création de l'entreprise. Les dispositions de l'article 44 sexies-0 A, 2° du CGI, nous indiquent sur ce point qu'au moment de la clôture de l'exercice au titre duquel l'entreprise souhaite bénéficier du statut de JEI, l'entreprise doit avoir été créée depuis moins de huit années<sup>1344</sup> dans le cadre d'une activité « *nouvelle* ».

**831** - La troisième condition d'éligibilité au statut de JEI, va concerner la réalisation d'un certain montant de dépenses (15% du total des dépenses) en matière de recherche. Ces dernières, sont définies à l'article 44 sexies-0 A, 3°, en référence aux dépenses visées dans le cadre de l'article 244 quater B, II du CGI en matière de crédit d'impôt recherche (V. n°848 et s.). Peuvent être retenues dans le cadre du calcul du seuil de 15%, les dotations aux amortissements, les dépenses de personnel, les dépenses liées aux salaires des dirigeants, les dépenses de fonctionnement, les dépenses externes de recherche, les dépenses liées aux brevets ainsi que les dépenses de normalisation. Ce seuil de 15%, est apprécié à la clôture de chaque exercice, en faisant le rapport entre les dépenses de recherche éligibles et les charges fiscalement déductibles de l'exercice.

**832** - La quatrième condition afin de pouvoir prétendre au statut de JEI, veut que le capital de la JEI, soit détenu de manière continue à au moins 50%, par des personnes physiques ou par une autre société, qui devra satisfaire aux mêmes critères que celles qui sont imposées aux JEI en matière d'effectif, de chiffre d'affaires et de total de bilan. Ces

---

<sup>1341</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10 n°80.

<sup>1342</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10 n°1.

<sup>1343</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10 n°140.

<sup>1344</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10 n°170.

dernières peuvent également être détenues par des associations ou fondations d'utilité publique à caractère scientifique, ou des établissements publics de recherche<sup>1345</sup>.

Enfin, des entreprises du secteur du capital risque peuvent également investir à plus de 50% dans des JEI sans remettre en cause leur statut<sup>1346</sup>.

Nous noterons enfin que le seuil de détention de 50%, peut être atteint par un ou plusieurs investisseurs, personnes physiques ou sociétés, cumulativement.

**833** - Nous concluons sur le régime des JEI, qu'il existe une variante à ce dernier, mise en place par une loi de 2007<sup>1347</sup> et qui a créée le statut de jeune entreprise universitaire (JEU), afin d'encourager la création d'entreprises par des participants à des travaux de recherche dans les établissements d'enseignement supérieur.

Ce régime de faveur, codifié à l'article 44 sexies-0 A, 3° -b du CGI est basé sur les conditions d'accès au régime des JEI.

Si les conditions générales d'accès au régime des JEI sont applicables aux JEU, mis à part l'engagement de dépenses de recherche, sont ajoutées afin de pouvoir être éligible au statut de JEU, des conditions spécifiques appréciées en fin d'exercice.

En ce qui concerne la détention du capital, l'entreprise devra être détenue de manière directe à au moins 10%, par des étudiants titulaires d'un master depuis moins de cinq ans, d'un doctorat ou être affectés à des activités de recherche ou d'enseignements ou dirigée par une de ces personnes<sup>1348</sup>.

Concernant l'activité de l'entreprise, cette dernière doit être principalement (50% du chiffre d'affaires), consacrée à la valorisation de travaux sur lesquels les dirigeants ont été associés ou ont participé au sein de l'établissement d'enseignement supérieur avec lequel l'entreprise a signé une convention.

## **2) Les allègements d'impôts liés au statut de JEI ou de JEU**

**834** - Si l'entreprise répond aux conditions fixées par les textes pour l'obtention du statut de JEI ou de JEU, elle peut bénéficier de différents avantages fiscaux.

---

<sup>1345</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10 n°580.

<sup>1346</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10 n°590.

<sup>1347</sup> Loi n°2007-1822, du 24 décembre 2007, de finances pour 2008, art. 71.

<sup>1348</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-10 n°300 et s.

Elle va pouvoir dans un premier temps bénéficier d'une exonération totale, d'IS ou d'IR sur les bénéfices réalisés au titre du premier exercice bénéficiaire à compter de l'obtention du statut de JEI ou de JEU, puis d'une exonération de 50%, sur les bénéfices réalisés lors de l'exercice bénéficiaire suivant. L'exonération totale et l'exonération de 50% peuvent toucher deux exercices, qui n'ont pas à se suivre, il suffit que les exercices bénéficiaires soient en cours au sein de la période de huit ans qui suivra la création de l'entreprise<sup>1349</sup>.

Ces exonérations et réductions d'impôt, vont concerner les bénéfices et plus-values déclarés par l'entreprise, après déduction des déficits reportables et à l'exclusion du produit des actions perçu par la JEI ou la JEU, des subventions ou abandons de créances, ainsi que les produits de créances et d'opérations financières<sup>1350</sup>.

Nous noterons pour conclure que les avantages retirés de la qualification de JEI ou de JEU, ne doivent pas excéder la somme de 200 000 euros sur trois exercices fiscaux<sup>1351</sup>

Ces avantages peuvent se cumuler avec ceux du CIR (V. n°848 et s.), mais pas avec les avantages liés notamment aux dispositifs incitatifs territoriaux (V. infra).

## **B) Le mécanisme incitatif des zones franches urbaines**

**835** - Dans le cadre de la législation fiscale française, on retrouve de nombreux exemples de dispositifs fiscaux incitatifs applicables à certaines zones du territoire national. Parmi ces dernières, on retrouve le crédit d'impôt pour l'investissement en Corse<sup>1352</sup>, la création de pôle de compétitivité<sup>1353</sup>, les dispositifs incitatifs liés aux zones franches urbaines (ZFU), aux zones de revitalisation rurale<sup>1354</sup>, aux zones de

---

<sup>1349</sup> Avant le 1<sup>er</sup> janvier 2012, les périodes d'exonération totale et partielle, étaient fixées respectivement à trente-six mois et vingt-quatre mois suite à l'adoption de la Loi n°2011-1978, du 28 décembre 2011, de finances rectificative pour 2011 (art.37, I et III).

<sup>1350</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-20-20-20, n°70 et s.

<sup>1351</sup> Règlement UE/1407/2013 du 18 décembre 2013.

<sup>1352</sup> Mécanisme codifié aux articles 244 quater E, 199 ter D et 220 D du CGI, institué par l'article 48 de la Loi n°2002-92, du 22 janvier 2002 relative à la Corse et qui a été prolongé jusqu'en 2020 par l'article 78 de la Loi n°2014-1655, du 29 décembre 2014, de finances rectificative pour 2014.

<sup>1353</sup> Mécanisme codifié à l'article 44 undecies du CGI institué par l'article 24, I de la loi n°2004-1484, du 30 décembre 2004, de finances pour 2005. Ce mécanisme a été supprimé par l'article 59 de la Loi n°2009-1674, du 30 décembre 2009, de finances rectificative pour 2009.

<sup>1354</sup> Mécanisme codifié à l'article 44 quindecies du CGI, institué par l'article 129 de la Loi n°2010-1657, du 29 décembre 2010, de finances pour 2011 et qui a été prolongé jusqu'en 2020 par l'article 45 de la Loi 2015-1786, du 29 décembre 2015, de finances rectificative pour 2015.

restructuration de la défense<sup>1355</sup> ou aux bassins d'emplois à redynamiser<sup>1356</sup>. Si nous n'allons pas dans le cadre de cette étude étudier l'ensemble de ces mécanismes, nous allons nous intéresser à celui ZFU, qui a été institué pour la première fois par une loi de 1996<sup>1357</sup> et qui est aujourd'hui codifié aux articles 44 octies et 44 octies A du CGI. Ce mécanisme, modifié à différentes reprises, a été prorogé et aménagé par la loi de finances rectificative pour 2014 jusqu'en 2020<sup>1358</sup>. Il vise à favoriser l'implantation d'entreprises dans certaines zones, proches des villes, ce qui en fait un régime attrayant.

Nous allons voir quelles sont les principales caractéristiques de ce mécanisme (1°), et quels en sont les avantages fiscaux (2°).

### **1°) Les principales caractéristiques du mécanisme des ZFU**

**836** - Ce régime, profondément modifié en 2006<sup>1359</sup>, met en place sous conditions d'éligibilité, un régime d'exonération d'impôt sur les bénéfices, dans le cadre de l'exercice d'une activité professionnelle dans une ZFU. Le mécanisme, actuel, bien qu'il ait été ensuite modifié, est applicable aux exercices ouverts depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006, période à laquelle ont été créées les zones franches de troisième génération de l'article 44 octies A du CGI.

Les entreprises qui seront déclarées éligibles au mécanisme des ZFU, pourront être totalement exonérées de leur imposition sur les bénéfices pendant cinq ans et dans la limite de 100 000 euros par période de douze mois. Il est à noter que cette limite, peut être majorée de 5 000 euros par salarié qui sera embauché à temps complet et domicilié dans un quartier prioritaire de la politique de la ville.

A la suite de cette exonération totale, l'avantage fiscal est prolongé par une période d'abattement dégressif pour une période de neuf ans.

---

<sup>1355</sup> Mécanisme codifié à l'article 44 terdecies du CGI, institué par l'article 34 de la Loi n°2008-1443, du 30 décembre 2008, de finances rectificative pour 2008 et prorogé pour les années 2014 à 2019 par l'article 29 de la Loi n°2013-1279, du 29 décembre 2013, de finances rectificative pour 2013.

<sup>1356</sup> Mécanisme codifié à l'article 44 duodecies du CGI, institué par l'article 130 de la Loi n°2006-1771, du 30 décembre 2006, de finances rectificative pour 2006 et qui a été prorogé jusqu'au 31 décembre 2017 par l'article 66 de la Loi n°2014-1655, du 29 décembre 2014, de finances rectificative pour 2014.

<sup>1357</sup> Loi n°96-987, du 14 novembre 1996, relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville

<sup>1358</sup> Loi n°2014-1655, du 29 décembre 2014, de finances rectificative pour 2014, art. 48, FR 60/14, inf. 5.

<sup>1359</sup> Loi n°2006-396, du 31 mars 2006, pour l'égalité des chances, art. 28 et 29.

Afin de pouvoir bénéficier du régime fiscal des ZFU, le contribuable peut demander l'avis de l'administration dans le cadre d'une procédure d'accord tacite codifiée à l'article L 80, B, 2°-b du CGI (V. n°214).

**837** - Les conditions d'éligibilité au mécanisme incitatif des ZFU sont les mêmes dans les différentes zones, autrement dit, que l'on se place dans le cadre de l'article 44 octies ou 44 octies A du CGI. Il n'existera une différence qu'en matière d'exonération des cotisations sociales des salariés.

Dans les faits, le mécanisme des ZFU va pouvoir s'appliquer aux contribuables qui exercent une activité, qu'elle soit commerciale ou non et sur les bénéfices liés à l'exercice d'une activité éligible dans une ZFU et ce, quelque soit le régime d'imposition auquel sera assujéti le contribuable.

Le champ d'application relativement large du dispositif, fait que pourront en bénéficier à la fois les entrepreneurs individuels, les professionnels libéraux, les travailleurs indépendants qui exercent une activité professionnelle non commerciale, les EIRL, l'ensemble des sociétés soumises à l'IS de plein droit ou sur option et les sociétés de personnes.

Le mécanisme peut également s'appliquer aux non résidents, qui peuvent développer dans ces zones, des activités industrielles ou commerciales imposables en France. En d'autres termes, la filiale implantée en France par un non résident, va pouvoir bénéficier, sous réserve du respect des différentes conditions d'éligibilité au dispositif, du régime d'exonération et d'abattement d'impôt des ZFU. Le bénéfice de ce dispositif sera aussi accordé si l'activité implantée est exercée par une succursale ou un établissement stable, et ce, dans les mêmes conditions<sup>1360</sup>.

**838** - *Les restrictions au dispositif.* En premier lieu les entreprises, afin de pouvoir bénéficier du dispositif, doivent répondre à la qualification de PME, c'est à dire employer moins de 50 salariés, à l'exclusion des apprentis, des contrats d'accès à l'emploi, des contrats d'initiative emploi ainsi que les contrats de professionnalisation. L'entité devra par ailleurs réaliser un chiffre d'affaires inférieur à 10 millions d'euros ou avoir un total de bilan inférieur à cette somme, ces seuils étant appréciés à partir de l'ensemble des

---

<sup>1360</sup> Rép. DECAGNY, 30 novembre 2004, JO AN, p. 9438 n°33944, non reprise dans Bofip.



activités de l'entité juridique ou de l'exploitation individuelle et seulement sur le territoire de la ZFU.

Lorsque l'on fait référence au chiffre d'affaires, on entend le montant hors taxes des recettes qui seront réalisées par le contribuable dans le cadre de son activité professionnelle normale et courante. On va donc exclure, sauf dans le cadre d'une réglementation particulière, les produits financiers, les produits exceptionnels, ainsi que les produits de cession d'éléments d'actifs et les recettes liées à des refacturations ayant le caractère de débours<sup>1361</sup>.

Concernant le total de bilan, ce dernier correspondra à l'ensemble des postes d'actif et de passif, ce qui va nécessiter l'existence d'un arrêté des comptes, à défaut, le total de bilan sera apprécié en comparaison avec le bilan du premier exercice suivant.

Ces seuils seront appréciés exercice après exercice, durant la période d'éligibilité au dispositif<sup>1362</sup>; sur ce point, il est à noter que si l'entreprise ne respecte pas une des conditions susvisées, elle ne perdra pas pour autant le bénéfice du dispositif, elle pourra y prétendre à nouveau si elle les remplit au cours d'un exercice ultérieur éligible.

Par ailleurs, le capital de la structure ne doit pas être détenu, directement ou indirectement à plus de 25%, par une ou plusieurs entreprises ne répondant pas à la définition de la PME communautaire.

Ces seuils, vont être également appréciés exercice par exercice, comme pour ceux de l'entreprise prétendant à l'application du dispositif sur l'ensemble de la durée d'application du régime de faveur.

**839** - Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012<sup>1363</sup>, la loi a ajouté une nouvelle condition pour l'obtention de l'avantage fiscal lié au statut de ZFU, en subordonnant ce dernier à l'exonération de cotisations sociales patronales des salariés<sup>1364</sup>.

Cette nouvelle condition, a pour conséquence la limitation de la rémunération des salariés à 200% du Smic, puisqu'au delà de ce seuil, l'exonération de cotisations sociale n'est plus applicable; pour autant il est admis que cette condition ne touche pas l'ensemble des salariés de la structure et notamment les dirigeants. Le respect de cette condition est

---

<sup>1361</sup> Art. 267, II-2° du CGI.

<sup>1362</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-10, n°120 et 130.

<sup>1363</sup> Loi n°2011-1077, du 28 décembre 2011, de finances pour 2012, art. 157.

<sup>1364</sup> Loi n°96-987, du 14 novembre 1996, relative à la mise en œuvre du pacte de relance pour la ville, art.

apprécié à la fin des exercices pour lesquels la structure souhaite obtenir le bénéfice de l'exonération ou de l'allègement d'impôt.

Dans le cas où la structure bénéficierait de l'exonération sociale de manière temporaire au cours de la période d'application du mécanisme, le bénéfice de ce dernier serait proratisé en fonction de la durée de la période d'exonération sociale<sup>1365</sup>.

Concernant les employés, il faut également souligner que depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2015, afin de pouvoir bénéficier de l'exonération, au moins 50% des salariés employés par la structure, doivent résider dans une ZFU ou dans un quartier prioritaire de la politique de la ville<sup>1366</sup>, ce qui nécessite depuis l'adoption de l'article 48 de la loi de finances rectificative pour 2014 et pour le bénéfice l'exonération pour les activités créées dans les ZFU à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016, la signature d'un contrat de ville<sup>1367</sup>.

**840 - Les activités éligibles ou exclues par la loi.** Le mécanisme des ZFU, est applicable aux activités industrielles, commerciales ou artisanales<sup>1368</sup>, de location d'immeubles à usage industriel ou commercial munis de leurs équipements<sup>1369</sup>, ainsi qu'aux activités professionnelles non commerciales<sup>1370</sup>.

Il a donc été admis à la fois par la doctrine et la jurisprudence, que les activités d'agent immobilier, de marchand de biens ou de lotisseur, qui sont exercées à titre professionnel, pouvaient être éligibles au dispositif<sup>1371</sup>. Il en est de même pour les activités bancaires, financières ou d'assurance<sup>1372</sup>.

A l'inverse, sont exclues du bénéfice du dispositif, les activités qui ne sont pas visées à l'article L 110-1 du Code de commerce, ainsi que les activités visées à l'article 35 du CGI, lorsque ces dernières ne sont pas exercées à titre professionnel, c'est à dire qui ne présentent pas de caractère commercial<sup>1373</sup>. Il s'agit des activités de promotion immobilière, qui sont de nature civile. Etant donné que les activités de nature civile ne pourront pas bénéficier du régime des ZFU, seront exclues les activités agricoles, de gestion patrimoniale, ou de construction vente immobilière.

La deuxième exclusion que l'on va pouvoir retenir est relative à la nécessité d'exercer

---

<sup>1365</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-30 n°100.

<sup>1366</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-30, n°124.

<sup>1367</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-10, n°30 et 50.

<sup>1368</sup> Selon la définition de l'article 34 du CGI.

<sup>1369</sup> Selon la définition de l'article 35, I-5° du CGI.

<sup>1370</sup> Selon la définition de l'article 92, 1° du CGI.

<sup>1371</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 avril 2002, n°234133, min. c/ Jacob, préc. cit.

<sup>1372</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-10, n°370

<sup>1373</sup> Au sens de l'article 34 du CGI.

l'activité à titre professionnel, autrement dit, les activités de location d'immeuble d'habitation en seront exclues.

Enfin et troisièmement, certains secteurs sont spécifiquement exclus du bénéfice du mécanisme des ZFU à savoir, la construction automobile, la construction navale, la fabrication de fibres textiles, la sidérurgie ainsi que le transport routier de marchandise.

**841 - *L'exclusivité de l'activité.*** Afin de pouvoir bénéficier du dispositif, l'entreprise implantée dans une ZFU ne doit pas exercer une des activités exclues (V. supra), l'exercice d'une activité éligible, doit donc être exclusif et va s'apprécier au niveau de l'unité économique implantée dans la zone éligible. En revanche, l'exercice d'une activité non éligible en dehors de la zone éligible, ne privera pas le contribuable du bénéfice du dispositif<sup>1374</sup>.

Par ailleurs, afin de ne pas décourager la création d'activité dans les ZFU, la jurisprudence<sup>1375</sup> a reconnu que l'exercice d'une activité exclue du dispositif, si cette dernière était exercée à titre accessoire et constituait un tout indissociable avec l'activité éligible, ne pouvait engendrer une remise en question de l'application du dispositif.

L'activité sera considérée comme indissociable et complémentaire lorsque l'on fera face à une identité de clientèle, que l'on pourra constater la prépondérance de l'activité éligible en terme de chiffre d'affaires et que l'exercice de l'activité non éligible est dû à des raisons techniques (chaîne de production ou maintien de la position concurrentielle par exemple)<sup>1376</sup>.

**842 - *Evolution du mécanisme.*** Au cours de l'évolution législative du régime, plusieurs générations de ZFU ont vu le jour en France. Ces dernières sont au nombre de trois.

En ce qui concerne les ZFU de première génération, ces dernières ont été fixées par différents décrets<sup>1377</sup>, repris dans le cadre d'une loi de 2000<sup>1378</sup>, qui a fixé la date d'ouverture des 44 ZFU de première génération au 1<sup>er</sup> janvier 1997<sup>1379</sup>.

---

<sup>1374</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-10 n°420 et 460.

<sup>1375</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 8 juillet 1998, n°186279, SARL Seuge Quero Informatique ; Dr. fisc. 1998, n°44, comm. 959, concl. G. BACHELIER ; RJF 1998, n°921 ; BDCF 1998, n°76, concl. G. BACHELIER.

<sup>1376</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-10 n°450.

<sup>1377</sup> Décrets n°96-1154 et 96-1155 du 26 décembre 1996, modifiés par les décrets n°97-1322 et n°97-1323, du 31 décembre 1997.

<sup>1378</sup> Loi n°2000-1208, du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

<sup>1379</sup> La liste des ZFU de première génération peut être consultée au I de l'annexe à la Loi n°96-987 préc. cit. Cette liste a été élargie pour la métropole par le décret n°2007-894 du 26 décembre 1996 et pour les DOM, par le décret n°96-1154.

En ce qui concerne les ZFU de deuxième génération, ces dernières, au nombre de 41, elles ont été créées par une loi de 2003<sup>1380</sup>, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004, dans des zones précédemment qualifiées comme zones de redynamisation urbaines.

Le périmètre de ces zones, qui a été modifié à de nombreuses reprises<sup>1381</sup>, prévoit que la délimitation de ces dernières, peut dans une certaine mesure prendre en compte des territoires situés à proximité d'une ZFU, même si ces derniers ne sont pas situés sur le territoire de communes listées comme pouvant héberger des ZFU.

Enfin, en ce qui concerne les ZFU de troisième génération, ces dernières, au nombre de 15, ont été mises en place par une loi de 2006<sup>1382</sup> et viennent mettre à jour le périmètre.

**843 -** Afin de pouvoir bénéficier du régime fiscal des ZFU, la loi va également poser une exigence relative à une implantation réelle et donc matérielle dans ces zones, même si des activités sédentaires peuvent être admises au bénéfice de ce régime. Il faudra dans ce cas, soit qu'un employé sédentaire soit employé à temps plein sur le territoire de la zone concerné, soit que, 25% du chiffre d'affaires de l'entreprise soit réalisé auprès de clients implantés au sein d'une ZFU.

Un des avantages du statut de ZFU, est qu'il peut concerner à la fois des activités nouvelles, ou existantes, tant que l'implantation de l'unité économique est dans un territoire éligible. Ainsi, l'implantation matérielle d'une structure juridique dont le siège ou l'établissement principal est implanté en dehors d'une ZFU, va pouvoir bénéficier des avantages du dispositif<sup>1383</sup> ; ce dernier ne s'appliquera en revanche qu'aux seuls bénéfices réalisés dans les zones éligibles.

Lorsque l'on fait référence à la nécessité d'une implantation matérielle, on fait référence aux moyens d'exploitation, humains et matériels, qui permettent la réalisation d'une activité économique permettant la réalisation de recettes professionnelles.

S'il est admis que certaines installations telles que les lieux de stockage ou de stationnement, ne peuvent être regardés comme génératrices de recettes professionnelles, il a été admis que le contribuable puisse bénéficier du régime des ZFU, même si une

---

<sup>1380</sup> Loi n°2003-710, du 1<sup>er</sup> août 2003, d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, art. 23.

<sup>1381</sup> Fixé par le décret 2004-219 et modifié par les décrets n°2005-577, n°2007-894 et n°2007-895. La liste des ZFU de deuxième génération figure au I bis de l'annexe à la Loi n°96-987 préc. cit.

<sup>1382</sup> Loi n°2006-396, du 31 mars 2006, pour l'égalité des chances, art.26.

<sup>1383</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-10 n°330.

partie de sa clientèle est implantée en dehors d'une zones territoriale éligible<sup>1384</sup>. A contrario, ne sera pas éligible au bénéfice de ce dispositif, un professionnel exerçant son activité dans le territoire d'une ZFU, sans y avoir d'implantation matérielle<sup>1385</sup>.

## 2°) Le calcul de l'avantage fiscal

**844 - Le calcul du bénéfice.** Il s'entend des bénéfices et plus-values qui auraient été imposés en dehors du dispositif, après l'utilisation des éventuels déficits reportables.

Il est à noter que certains bénéfices sont exclus du dispositif. On pense notamment aux plus-values constatées à l'occasion d'une réévaluation libre du bilan<sup>1386</sup>, les produits des actions<sup>1387</sup>, la cession de parts dans les sociétés de personnes, les subventions, libéralités et abandons de créances<sup>1388</sup>, les produits qui seront retirés des actifs de propriété industrielle et commerciale, lorsqu'ils n'ont pas leur origine dans l'activité exercée dans les ZFU<sup>1389</sup> et les produits de créances et d'opérations financières<sup>1390</sup>.

Comme nous l'avons souligné, le bénéfice éligible à l'avantage fiscal est proratisé au montant du bénéfice réalisé dans une ZFU, à l'exclusion du bénéfice réalisé en dehors de ces zones, sauf en ce qui concerne la tolérance applicable aux activités sédentaires.

**845 - La durée de l'avantage.** Ce dernier est composé de deux phases. La première, est une phase d'exonération totale d'imposition des bénéfices pendant une durée de cinq ans, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, ou à compter de la création de l'entreprise, si cette dernière a eu lieu avant cette date. La période suivante, celle de l'abattement dégressif est divisée périodes d'abattement de 60%, 40% et 20% sur les bénéfices réalisés la 6<sup>ème</sup>, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> année qui vont suivre le point de départ du régime de faveur. Le bénéfice exonéré est limité à 50 000 euros (100 000 euros avant 2015) par contribuable et par période de 12 mois, avec une éventuelle majoration de 5 000 euros par salarié employé à temps plein.

Enfin, nous soulignerons sur ce point qu'en ce qui concerne les entreprises créées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, les dispositions de l'article 44 octies A (applicable au ZFU de troisième génération), vont subordonner l'octroi de l'avantage fiscal au respect du

---

<sup>1384</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juin 2008, n°301403, M. Bray, préc. cit.

<sup>1385</sup> CAA Bordeaux, 14 octobre 2014, n°12BX01256 ; BF 1/15, inf. 8.

<sup>1386</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-40 n°10 et 20.

<sup>1387</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-40 n°120.

<sup>1388</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-40 n°140.

<sup>1389</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-40 n°150.

<sup>1390</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-20-40 n°160.

règlement européen sur les aides de minimis<sup>1391</sup>, qui prévoit qu'une entreprise ne peut bénéficier sur trois exercices fiscaux d'un avantage fiscal supérieur à 200 000 euros.

**846 -** L'avantage fiscal applicable au titre de l'implantation d'une activité dans une ZFU, peut être cumulé avec d'autres avantages fiscaux, si les conditions d'éligibilité à ces derniers sont remplies. Le contribuable va donc pouvoir par exemple bénéficier du régime des zones de revitalisation rurale de l'article 44 quindecies du CGI, ou du régime fiscal des entreprises nouvelles de l'article 44 sexies du CGI (V. n°813 et s.).

Il est à noter que le mécanisme des ZFU, peut se cumuler également avec des crédits d'impôt, dans l'hypothèse où ces derniers feraient référence à la possibilité de cumuler avec le mécanisme des ZFU<sup>1392</sup>, on pense notamment au CIR ou au CICE (V. n°847 et s.). Ce dispositif permet également d'être exonéré de la contribution sociale de l'article 235 ter ZC du CGI ainsi que de la contribution exceptionnelle de l'article 235 ter ZAA du même code.

Nous noterons enfin que pour s'en prévaloir, le contribuable devra joindre à sa déclaration de résultats, un état de détermination du montant du bénéfice pouvant être exonéré<sup>1393</sup>.

## **Section II : Les crédits d'impôts : un outil permettant d'attirer les investisseurs**

**847 -** Classiquement, un crédit d'impôt peut être défini comme une somme à imputer sur le montant brut d'impôt à payer en application d'une disposition fiscale favorable. Il va bien souvent prendre la forme d'un remboursement d'une partie des dépenses du contribuable.

---

<sup>1391</sup> Règlement CE 1998/2006, du 15 décembre 2006.

<sup>1392</sup> Sur cette question nous renvoyons le lecteur à l'étude de la question du cumul du bénéfice de certains crédits d'impôt avec les mécanismes incitatifs des entreprises nouvelles et des jeunes entreprises innovantes.

<sup>1393</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 3 juillet 2009, n°294227, min c/ Sté Uluslararası Haliclik Gelkistirme Ve Instaat Yatirmi Sanayi Ve tic ; Dr. fisc. 2009, n°40, comm. 493, concl. E. GLASER, note M. GUICHARD et R. GRAU ; RJF 2009, n°968.

Ces mécanismes incitatifs, que l'on peut retrouver dans de nombreux pays, vont se retrouver dans un nombre très important de dispositifs fiscaux et sont même utilisés dans le cadre des conventions fiscales internationales afin d'éviter les doubles impositions.

La France, consciente de l'attrait de ce type de mécanisme incitatif pour les contribuables, est aujourd'hui devenu un des principaux utilisateurs de ce type de dépense fiscale, afin notamment d'attirer les investisseurs sur son territoire, de développer ou de préserver certains secteurs d'activité, ce qui est particulièrement nécessaire dans des périodes de difficultés économiques. Il faut également noter que de nombreux crédits d'impôts sont mis en place par le législateur dans le but d'orienter certaines dépenses pour les ménages.

Dans le cadre de cette section, nous allons nous intéresser en particulier à deux mécanismes de crédits d'impôt qui sont très utilisés par les entreprises aujourd'hui et qui représentent un poste de dépense relativement important pour les finances publiques. Nous allons ainsi dans un premier temps nous intéresser au crédit d'impôt recherche ou CIR (§I), puis au crédit d'impôt compétitivité emploi, le CICE (§II).

## **§I) Le CIR : un outil de promotion de la recherche et développement**

**848** - Le CIR, est un mécanisme d'incitation fiscale qui a été créé en 1983<sup>1394</sup>, dans le but d'encourager les entreprises à engager des dépenses de recherche, en instaurant un allègement de leurs charges<sup>1395</sup>.

Il a notamment été mis en place du fait de la perte de vitesse des activités de recherche en France, notamment chez les PME, mais également du fait de la concurrence importante de nombreux autres Etats dans ces domaines, tels que le Etats-Unis, le Japon, mais également de pays européens tels que l'Allemagne ou le Royaume-Uni.

Ce mécanisme, connaît un succès relativement important aujourd'hui et représente un poste de dépense important pour les finances publiques (V. infra). En 2011, on pouvait en effet recenser 19 686 souscripteurs d'une déclaration de CIR.

Parallèlement au CIR, certains contribuables peuvent bénéficier d'autres avantages fiscaux, tels que l'aide aux entreprises du secteur de l'habillement textile et du cuir<sup>1396</sup>,

---

<sup>1394</sup> Loi n°82-1126 du 29 décembre 1982 de finances pour 1983, art. 67

<sup>1395</sup> Dr. fisc. 1983, n°2-3, comm. 43.

appelé le crédit d'impôt collection, ainsi qu'un mécanisme réservé aux entreprises répondant à la définition des PME au sens communautaire<sup>1397</sup>. Ces trois mécanismes, sont régis par des règles communes mais connaissent des spécificités dans le cadre de leur application.

**849 - Une volonté de promouvoir la recherche et le développement.** Lorsque l'on s'intéresse à l'histoire des incitations fiscales en faveur de la recherche, on se rend compte que le CIR n'est pas le seul à avoir été mis en place par le législateur français, certains mécanismes sont d'ailleurs aujourd'hui encore en vigueur.

Parmi ces mesures, on pense notamment au dispositif de l'article 39 AA quinquies, sur l'amortissement des matériels et outillages utilisés dans le cadre d'opérations de recherche<sup>1398</sup>, au régime des plus-values à long terme, applicable aux produits de la propriété industrielle de l'article 39 terdecies, 1 du CGI<sup>1399</sup>, au régime de faveur des entreprises innovantes de l'article 44 sexies-0 A et 44 sexies A du CGI<sup>1400</sup>, au traitement fiscal spécifique réservé aux dépenses de fonctionnement exposées dans les opérations de recherche de l'article 236 du CGI<sup>1401</sup>, ou encore l'imposition étalée des dépenses de recherche de l'article 236, I bis du CGI<sup>1402</sup>.

Cette liste, relativement longue montre bien l'intérêt du législateur pour la question de la préservation et du développement de la capacité de recherche et de développement des entreprises françaises.

Dans le cadre de cette étude, nous allons dans nous intéresser ici au fonctionnement du CIR, qui représente aujourd'hui le principal avantage fiscal au bénéfice des entreprises investies dans des opérations de recherche et de développement.

Nous allons donc voir dans un premier temps quelles sont les principales caractéristiques du CIR (A), puis, nous nous intéresserons à son mode de calcul et à son utilisation (B).

---

<sup>1396</sup> D. BOUCHER, JCL Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 253-10.

<sup>1397</sup> D. BOUCHER, JCL Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 253-20.

<sup>1398</sup> J. SAUREL, JCL Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 240-70.

<sup>1399</sup> J.-L. PIERRE, JCL Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 229-80.

<sup>1400</sup> P. SERLOOTEN, JCL Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 280-10.

<sup>1401</sup> B. DELIGNIERES, JCL Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 236-65.

<sup>1402</sup> Ch. LOUIT, JCL Fiscal Impôts directs Traité, Fasc. 228-30.



## **A) Les principales caractéristiques du CIR**

**850** - Le CIR qui est codifié à l'article 244 quater B du CGI<sup>1403</sup>, a aujourd'hui atteint sa maturité, il correspond nous l'avons dit à la volonté du législateur, de promouvoir l'effort de recherche scientifique et technique des entreprises. Il permet donc l'obtention d'un crédit d'impôt correspondant à une partie de ces dépenses de recherches engagées, qui sera imputable sur l'IR ou l'IS de l'entreprise qui a engagé ces dépenses, si ces dernières respectent bien entendu, certaines conditions.

Nous allons revenir dans un premier temps sur l'histoire de ce mécanisme et son mode de fonctionnement (1°), puis, nous reviendrons sur la notion de dépense de recherche, qui est au cœur de son fonctionnement (2°).

### **1°) L'histoire et le fonctionnement du CIR**

**851** - Dans un premier temps, nous verrons comment le CIR a peu à peu évolué afin de répondre au mieux aux évolutions des activités de recherche (1), nous reviendrons ensuite sur ses principales caractéristiques (2).

#### **1) La création et l'évolution du CIR**

**852** - Après une vingtaine d'année de fonctionnement, le CIR a subi en 2004<sup>1404</sup>, une première refonte du fait de la baisse du nombre de déclarants. Le législateur, conscient que les entreprises qui bénéficient du CIR, ont une intensité technologique plus développée que les entreprises qui n'en bénéficient pas, a donc décidé de modifier en profondeur le dispositif, en introduisant une part de crédit d'impôt en volume d'un montant de 5%, tout en augmentant la part en accroissement, à 45%. Le montant global de crédit d'impôt dont peuvent bénéficier les entreprises étant alors à présent plafonné à 8 millions d'euros.

Ces modifications, ont eu lieu car à l'origine, le CIR était simplement calculé sur l'accroissement des dépenses par rapport à l'année précédente<sup>1405</sup>, le calcul a ensuite été

---

<sup>1403</sup> Modifié par Décret n°2015-608 du 3 juin 2015, art. 1.

<sup>1404</sup> Loi n°2003-1311, du 30 décembre 2003, de finances pour 2004 ; Dr. fisc. 2004, n°1-2, comm. 48.

<sup>1405</sup> Dr. fisc. 1983, n°2-3, comm.43, sur la Loi n°82-1126, du 29 décembre 1982, de finances pour 1983.

basé sur les deux années précédentes<sup>1406</sup>, afin de calquer plus efficacement à la réalité des activités de recherche effectuées par l'entreprise.

A la suite de cette importante réforme, le dispositif a été régulièrement ajusté afin de s'adapter au mieux à la réalité de la recherche. Ainsi en 2007, la part en volume des dépenses de recherche et de développement a été augmentée à 10%, la part en accroissement, a quant à elle été réduite à 40%. Il a également fait l'objet d'une importante réforme durant l'année 2008<sup>1407</sup>, puisque le plafond global du CIR est passé à 16 millions d'euros.

**853** - Aujourd'hui, les experts en la matière s'accordent à dire que le dispositif a atteint sa maturité, puisque le nombre de déclarants, ainsi que le montant de la créance pour l'Etat se sont stabilisés. Ainsi en 2012, on estime que 22 000 contribuables ont souscrit une déclaration de CIR et que le montant de la créance sur l'Etat correspondant à ce dernier, s'élève selon la Cour des comptes à 5,2 ou 5,3 milliards d'euros<sup>1408</sup>.

Si l'on s'intéresse aux déclarants du CIR, on constate que la part affectée au secteur des services, ne cesse d'augmenter pour atteindre 38% en 2012, alors que cette part était de moins de 30% en 2008. On ne peut douter que cette augmentation est due à l'augmentation de la part de l'économie numérique et des services dans l'ensemble des activités économiques, mais également du recul des activités primaires et secondaires au dépend du secteur tertiaire<sup>1409</sup>.

Nous noterons que les activités qui prédominent sont l'industrie électrique et électronique, puis le conseil et l'assistance en informatique, la pharmacie et enfin les services d'architecture et d'ingénierie.

En ce qui concerne la répartition du CIR en fonction de la taille des entreprises, la part du CIR qui revient aux PME est aujourd'hui de 31% et celles des grandes entreprises de 34%, ce qui démontre que le dispositif est équilibré dans sa répartition au sein du tissu économique.

---

<sup>1406</sup> Dr. fisc. 1990, n°2-3, comm. 54, sur la Loi n°89-935, du 29 décembre 1989, de finances pour 1990.

<sup>1407</sup> Loi n°2007-1822, du 24 décembre 2007, de finances pour 2008, articles 69 et 70 ; Dr. fisc. 2008, n°1-2, comm. 25.

<sup>1408</sup> <http://observatoire-du-cir.fr/media/chiffres-du-cir-2012-creance-cir-nombre-declarants-se-stabilisent-dispositif-arrive-maturite/>

<sup>1409</sup> Ces trois secteurs économiques correspondent selon la comptabilité nationale, pour le secteur primaire aux activités liées à l'exploitation de ressources naturelles, pour le secondaire comme regroupant les activités liées à la transformation des matières premières issues du secteur primaire, le secteur tertiaire enfin, correspond aux activités qui ne correspondent pas aux secteurs primaire et secondaire et généralement à la production de service.

## 2) Les principales caractéristiques du CIR

**854** - Si le crédit d'impôt recherche a été pendant un temps réservé aux entreprises exerçant leurs activités dans le secteur industriel et commercial, la lettre de l'article 244 quater B, I du CGI, nous montre qu'il est applicable à l'ensemble des secteurs d'activité<sup>1410</sup>. Il a même été jugé que les sociétés qui exercent une activité non commerciale sont éligibles au bénéfice de ce dispositif<sup>1411</sup>, position aujourd'hui retenue par l'administration<sup>1412</sup>.

Il est à noter que demeurent exclues du dispositif, les entreprises individuelles qui ont une activité libérale<sup>1413</sup> ; de même, les experts scientifiques agréés indépendants et qui exercent une activité libérale ne peuvent bénéficier directement du dispositif, même si ces derniers peuvent participer au calcul du crédit d'impôt d'entreprises éligibles en vertu des dispositions de l'article 49 septies F de l'annexe III au CGI. Ils devront pour cela créer des structures éligibles, notamment en prenant la forme d'organismes de recherche agréés<sup>1414</sup> par le ministère de la recherche et de la technologie<sup>1415</sup>. En d'autres termes, sont exclues du dispositif, les entreprises qui ne sont pas constituées sous forme de société commerciales et qui exercent une activité civile.

Dans le cadre des exclusions, on peut également souligner que si dans le cadre des activités éligibles l'embauche d'un doctorant peut être éligible au crédit d'impôt, il n'en est pas de même dans le cadre de l'activité d'un cabinet d'avocat<sup>1416</sup>.

Par ailleurs, et afin d'être appliqué le plus largement possible, le CIR peut s'appliquer aux entreprises de l'ensemble des secteurs économiques et ce, quelque soit son mode d'exploitation, on entend par là qu'une entreprise individuelle, une SARL ou encore une SA, pourra être éligible au dispositif, il faut par ailleurs souligner le fait que les associations professionnelles, sous réserve de la réalisation d'une activité économique et donc, d'être qualifiée d'entreprise et soumises à l'IS<sup>1417</sup>.

---

<sup>1410</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 août 2005, n°269399, min. c/ SA Agrosem ; Dr. fisc. 2006, n°14, comm. 302, concl. E. GLASER ; RJF 2005, n°1360, chron. Y. BENARD ; RJF 2006, p. 843 s.

<sup>1411</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 2006, n°270899, Sté Cadev ; Dr. fisc. 2006, n°49, comm. 768 ; RJF 2006, inf. 1156, chronique Y. BENARD p. 843 s., concl. L. OLLEON ; BDCF 2006, n°111.

<sup>1412</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-10 n°20.

<sup>1413</sup> CAA Nantes 1<sup>ère</sup> ch., 30 septembre 1997, n°95NT00013, Sté ERP ; RJF 1998, n°1119.

<sup>1414</sup> <http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid23182/cir-et-c.i.i.-liste-des-organismes-experts-bureaux-de-style-et-stylistes-agrees.html>

<sup>1415</sup> Rép. CHABROUX, Sénat, 15 juillet 1999, JO Sénat, p. 2410 n°15965.

<sup>1416</sup> CAA Paris 9<sup>ème</sup> ch., du 27 novembre 2014, n°12PA05144 et 13PA01264, Selas Bruno Kern Avocats ; Dr. fisc. 2014, n°51-52, comm. 702, note Ch. ORIOL ; RJF 2015, n°179.

<sup>1417</sup> Rép. GERARD, AN 17 août 2010, JO AN, p. 9056 n°59458.

**855** - Dans le cadre du calcul du CIR, deux taux différents vont s'appliquer, un premier taux de 30% sera applicable à la fraction des dépenses de recherche inférieure ou égale à 100 millions d'euros et un autre taux de 5%, au delà de ce seuil. Le plafond global de dépense qui était auparavant applicable a été supprimé.

Dans ce cadre, de nombreuses dépenses vont être prises en compte afin de calculer le montant du crédit d'impôt, comme les amortissements des immobilisations qui seront affectées à des activités de recherche et de développement, les rémunérations des chercheurs et techniciens, ainsi que des opérateurs inventeurs ou participants à des activités de recherche. Sont également prises en compte, les dépenses liées aux brevets, aux certificats d'obtention végétale, ou à la veille technologique. Le dispositif a par ailleurs été étendu en 2013, aux dépenses d'innovation des PME dans le cadre de la conception de prototypes.

Afin d'être retenues dans le cadre du calcul du crédit d'impôt, les dépenses doivent être afférentes à des dépenses de recherche effectuées dans l'UE ou l'EEE, si l'Etat en question a conclu avec la France une convention fiscale comprenant une clause d'assistance administrative visant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et ce, du fait que ces dépenses participent à la détermination du résultat imposable en France.

La jurisprudence a ainsi exclu de l'application du dispositif, des travaux de recherche effectués en Chine par des chercheurs expatriés<sup>1418</sup>.

**856** - *L'éligibilité au dispositif.* Les entreprises, pour être éligibles au dispositif, doivent être assujetties à l'IS ou l'IR selon le régime réel normal ou simplifié de plein droit ou sur option. Il est précisé sur ce point qu'il importe peu que ces dernières acquittent ou non leur impôt<sup>1419</sup>.

Autrement dit, les entreprises pourront être éligibles à l'application du CIR, même si elles bénéficient d'une exonération d'impôt sur leurs bénéfices<sup>1420</sup>, comme celle de l'article 208 quinquies du CGI, relative aux exonérations d'impôts accordées dans certaines zones territoriales (V. n°811 et s.).

Il a également été récemment jugé qu'une union de coopératives agricoles assujettie à l'IS selon le régime réel normal, pouvait être éligible au CIR sur l'ensemble de ses

---

<sup>1418</sup> TA Rouen, 2<sup>ème</sup> ch., 17 octobre 2013, n°1103237, Sté Ollean Études Normandie ; Dr. fisc. 2013, n°50, 545 comm. N. CHAYVIALE ; RJF 2014, n°436.

<sup>1419</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-10 n°1.

<sup>1420</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 février 2005, n°253349, Sté B + Systems ; RJF 2005, n°427, chronique Y. BENARD ; RJF 2006, p. 843 s., concl. P. COLLIN ; BDCF 2005, n°55.

opérations et ce, même si celles qui sont réalisées avec des sociétaires, sont exonérées d'IS selon les dispositions de l'article 207, 1-2<sup>o</sup><sup>1421</sup> du CGI.

Pour autant, afin de pouvoir cumuler les avantages du CIR à ceux d'un autre dispositif, il faut que ce dernier soit listé par l'article 244 quater B du CGI. A défaut et selon position de l'administration<sup>1422</sup>, les avantages ne pourront se cumuler.

Selon cette position, le CIR peut être cumulé avec le régime des entreprises nouvelles, celui des JEI (V. n°811 et s.), le régime des entreprises créées pour la reprise d'une entreprise en difficulté (V. n°1018 et s.), celui des entreprises créant, ou exerçant leurs activités dans les ZFU (V. n°836 et s.), le régime des entreprises créées ou exploitées en Corse de l'article 44 decies du CGI, celui des entreprises implantées dans un pôle de compétitivité de l'article 44 undecies du CGI, le régime des entreprises qui créent des activités dans des bassins d'emplois à redynamiser de l'article 44 duodecies du CGI, celui des entreprises implantées dans des zones de restructuration de la défense de l'article 44 terdecies CGI, le régime des entreprises implantées dans les zones franches d'activités situées dans les DOM de l'article 44 quaterdecies du CGI et enfin, celui des entreprises créées ou reprises dans des zones de revitalisation rurale de l'article 44 quindecies du même code.

**857** - La question de la limitation au droit à cumul qui a été remise en cause par la Cour d'appel de Nantes (V. note de bas de page n°1412), a été en partie contredite par le Conseil d'Etat dans un arrêt récent<sup>1423</sup>. La Haute Assemblée, qui s'est prononcée sur la possibilité pour une entreprise exonérée d'impôt par une disposition non listée par l'article 244 quater B du CGI de bénéficier du CIR, a répondu que les entreprises industrielles, commerciales ou agricoles, qui bénéficient d'une exonération totale ou partielle d'impôt non recensée par l'article 244 quater B du CGI, ne peuvent bénéficier du CIR, que sur leurs dépenses de recherche rattachables à des activités non exonérées.

Le Conseil d'Etat, en vertu de son appréciation de la nouvelles version de l'article 244 quater B, s'est donc rangé à l'avis de l'administration, bien que le rapporteur public, au

---

<sup>1421</sup> CAA Nantes 1<sup>ère</sup> ch., 9 janvier 2014, n°12NT02191, Union de coopératives agricoles « Conseils et compétences en productions animales » ; RJF 2014, n°767 ; Dr. fisc. 2014, n°17-18, chron. 287.

<sup>1422</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-10 n°10.

<sup>1423</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 8 septembre 2015, n°376154, min. c/ Union des coopératives agricoles « Conseil et compétences en productions animales » ; FR 40/15, n°1 ; Dr. fisc. 2015, n°46, comm. 673, concl. N. ESCAUT, note D. BOUCHER.

vu de la difficile interprétation du texte, avait préconisé un maintien de la jurisprudence antérieure qui permettait le cumul, sauf lorsque ce dernier était exclu par la loi.

Afin de pouvoir bénéficier du cumul entre le CIR et un autre dispositif d'exonération d'impôt, il faudra donc que le contribuable soit placé sous un régime visé par l'article 244 quater du CGI. A défaut, il ne pourra pas prétendre à l'application du CIR et ce même si toutes les autres conditions d'application du dispositif sont remplies.

De ce fait, une des solutions envisageables pour les contribuables, sera par exemple la création d'une entité spécifiquement éligible à l'application du CIR, tout en prenant garde aux conditions d'application des différents dispositifs permettant le cumul, notamment en ce qui concerne la notion de création d'activité.

## 2°) La notion de dépenses de recherche dans le cadre du CIR

**858** - C'est le II de l'article 244 quater B du CGI, qui vient définir les dépenses éligibles<sup>1424</sup>. La rédaction du texte est relativement large, on retiendra ainsi les dépenses qui sont exposées à l'occasion d'opérations de recherche scientifique et technique. Il faut donc avant de voir quelles sont les dépenses éligibles, à quoi correspondent les opérations de recherche.

Pour se faire, il faut se référer aux dispositions de l'article 49 septies F de l'annexe III au CGI, l'administration fiscale a par ailleurs précisé que ces opérations étaient définies selon les critères élaborés par l'OCDE dans le cadre du manuel de Frascati<sup>1425</sup>.

De manière classique, on retiendra que les activités éligibles comme celles qui visent à « *accroître la connaissance de l'homme de la culture et de la société, ainsi que l'utilisation de cette somme de connaissances pour de nouvelles applications* »<sup>1426</sup>.

Selon cette définition et selon les dispositions du CGI, les opérations de recherche peuvent recouvrir trois domaines distincts. Il s'agit de la recherche fondamentale, la recherche appliquée et enfin le développement expérimental. Afin d'être éligibles au dispositif, les entreprises doivent donc réaliser des opérations de recherche qui relèvent donc au moins d'une des catégories précitées.

---

<sup>1424</sup> Il faut noter sur ce point que la notion de dépenses éligibles a fait l'objet d'une consultation publique dont nous attendons à ce jour les résultats, Dr. fisc. 2016, n°28, comm. 415.

<sup>1425</sup> OCDE, *Méthode type proposée pour les enquêtes sur la recherche et le développement expérimental*. OCDE publications, Paris, maj 2015.

<sup>1426</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20 n°1.

Selon le manuel de Frasceti (paragraphe n°240), la recherche fondamentale correspond à des travaux d'expérimentation ou théoriques, qui permettent l'obtention de connaissances nouvelles sur les fondements des phénomènes et des faits observables, sans pour autant en envisager une application ou une utilisation particulière<sup>1427</sup>. Elle vise notamment à la résolution de problèmes techniques dans l'analyse des propriétés, des structures, des phénomènes physiques et naturels, afin d'en retirer des théories explicatives.

La recherche appliquée (paragraphe n°245), correspond à la réalisation de travaux originaux, qui sont entrepris dans le but d'acquérir de nouvelles connaissances dans un objectif pratique déterminé à l'avance. Le but est ici de discerner les applications pratiques à retirer des résultats obtenus dans le cadre de la recherche fondamentale, ou d'envisager des solutions permettant d'atteindre un objectif déterminé à l'avance. Pour cela, il faudra procéder à la réalisation d'un modèle probatoire qui permettra de vérifier les hypothèses de départ.

Le développement expérimental correspondra selon le manuel (paragraphe n°249), à la réalisation de travaux systématiques qui sont fondés sur des connaissances théoriques et pratiques dans le but de lancer une production, ou d'améliorer celle qui existe déjà. Elle se caractérisera notamment par la réalisation d'un prototype, modèle original possédant toutes les qualités techniques et toutes les caractéristiques de fonctionnement du produit fini, mais qui ne possède pas forcément la forme ou l'aspect de ce dernier.

**859** - Afin de s'assurer qu'une dépense et donc un projet de recherche, ouvre droit au crédit d'impôt, les contribuables, peuvent en vertu des dispositions de l'article L 80 B, 3° du LPF<sup>1428</sup>, utiliser la procédure de rescrit (V. n°209 et s.).

Dans le cadre de l'application de ce dispositif au CIR, si l'administration ne répond pas à la demande dans un délai de trois mois, il y aura un accord tacite opposable, sur l'admission de cette dernière au CIR. La demande doit simplement être formulée auprès de l'administration fiscale au moins six mois avant la date limite de dépôt de la déclaration spéciale 2069-A applicable au CIR.

L'administration, en cas de difficulté peut solliciter l'avis du ministère de la recherche ou de l'Agence nationale de la recherche<sup>1429</sup>, cet avis est opposable à l'administration fiscale lorsqu'il est rendu en faveur du contribuable.

---

<sup>1427</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20 n°20.

<sup>1428</sup> Loi n°2012-1509, du 29 décembre 2012, de finances pour 2013, art. 71.

Dans l'hypothèse où la réponse de l'administration serait négative, le contribuable peut solliciter un second avis, qui sera rendu cette fois de manière collégiale. La demande doit être adressée dans les deux mois du refus.

Nous noterons enfin que depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2015, le champ de la procédure de rescrit a été élargi pour les PME. A compter de cette date, ces dernières peuvent en plus de confirmer ou d'infirmer l'éligibilité d'un projet de recherche, demander la validation d'un montant plancher de leurs dépenses de recherches pour l'exercice en cours<sup>1430</sup>.

**860** - Si dans le cadre des activités de recherche développement effectuées dans les domaines industriels classiques comme la chimie, les sciences exactes, les sciences naturelles et de l'ingénieur, ou les sciences et technologies de l'information et de la communication<sup>1431</sup>, les travaux éligibles sont aujourd'hui bien connus des opérateurs économiques, la conception de logiciels pose certaines difficultés et nécessite un encadrement spécifique afin d'éviter les dérives.

Sont ainsi retenues comme éligibles, les dépenses liées à la réalisation d'un atelier logiciel en langage naturel, le développement de systèmes d'imagerie biomédicale, la réalisation d'outils de validation de protocoles de communication, la création de logiciels de simulation numérique, ainsi que les développements liés aux services de télécommunication à haut débit et aux très grands réseaux téléinformatiques<sup>1432</sup>.

Si cet inventaire peut sembler relativement obscur pour les non initiés, on retiendra par exemple que le Conseil d'Etat, à l'occasion d'un arrêt de 2009<sup>1433</sup>, a indiqué que les dépenses exposées pour le développement de logiciels, ne pourront être prises en compte dans le cadre de l'application du mécanisme du CIR, que si leur conception n'a pas pu être envisagée selon les connaissances techniques connues à l'époque par un professionnel averti, ou par le développement ou l'adaptation de ces techniques. On le voit, il est nécessaire de procéder à une création nouvelle et non pas simplement de reprendre ou de faire évoluer un produit analogue existant<sup>1434</sup>.

---

<sup>1429</sup> Avant 2015, Oséo innovation, chargé de promouvoir la recherche, était compétant pour rendre un avis sur le fait de savoir si un projet de recherche ouvre droit à l'application du CIR : Décret 2015-1412 du 4-11-2015, BF 1/16 inf. 23.

<sup>1430</sup> BOI-SJ-RES-10-20-20-20 n°10 et s. ; FR 37/15, inf. n°2.

<sup>1431</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20 n°110 et s.

<sup>1432</sup> Inst. 4 A-4-91 n°11 à 15 du 22 avril 1991.

<sup>1433</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juillet 2009, n°295805, Sté Conforama Holding ; Dr. fisc. 2009, n°42, comm. 506, concl. E. GLASER ; RJF 2009, n°1142.

<sup>1434</sup> TA Grenoble, 4<sup>ème</sup> ch., 2 octobre 1997, n°94-678, SA Icor ; RJF 1997, n°1105 ou CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 11 mars 1999, n°95-2013, SARL Société informatique nationale ; RJF 1999, n°838.



Pour que cet apport soit reconnu, le contribuable devra démontrer que les recherches entreprises apportent une évolution substantielle par rapport à l'état de l'art<sup>1435</sup> et aux techniques existant à cette date<sup>1436</sup>.

Sont également admises comme relevant de la recherche fondamentale, certaines activités liées aux sciences humaines et sociales, comme l'élaboration de théories relatives aux risques financiers<sup>1437</sup>, au textile, telles l'acquisition d'outils, de machines ou d'équipements d'un type nouveau, la création de nouvelles matières et la façon dont ces dernières sont travaillées<sup>1438</sup>, mais également dans le secteur de l'ameublement pour les dépenses de design ou la conception de prototypes<sup>1439</sup>.

De nombreuses activités sont ainsi intégrées dans le cadre de la définition de la recherche fondamentale, d'autres de l'innovation<sup>1440</sup>. Elles peuvent ouvrir droit en ce qui concerne les PME, à un crédit d'impôt spécifique institué depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013<sup>1441</sup>.

## **B) Détermination et utilisation du crédit d'impôt**

**861** - Nous avons vu que le montant du CIR, est aujourd'hui calculé seulement sur le volume des dépenses de recherches exposées au cours d'une année, civile<sup>1442</sup> et ce, quelque soit la date de clôture des exercices et leur durée. Sur ce point, il est important d'ajouter qu'en cas de clôture de l'exercice en cours d'année civile, le montant du CIR à prendre en compte correspondra aux dépenses éligibles qui auront été exposées au titre de la dernière année civile écoulée, contrairement au cas général.

A ces dépenses, il faudra retrancher certaines sommes versées à certains intermédiaires, comme les dépenses de conseil rendues pour l'octroi du CIR<sup>1443</sup> et ce, quelque soit la qualité du prestataire.

Ces dépenses à déduire, seront déterminées en fonction du montant total des rémunérations allouées en contrepartie de ces prestations, qui est fixé

---

<sup>1435</sup> L'état de l'art est la référence qui pourra permettre de déterminer si un projet est de la recherche et développement. L'établissement de l'état des techniques existantes permet d'apprécier si le projet combine un élément de nouveauté non négligeable avec la dissipation d'une incertitude scientifique et/ou technique. BOI-BIC-RICI-10-10-10-20, n°90.

<sup>1436</sup> CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 27 mai 2014, n°13PA0303018, SA Nomia ; RJF 2014, n°873.

<sup>1437</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20 n°180.

<sup>1438</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-40 n°290 et s.

<sup>1439</sup> Rép. VANNON, AN 24 janvier 2000, JO AN, p. 505 n°37274.

<sup>1440</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-10-20 n°210.

<sup>1441</sup> Art. 244 quater B, II-K du CGI.

<sup>1442</sup> Rép. TERROT, AN 20 mars 2000, JO AN, p. 1817 n°38785.

<sup>1443</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-20-30 n°340.

proportionnellement au montant du CIR obtenu par l'entreprise et par le montant des dépenses autres que les rémunérations proportionnelles qui excède soit 15 000 euros HT, soit 5% du total HT des dépenses de recherches éligibles, montant minoré des subventions publiques qui auront pu être perçues par l'entreprise<sup>1444</sup>.

Le montant des prestations de conseil doit être porté en déduction de l'assiette du calcul du CIR pour l'année au titre de laquelle elles sont déduites du résultat imposable.

Le montant du CIR sera alors de 30% du montant des dépenses de recherche qui seront exposées au cours de l'année, si ces dernières n'excèdent pas 100 millions d'euros et 5% au delà de ce seuil.

Afin de promouvoir les activités de recherche et de développement dans les DOM, l'article 66 de la loi de finances pour 2015<sup>1445</sup>, a majoré à compter de 2015 le taux de CIR pour les exploitations qui y sont implantées. Le taux a ainsi été porté à 50% au lieu de 30%<sup>1446</sup>, pour la fraction des dépenses éligibles qui n'excèdent pas 100 millions d'euros. Pour ce qui est des dépenses au delà de ce montant, le taux reste fixé à 5%.

Il peut donc être intéressant pour une entreprise dont le siège social est situé en métropole, d'implanter une exploitation dans les DOM puisqu'elle pourra bénéficier du taux majoré de CIR.

**862** - Le montant du CIR, sera imputable sur l'impôt dont sont redevables les entreprises au titre de l'année en cours au moment où les dépenses ont été exposées<sup>1447</sup>.

Afin d'être exhaustif, nous dirons un mot des dépenses d'innovation, qui permettent nous l'avons vu, l'obtention d'un crédit d'impôt supplémentaire, qui sera de 20% des dépenses éligibles dans la limite globale de 400 000 euros, ce qui offre un crédit d'impôt maximal de 80 000 euros. Ce crédit d'impôt, doit être imputé sur l'impôt dû par les entreprises au titre de l'année au cours de laquelle les dépenses ont été passées, après application des prélèvements non libératoires et des autres crédits d'impôt.

Pour les entreprises dont l'exercice ne coïnciderait pas avec l'année civile, l'imputation se fera sur l'impôt dû au titre de l'année au cours de laquelle les dépenses éligibles ont été

---

<sup>1444</sup> Art. 244 quater B, II du CGI.

<sup>1445</sup> Loi n°2014-1654, du 29 décembre 2014, de finances pour 2015.

<sup>1446</sup> Avant sa suppression par l'article 71 de la Loi n°2012-1509 de finances pour 2013 du 29 décembre 2012, le taux de 30% était porté à 40% et 35% respectivement au titre de la première et de la deuxième année suivant une période de cinq années durant lesquelles l'entreprise n'avait pas bénéficié du CIR. La majoration s'appliquait donc aux entreprises nouvelles de moins de cinq ans : Décision de rescrit 2009/55 (FE) du 15 septembre 2009 ; BOI-BIC-RICI-10-10-30-10 n°20.

<sup>1447</sup> Art. 199 ter B et 220 B du CGI.

prises en compte pour le calcul du CIR. Ce dernier est donc imputé sur l'impôt dû au titre d'une année qui diffère de celle où les dépenses ont été exposées.

Le crédit excédentaire non imputé, constituera une créance sur l'Etat et pourra être utilisé pour le paiement de l'impôt dû au cours des trois années qui suivront sa constatation. La fraction non imputée sera remboursée à la fin de cette période, les PME et les entreprises en difficultés pourront, par dérogation à ce principe, en demander le remboursement immédiat<sup>1448</sup>.

La créance peut également être cédée à titre de garantie ou d'escompte auprès d'un établissement de crédit.

En ce qui concerne les entreprises assujetties à l'IS, la créance restituable peut être le cas échéant, utilisée afin de régler d'autres impositions<sup>1449</sup>, elle ne pourra pas pour autant servir au paiement de l'IFA, la contribution sociale et de la contribution exceptionnelle sur les montants distribués.

L'utilisation de la créance dans le but de payer un autre impôt, doit répondre à certaines exigences, le crédit d'impôt obtenu en N est imputable en priorité sur l'impôt de l'exercice clos le 31 décembre de l'année N, s'il coïncide avec l'année civile et N+1 si ce n'est pas le cas. Les crédits d'impôts reportables des trois années antérieures s'imputent ensuite en respectant leur ordre d'apparition<sup>1450</sup>.

**863** - Le mécanisme du CIR, étant un mécanisme déclaratif, ce dernier va nécessiter un contrôle efficace de la part de l'administration fiscale, qui peut être facilité par la constitution d'un dossier au fur et à mesure de l'évolution des travaux.

En vertu des dispositions de l'article L 45 B du LPF, l'administration fiscale est la seule compétente pour déclencher les contrôles et décider d'une rectification. Pour autant, elle n'est pas le seul intervenant à la procédure, puisque cette dernière peut demander l'avis du ministère de la recherche afin de vérifier les aspects relevant de la recherche et du développement<sup>1451</sup> et du ministère de l'Industrie, pour les aspects relevant de l'innovation<sup>1452</sup>. Nous noterons sur ce point qu'un protocole a été signé entre les

---

<sup>1448</sup> G. DEDEURWAERDER, *Les entreprises en difficultés face au droit fiscal*, Dr. fisc. 2012, n°18-19, 284.

<sup>1449</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-50 n°520.

<sup>1450</sup> BOI-BIC-RICI-10-10-45 n°540.

<sup>1451</sup> Art. L 103 A du LPF.

<sup>1452</sup> Art. R 45 B-1 du LPF.

responsables des différents ministères impliqués dans le but de rationaliser et d'harmoniser les contrôles, afin de répartir les tâches entre les différents intervenants.

Ce protocole, devrait permettre un meilleur contrôle de l'octroi du crédit d'impôt, ce dernier n'étant par ailleurs pas assorti d'obligations de maintien ou de promotion de l'emploi, ce qui engendre des risques d'évasion fiscale.

En effet, il peut être tentant pour les grands groupes, qui disposent de moyens financiers, d'implanter en France des SAS dans lesquelles vont être employés des chercheurs, mais ne générer aucun ou peu de chiffre d'affaires, afin de ne pas payer d'impôt en France.

Ces sociétés, vont engager des relations de R&D avec des entités implantées en dehors de la France, afin de grossir l'enveloppe de dépenses.

Ce type de schémas a été reconnu dans le cadre des auditions relatives à l'adoption de la loi contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière (V. n°209 et s.), comme permettant ainsi l'obtention induite de plusieurs dizaines de millions d'euros de CIR chaque année. Ce type de schéma, a même été identifié chez des fleurons de l'industrie automobile française tels que PSA, chez qui 21% des dépenses externalisées dans le cadre de l'application du CIR sont ainsi délocalisées à l'étranger.

## **§II) Le CICE : une arme de promotion de la compétitivité des entreprises**

**864** - Le mécanisme du CICE, mis en place par une loi de finances rectificative pour 2012<sup>1453</sup> et codifié à l'article 244 quater C du CGI, caractérise la volonté du législateur de favoriser la compétitivité des entreprises, en réduisant le coup du travail supporté par ces dernières. Si ce mécanisme a fait durant son processus d'adoption l'objet de nombreux débats, il a été jugé conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>1454</sup>. Suite à la validation du dispositif, il a donc été institué à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013, un mécanisme permettant aux entreprises imposées à l'IS ou l'IR d'après leur bénéfice réel, quelque soit le mode d'exploitation et leur catégorie d'imposition (BIC, BNC ou BA), de bénéficier du CICE au titre des rémunérations versées à leurs salariés.

---

<sup>1453</sup> Loi n°2012-1510, de 29 décembre 2012, de finances rectificative pour 2012, art. 66 ; Dr. fisc. 2013, n°5, comm.93.

<sup>1454</sup> Cons. const., 29 décembre 2012, n°2012-661 DC, préc. cit.

La mise en place de ce crédit d'impôt, est la conséquence des efforts en terme d'investissement, d'emploi, de recherche, d'innovation, de formation et de transition énergétique demandés aux entreprises ces dernières années.

Nous allons voir dans un premier temps quelle est le champ d'application du CICE (A), puis comment ce dernier est calculé et utilisé par les contribuables (B).

## **A) Le champ d'application du CICE**

**865** - Comme nous l'avons souligné, le CICE peut bénéficier aux entreprises imposées à l'IS ou à l'IR, selon un régime réel normal ou simplifié, de plein droit ou sur option et va concerner les rémunérations brutes versées à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2013. Dans un premier temps, nous verrons quelles entreprises et quelles activités sont éligibles (1<sup>o</sup>), puis, quels sont les salariés pris en compte dans le cadre du calcul du CICE (2<sup>o</sup>).

### **1<sup>o</sup>) Les entreprises et activités éligibles au dispositif**

**866** - Si le champ d'application du CICE semble de prime abord relativement large et toucher un nombre important d'entreprises, vont être exclues du bénéfice du CICE les entreprises imposées selon un régime forfaitaire. Ainsi, les entreprises maritimes ayant opté pour le régime de taxation au tonnage<sup>1455</sup>, ne pourront en bénéficier du CICE, sauf pour les rémunérations correspondant aux activités imposées à l'IS de droit commun<sup>1456</sup>.

Cette limite, n'est pas exclusive puisque seront également exclues du dispositif du fait du caractère forfaitaire de leur imposition, les entreprises qui relèvent du régime du micro-BIC<sup>1457</sup>, du micro-BNC<sup>1458</sup> et du forfait agricole<sup>1459</sup>.

Seront également exclus du CICE, les collectivités, organismes publics ou les groupements et associations<sup>1460</sup>, qui ne sont pas soumis à l'IS, dès lors que ces derniers n'ont pas une activité lucrative au sens de l'article 206, 1 du CGI.

---

<sup>1455</sup> Mécanisme d'imposition régi par les dispositions de l'article 209-0 B du CGI. V. Dr. fisc, 2015, n°45, act. 601 et Dr. fisc. 2016, n°16, act. 246 ; BOI-IS-BASE-60-40 n°1 et s.

<sup>1456</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-10 n°10.

<sup>1457</sup> BOI-BIC-DECLA-10-40-10 n°1 et s.

<sup>1458</sup> BOI-BNC-DECLA-20 n°1 et s.

<sup>1459</sup> BOI-BA-BASE-10 n°1 et s.

<sup>1460</sup> Rép. min. n°055497, JO Sénat Q, 18 avr. 2013 et Rép. min. fin. n°3216, DEROUCHE, JO Sénat Q, p. 1254 ; Dr. fisc. n°24, 11 Juin 2015, act. 344.

En ce qui concerne les groupements d'employeurs, ces derniers, considérés d'un point de vue fiscal comme assurant une activité lucrative et de ce fait, imposables à l'IS de droit commun, peuvent donc bénéficier du CICE sur la rémunération des salariés mis à disposition d'autres entreprises, dès lors que ces derniers auront une activité lucrative non exonérée d'IS. En revanche, l'entreprise qui va bénéficier de la mise à disposition d'un ou plusieurs salariés, ne pourra prétendre à l'obtention du CICE et ce, même si les salaires sont remboursés à l'employeur.

**867** - Une des hypothèses intéressant fortement le secteur des activités juridiques, va être celui des sociétés civiles de moyens (SCM)<sup>1461</sup>, qui peuvent bénéficier du CICE. Ce dernier va alors être utilisé de manière proportionnelle par les différents associés de la structure, en fonction de leur participation dans le capital, ou en fonction des dispositions du pacte social. Pour autant, la qualité d'associé n'est pas suffisante afin de pouvoir bénéficier du CICE, en effet, la fraction de crédit d'impôt correspondant aux parts détenues par des associés personnes physiques ne participant pas de manière personnelle directe et continue à l'activité, ne peut ni être imputée, ni être restituée.

**868** - Nous avons vu plus haut que par principe, afin de pouvoir bénéficier du CICE, la structure devait être assujettie à une imposition sur les bénéfices et donc, ne pas en être exonérée.

Pour autant, cette affirmation doit être nuancée, puisque certaines entreprises, dont la liste est énumérée de manière limitative, peuvent à la fois bénéficier d'un régime d'exonération sur les bénéfices et du CICE.

Dans le cadre de ces exceptions, on va notamment retrouver les entreprises exonérées temporairement d'impôt, par l'application d'un dispositif applicable à certaines zones du territoire, (V. n°970 et s.), ou visant à encourager la création d'entreprises ou l'innovation comme les entreprises nouvelles ou innovantes (V. n°813 et s.), les entreprises créées dans le but de reprendre une entreprise industrielle en difficulté<sup>1462</sup>, les activités industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles exercées en Corse<sup>1463</sup>, les entreprises établies dans des pôles de compétitivité<sup>1464</sup>, celles qui sont implantées dans des bassins

---

<sup>1461</sup> Loi n°66-879 du 29 novembre 1966, relative aux sociétés civiles professionnelles, art. 36.

<sup>1462</sup> Art. 44 septies du CGI.

<sup>1463</sup> Art. 44 decies du CGI.

<sup>1464</sup> Art. 44 undecies du CGI.

d'emploi à redynamiser<sup>1465</sup>, de restructuration de la défense<sup>1466</sup> ou encore celles qui sont implantées dans les DOM<sup>1467</sup>.

Par ailleurs, nous noterons que l'article 207 du CGI, prévoit que certains organismes peuvent bénéficier de manière partielle du CICE, sur les rémunérations qui sont versées aux salariés qui participent à la partie de l'activité non exonérée d'IS. On pense aux syndicats professionnels<sup>1468</sup>, aux sociétés coopératives agricoles<sup>1469</sup>, aux organismes HLM<sup>1470</sup>, ou aux établissements publics de recherche ou d'enseignement supérieur<sup>1471</sup>.

## 2°) Les salariés concernés par le dispositif

**869** - Le CICE va s'appliquer sur les rémunérations versées par les entreprises aux salariés, lorsque ces derniers participent à la réalisation d'activités éligibles.

Lorsque l'on parle de salariés, cette notion est entendue de manière assez large, puisque sont retenus tout aussi bien les salariés de droit privé et de droit public, et ce, quelque soit leur régime d'affiliation à la sécurité sociale. On va donc pouvoir prendre en compte dans le cadre du calcul du CICE, les rémunérations qui vont être versées aux dirigeants en dehors de l'exercice du mandat social, par exemple pour des prestations techniques, ce qui sera notamment intéressant pour les PME dans lesquelles les mandataires sociaux vont avoir une part active dans la réalisation de l'activité<sup>1472</sup>.

Un des points qui va intéresser les entreprises qui opèrent sur différents territoires, va concerner le cas des salariés détachés. Par principe, il est admis que les entreprises établies en France qui envoient des salariés à l'étranger sous le statut de salariés détachés, peuvent retenir pour l'application du CICE, les rémunérations qui leurs sont versées, à l'exclusion des indemnités d'expatriation et ce, même si ces dernières sont remboursées par les structures d'accueil<sup>1473</sup>.

En ce qui concerne l'hypothèse des salariés accueillis par une structure française, l'administration fiscale a indiqué que les rémunérations qui leurs sont versées, seront

---

<sup>1465</sup> Art. 44 duodecies du CGI.

<sup>1466</sup> Art. 44 terdecies du CGI.

<sup>1467</sup> Art. 44 quaterdecies du CGI.

<sup>1468</sup> Art. 207, 1, 1° bis du CGI

<sup>1469</sup> Art. 207, 1, 2° et 3 du CGI

<sup>1470</sup> Art ; 207, 1, 4° du CGI.

<sup>1471</sup> Art. 207, 1, 9° et 11° du CGI.

<sup>1472</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-10 n°110.

<sup>1473</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-10 n°130.

éligibles à l'application du CICE, si ces dernières sont soumises aux cotisations de sécurité sociales<sup>1474</sup>.

Enfin, nous noterons que certains contrats particuliers, peuvent également entrer dans le champ de calcul du CICE, tels que les contrats de formation en alternance, ce qui va permettre de rendre éligibles, les salaires versés aux apprentis. Seront également éligibles les rémunérations versées dans le cadre des contrats de professionnalisation, les contrats aidés, comme les contrats emploi-jeune<sup>1475</sup>, ou les contrats jeune en entreprise<sup>1476</sup>. Pour autant, il faut noter que les aides financières de l'Etat qui vont être perçues dans le cadre de la mise en place de ces contrats<sup>1477</sup>, devront être déduites de l'assiette du calcul du CICE et ce, pour leur montant total.

## **B) La détermination et l'utilisation du crédit d'impôt**

**870** - Dans le cadre de l'étude de la détermination du CICE, nous allons dans un premier temps nous intéresser à la détermination de ce dernier (1°), puis dans un second temps, aux façons selon lesquelles ce dernier peut être utilisé (2°).

### **1°) La détermination du CICE**

**871** - La détermination du crédit d'impôt, va s'opérer en proportion de la masse salariale brute qui pèse sur l'entreprise, tout en ne prenant pas en compte les rémunérations qui sont supérieures à 2,5 fois le SMIC<sup>1478</sup>.

Afin de calculer ce seuil, on va prendre en compte l'ensemble de la période durant laquelle le salarié est à la disposition de son employeur, c'est à dire y compris les heures supplémentaires effectuées.

Lorsque la rémunération des salariés rentre dans le plafond de 2,5 fois le SMIC, elle est prise en compte pour le calcul du CICE dans son intégralité, pour son montant brut. On pourra ainsi retenir les salaires ou gains, les indemnités de congés payés, les retenues

---

<sup>1474</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-20 n°55.

<sup>1475</sup> Art. L 5134-1 à 19 du Code du travail.

<sup>1476</sup> Art. L 5134-54 à 64 du Code du travail.

<sup>1477</sup> Aides perçues en vertu des dispositions des articles L 513-72, L 5234-30 et L 5522-17 du Code du travail.

<sup>1478</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-20 n°1.



pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et autres avantages en argent ou en nature, ainsi que les sommes perçues par les tiers, comme les pourboires.

Il est à noter cependant que les frais professionnels, les primes liées à l'intéressement ou à la participation, sont exclus du calcul du CICE.

Au final, les rémunérations doivent être considérées comme des dépenses retenues dans le cadre de la détermination du résultat imposable, c'est à dire être considérées comme des charges, être exposées dans l'intérêt de l'exploitation, être régulièrement comptabilisées et justifiées, correspondre à un travail régulièrement effectué et ne pas être considérées comme excessives.

**872 -** *Le calcul du CICE.* Ce dernier va être calculé pour l'ensemble de l'année sur les rémunérations versées au cours de l'année civile et ce, quelque soit la date de clôture des exercices et leur durée.

Le taux du crédit d'impôt était fixé à 4% en 2013 et à 6% à compter de 2014. Sur ce point, il est à noter que la loi de finances pour 2015<sup>1479</sup>, a instauré une majoration du taux du CICE dès lors que les salaires qui constitueront son assiette, sont versés à des salariés qui sont affectés à des exploitations situées dans des DOM. Le montant du CICE a donc été porté pour l'année 2015 à 7,5% et à 9% pour les rémunérations qui sont versées sur ces territoires à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016.

En ce qui concerne les exploitations dans les DOM, il est à noter que les entreprises dont le siège est établi en métropole et qui possèdent une exploitation dans un DOM devraient selon nous, pouvoir bénéficier du CICE au titre des rémunérations versées aux salariés qui exercent l'activité au sein de ladite exploitation<sup>1480</sup>, dès lors que cette dernière possède une certaine autonomie et dispose de moyens humains et matériels pour exercer cette activité.

## **2°) L'utilisation du crédit d'impôt**

**873 -** Par principe, le montant du crédit d'impôt est imputable sur l'impôt dû par le contribuable après application des différents prélèvements non libératoires et autres crédits d'impôt à la disposition de l'entreprise, que ces derniers soient français ou

---

<sup>1479</sup> Loi n°2014-1654 préc. cit.

<sup>1480</sup> Rapp. AN n°2260, T. III, 9 octobre 2014, article 43 du projet.

étrangers et ce, au titre de l'année au cours de laquelle les rémunérations ont été prises en compte pour le calcul du CICE.

Par ailleurs, il est important de souligner que la créance de CICE, ne constitue pas pour le contribuable un produit imposable, qui rentrera dans le cadre du calcul du résultat fiscal, il doit donc être déduit de manière extracomptable<sup>1481</sup>. Il faut également souligner que les charges de personnel, n'étant pas déductibles de la valeur ajoutée sur laquelle va s'appliquer la CVAE, le CICE n'aura donc pas d'impact sur cette dernière.

En ce qui concerne la participation des salariés, si l'administration fiscale considérait à l'origine que la réserve spéciale de participation était calculée sur la base du bénéfice imposable, diminué de l'impôt et après, imputation de l'ensemble des crédits d'impôt afférents à des revenus inclus dans le bénéfice imposable au taux de droit commun, la jurisprudence Schlumberger<sup>1482</sup>, bien que rendue en matière de CIR, est venue quelque peu modifier cette position. En effet, la doctrine administrative, considère aujourd'hui comme l'a jugé le Conseil d'Etat dans cette affaire, que l'impôt correspondant aux bénéfices que l'entreprise a pu réaliser au cours d'un exercice et qui doit donc être retranché de ce bénéfice, ne peut être entendu que comme l'IS de droit commun, les crédits d'impôts éventuellement détenus par une entreprises, ne doivent donc pas influencer la détermination de la réserve spéciale de participation<sup>1483</sup>.

**874 - *L'imputation du crédit d'impôt.*** Il va en premier lieu s'imputer sur l'impôt sur les bénéfices dû par le contribuable au moment du versement du solde de l'impôt. C'est ainsi que lorsque la clôture de l'exercice ne coïncidera pas avec la fin de l'année civile, le CICE sera imputé sur l'impôt dû au titre de l'année qui va suivre l'année de versement des rémunérations éligibles au CICE, à l'exclusion de la contribution sociale sur l'IS, de la contribution exceptionnelle sur l'IS, ou de la contribution additionnelle à l'IS sur les revenus distribués. Elle ne peut par ailleurs pas servir à acquitter un rappel d'impôt sur les bénéfices, qui se rapporterait à des exercices clos avant la fin de l'année au titre de laquelle elle a été obtenue.

Pour autant, lorsque l'imputation du montant total de la créance de CICE ne peut se faire sur un unique exercice, elle peut être utilisée pour le paiement de l'impôt dû au titre des

---

<sup>1481</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-30-10 n°1.

<sup>1482</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mars 2013, n°347633, Sté Études et Productions Schlumberger ; Dr. fisc. 2013, n°29, comm. 380, concl. C. LEGRAS, note E. MEIER et H. QUERE.

<sup>1483</sup> BOI-BIC-PTP-10-10-20-30 n°65.

trois années qui suivront l'année durant laquelle ladite créance a été constatée. Il est à noter que l'administration a précisé<sup>1484</sup> que la créance de CICE, pouvait être imputée par les contribuables sur les acomptes d'IS de l'exercice suivant, c'est à dire sur des acomptes postérieurs au dépôt des déclarations de CICE.

Au terme de cette période de trois ans, l'excédant éventuel sera considéré comme une créance sur l'Etat que le contribuable va pouvoir se faire rembourser directement.

**875 -** Si ce mécanisme d'imputation de la créance de CICE demeure la règle de principe, il faut pourtant souligner que cette dernière est assortie d'une importante dérogation en faveur de certaines entreprises qui vont pouvoir bénéficier d'un remboursement immédiat de leurs créances de CICE.

Vont ainsi pouvoir bénéficier de ce remboursement immédiat, les PME au sens communautaires, les entreprises nouvelles pour l'année de leur création, ainsi que les quatre années qui suivront, les JEI, ainsi que les entreprises en difficultés qui font l'objet d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, telles que prévues par les dispositions du Code de commerce.

Par ailleurs, nous devons noter que les entreprises peuvent, notamment dans l'hypothèse d'un besoin immédiat de trésorerie, céder par le biais de l'utilisation de la cession Dailly<sup>1485</sup>, ou nantir leur créance, avant la liquidation de leur imposition auprès d'un établissement de crédit. La créance ne peut faire l'objet de plusieurs cessions ou nantissements partiels auprès de différents cessionnaires ou créanciers, le contribuable ne sera en revanche pas obligé, lorsqu'il procède à la cession, ou au nantissement de sa créance, de céder ou nantir la totalité de cette dernière.

Bien entendu, lorsque la créance a été cédée ou nantie, cette dernière ne peut plus être imputée sur l'impôt sur les bénéfices dû au titre d'un exercice clos à partir du moment où la créance a été cédée. Elle ne pourra par ailleurs pas être remboursée à l'entreprise cédante, c'est en effet l'établissement de crédit cessionnaire, qui pourra en obtenir le remboursement. En cas de simple nantissement de la créance, l'entreprise en reste propriétaire et donc en obtenir le remboursement, si elle fait l'objet d'une procédure de conciliation, sauvegarde, redressement ou de liquidation judiciaire.

---

<sup>1484</sup> BOI-BIC-RICI-10-150-30-10 n°10 ; Dr. fisc. 2015, n°9, act. 110.

<sup>1485</sup> Art. L 313-23 à L 313-35 du Code monétaire et financier.

Dans le cadre de ce mécanisme de cession et de nantissement, il est à noter que le législateur a mis en place un mécanisme de préfinancement du CICE.

Ainsi, en vertu des dispositions de l'article L 313-23 du Code monétaire et financier, la créance que l'on appelle alors « *créance en germe* », va pouvoir faire l'objet d'un nantissement ou d'une cession, avant la liquidation de l'impôt sur les bénéfices sur lequel elle aurait dû en théorie s'imputer. Ce préfinancement, accessible initialement par le biais des services d'Oséo, a été ouvert en 2013 aux banques commerciales.

L'avance de trésorerie ainsi obtenue, peut aller jusqu'à 85% du financement anticipé du CICE. Afin de pouvoir en bénéficier, l'administration fiscale doit en avoir été informée par le contribuable par lettre recommandée. A la réception de cette lettre, l'administration fiscale enverra alors au contribuable, un formulaire spécifique (2577-SD), qui servira à indiquer si la créance en germe a fait l'objet d'une cession ou d'un nantissement.

**876** - Il est à noter que le mécanisme du CICE, connaît certaines spécificités, dans le cadre de la réalisation d'opération de fusions ou assimilées, ainsi que dans le cadre du régime de groupe, puisque la créance va être dans ce cas transférée à une autre entité.

Dans les groupes, c'est la société mère qui va être substituée aux membres du groupe dans l'imputation des différents crédits d'impôt obtenus par ces derniers, sur le montant de l'impôt dont le groupe sera redevable pour chaque exercice, sauf sur les crédits d'impôt antérieurs à l'entrée dans le périmètre. En cas d'excédant non imputé, le crédit d'impôt constituera une créance sur le Trésor appartenant à la société tête de groupe et lui restant acquise y compris en cas de cessation du groupe.

Dans le cas des opérations de fusions et assimilées ayant lieu dans les trois ans qui précèdent l'année de remboursement de la créance de CICE par le Trésor, la fraction qui n'a pu être imputée, va être transférée de la société apporteuse vers la société bénéficiaire de l'apport. Ce dernier point est à nuancer en cas d'opération d'apport partiel d'actif, puisque seule la partie de la créance correspondant à une activité transférée, va pouvoir bénéficier à la société bénéficiaire de l'apport.

**877** - On le voit, le CICE représente un avantage fiscal important pour les entreprises dans le cadre de la limitation des charges pesant sur l'emploi. Pour autant, comme de nombreux mécanismes incitatifs, ce dernier a pu engendrer certaines dérives, qui ont

d'ailleurs été soulevées par les parlementaires et notamment dans la rétrocession du CICE dont bénéficient certains de leurs partenaires économiques<sup>1486</sup>.

Afin d'éviter ces problématiques allant à l'encontre de l'objectif du CICE, a été mis en place un mécanisme permettant le suivi de l'utilisation du crédit d'impôt. L'objectif de ce mécanisme est d'éviter que les entreprises puissent par le biais du CICE, financer une augmentation des bénéfices distribués ou des rémunérations des personnes ayant un rôle de direction.

Les entreprises, doivent donc retracer dans leurs comptes annuels, l'utilisation qui est faite du CICE et notamment en terme d'effort de recherche, d'investissement ou d'emploi.

Ces obligations ont d'ailleurs été renforcées récemment, puisque depuis la loi de finances pour 2015 (Art. 76), les entreprises doivent intégrer les informations relatives à l'utilisation du CICE en annexe de leur bilan, ou dans une note jointe aux comptes.

En ce qui concerne le contrôle du CICE, si les rémunérations et leur montant sont contrôlés par les URSSAF, c'est l'administration fiscale qui vérifiera quant à elle le bien fondé du calcul du crédit d'impôt et de son utilisation.

Dans ce cadre, le délai de reprise est fixé à la fin de la troisième année suivant celle du dépôt de la déclaration spéciale prévue pour le calcul du CICE. Ce dépôt constitue donc le point de départ du délai de prescription.

---

<sup>1486</sup> Rép. min. commerce n°39457, MIGNON, JO AN Q, 2 septembre 2014, p. 7344 ; Dr. fisc. n°38, 18 septembre 2014, act. 480.

## CHAPITRE II : L'OPTIMISATION FISCALE DES RESTRUCTURATIONS ET DES CESSIONS

**878** - D. HUBLER, dans le cadre de l'introduction de son étude sur la transformation des entreprises dans l'encyclopédie Lamy consacrée à l'optimisation fiscale des entreprises<sup>1487</sup>, cite fort à propos MENDELEIEV, fameux chimiste connu notamment pour sa classification périodique des éléments et pour qui, « *tout est impermanence* »<sup>1488</sup> dans la nature, affirmation que l'on pourrait également appliquer la vie des sociétés.

En effet, dans le cadre de leur existence et de l'évolution de leur activité, on ne peut considérer la structure des entreprises comme figée dans le marbre. Leur situation juridique et fiscale, d'un point de vue structurel ou territorial, peut être amenée à évoluer et ce, afin de répondre aux évolutions de la demande des clients ou consommateurs, ou aux contraintes liées aux marchés. Elles pourront également évoluer en fonction de la politique mise en place par les différents organes de direction, quant au développement opérationnel de l'entité ou du groupe. Ces restructurations, diverses par nature étant dans bien des situations, un impératif afin de préserver la pérennité des entreprises ainsi que leurs débouchés économiques.

**879** - Dans le cadre de ces opérations de restructuration, le rôle des dirigeants de la société et de ses conseils, va être capital dans l'appréhension des risques fiscaux, que l'on se place dans le cadre d'une implantation, d'une acquisition, d'une cession, ou encore d'une cessation d'activité.

Pour autant, la liberté des contribuables dans le cadre de la mise en place de certaines opérations de restructuration n'est pas totale et l'administration va, à l'aide de mécanismes spécifiques où par l'utilisation du mécanisme de l'abus de droit (V. n°138 et s.), redresser certaines opérations ou montages, afin que seules les opérations ayant une cohérence économique certaine, puissent être réalisées par les contribuables.

Dans le cadre de ce chapitre, nous allons étudier différentes opérations de restructuration et leurs conséquences fiscales. Sur ce dernier point, nous allons notamment nous intéresser aux différentes solutions d'optimisation qui peuvent être utilisées par les

---

<sup>1487</sup> Encyclopédie Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise, Etude 721-1.

<sup>1488</sup> Philosophie que l'on retrouve également dans la philosophie bouddhiste.

contribuables, que ces dernières soient ou non offertes par la loi.

**880** - Sur la question de l'application de certains régimes fiscaux de faveur aux opérations de « *business restructuring* », il est intéressant de noter que la principale problématique à laquelle vont faire face les contribuables, va concerner le caractère nouveau de l'activité, problématique particulièrement illustrée par les dispositions de l'article 44 sexies, III du CGI<sup>1489</sup> (V. n°813 et s.).

Cette disposition, a d'ailleurs été commentée par l'administration fiscale, qui indique que ces opérations vont permettre l'exercice d'une activité existante dans le cadre d'une nouvelle structure juridique, notamment par des opérations de fusion, scission ou d'apport partiel d'actif<sup>1490</sup>.

Cependant, certaines activités de restructuration, ne vont pas emporter la création d'un nouveau potentiel économique<sup>1491</sup>, mais correspondre à un simple besoin de rationalisation.

Cette question a été étudiée avec attention par G. BACHELIER, qui, à l'occasion de ses conclusions sous un arrêt du Conseil d'Etat du 31 janvier 1997<sup>1492</sup>, a indiqué qu'afin de qualifier la restructuration d'activités préexistantes, trois critères cumulatifs devaient être mis en lumière, il s'agit de l'identité, à tout le moins partielle d'activité, l'existence de liens directs ou indirects, entre les entreprises et la réorganisation du travail, notamment illustrée par un transfert ou un partage des moyens de production<sup>1493</sup>.

Concernant l'identité d'activité, il s'agit de constater que la société créée, exerce une activité, au moins identique en partie, à celle qui est exercée par la société préexistante, sans que l'on se limite à une identité d'objet social<sup>1494</sup>. Elle est donc appréciée strictement, la jurisprudence a ainsi reconnu par exemple qu'une SARL nouvelle exerçant une activité d'agent immobilier, pouvait être considérée comme partie d'une opération de restructuration d'une activité préexistante d'une SCI exerçant une activité de promotion immobilière<sup>1495</sup>.

---

<sup>1489</sup> Modifié par Loi n°2015-1786, du 29 décembre 2015, de finances rectificative pour 2015, art. 78.

<sup>1490</sup> BIC-CHAMP-80-10-10-20, n°10.

<sup>1491</sup> CAA Lyon, 14 mars 1995, n°93-1105 ; Dr. fisc. 1995, n°23-24, comm. 1258, concl. D. GAILLETON ; RJF 1995, p. 337.

<sup>1492</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 31 janvier 1997, n°146264, Sté Alarme Service France ; Dr. fisc. 1997, n°13, comm. 350 ; RJF 1997, n°209.

<sup>1493</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-20 n°20.

<sup>1494</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 février 1996, n°145845, M. de Lavenere, préc. cit.

<sup>1495</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 mars 2005, n°255622, Sté Parc Horizon Bleu ; Dr. fisc. 2005, n°36, comm. 572 ; RJF 2005, n°538, concl. F. SENERS ; BDCF 2005, n°70.

En revanche, a été considérée comme étant une entreprise nouvelle, la création d'une société ayant pour activité la fourniture à ses membres de plants de pommes de terre, leur collecte et leur transport, activités qui n'ont jamais été exercées par les sociétés préexistantes, même si leurs statuts le leur permettaient<sup>1496</sup>.

Il est à noter que l'identité d'activité n'est pas suffisante et que l'entreprise créée doit l'être dans le but d'exercer cette activité préexistante<sup>1497</sup>.

Concernant les liens existants entre l'entreprise créée et l'entreprise préexistante, ces derniers seront illustrés par l'existence d'une participation dans la société nouvellement créée<sup>1498</sup>, une identité d'actionnaire<sup>1499</sup>, ou encore par des relations commerciales privilégiées<sup>1500</sup>, sauf en début d'activité et à des conditions de prix normales<sup>1501</sup>. La reprise de la clientèle, n'est a contrario pas un critère permettant de qualifier la restructuration<sup>1502</sup>. En ce qui concerne le transfert des moyens de production, celui-ci pourra être démontré même s'il s'avère être limité<sup>1503</sup>, par exemple à du matériel<sup>1504</sup>, des contrats<sup>1505</sup> ou du personnel<sup>1506</sup>.

**881** - Lorsque l'on s'intéresse aux opérations de restructuration, l'OCDE, aborde cette notion dans le chapitre IX de ses Principes directeurs, intitulé « *Réorganisation d'entreprises et prix de transfert* ». Cette question est étudiée dans le cadre de la réorganisation des groupes de sociétés. Dans cette étude, les restructurations sont envisagées comme le redéploiement des sociétés par un transfert, notamment dans le cadre d'un groupe, de fonctions, de risques ou d'actifs, qui vont modifier la répartition des profits et des pertes entre les entités. On peut illustrer ce propos par une méthode largement utilisée dans le cadre des restructurations internationales et qui consiste en la

---

<sup>1496</sup> CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 29 novembre 2001, n°97-1584, Scica - SA Champagne pommes de terre ; Dr. fisc. 2002, n°14, comm. 292 ; RJF 2002, n°375.

<sup>1497</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 juillet 2001, n°220261, SARL VBM ; Dr. fisc. 2002, n°3, comm. 15 et à contrario CAA Bordeaux 23 mars 1993, n°91-621 ; Dr. fisc. 1994, n°19, comm. 895.

<sup>1498</sup> CE, CAPC, 17 mai 1995, n°157212, SA Centre Chaussures ; RJF 1995, n°831.

<sup>1499</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 décembre 1998, n°159393, SARL Suny ; Dr. fisc. 1999, n°20, comm. 407, concl. G. GOULARD ; RJF 1999, n°138.

<sup>1500</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 31 janvier 1997, n°146264, Sté Alarme Service France, préc. cit.

<sup>1501</sup> CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 28 juin 1995, n°94-1279, Sté SOCOA ; Dr. fisc. 1996, n°17, comm. 562.

<sup>1502</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 novembre 2000, n°197579, Pallot ; Dr. fisc. 2001, n°14, comm. 314, concl. J. COURTIAL.

<sup>1503</sup> CE, 27 mars 2000, n°196534, SARL Construction de moules du Haut-Jura ; Dr. fisc. 2000, n°47, comm. 887 ; RJF 2000, n°612.

<sup>1504</sup> CAA Paris, 30 avril 1991, n°2382 ; RJF 1991, n°911.

<sup>1505</sup> CAA Bordeaux, 18 octobre 1990, n°89-379, SARL Les Pavillons Sobel et n°89-380, Sté Sobel Ingénierie Immobilier (SII) ; Dr. fisc. 1991, n°13, comm. 687.

<sup>1506</sup> CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 23 juin 1993, n°93-111, Mortier ; RJF 1994, n°905 et CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 8 juin 1995, n°93-382, SARL HUWER Hydrovide Ouest ; RJF 1996, n°559.



transformation de distributeurs en commissionnaires ou de fabricants en façonniers. Il n'est d'ailleurs pas impératif de prévoir, dans le cadre de ces opérations, la rémunération ou l'indemnisation du fait de la dégradation des recettes d'une entité au profit d'une autre, ce qui représente en un sens une certaine caractérisation de l'intérêt de groupe.

Lorsque la réorganisation sera motivée par des raisons commerciales « normales » et que les transferts de valeurs seront indemnisés comme dans le cadre de la relation qui existerait entre entités indépendantes, elle ne pourra alors pas être considérée comme ne respectant pas le principe de pleine concurrence.

On retrouve quelques illustrations de ces problématiques dans le cadre de la jurisprudence française, on retiendra notamment une affaire qui concernait une société française exerçant une activité de commerce de distribution de boisson en qualité de distributeur d'une société britannique et transformée en commissionnaire. Dans cette affaire, l'administration a estimé que le contribuable avait réalisé un acte anormal de gestion (V. n°157 et s.), en transférant sans contrepartie équivalente, sa clientèle à son commettant. Cette position n'a pas été retenue par les juges qui ont démontré que puisque la société distributrice avait, compte tenu des moyens mis en œuvre, une clientèle distincte de celle attachée à la marque, elle n'avait donc pas été transférée du fait de la nature du contrat de commissionnaire, qui n'était pas un contrat autonome, mais le moyen de signer des contrats en son nom propre<sup>1507</sup>.

Dans une autre affaire, un transfert de bénéfices a pu être identifié dans le cas d'une société française, qui avait transféré une activité de trésorerie sans contrepartie à une société du même groupe implantée en Suisse<sup>1508</sup>. Pour autant, il faut souligner que la demande de l'administration a été rejetée, du fait que cette dernière n'avait pas pu démontrer l'existence d'une libéralité alors que les comparables auraient dû être rejetés, puisque ces derniers concernaient seulement des comparables « dépendants ».

Nous allons dans le cadre de ce chapitre nous intéresser à différentes opérations de restructuration, dans un premier temps nous allons étudier les opérations de transformation et de transfert de siège (Section I), nous étudierons ensuite, les opérations de regroupements et de cession (Section II).

---

<sup>1507</sup> CAA Paris, 9<sup>ème</sup> ch., 31 décembre 2012, n°10PA00748, Sté de participation et d'études des boissons sans alcool (Sopebsa) ; RJF 2013, n°705.

<sup>1508</sup> CAA Paris, 10<sup>ème</sup> ch., 5 février 2013, n°11PA02914, Sté Nestlé Finance International Ltd venant aux droits de la société Nestlé Finance France, à propos de la retenue à la source et, même jour, n°12PA00469, Sté Nestlé entreprises ; Dr. fisc. 2013, n°23, comm. n°307.

## **Section I : Transformation et transfert de siège**

**882** - Dans le cadre de leur existence juridique, les sociétés, même lorsqu'elles fonctionnent à leur rythme de croisière mais selon une structure territoriale ou juridique qui n'est plus adaptée, peuvent et même doivent, être l'objet d'une opération de transformation. Cette nécessité d'adaptation, se fera notamment en lien avec l'évolution de la demande du marché, et les modifications des caractéristiques de ce dernier. La nécessité de procéder à une restructuration juridique, fiscale ou territoriale, va notamment se rencontrer dans l'hypothèse où la structure envisagée à la base, ne répondrait plus aux besoins rencontrés dans le cadre de l'évolution de son activité.

Dans ce cadre, une transformation juridique sera dans la majorité des cas envisagée dans un périmètre local ou national, alors qu'une opération de transfert de siège ou d'actifs, sera à l'inverse plutôt envisagée dans des hypothèses transnationales<sup>1509</sup>.

Bien entendu, ce qui va retenir l'attention des contribuables dans le cadre de la mise en place de ces opérations, va être d'en atténuer au maximum les conséquences fiscales et notamment, d'éviter l'application des conséquences de la cessation d'entreprise, qui peut dans certains cas, se révéler très pénalisante d'un point de vue financier.

Nous allons donc dans un premier temps nous intéresser aux transformations de la société (§I), avant de nous intéresser à la problématique plus spécifique du transfert de siège et de ses conséquences d'un point de vue fiscal (§II).

### **§I) Les conséquences fiscales de la transformation des entreprises**

**883** - Lorsque l'on parle de la transformation d'une entreprise, on va faire référence à l'opération qui va modifier la forme de cette dernière, c'est à dire son habillage juridique. Avant d'aller plus loin dans cette étude, il est important de souligner que dans certaines hypothèses et notamment dans le cadre de certains montages, le bénéfice de certains mécanismes d'optimisation fiscale, va nécessiter l'adoption d'une forme juridique ou d'un régime fiscal particulier. Ceci, afin de pouvoir rentrer dans le cadre des prescriptions légales. On peut illustrer ce propos par le fait que le bénéfice de l'intégration fiscale (V.

---

<sup>1509</sup> G. BLANLUET, M. TALY, D. GUTMANN, Ph. MARTIN, V. BIED-CHARRENTON et A. GARDETTE, *La localisation des centres de décision : critères et enjeux.- Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012*, Dr. fisc. 2013, n°13, 214.

n°554 et s.) est par exemple réservé aux sociétés assujetties à l'IS, le changement de régime fiscal sera donc, pour une société soumise à l'IR, un préalable nécessaire, comme pour le bénéfice du régime mère-fille (V. n°522 et s.).

Dans un autre domaine, il sera par exemple nécessaire de transformer une SCI qui prendrait en crédit-bail, un immeuble sous-loué à une société tierce. Dans ce cas, l'administration fiscale va considérer que lors de la levée d'option d'achat, le bien va être transféré dans le patrimoine de l'associé de la SCI<sup>1510</sup>. De ce fait, la SCI qui était auparavant assujettie à l'impôt dans la catégorie des BNC, va une fois l'option levée, relever de la catégorie des revenus fonciers.

**884 - Les hypothèses de transformation d'entreprise.** Nous allons retrouver classiquement trois situations, le changement d'activité réelle ou d'objet social, le changement de forme juridique et le changement de régime fiscal, qui permettent chacun, de répondre à des besoins spécifiques de restructuration.

Dans ce cadre et afin de limiter les transformations purement d'opportunité, le législateur et l'administration fiscale, appliquent à certaines situations, les conséquences de la cessation d'entreprise, lourdes d'un point de vue fiscal et donc financier. Ces conséquences, vont notamment s'appliquer lorsque du fait de la transformation, apparaîtra une nouvelle personne morale, ou lorsque l'on assistera à un changement de régime fiscal, même si le législateur a mis en place dans certains cas, une atténuation à ces conséquences.

Nous allons donc nous voir dans un premier temps quelles sont les hypothèses de transformation d'entreprises (A), puis dans un second temps, nous nous intéresserons plus particulièrement à celles qui n'emportent pas la création d'une personne morale nouvelle (B).

## **A) Les diverses hypothèses de transformation des structures**

**885 -** La transformation des structures et ce, quelque soit la forme originellement retenue et celle qui sera issue de la transformation, va, en fonction de la manière selon laquelle il y est procédé, engendrer diverses conséquences, notamment d'un point de vue fiscal. Nous allons étudier ici dans un premier temps les hypothèses de transformation de

---

<sup>1510</sup> Rép. 15 juillet 1991, MOYNE-BRESSAND, n° 42984, JO AN, p. 2768.

la forme de la structure (1°), puis celles qui intéressent le régime fiscal ou l'activité de cette dernière (2°).

## 1°) Les hypothèses de changement de la forme sociale

**886** - Diverses hypothèses doivent être étudiées ici, premièrement, la transformation d'une société en une société d'une autre forme (1), puis la transformation des sociétés en d'autres formes de structures (2).

### 1) La transformation d'une société en une société d'une autre forme

**887** - Classiquement, les dispositions de l'article 1844, 3 du Code civil, disposent que la « *transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle* », idée que l'on retrouve dans le cadre des dispositions de l'article L 210-6 du Code de commerce. S'il n'est pas nécessaire que cette transformation soit autorisée par les dispositions statutaires, il faudra néanmoins respecter les clauses prévues dans ces derniers. Elle doit notamment être décidée par les organes compétents, selon les règles de quantum applicables à chaque type de société, être publiée dans les délais légaux<sup>1511</sup> et l'administration fiscale doit en être régulièrement informée<sup>1512</sup>. Dans ce cadre, il faut s'intéresser également aux conditions de la cessation d'entreprise, définies aux articles 201 et 221, 2, alinéa 1 du CGI, vont pouvoir s'appliquer (V. infra). La jurisprudence a ainsi par exemple toujours reconnu que le changement de forme dont la dissolution a été prononcée de manière irrégulière, va toujours entraîner la création d'une nouvelle personne morale<sup>1513</sup>.

Dans une affaire aujourd'hui ancienne, le Conseil d'Etat a confirmé cette approche, dans le cas où les associés d'une société en commandite simple, dissoute par le biais d'une décision de justice et n'ayant à la suite de cette décision existé, que pour les nécessités de la liquidation, ont procédé à l'issue de la liquidation, à la transformation de cette dernière en SA. Le Conseil d'Etat, a dans cette affaire, reconnu la création d'une nouvelle personne morale et a donc jugé que le patrimoine de la société en commandite simple,

---

<sup>1511</sup> Elle doit être publiée dans le mois suivant la modification statutaire dans un journal d'annonces légales et déposée au greffe.

<sup>1512</sup> Dans les soixante jours, art. 201, 1 et 3 du CGI et 221, 2 du CGI.

<sup>1513</sup> Cass. com., 18 février 1913, Saint-Julien ; RE 5895.

avant de pouvoir être appréhendé par la nouvelle personne morale, avait nécessairement été appréhendé, au préalable par les associés. De ce fait, ces derniers ont régulièrement été assujettis à l'IR en vertu des dispositions de l'article 161 du CGI<sup>1514</sup>, en proportion de leurs droits sociaux dans le boni de liquidation, constitué par les différentes plus-values liées à l'actif social réalisées au moment du transfert de ces différents éléments dans le patrimoine des associés<sup>1515</sup>.

Cette règle, va également s'appliquer dans l'hypothèse où une SA serait déclarée dissoute de plein droit pour ne pas avoir porté son capital au niveau exigé par la loi, qui est sauf régime particulier<sup>1516</sup>, de 37 000 euros<sup>1517</sup>.

Plus récemment, il a été jugé que la transformation d'une société de fait en SCP, va entraîner la création d'une nouvelle personne morale<sup>1518</sup>.

En effet, les sociétés de fait, sont dépourvues de personnalité morale, leur liquidation, lorsqu'elle est suivie de la création d'une nouvelle société (de droit), va donc entraîner les conséquences de la cessation d'entreprise et ce, même si la société « nouvelle », a le même objet social que la société de fait préexistante<sup>1519</sup>.

Là aussi, l'administration fiscale a mis en place un régime d'atténuation, puisque les conséquences prévues en matière de droits d'enregistrement, prévues pour les transformations n'impliquant pas la création d'une nouvelle personne morale, pourront s'appliquer, sauf pour les immeubles, si les éléments qui sont inscrits à l'actif du bilan, sont repris à la même valeur dans le bilan de la société de droit et que la transformation, n'emporte pas de modifications majeures dans le pacte social<sup>1520</sup>.

Par ailleurs, dans le cadre d'une décision de rescrit, l'administration fiscale a indiqué que la plus-value d'échange constatée par les associés d'une société créée de fait au moment

---

<sup>1514</sup> Modifié par Loi n°2014-1655 du 29 décembre 2014, de finances rectificative pour 2014, art. 88.

<sup>1515</sup> CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 octobre 1974, n°91126 ; BOI-IS-CESS-20-10 n°50 ; BOI-RPPM-RCM-10-20-40 n°20.

<sup>1516</sup> Tel est le cas des sociétés de rédacteur de presse, art. L 224-2, al. 3 du Code de commerce, des sociétés coopératives, Loi n°47-1775 du 10 septembre 1947, portant statut de la coopération art. 27, al. 2., des sociétés émettrices de titres de créance, art. D 213-8 du Code monétaire et financier, d'assurance, art. R 322-5 du Code des assurances.

<sup>1517</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°50.

<sup>1518</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 décembre 2013, n°349787 ; BF 3/14 inf. 263 RJF 2014, n°224, concl. D. HEDARY ; BDCF 2014 n°30.

<sup>1519</sup> CE, 7<sup>ème</sup>, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 19 avril 1974, n°87740 et 87753 ; Dr. fisc. 1974, n°39, comm. 1102 ; Dupont 1974 p. 278.

<sup>1520</sup> Rép. min. BARROT, n° 2287, JO AN Q, 25 mai 1987, p. 3025.

de sa transformation en SARL assujettie à l'IS, peut bénéficier d'un report d'imposition en vertu des dispositions de l'article 151 octies III du CGI<sup>1521</sup>.

**888 - *Des difficultés pratiques.*** Certaines hypothèses ont pu être délicates pour les contribuables notamment du fait de la position de l'administration fiscale. Ce fut notamment le cas dans le cadre de la création d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité (EURL), du fait de la réunion en une seule main de l'ensemble des parts d'une SARL soumise à l'IS et si l'EURL n'opte pas pour l'IS<sup>1522</sup>, opération considérée par elle, comme entraînant les conséquences de la cessation d'entreprise.

La jurisprudence, a censuré cette doctrine<sup>1523</sup>, en affirmant que la réunion des parts de la SARL entre les mains d'un seul associé, si elle modifie les modalités d'imposition des résultats comme en dispose l'article 8 du CGI, ne constitue pas une transformation en société de personnes devant entraîner l'application des conséquences de la cessation d'entreprise. Les résultats réalisés par cette société à la clôture de l'exercice durant lequel a eu lieu la réunion des parts, vont être imposables entre les mains de l'associé. Ce dernier pourra, si le résultat est déficitaire, l'imputer sur son revenu global pour l'année correspondant à l'exercice de réunion.

**889 -** Dans le cadre de la transformation d'une société de capitaux en société de personnes, la société de capitaux cesse d'être soumise à l'IS pour la période qui va suivre l'opération de transformation.

Les bénéficiaires qui vont suivre l'opération de transformation vont eux, être imposés selon les règles des sociétés de personnes, au nom des associés.

Dans l'hypothèse où la société transformée prendrait la forme d'une société en commandite simple, la part du bénéfice qui va être imposée au nom des commanditaires, demeurera toutefois soumise à l'IS.

Dans le cadre d'une transformation d'une SARL en SCI et du fait de la confusion existant entre le patrimoine de la SCI non imposable à l'IS et celui des membres de cette dernière, la transformation doit être interprétée comme entraînant l'appropriation par les associés de l'actif net de la SARL en proportion de leurs droits respectifs.

---

<sup>1521</sup> Res. 17 juillet 2007, n°2000/25.

<sup>1522</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°340.

<sup>1523</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 novembre 2000, n°186821, min. c/ Georges ; RJF 2001, n°134.

Pour autant, nous allons voir que le Code général des impôts prévoit des atténuations à ces conséquences dans l'hypothèse où l'on n'assisterait pas à la création d'une personne morale nouvelle.

## 2) La transformation d'une société en une autre forme de structure

**890** - Si l'on revient un instant sur les dispositions législatives de l'article 1844, 3 du Code civil, ce dernier, fait référence afin d'écartier la création d'une nouvelle personnalité morale, à la transformation d'une société en une société d'une autre forme. Il ne fait donc pas référence à la transformation d'une société, en un autre type de groupement ou structure. On pense notamment aux GIE ou aux associations, que la transformation se fasse dans un sens ou dans l'autre.

De ce fait, on va considérer, sauf dans l'hypothèse où des dispositions législatives iraient en sens contraire, que cette transformation va engendrer la création d'une nouvelle personne morale.

S'il existe d'autres hypothèses telles que la transformation d'une société en groupement forestier ou en association, nous allons aborder ici exclusivement la question de la transformation d'une société en GIE.

Il faut dans un premier temps noter, que le Code de commerce<sup>1524</sup>, permet aux associations et aux sociétés (sauf coopératives<sup>1525</sup>), de se transformer en GIE, sans que l'opération ne donne lieu à dissolution, ni entraîne la création d'un être moral nouveau, sous la condition que son objet social soit en harmonie avec la définition des GIE<sup>1526</sup>.

D'un point de vue fiscal, l'article 221, 2 ter du CGI, dont nous allons étudier les conséquences plus loin, considère la transformation d'une société ou d'une association en GIE, comme une cessation d'entreprise, qui pourra cependant bénéficier de certaines atténuations<sup>1527</sup>.

La jurisprudence a ainsi admis, qu'une société pouvait échapper à l'application des conséquences de la cessation d'entreprise en invoquant les atténuations admises par la

---

<sup>1524</sup> Art. L 251-18 du Code de commerce.

<sup>1525</sup> Rép. HOFFER, AN 8 mars 1974, JO AN, p. 1116.

<sup>1526</sup> Nous noterons ici pour rappel que le GIE, institué par une ordonnance de 1967 (n°67-821 du 23 septembre 1967) et dont le régime et codifié aux articles L 251-1 à L 251-3 du Code de commerce a été mis en place afin de permettre aux entreprises, la mise en commun de leurs moyens ou leurs activités, sans pour autant mettre un terme à leur individualité, ni à leur indépendance Pour plus d'informations V. Documentation pratique Francis Lefebvre, DC-V-24850.

<sup>1527</sup> BOI-IS-CESS-20-20 n°20 et s.

doctrine administrative. En l'espèce une SARL, avait été transformée en GIE et avait pu en bénéficier dès lors que l'objet de la société était avant et après la transformation identique et que l'activité était exercée dans des conditions analogues<sup>1528</sup>.

Le choix de transformer une structure en GIE, va notamment être intéressant lors d'un regroupement, notamment dans le cadre d'une stratégie de rationalisation d'activités relevant du secteur industriel et commercial. La base imposable du GIE, sera alors déterminée, en fonction des règles applicables à chacune des catégories de revenu correspondant, puis l'imposition s'effectuera chez chacun de ses membres.

**891 - La transformation du GIE.** En ce qui concerne la transformation du GIE en société, il est intéressant de noter que le Code de commerce<sup>1529</sup>, prévoit que la transformation d'un GIE en SNC, ne va entraîner, ni la dissolution du premier cité, ni la création d'un nouvel être moral. De ce fait, cette transformation n'emportera pas les conséquences de la cessation d'entreprise, aucune imposition directe ne sera donc mise à la charge du contribuable<sup>1530</sup>.

En ce qui concerne la transformation du GIE en une autre forme de société qu'une SNC, nous avons vu précédemment que l'article 1844-3 du Code civil, considérait par principe ces transformations emportaient la création d'un nouvel être moral, sauf disposition contraire de la loi (V. supra). Cette position, a d'ailleurs été reprise par l'administration fiscale<sup>1531</sup>, les atténuations conditionnelles relatives aux conséquences de la cessation d'entreprise ne pourront donc pas être appliquées à ce type de transformation.

**892 - La transformation d'une association en société de capitaux.** Cette opération emporte également sauf disposition contraire, en vertu des dispositions de l'article 1844-3 du Code civil, la création d'un nouvel être moral. Dans l'hypothèse où l'association transformée serait soumise à l'IS<sup>1532</sup> au taux de droit commun du fait de la spécificité de son activité, l'opération va entraîner d'un point de vue fiscal cessation d'entreprise, ce qui

---

<sup>1528</sup> CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 17 mars 1998, n°95-2934, GIE France-Express ; RJF 1998, n°925.

<sup>1529</sup> Art. L 251-18 du Code de commerce.

<sup>1530</sup> Il faut également souligner sur ce point que l'interdiction faite aux sociétés transparentes issues de la transformation d'une société de capitaux intervenue depuis moins de quinze ans d'opter pour l'imposition à l'IS, n'est pas applicable en l'espèce : Rép. FRANCINA, AN 22 décembre 2003, JO AN, p. 9841 n°22392.

<sup>1531</sup> Rép. Bourgeois, AN 7-12-1974 p. 7562 n°13090 pour la transformation en SA ; Rép. Mauger AN 14 janvier 1985, JO AN, p.149 n°49746 ; BOI-ENR-AVS-40-60-10 n°220 et s. pour la transformation en société civile et Rép. Clément, AN 2 novembre 1987 JO AN, p. 6090 n°30327, Min. Justice, pour la transformation en association.

<sup>1532</sup> Art. 201, 1 du CGI.



va emporter la dissolution de l'association et l'imposition immédiate de cette dernière sur ses résultats en sursis d'imposition ainsi que sur ses plus-values d'actifs<sup>1533</sup>.

Ain d'éviter cet écueil, l'association pourrait envisager de faire apport de son activité à une société, en se plaçant (toutes conditions étant réputées remplies), sous le régime spécial des fusion de l'article 210 A et s. du CGI (V. n°970 et s.).

**893 -** *Les hypothèses de transformation dans des circonstances particulières.* Parmi les hypothèses de transformation automatique, on retrouve le cas de la SNC, qui va devoir être transformée en société en commandite, si l'un des associés décède, en laissant sa participation à un héritier mineur non émancipé. Il en sera de même dans l'hypothèse de la transformation d'une SCS, en cas de décès de l'associé commandité et dont les héritiers sont tous des mineurs non émancipés.

On va dans un autre registre, devoir transformer de manière obligatoire une SARL en SA, si le nombre des associés devient supérieur à cent<sup>1534</sup>.

Dans un autre registre, certaines structures, telles que les SCP, ne pourront être transformées en sociétés d'une autre forme, que si la réglementation de la profession fait référence à la forme sociale envisagée par le contribuable<sup>1535</sup>.

**894 -** Une autre situation intéressante est celle où l'administration fiscale, va pouvoir considérer que la transformation d'une société, engendre des modifications statutaires importantes qui emporteraient la création d'une nouvelle personne morale. Cette position a été restreinte par la Cour de cassation, qui a condamné cette approche en matière de droits d'enregistrement dans deux arrêts de 1984.

Dans l'affaire Beauvallet<sup>1536</sup>, les actionnaires d'une SA, ont cédé en deux fois, la totalité de leur participation à une société allemande et à ses dirigeants. La société cessionnaire, s'est par la suite transformée en SARL.

L'administration a décidé dans ce cas d'appliquer le mécanisme de l'abus de droit du fait que sous couvert des cessions d'actions, les actionnaires auraient transféré à la société

---

<sup>1533</sup> Rép. DELAHAIS, AN 6 août 1990, JO AN, p. 3765 n°9221.

<sup>1534</sup> Art. L 223- 3 du Code de commerce.

<sup>1535</sup> Rép. VALLEIX, 10 avril 1995, AN, JO AN, p. 1952, pour l'exemple de la transformation détenant un office notarial. Pour une étude globale de la transformation des sociétés civiles, V. Mémento Société civile Francis Lefebvre 2016, n°56040 et s.

<sup>1536</sup> Cass. com., 7 mars 1984, SARL Beauvallet ; JCP Cl 1984, II, 14354, note C. DAVID ; J. PAILLUSSEAU, *La fiscalité de la cession de contrôle*, D. 1984, chron. p. 207 ; Bull. Joly 1984, p. 667, § 244 ; RJF 1984, n°805 ; Bull. cass. n°94 p. 79.

allemande l'actif social de la SA et participé à la création d'une société nouvelle, elle avait donc réclamé le paiement des droits grevant la cession de fonds.

Si le TGI de Melun a confirmé cette approche, la Cour de Cassation, l'a censurée en jugeant que la société ayant émis des actions n'a jamais cessé d'exister et n'a donc jamais perdu sa personnalité morale, par ailleurs, les cédants n'ayant pas de pouvoir de disposition sur l'actif social, on ne pouvait pas identifier la création d'une société nouvelle.

Dans l'affaire Le Joncour<sup>1537</sup>, l'administration considérait que la transformation d'une SCS en SCI, engendrait la création d'une nouvelle personne morale et a donc exigé le paiement des droits d'apport.

Le TGI de Brest qui a jugé cette affaire, s'est rangé à l'avis de l'administration du fait que *« par des modifications réalisées dans le délai de deux mois et demi, la société en commandite simple a connu non seulement une mutation partielle de son capital social et l'abandon de son objet primitif, mais également celui de sa forme et de sa nature commerciale initiale, en sorte que la société civile, issue de la transformation de la société en commandite simple, constitue une création sans identité de forme, ou même de nature juridique, avec la précédente et animée par un pacte social différent »*.

Cette position a été censurée par la Cour de cassation, car étant selon elle contraire aux dispositions de l'article 1844-3 du Code civil, selon lequel la transformation régulière d'une société en une société de l'autre forme, que cette dernière soit civile ou commerciale n'entraîne pas la création d'une société nouvelle.

**895** - Suite à ces deux jurisprudences, l'administration fiscale a donc modifié sa position et reconnu que le changement de forme d'une société, que celle-ci soit de forme civile ou commerciale, ne constituait qu'une simple modification statutaire n'ayant pas de conséquence sur la personnalité morale de la société transformée. On ne peut donc dans ce type de situation reconnaître la création d'une nouvelle personne morale, même si la transformation est suivie par d'importantes modifications statutaires, comme la mise en place d'une nouvelle répartition du capital social.

Pour autant, il faut souligner que certaines dispositions législatives, prévoient que certaines opérations, telles que le changement d'objet social ou d'activité réelle, sont

---

<sup>1537</sup> Cass. com., 7 mars 1984, Sté civile Le Joncour c/ DGI ; Dr. fisc. 1984, n°23-24, comm. 1182 ; Rev. sociétés 1984, p. 804, note M. JEANTIN ; C. DAVID, *Transformation de sociétés et droit fiscal*, Mélanges M. JEANTIN ; D., 1999, p. 221 et s. ; RJF 1984, n°804 ; Bull. civ. IV n°95 p. 80.

reconnues, sur le plan fiscal comme emportant les conséquences de la cessation d'entreprise<sup>1538</sup>.

## **2°) Les hypothèses de changement de régime fiscal et d'activité**

**896** - Après avoir envisagé les hypothèses de changement de forme sociale, nous allons étudier d'autres types transformations, qui pourront dans certains cas, entraîner les conséquences de la cessation d'entreprise et donc une imposition immédiate. La première situation que nous allons envisager, est celle du changement de régime fiscal (1), la seconde, celle du changement d'activité (2).

### **1) Les conséquences pratiques du changement de régime fiscal**

**897** - Par principe, le changement de régime fiscal va entraîner pour les entreprises, les conséquences de la cessation d'entreprise, sauf si l'opération respecte les dispositions de l'article 221 bis du CGI, qui va permettre d'éviter la taxation immédiate des bénéfices en sursis d'imposition, des plus-values latentes sur les éléments d'actifs, ainsi que des profits latents sur stocks.

Si la transformation dans un même champ d'imposition, comme à l'occasion de la transformation d'une SARL en SA, ne va entraîner que l'application du droit fixe de mutation<sup>1539</sup>, ou de la transformation d'une société soumise à l'IS en société soumise à l'IR<sup>1540</sup>, l'hypothèse d'une société à l'IR qui se transformerait en une entité assujettie à l'IS aura des conséquences fiscales plus importantes. L'article 809-II du CGI, dispose en effet que vont devenir exigibles dans ce cas, les droits et taxes de mutation à titre onéreux exigibles sur les apports purs et simples qui sont applicables aux immeubles, aux droits immobiliers, au fonds de commerce, à la clientèle, au droit au bail ou à une promesse de bail<sup>1541</sup>.

**898** - Parmi les situations qui engendrent les conséquences de la cessation d'entreprise, on retiendra l'exemple de la transformation d'une SA en SNC assujettie à l'IR. Cette

---

<sup>1538</sup> Art. 221, 5 du CGI.

<sup>1539</sup> L'article 680 du CGI prévoit l'application d'un droit fixe de 125euros.

<sup>1540</sup> BOI-ENR-AVS-20-30-30 n°10.

<sup>1541</sup> BOI-ENR-AVS-20-30-30 n°40.

opération, même décidée de manière régulière par l'assemblée générale extraordinaire, doit être assimilée à une cessation d'entreprise<sup>1542</sup>. Il est à noter sur ce point que le fait générateur de l'imposition est fixé par la loi et ne peut être modifié par une clause de rétroactivité insérée dans le cadre de l'acte de transformation.

**899** - Intéressons nous à présent au cas de la transformation d'une société de personnes. L'article 202 ter, I du CGI, dispose que les conséquences de la cessation d'entreprise et donc, l'imposition immédiate, vont s'appliquer lorsque des sociétés ou organismes qui sont assujettis à l'IR, vont cesser d'être soumis à cet impôt.

Si l'on réserve l'hypothèse de l'option pour l'IS<sup>1543</sup>, qui va permettre sous conditions de ne pas subir une imposition immédiate, on appliquera dans les autres situations, les conséquences de la cessation d'entreprise<sup>1544</sup>.

**900** - Nous pouvons également aborder dans ce cadre la question de l'option pour le régime des sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC).

Ce régime, réservé par l'article 208 C du CGI aux sociétés par actions cotées dont le capital social est supérieur à 15 millions d'euros et détenu par une société à prépondérance immobilière à capital variable (Sppicav). Les filiales de cette dernière, doivent par ailleurs être soumises à l'IS et avoir pour objet social principal, l'acquisition d'immeubles ou leur construction, dans le but de les louer, de les détenir directement ou indirectement, ou de détenir des participations dans d'autres sociétés dont l'objet social est identique, afin de pouvoir se placer sous ce régime fiscal particulier<sup>1545</sup>.

L'option pour ce régime<sup>1546</sup>, qui est irrévocable et globale, va emporter une exonération d'IS, sous condition de distribution de leurs bénéfices<sup>1547</sup>.

Pour autant, au moment de cette option et conformément aux dispositions de l'article 221, 2 du CGI, le changement de régime fiscal va emporter l'imposition immédiate de l'exercice en cours au moment de l'option.

---

<sup>1542</sup> CAA Lyon, 5<sup>ème</sup> ch., 13 avril 2006, n°01-2519, SNC Lamy ; RJF 2006, n°1170.

<sup>1543</sup> Art. 239 du CGI

<sup>1544</sup> BOI-BIC-CESS-10-20-30 n°380.

<sup>1545</sup> BOI-IS-CHAMP-30-20-10 n°10.

<sup>1546</sup> BOI-IS-CHAMP-30-20-20 n°1.

<sup>1547</sup> BOI-IS-CHAMP-30-20-20 n°90 et s.

Il faut pour autant nuancer cette affirmation du fait que l'option prend effet au premier jour de l'exercice au cours duquel elle est exercée, elle n'aura donc au final, pas d'impact pratique.

## 2) Les conséquences pratiques du changement d'activité

**901** - Du fait de raisons conjoncturelles, mercantiles ou stratégiques, une entreprise peut être amenée à modifier son objet social ou son activité. Dans ce cas, les conséquences pour l'entreprise vont être assez lourdes, puisqu'elles emporteront la cessation d'entreprise. Il en sera de même dans le cadre de la disparition des moyens de production nécessaires à la réalisation de l'activité pendant une durée supérieure à 12 mois<sup>1548</sup>, sauf en cas de force majeure ou de cession de la majorité des droits sociaux<sup>1549</sup>.

Lorsque l'on parle de la disparition des moyens de production, ces derniers s'entendent comme l'ensemble des immobilisations corporelles, incorporelles, financières, des stocks mais également des moyens humains nécessaires à la réalisation de l'activité de la structure. Leur appréhension, va on le voit dépendre de l'activité de l'entreprise, leur disparition va donc s'apprécier en fonction de circonstances de faits, propres à chaque affaire. La disparition d'actifs circulants, de personnels ou de moyens qui ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'activité, ne pourra donc pas être considérée comme engendrant une cessation d'entreprise.

L'imposition immédiate de la société pourra donc être mise en place par l'administration fiscale.

**902** - *L'hypothèse du changement d'activité.* Ce dernier<sup>1550</sup>, que l'on peut retrouver dans les dispositions de l'article 221, b, 5 du CGI, regroupe deux situations emportant les conséquences de la cessation d'entreprise.

La première hypothèse, concerne l'adjonction d'une activité qui va pouvoir résulter d'une opération de fusion, de l'apport de branche complète d'activité ou de la création au sein de la structure, d'une nouvelle activité. Qu'elle soit due à des opérations internes ou

---

<sup>1548</sup> Art. 221 bis du CGI.

<sup>1549</sup> Ce délai a été mis en place afin d'éviter la mise en sommeil prolongée des sociétés, pratique largement utilisée pendant un temps afin de pouvoir bénéficier ultérieurement des déficits accumulés.

<sup>1550</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *Le changement d'activité d'une société entraîne-t-il la caducité de son option à l'IS*, Dr. fisc. 2014, n°30, comm. 463.

externes, l'adjonction d'une activité afin d'entraîner les conséquences de la cessation d'entreprise, doit être relative à une activité différente de celle exercée à l'origine.

La seconde hypothèse, est relative au transfert ou à l'abandon d'une activité, notamment dans le cadre d'une opération de scission, d'apport partiel d'actif, de la filialisation ou de la cessation d'une activité. Il faut souligner sur ce point que l'impact sur la structure, doit être significatif et de ce fait, une simple diminution du volume d'activité n'est pas de nature à caractériser un changement d'activité.

Afin de démontrer le caractère significatif du changement d'activité, ce dernier doit être caractérisé par le dépassement de certains seuils. En effet, le changement doit entraîner au titre de l'exercice durant lequel il intervient, une augmentation, ou une diminution de plus de 50% du chiffre d'affaires, de l'effectif moyen et du montant brut des éléments d'actifs immobilisés par rapport à l'exercice précédent.

Concernant l'appréciation du chiffre d'affaires, celui-ci va s'entendre comme le montant HT des recettes réalisées dans le cadre de l'activité professionnelle courante, tel qu'il est retenu pour le calcul du bénéfice (article 209 du CGI). L'effectif est entendu comme l'effectif salarié (contrat de travail), l'actif immobilisé est quant à lui constitué de l'ensemble des immobilisations corporelles, incorporelles et financières, qu'elles soient amortissables ou non et ce, pour leur montant brut.

Afin d'éviter ces conséquences, le contribuable pourra éventuellement dans certaines circonstances demander l'agrément du ministre chargé du budget<sup>1551</sup>. Cet agrément pourra notamment être obtenu dans le cas où la disparition temporaire des moyens de production, n'est pas motivée par un but exclusivement fiscal, ou en cas d'adjonction d'activité, si cette dernière est absolument nécessaire à la poursuite de l'activité originelle, notamment pour assurer la pérennité des emplois.

Il est à noter qu'un changement simple d'objet social, qui n'est fourni qu'à titre indicatif, si ce dernier ne s'accompagne pas d'une modification réelle de l'activité, n'emportera pas de conséquences fiscales particulières.

**903** - Dans le cadre de sa doctrine, l'administration fiscale définissait jusqu'à présent le changement d'activité, comme l'abandon par l'entreprise, de la réalisation de ses opérations, ou par la modification des produits ou services qu'elle commercialisait. Pour

---

<sup>1551</sup> Art. 1649 nonies du CGI

autant, afin que cette définition ne soit pas entendue de manière trop restrictive, il fallait que ce changement soit profond<sup>1552</sup>.

La loi de finance rectificative pour 2012<sup>1553</sup> a quelque peu modifié ces principes et a durci les conditions de péremption des déficits (ces derniers étant liés à l'activité sur laquelle ils prennent leur origine, V°). Aujourd'hui, va relever de la cessation d'entreprise l'adjonction, l'abandon ou le transfert d'une activité, même lorsque ce dernier est partiel, dès lors qu'il existe un impact significatif pour l'entreprise.

**904** - Lorsque le changement d'activité va être établi et que l'entreprise n'aura pas obtenu l'agrément, il sera procédé à l'imposition du résultat enregistré jusqu'à la date de la cessation d'activité et du résultat latent, comme par exemple les plus-values qui n'ont pas été imposées jusqu'à présent. On constatera donc une péremption des déficits existants sur l'activité originelle, ces derniers étant liés par principe à une identité d'activité, idée qui trouve sa source dans les règles de détermination du résultat fiscal<sup>1554</sup>.

Pour autant, cette théorie est évidemment contraire au développement économique des entreprises, mais également de l'autonomie fiscale de ces dernières.

Il est d'ailleurs étonnant de constater que lorsque l'on se retrouve dans une situation impliquant une imposition à l'IR, le principe est celui de l'identité de redevable, qui ne prend pas en compte l'activité du contribuable pour l'application du traitement fiscal.

**905** - Une des autres solutions permettant d'éviter la péremption des déficits, réside dans l'intégration fiscale (V. n°554 et s.), dans le cadre de laquelle les déficits, restent imputables sur l'imposition du groupe (sauf hypothèse des déficits pré-intégration).

On peut également noter que dans l'hypothèse où la société mère procéderait à l'absorption de l'ensemble de ses filiales, ce qui peut s'entendre comme un changement d'activité, la société mère pourra tout de même utiliser l'éventuel déficit reportable, du fait de son statut d'ancienne tête de groupe.

**906** - Ces difficultés pratiques, vont avoir pour conséquence que de nombreuses opérations de croissance externe mais également interne, vont dans de nombreuses hypothèses, remettre en cause l'utilisation des déficits.

---

<sup>1552</sup> BOI IS-CESS-10 n°1 et s. ; BOI-BIC-CESS-10-20-30 n°70 et s.

<sup>1553</sup> Loi n°2012-958 préc. cit. art. 15.

<sup>1554</sup> Et notamment les dispositions de l'article 209, I du CGI.

De ce fait, les contribuables, qui vont souhaiter procéder à des opérations de restructuration vont parfois devoir passer par des schémas particuliers, permettant d'optimiser le levier fiscal (avec bien entendu un risque de remise en cause par l'administration fiscale), comme ce sera le cas de la fusion à l'envers, qui va permettre de continuer à utiliser le stock de déficit existant chez la cible.

**907** - Un des points d'attention dans le cadre des opérations de transformation, est de faire en sorte que l'option envisagée par le contribuable, ne puisse pas être remise en cause notamment par l'application du mécanisme de l'abus de droit.

Dans le cadre des opérations de transformation, le Professeur COZIAN avait il y a quelques années dans le cadre d'une fameuse chronique<sup>1555</sup>, envisagé les éventuelles applications de la théorie de l'abus de droit par l'administration fiscale et ses conséquences, en procédant à une comparaison pour le moins originale avec l'évolution de l'enfant, finalement très proche de la réalité des sociétés.

En effet selon lui, « *quand l'enfant grandit, il faut ajuster ses vêtements, voire les remplacer* », il est donc tout à fait logique que les entreprises, dans le cadre de leur développement, doivent dans certains cas, procéder à des modifications dans leur habillage juridique, fiscal ou territorial, afin de s'adapter aux évolutions des marchés, de l'activité, des besoins opérationnels mais également structurels. C'est dans ce cadre là que les dirigeants ou associés, peuvent le cas échéant, décider de modifier la forme sociale de la société, décision qui relèvera de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire statuant à la majorité qualifiée<sup>1556</sup>, mais dans certains cas à l'unanimité<sup>1557</sup>.

**908** - *Abus de droit et restructuration*. Si l'hypothèse de la simulation ne semble pouvoir être appliquée que dans le cadre d'hypothèses relativement fantaisistes où les associés décideraient de procéder à une transformation apparente de la structure et s'entendraient dans le même temps pour le maintien de la forme ancienne, ce qui poserait d'importantes difficultés pratiques, on peut envisager que la fraude à la loi, seconde branche de la théorie de l'abus de droit, reçoive une application plus importante. En effet, il est plus envisageable pour des contribuables peu scrupuleux, de mettre en place une

---

<sup>1555</sup> M. COZIAN, *Transformation de société et abus de droit*, BF 5/92, p. 321.

<sup>1556</sup> Majorité des trois-quarts dans le cadre de la transformation d'une SARL, des deux tiers dans le cadre de la transformation d'une SA.

<sup>1557</sup> Art. L. 237-3 du Code de Commerce.



transformation de société régulière sur le plan juridique, mais inspirée exclusivement par des motifs fiscaux, comme par exemple la volonté de bénéficier des avantages propres aux différents régimes d'imposition. Pour autant, il faut souligner avant d'aller plus loin que les contribuables, sont par principe libres de choisir quelle forme juridique convient le mieux à leur activité et à leur besoin et ce, même d'un point de vue fiscal, en vertu du principe de liberté de gestion, qui nous l'avons déjà envisagé, se retrouve limité par l'application de la théorie de l'abus de droit ou l'acte anormal de gestion.

Il faut également indiquer que la jurisprudence, veille toujours à identifier et le cas échéant, à faire prévaloir, l'aspect économique des opérations de transformation, même si ces dernières génèrent des avantages fiscaux, ces derniers ne devront simplement pas être exclusifs. Le Conseil d'Etat<sup>1558</sup> a ainsi récemment jugé que ne constituait pas un abus de droit, le fait pour un contribuable de transformer une SA en SNC, même si cette opération permettait de ne pas imposer les bénéfices dégagés.

Dans cette affaire la transformation a permis de transférer à la société mère, une quote-part des bénéfices réalisés, ainsi que leur imputation sur l'ensemble des déficits reportables, issus d'une précédente intégration fiscale.

Selon l'administration, le but de la transformation était d'éviter l'imposition à l'IS de la quote-part de bénéfices transférés, et de profiter de l'imputation de déficits que la société mère (déficitaire), ne pouvait plus utiliser du fait de son intégration à un nouveau groupe fiscal, dans lequel ses filiales n'étaient pas elles mêmes intégrées.

Le Conseil d'Etat n'a pas suivi cette position et a jugé que la SNC n'a pas recherché à appliquer de manière littérale les dispositions de l'article 8 du CGI dans un sens contraire à la volonté de ses auteurs. En effet, lors de la mise en place de ce texte, le législateur souhaitait permettre la prise en compte des charges de famille par les sociétés de personnes. Par ailleurs, la Haute juridiction a souligné dans sa décision que la SNC avait, suite à la transformation, continué d'exercer son activité, jusqu'à son apport à une autre société, détenue par la société mère et qu'elle avait conservé sa forme sociale.

Ce dernier point, est un des exemples que l'on a le plus retrouvé dans le cadre des décisions de justice, puisqu'il a longtemps été constitutif pour l'administration d'un abus de droit, jusqu'à ce que la Cour de cassation en 1996, considère que l'opération ne pouvait être remise en cause sur ce fondement, si la société transformée ne reprenait pas

---

<sup>1558</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 février 2016, n°374071, préc. cit.

par la suite sa forme originale<sup>1559</sup>. L'hypothèse classique concernait la transformation d'une SARL en SA, afin de pouvoir bénéficier du taux réduit et plafonné des droits d'enregistrement applicables en cas de cession de titres. Le taux applicable en cas de cession de titres est en effet de 1,10% sur le montant de la cession, plafonné à 4000 euros alors que la cession de parts sociales est taxée au taux de 5%, même si l'assiette de taxation est réduite, notamment pour les sociétés à prépondérance immobilière d'un abattement égal, pour chaque part sociale au rapport entre 23 000 euros et le montant total de parts sociales.

## **B) Les conséquences de la cessation d'entreprise**

**909** - Dans les hypothèses où la transformation engendrerait la création d'une nouvelle personne morale, devra être constatée la dissolution de la structure ancienne, parallèlement à la création d'une nouvelle société. Cette situation va engendrer l'application des conséquences de la cessation d'entreprise, que l'on retrouve aux articles 201 et 221, 2, alinéa 1 du CGI et 202 du CGI, dans le cas de la cessation de l'exercice d'une profession non commerciale. Dans le cadre de ces dispositions, il sera procédé à l'imposition immédiate du résultat d'exploitation qui n'a pas encore été taxé, des bénéfices en sursis d'imposition, ainsi que des plus-values latentes incluses à l'actif social, entre les mains des associés ou de la société nouvelle.

Il est à noter qu'en cas de transformation emportant la dissolution de la structure transformée, le contribuable n'aura pas à rapporter aux résultats de l'exercice durant lequel aura eu lieu la transformation, les sommes qui ont été prélevées sur la réserve spéciale des plus-values à long terme<sup>1560</sup>.

Nous allons voir ici comment il est procédé à l'imposition immédiate (1°), puis, comment est appliqué le mécanisme de l'atténuation conditionnelle (2°).

### **1°) Le principe de l'imposition immédiate**

**910** - Lorsque la transformation de la société va entraîner la création d'une nouvelle personne morale, le contribuable va devoir remplir diverses obligations.

---

<sup>1559</sup> Cass. Com., 10 décembre 1996 n°94-20.070, préc. cit.

<sup>1560</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°410.

Il devra dans un délai de 45 jours, aviser l'administration de la cessation d'entreprise et dans un délai de 60 jours, fournir les documents obligatoires en cas de cessation d'entreprise<sup>1561</sup> tels que la déclaration n°2065.

Par ailleurs, la société va devoir s'acquitter de manière spontanée de la liquidation de l'IS dont elle sera redevable sur les bénéfices et plus-values qui font l'objet d'une imposition immédiate, au plus tard le 15 du quatrième mois qui va suivre la clôture de l'exercice de dissolution<sup>1562</sup>. Enfin, la transformation, va entraîner la taxation au nom des différents associés, du boni de liquidation. Ce dernier<sup>1563</sup>, correspond à la différence entre le produit net de la liquidation et le montant des apports réels ou assimilés qui peuvent être repris en franchise d'impôt<sup>1564</sup>, si ce dernier est positif.

**911** - Il faut noter que certaines dispositions du CGI, font directement référence aux conséquences des opérations de transformation et notamment à la question de la création d'un nouvel être juridique doué de la personnalité morale. Tel est le cas de l'article 221, 2 deuxième alinéa<sup>1565</sup>, qui dispose que la transformation d'une société de capitaux, ne peut pas être assimilée à une opération de cession d'entreprise, dès lors qu'on ne peut identifier la création d'une entité juridique nouvelle, sous la simple réserve qu'elle ne doit pas s'accompagner d'un changement de régime d'imposition<sup>1566</sup>. Cette affirmation, va concerner par principe la transformation de l'ensemble des sociétés qui sont assujetties à l'IS en société de personnes<sup>1567</sup> et ce, nous l'avons vu, même en cas de perte d'assujettissement partiel.

**912** - De ce fait, lorsque la transformation n'emporte pas la création d'un être moral nouveau, l'administration fiscale ne percevra pas d'impôt direct de la société. De même, lorsqu'une société assujettie à l'IS opte pour une autre forme juridique elle même assujettie à cet impôt, les déficits qui ont été subis au cours des exercices antérieurs pourront être reportés sur les exercices suivants la transformation de la structure.

---

<sup>1561</sup> Art. 201, 1, 201, 3 et 221, 2 du CGI.

<sup>1562</sup> Art. 1668, 2 du CGI et art. 360 bis de l'annexe III du CGI.

<sup>1563</sup> Art. 112, 3° du CGI.

<sup>1564</sup> BOI-RPPM-RCM-10-20-40 n°50 et s.

<sup>1565</sup> Créé par la Loi n°89-936 de finances rectificative pour 1989, art. 16.

<sup>1566</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°320.

<sup>1567</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°330.

De même, le caractère intercalaire de l'opération, aura des conséquences sur les revenus distribués, puisqu'aucune imposition ne sera perçue sur la plus-value constatée sur les apports qui n'ont pas encore été remboursés en franchise d'impôt<sup>1568</sup>.

On va donc conseiller aux contribuables qui procèdent à la transformation de leur structure soumise à l'IS en une structure assujettie à l'IR, d'opter pour l'IS. Cette option, en vertu des dispositions de l'article 239, 1 du CGI, doit donc être notifiée à l'administration fiscale avant la fin du troisième mois qui va suivre la transformation. Cette formalité, va permettre de donner à l'option du contribuable, un effet rétroactif à la date de l'opération<sup>1569</sup>.

Il est à noter que lorsqu'une entreprise qui reçoit des apports soumis aux dispositions des articles 210 A et 210 B du CGI (V. n°970 et s.), se transforme en une société imposée selon le régime des sociétés de personnes, les bénéfices en sursis d'impositions sont immédiatement imposables.

**913 -** *Les différents éléments concernés imposables*<sup>1570</sup>. Le premier élément concerné est le bénéfice d'exploitation, c'est à dire les résultats constatés depuis la période ouverte depuis la fin de la dernière période d'imposition, jusqu'au moment où l'évènement qui va engendrer la cessation d'entreprise est constaté. Ce résultat est le cas échéant, augmenté des résultats constatés au cours de la période antérieure, mais qui n'ont pas été imposés dans le cadre de cette dernière<sup>1571</sup>.

Le deuxième élément concerné par l'application de l'imposition immédiate est le bénéfice en sursis d'imposition, c'est à dire les provisions qui ont pu être constatées en franchise d'impôt, qu'elles soient ordinaires ou particulières<sup>1572</sup>, ainsi que les plus-values dont l'imposition a été au préalable différée<sup>1573</sup>.

Par principe, ces bénéfices doivent être intégrés dans le bénéfice d'exploitation et seront donc imposés dans les conditions de droit commun. Pour autant, les provisions relatives aux dépréciations des titres de portefeuille, vont être dans les faits ajoutées aux plus-

---

<sup>1568</sup> BOI-RPPM-RCM-10-20-30-40 n°120.

<sup>1569</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°360.

<sup>1570</sup> BOI-BIC-CESS-30-20 n°220.

<sup>1571</sup> BOI-BIC-CESS-30-20 n°230.

<sup>1572</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mars 2013, n°349636, min. c/ Chauvin ; L. CHATIN-AUTAJON, *Les provisions doivent-elles être rapportés lors de la cessation ou cession d'activité*, Dr. fisc., 2013, n°29, comm. 375 ; RJF 2013, n°588 concl. E. CPRTOT-BOUCHER ; BDCF 2013 n°66 et CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 juin 2013, n°338976, Mme. Sastre ; RJF 2013, n°809.

<sup>1573</sup> BOI-BIC-CESS-30-20 n°130, pour les plus-values long terme ; BOI-BIC-PVMV-20-30-10 n°450, pour les plus-values court terme.

values long terme, si les titres demeurent dans le champ d'application de ce régime d'imposition<sup>1574</sup>. Les titres, qui en revanche seront exclus du régime du long terme sont, les titres de participation et assimilés, qui bénéficient d'une quasi exonération<sup>1575</sup>, les titres de participation au sein de sociétés à prépondérance immobilières cotées ouvrant droit au taux réduit des plus-values à long terme de 19%, les titres de capital-risque<sup>1576</sup>, ainsi que les autres titres considérés comme des titres de placement, les titres de sociétés à prépondérance immobilière non cotées, les titres de sociétés à prépondérance financière et les titres de sociétés établies dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI (V. n°259).

Le troisième élément concerné par l'imposition immédiate, va être relatif aux plus-values latentes relatives à l'actif social et qui résultent d'une différence de valeur entre la valeur réelle au jour où est constaté l'événement qui va entraîner les conséquences fiscales de la cessation d'entreprises et la valeur comptable de ces éléments.

Dans les hypothèses qui vont concerner des biens non amortissables reçus par voie d'apport et qui ont bénéficié des dispositions favorables de l'article 210 A du CGI, la plus-value sera égale à la différence entre la valeur réelle du bien et celle d'origine, retenue chez la première société qui a réalisé un apport soumis à ces dispositions<sup>1577</sup>.

**914 -** Dans le cadre de la transformation des sociétés, il est important de souligner que le contribuable va pouvoir procéder à une compensation entre les plus et moins-values long terme, qui si elle fait apparaître une moins-value, va pouvoir être déduite du bénéfice, en fonction du rapport qui va exister entre le taux d'imposition des plus-values à long terme et le taux normal d'imposition des sociétés<sup>1578</sup>.

**915 -** *L'utilisation des déficits reportables.* Cette problématique, nous devons le souligner, va concerner l'ensemble des opérations qui sont visées au deuxième alinéa du 2 de l'article 221 du CGI, c'est à dire l'ensemble des opérations que nous allons envisager dans le cadre de ce chapitre.

---

<sup>1574</sup> BOI-BIC-CESS-30-20 n°240.

<sup>1575</sup> Art. 219, I-a quinquies du CGI.

<sup>1576</sup> Art. 219, I-a ter du CGI.

<sup>1577</sup> BOI-BIC-CESS-30-20 n°250.

<sup>1578</sup> Art. 39 quindecies, I et 219, I-a bis du CGI.

Par principe, les sociétés parties à une opération de transformation, ne pourront plus reporter les déficits subis jusqu'à la date de l'événement qui engendre la transformation de la structure assujettie à l'IS.

Il résulte de ces dispositions qu'en cas de cessation d'entreprise, les déficits qui subsistent à la clôture de l'exercice qui précède celui de l'opération et qui ne pourraient pas être imputés sur les résultats de l'exercice où l'on constatera la cessation d'entreprise, vont tomber en non valeur. Il en est de même en cas de perte d'assujettissement partiel à l'IS, comme cela pourra être le cas, lorsqu'un contribuable va exercer deux activités et que celle assujettie à l'IS, sort du champ d'application de cet impôt par exemple du fait de l'application d'une exonération<sup>1579</sup>.

## 2°) Le régime d'atténuation conditionnelle

**916** - Afin de limiter les conséquences fiscales de la cessation d'entreprises, lourdes fiscalement pour les contribuables, notamment du fait du déclenchement immédiat de nombreuses impositions, le législateur, dans le cadre de l'article 221 bis du CGI<sup>1580</sup>, a mis en place un régime venant en atténuer les conséquences.

Avant d'entrer dans les détails de ce mécanisme d'atténuation, nous devons souligner que les dispositions de l'article 221 bis du CGI, vont permettre d'éviter l'application de l'imposition immédiate des bénéfices placés en sursis d'imposition, des plus-values latentes liées à l'actif social, ainsi que des profits sur stocks non encore imposés.

**917** - *Les conditions d'application du mécanisme d'atténuation.* La première condition est qu'aucune modification ne doit être apportée aux écritures comptables de la structure du fait de la transformation. Autrement dit, aucune modification, à la hausse ou à la baisse, ne doit être apportée à la valeur comptable des éléments qui composent l'actif de la société objet de la transformation, ainsi qu'aux différents postes qui correspondent à

---

<sup>1579</sup> CAA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 4 septembre 2014, n°13LY02376, SAIEM de Chambéry ; Dr. fisc. 2014, n°51-52, 693 ; RJF 2014, n°1084.

<sup>1580</sup> Modifié par Loi n°2005-1720, du 30 décembre 2005, de finances rectificative pour 2005, art. 37 (V) JORF 31 décembre 2005.

des provisions, ou aux bénéficiaires qui sont en sursis d'imposition. Ces différents éléments doivent donc être repris tels quels par la société issue de la transformation<sup>1581</sup>.

La seconde condition est qu'il est nécessaire que l'imposition des différents bénéficiaires qui existent au moment de la transformation, puisse demeurer possible sous le régime fiscal de la société issue de la transformation<sup>1582</sup>.

Cette condition va être appréciée au moment de l'événement qui va engendrer les conséquences de la cessation d'entreprise. Lorsque l'on s'intéresse aux commentaires de l'administration sur ce point, on constate que l'atténuation ne peut s'appliquer dès lors que les bénéficiaires en sursis d'imposition et les plus-values, ne seront pas imposés selon les mécanismes d'imposition des revenus professionnels, ou lorsque le sursis d'imposition est dû au régime fiscal de l'entreprise qui en bénéficie<sup>1583</sup>.

Cette limitation selon la doctrine administrative, va donc être problématique pour la réalisation de certaines activités, puisque l'atténuation ne pourra être appliquée à une société cessant d'être soumise à l'IS et qui devient imposable à l'IR dans la catégorie des BA selon le forfait agricole. Les bénéficiaires et plus-values constatés lors de la transformation de la société, ne pourront donc bénéficier du sursis d'imposition, sauf à ce que le GAEC opte pour l'imposition de ses bénéficiaires selon le régime réel, ou pour l'assujettissement à l'IS<sup>1584</sup>.

Elle ne pourra pas non plus s'appliquer à des sociétés à l'IS qui optent pour le régime des sociétés de personnes et ayant pour activité exclusive la gestion d'un patrimoine immobilier<sup>1585</sup>.

Ce sursis d'imposition, va également concerner les profits latents sur les stocks et la plus ou moins value constatée sur les titres de participation détenus par l'entité transformée depuis moins de deux ans, sauf si l'entreprise cédante cesse d'être soumise à l'IS pendant ce délai<sup>1586</sup>.

Il est à noter que les plus-values réalisées ensuite par la société civile sur les éléments d'actifs qui existaient au moment où a été réalisée l'opération de transformation, vont être calculées selon la valeur comptable retenue pour ces éléments dans les comptes de la

---

<sup>1581</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°430 et 440. Pour une décision a contrario V. CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 décembre 2013, n°344309, M. MASCART ; Dr. fisc. 2014, n°12, comm. 224, note J. CHATEAUNEUF ; RJF 2014, n°225, concl. D. HEDARY ; BDCF 2014, n°31.

<sup>1582</sup> BOI-BIC-CESS-30-20 n°280.

<sup>1583</sup> BOI-BIC-CESS-30-20 n°280 et 300 et BOI-IS-CESS-20-10 n°440 et 450.

<sup>1584</sup> BOI-RPPM-RCM-10-20-30-40 n°190.

<sup>1585</sup> BOI-BIC-CESS-30-20 n°290.

<sup>1586</sup> Art. 219, I-a septies du CGI.

société avant sa transformation, en tenant compte des amortissements pratiqués sur ces derniers depuis la transformation<sup>1587</sup>.

**918** - Il est à noter également que depuis l'adoption de la loi du 19 juillet 1976 sur les plus-values<sup>1588</sup>, la transformation d'une société ayant pour activité exclusive la gestion d'un patrimoine immobilier en société de personnes, ne permet pas de respecter la seconde condition du régime d'atténuation sur l'imposition des plus-values.

Cette incompatibilité réside dans le fait que l'option pour ce type de structure, de part leur régime d'imposition, va placer les plus-values dans le champ d'application des dispositions des articles 150 U et s. du CGI, qui prévoient de nombreux mécanismes d'exonération et des règles de calcul des plus-values différentes de celles prévues en matière commerciale. Ce régime particulier, implique qu'on ne peut s'assurer qu'au moment de la cession, le contribuable ne puisse pas bénéficier d'un autre avantage que le simple sursis d'imposition prévu dans le cadre de l'application du régime de l'atténuation conditionnelle<sup>1589</sup> de l'article 221 bis du CGI.

La condition d'imposition des plus-values, ne sera pas non plus respectée dans le cas où la structure se transforme en SCI spécialisée dans la location et ce, même lorsque les titres de cette dernière sont inscrits à l'actif du bilan d'une société imposée à l'IS, ou à l'IR selon le régime réel, du fait que la cession ultérieure des droits sociaux permettra d'éviter les impositions en sursis<sup>1590</sup>. Cette position administrative semble pouvoir être contestée, en effet la plus-value professionnelle qui va apparaître lors de la première cession des parts de la SCI qui va suivre la transformation, sera déterminée par la différence entre le prix de cession et le prix d'acquisition de ces parts, acquisition antérieure à l'opération de transformation et qui permet à l'administration de taxer à ce moment là, la plus-value latente qui peut être constatée au moment de la transformation. Dans les faits, la position de l'administration fiscale emporte une double taxation de la fraction de la plus-value réalisée entre la date où les titres de la société de capitaux sont acquis et la date de transformation.

Afin d'éviter cette double taxation, l'administration a admis que les profits réalisés par une société civile issue d'une transformation éligible aux atténuations de l'article 221 bis

---

<sup>1587</sup> Rép. BROUSSE, Sénat 14 juin 1972, JO Sénat, p. 950 et 951 n°11437, non reprise dans Bofip.

<sup>1588</sup> Loi n°76-660, du 19 juillet 1976, portant imposition des plus-values et création d'une taxe forfaitaire sur les métaux précieux, les bijoux, objets d'art, de collection et d'antiquité.

<sup>1589</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°460.

<sup>1590</sup> BOI-IS-CESS-20-10 n°460 préc. cit.



du CGI, soient déterminés à la date du changement de régime fiscal en fonction de la valeur réelle des immeubles à cette date. On pourra également recommander au contribuable, d'opter pour l'assujettissement de la société civile à l'IS puisque dans ce cas, les conséquences de la cessation d'entreprises ne pourront pas être appliquées.

De ce fait, quand une société par action ou à responsabilité limitée va se transformer en société civile, sans que l'on constate la création d'une nouvelle personne morale, si le contribuable ne procède pas à une modification des écritures comptables et que l'imposition des plus-values latentes incluses à l'actif, reste possible malgré l'opération de transformation, entre les mains des associés de la société de personnes<sup>1591</sup>, l'opération va pouvoir bénéficier des dispositions de l'article 221 bis du CGI.

Enfin, nous noterons que dans l'hypothèse de la cession ultérieure d'un élément non amortissable immobilisé à son actif moins de deux ans après la transformation, mais qui est entré dans son patrimoine avant la transformation et plus de deux ans avant sa cession, le délai de deux ans normalement prévu dans le cadre des dispositions de l'article 39 duodecies du CGI, va s'apprécier en prenant en considération, non pas la date de la transformation, mais celle de l'acquisition, ou de la création de l'élément qui est cédé, ce qui démontre là aussi de la volonté de préserver le caractère intercalaire de l'opération<sup>1592</sup>.

**919** - Si postérieurement à la transformation, la société qui a bénéficié de l'application du régime de l'atténuation conditionnelle, cède des éléments inscrits à son actif et qu'au moment de la cession, ses recettes sont inférieures aux limites d'exonération des plus-values professionnelles visées à l'article 151 septies du CGI, ces plus-values vont être imposables selon le régime des plus-values court terme ou long terme, en fonction de la nature de l'actif cédé. Cette imposition, vient déroger au principe général qui exonère les plus-values réalisées par les petites entreprises.

**920** - Au final, les opérations de transformation, doivent faire l'objet d'une anticipation de la part des contribuables. En effet, même si le législateur a mis en place des mécanismes d'exonération ou d'atténuation des impositions dues dans le cadre de la cessation d'entreprise, il faudra toujours anticiper aux maximum les conséquences des

---

<sup>1591</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 28 juillet 2000, n°138342, SCA « Les Chapelains » ; Dr. fisc. 2001, n°5, comm. 59, concl. J. COURTIAL ; RJF 2000, n°1240, chron. J. MAIA, p. 766 ; BDCF 2000, n°1240.

<sup>1592</sup> BOI-BIC-PVMV-20-10 n°100.

opérations de transformation, ainsi que leur structuration, afin de ne pas être lourdement imposé, ou de se voir appliquer le mécanisme de l'abus de droit.

## **§II) Les transferts de siège et d'actifs à l'étranger**

**921** - Dans le cadre de l'évolution de leur structure, les entreprises peuvent décider de transférer leur siège dans un autre Etat, afin de s'adapter aux nécessités de leurs activités, mais surtout aux évolutions des marchés mondiaux, attitude que l'on va généralement qualifier de politique de redéploiement.

Les entreprises peuvent également, si un transfert de siège n'est pas jugé comme nécessaire, transférer des actifs à l'étranger afin de restructurer leurs activités.

Dans ce paragraphe, nous verrons que les conséquences de ces transferts, doivent être bien anticipées par les contribuables, car elles peuvent s'avérer lourdes d'un point de vue fiscal. Par ailleurs, les contribuables qui décident de transférer leur siège ou leurs actifs à l'étranger, vont devoir anticiper l'application de la législation de l'Etat d'accueil, afin d'être opérationnels le plus rapidement possible sur le nouveau territoire d'implantation, mais également d'anticiper la fiscalité des flux notamment dans le cadre des conventions fiscales.

Nous allons dans un premier temps nous intéresser à la problématique des transferts de sièges sociaux (A), nous verrons dans un second temps quels seraient les avantages pour les contribuables de l'option pour le statut de société européenne (B) et enfin dans un troisième temps, quels sont les avantages liés à l'utilisation des paradis fiscaux (C).

### **A) Les problématiques liées aux transferts de sièges sociaux**

**922** - Les conséquences des opérations de transfert de siège, sont envisagées d'un point de vue fiscal à l'article 221, 2 du CGI<sup>1593</sup>. Ce texte, nous allons le voir, va distinguer les opérations de transfert, selon qu'elles sont effectuées vers un autre Etat membre de l'Union ou de l'EEE, vers un Etat tiers, et selon que l'on va simplement transférer un établissement ou le siège, ou que l'on transférera des actifs.

L'ensemble de ces opérations, en dehors du transfert de siège vers un autre Etat de la communauté, va engendrer une imposition immédiate, même si en théorie, l'article 221, 3

---

<sup>1593</sup> A l'instar donc des dispositions qui régissent les transformations d'entreprises.

du CGI, prévoit que le changement de nationalité d'une société par action et le transfert de son siège social dans un autre Etat, ne doivent pas emporter les conséquences de la cessation d'entreprise, si ces derniers ont été décidés par l'assemblée générale extraordinaire<sup>1594</sup>. Si cette disposition semble en faveur de la circulation des actifs et des sociétés, elle ne va pas s'appliquer dans les faits, puisqu'elle va nécessiter la signature avec le pays d'accueil, d'une convention spéciale permettant l'acquisition par les sociétés de sa nationalité et de transférer leur siège social sur le territoire de cet Etat tout en conservant sa personnalité juridique, convention qui n'a pour l'instant jamais été signée. Nous allons dans un premier temps étudier les transferts vers et en dehors de l'UE et de l'EEE (1°), nous verrons ensuite comment est appréhendé le transfert d'un siège de société étrangère vers la France ou vers un autre Etat étranger (2°).

### **1°) Les transferts de sociétés implantées en France**

**923** - Le transfert du siège d'une société assujettie à l'IS dans un Etat établi en dehors de l'UE ou vers un Etat de l'EEE qui n'a pas signé avec la France une convention fiscale visant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, va entraîner les conséquences de la cessation d'entreprise de l'article 221, 2-1, du CGI en dehors de l'existence d'une convention fiscale spécifique. Si cette disposition pourrait permettre de faciliter l'activité des entreprises et le redéploiement stratégique en fonction des contraintes rencontrées, elle est aujourd'hui dépourvue de portée pratique, puisqu'aucune convention de cette nature n'a pour l'heure été signée par la France.

Dans le cadre de l'appréciation du champ d'application territorial des dispositions de l'article 221 du CGI, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger que le transfert de siège d'une société française sur le territoire de la Polynésie française, où les règles d'imposition sont réglementées non pas, par le CGI, mais par une convention fiscale spécifique, va entraîner les conséquences de la cessation d'entreprise<sup>1595</sup>.

**924** - Les opérations de transfert de siège, ou d'un établissement vers un Etat membre de l'UE ou de l'EEE qui a conclu avec la France une convention d'assistance afin de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale, sont envisagées lorsqu'elles sont

---

<sup>1594</sup> Dans les conditions prévues à l'article L 225-97 du Code de commerce.

<sup>1595</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 février 2001, n°215592, Zucchel ; Dr. fisc. 2001, n°30, comm. 729, concl. L. TOUVET ; RJF 2001, n°459.

accompagnées d'un transfert d'actifs (notion centrale sur ce point), par les dispositions du troisième alinéa de l'article 221, 2 du CGI. En effet, dans ce cas, le transfert va entraîner l'imposition des plus-values latentes, ainsi que l'imposition des plus-values en report ou en sursis d'imposition, qui seront constatées sur les actifs transférés.

On retrouve donc dans le cadre de la législation française, deux types de situations, la première va concerner le transfert de siège ou d'établissement, sans que soit constaté un transfert d'actifs et dans ce cas, la situation est neutre du point de vue de l'IS, la seconde, va impliquer quant à elle, le transfert d'un ou plusieurs éléments de l'actif immobilisé, cette dernière, va entraîner quant à elle, engendrer les conséquences de la cessation d'entreprise (V. supra)

Pour autant là aussi, les contribuables vont pouvoir bénéficier d'un mécanisme d'atténuation. Le législateur, a en effet mis en place pour les transferts effectués à compter le 14 novembre 2012<sup>1596</sup>, un étalement sur cinq ans du paiement de l'imposition, régime inspiré de la législation allemande<sup>1597</sup>. Le contribuable aura donc à procéder à un choix entre ces deux modalités d'imposition, soit le paiement immédiat, soit le paiement fractionné<sup>1598</sup>. En cas d'option pour le paiement fractionné, le contribuable doit s'acquitter, au moment de la fourniture au Trésor de l'état de suivi des plus-values, du paiement d'un cinquième de l'IS dû ; par la suite, le contribuable pourra s'acquitter du solde, soit par fractions égales, les quatre années suivantes, soit, en une seule fois, à tout moment avant chaque date anniversaire du premier paiement<sup>1599</sup>.

Cette modification de la lettre de l'article 221, 2 du CGI a eu lieu dans le cadre de la mise en conformité de la législation avec la réglementation communautaire telle qu'elle ressort du TFUE et en particulier de l'article 49 sur la liberté d'établissement. Cet article, garantit aux entreprises des différents Etats de la l'UE, le droit de pouvoir établir leurs activités dans chacun des Etats membres, sans subir une discrimination par rapport aux entreprises établies dans l'Etat où l'implantation est envisagée.

Ces modifications, ont été largement influencées par la jurisprudence de la CJUE et notamment par l'affaire National Grid Indus BV, qui concernait le transfert de siège de

---

<sup>1596</sup> Loi n°2012-1510 du 29 décembre 2012 préc. cit. art. 30, II.

<sup>1597</sup> CJUE, 1<sup>ère</sup> ch., 23 janvier 2014, aff. C-164/12, DMC Beteiligungsgesellschaft mbH , Dr. fisc. 2014, n°14, comm. 253, note N. DE BOYNES. V. L. BERNARDEAU et O. PEIFFERT, Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janv./mars 2014) ; Dr. fisc. 2014, n°17-18, 288, n°40 à 46 ; RJF 2014, n°418 et CJUE, 3<sup>ème</sup> ch., 21 mai 2015, aff. C-657/13, Verder LabTec GmbH & Co. KG ; Dr. fisc. 2015, n°22, act. 329. V. L. BERNARDEAU et O. PEIFFERT, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (avril/juin 2015)*, Dr. fisc. 2015, n°30, 488, n°49 ; RJF 2015, n°743 ; BF 8-9/15 inf. 657.

<sup>1598</sup> BOI-IS-CESS-30 n°10.

<sup>1599</sup> BOI-IS-CESS-30 n°140.

direction effective d'une société hollandaise vers le Royaume-Uni. Dans cette affaire, la CJUE a jugé que l'imposition des plus-values latentes constatées sur les actifs transférés et qui n'est pas prévue dans le cadre de transfert au sein de cet Etat, constituait une restriction à la liberté d'établissement, restriction en l'espèce justifiée par un objectif de préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres. Il a également été jugé dans cette affaire, que le recouvrement immédiat de l'imposition était disproportionné avec l'objectif poursuivi<sup>1600</sup>.

Dans cette décision qui a influencé la modification de la législation française, on peut noter que les dispositions de droit national, ne peuvent, pas prévoir un principe d'imposition immédiate, du fait de son caractère disproportionné et des contraintes de trésorerie pesant de ce fait sur les contribuables. Elle a ainsi indiqué que l'imposition pouvait être différée jusqu'à la réalisation de la plus-value, c'est à dire jusqu'à la cession effective des actifs. La Cour, a également indiqué qu'une solution consistant à offrir un choix au contribuable entre une imposition immédiate et une imposition différée pouvait être considéré comme une solution acceptable.

On le voit, le régime français ne correspondait pas avant sa modification, à la solution posée par la Cour et on a pu donc s'interroger sur sa compatibilité avec le droit communautaire. On peut également constater dans le principe, que le paiement étalé sur cinq ans, qui va donc potentiellement avoir lieu avant la réalisation de la plus-value, est moins favorable à celui qui sera applicable à une opération de transfert de siège au sein du territoire national et soit compatible avec cette décision.

Si cet argument semble tout à fait valable, il doit cependant à priori écarté si l'on se réfère à une autre décision de la Cour, à propos cette fois de la législation allemande et portant sur l'imposition des plus-values constatées dans le cadre d'une opération d'apport partiel d'actif<sup>1601</sup>. Dans cette affaire, la Cour a jugé que du fait du risque de non recouvrement de l'impôt en fonction de l'écoulement du temps, la mise en place d'un recouvrement de l'impôt échelonné, était une mesure, adéquate et proportionnée, afin de réaliser l'objectif de préservation de la répartition du pouvoir d'imposition.

---

<sup>1600</sup> CJUE, gde. ch., 29 novembre 2011, aff. C-371/10, National Grid Indus BV ; Rec. CJUE 2011, I, p. 12273 ; Dr. fisc. 2012, n°5, comm. 125, note G. BLANLUET. V. L. BERNARDEAU, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (sept./déc. 2011)*, Dr. fisc. 2012, n°6, 130 ; E. RAINGEARD DE LA BLETIERE, *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2011*, Dr. fisc. 2012, n°9, 161 ; Europe 2012, comm. 25, obs. L. IDOT.

<sup>1601</sup> CJUE, 1<sup>ère</sup> ch., 23 janvier 2014, aff. C-164/12, préc. cit.

**925** - La législation hollandaise, a par ailleurs été sanctionnée une nouvelle fois du fait du maintien d'une législation prévoyant l'imposition des plus-values au moment du transfert de l'entreprise, du siège social statutaire ou réel d'une société dans un autre Etat membre de l'UE<sup>1602</sup>.

La législation espagnole a également été sanctionnée du fait de l'adoption de dispositions applicables aux opérations de transfert de la résidence d'une société établie en Espagne ou des actifs détenus par un établissement stable situé sur ce territoire, vers un autre Etat de l'UE. Cette législation, prévoyait l'imposition des plus-values non encore réalisées, de par leur intégration à l'assiette fiscale imposable de l'exercice, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'opérations effectuées sur le territoire national<sup>1603</sup>.

**926** - *L'application de l'imposition en France.* L'imposition va s'appliquer à l'ensemble des sociétés françaises assujetties à l'IS<sup>1604</sup> de plein droit, ou sur option. Seront donc concernées les sociétés dont le siège, ou la direction effective est implanté en France et que le transfert concerne le siège de la société ou un établissement de cette dernière, ainsi que les établissements français de sociétés étrangères, quelque soit le lieu où est implanté leur siège et qui répondent à la qualification d'entreprise exploitée en France et y sont assujettis à l'IS<sup>1605</sup>. En d'autres termes, vont pouvoir entrer dans le champ d'application de ce dispositif, les transferts de branches complètes d'activité, ainsi que les installations fixes d'affaires qui pourront être qualifiées d'établissement, en vertu des dispositions des conventions internationales.

Dans le cadre d'un transfert d'actifs, vont pouvoir bénéficier de l'étalement sur les plus-values, les immobilisations en cours, les participations et créances rattachées à des participations inscrites aux comptes 261 à 267 et les autres immobilisations financières. Vont donc être exclus du dispositif, les éléments de l'actif circulant<sup>1606</sup>. Sur ce point, nous noterons que la notion d'actif transféré, a été ouverte aux immeubles<sup>1607</sup>, notamment dans

---

<sup>1602</sup> CJUE, 7<sup>ème</sup> ch., 31 janvier 2013, aff. C-301/11, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas ; Dr. fisc. 2013, n°6, act. 77, pts 27 et 28 ; RJF 2013, n°448.

<sup>1603</sup> CJUE, 2<sup>ème</sup> ch., 25 avril 2013, aff. C-64/11, Commission européenne c/ Royaume d'Espagne ; Dr. fisc. 2013, n°18, act. 255 ; L. BERNARDEAU et F. SCHMIED, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janv./juin 2013)*, Dr. fisc. 2013, n°36, 396 ; I. A. SALCEDO, I. H. GALACHE, L. EZQUERRA, J. L. GONZALO et A. PUYOL, *ECJ Rules Against Spanish Exit Tax*, Tax Notes International, 6 mai 2013, p. 508 ; RJF 2013, n°886.

<sup>1604</sup> Art. 209, I du CGI.

<sup>1605</sup> BOI-IS-CHAMP-60-10-10 n°50 et s. ; BOI-IS-CHAMP-60-10-20 n°1 et s.

<sup>1606</sup> Art. 221, 2-3<sup>e</sup> al. du CGI.

<sup>1607</sup> BOI-IS-CESS-30 n°50.

le cadre de la détention de titres dans des sociétés à prépondérance immobilière<sup>1608</sup> ou financière. Les éléments ne pouvant bénéficier de ce régime, vont être imposés dans les conditions de droit commun, c'est à dire au moment de leur sortie du bilan, dans les mêmes conditions que le résultat d'exploitation de l'exercice en cours.

Il faudra par ailleurs que le transfert de siège, soit accompagné d'un ou plusieurs éléments d'actif immobilisé et qu'il soit effectué vers un autre Etat de l'UE ou de l'EEE ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale<sup>1609</sup>.

Le paiement fractionné, va alors concerner l'IS calculé sur les plus-values latentes sur les éléments d'actif transférés, par exception, les immeubles feront l'objet d'une imposition au moment de leur cession. Par ailleurs vont également bénéficier du régime du paiement fractionné, les plus-values en report et en sursis d'imposition sur ces différents éléments.

Lorsque l'on fait référence aux plus-values latentes, ces dernières s'entendent de la différence entre la valeur réelle des biens et leur valeur nette comptable, au moment du transfert, ces dernières étant dans le cadre du transfert, compensées avec les moins-values de même nature.

Même lorsque que va s'appliquer le paiement fractionné, l'impôt à percevoir sur la plus-value, va être calculé selon les règles propres à chaque élément concerné. Ainsi, le régime des plus-values long terme de l'article 219, I-a du CGI, va pouvoir s'appliquer dès lors que ses conditions d'applications sont remplies.

Le paiement des contributions additionnelles à l'IS, comme celles qui sont prévues aux articles 235 ter ZAA et 235 ter ZC, va également être fractionné<sup>1610</sup>.

Il faut en revanche souligner que la part d'IS due à raison de la quote-part de frais et charges, ne pourra pas bénéficier de l'option pour le paiement fractionné, cette dernière ne pouvant, selon l'administration être considérée comme une plus-value<sup>1611</sup>.

**927 -** *Les conséquences du choix pour le paiement direct ou fractionné.* S'il faut noter qu'il existe bien un impact sur les modalités de versement de l'impôt, le montant de l'IS

---

<sup>1608</sup> Est classiquement considérée comme à prépondérance immobilière, une société dont le capital est constituée à plus de 50% par des immeubles ou de droits portant sur ces biens (art. 726, 2° du CGI). Par ailleurs, il faut noter que récemment, le Conseil d'Etat, a annulé la doctrine administrative qui voulait que la prépondérance immobilière d'une société dont les titres ne sont pas cédés, devait être appréciée à la date de la clôture de l'exercice de la société qui détient ces titres, CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 14 octobre 2015, n°387249, Sté d'assurance mutuelle L'auxiliaire ; Dr. fisc. 2016, n°6, comm. 161, concl. B. BOHNERT.

<sup>1609</sup> BOI-IS-CESS-30 n°80.

<sup>1610</sup> BOI-IS-CESS-30 n°110.

<sup>1611</sup> BOI-IS-CESS-30 n°100.

qui va être dû sur les plus-values, sera fixé de manière définitive au moment du transfert, autrement dit, les plus ou moins-values ultérieures, constatées postérieurement au transfert, notamment dans le cadre de la cession ultérieure de l'élément d'actif, n'auront aucune incidence sur le montant de l'impôt dû à raison du transfert. En revanche, la cession ultérieure de l'élément transféré dans les cinq ans, est une cause de déchéance de l'option pour le paiement fractionné<sup>1612</sup>.

Il est à noter que d'autres éléments peuvent emporter la déchéance du paiement fractionné et notamment, la dissolution de la société, le non respect d'une échéance de paiement ou encore, le transfert de l'élément en question vers un Etat étranger (hors UE et EEE ayant signé une convention fiscale).

**928 - Les conséquences du transfert d'actif.** Si l'ensemble des actifs est transféré, le transfert va mettre un terme à l'assujettissement à l'IS, ce qui va avoir d'autres conséquences l'imposition des plus-values constatées sur les actifs en question.

Dans ce cas en effet, les bénéfices d'exploitation non encore taxés vont être imposables, il s'agit par exemple des provisions<sup>1613</sup> pour pertes ou charges qui ne pourront être réalisées et qui devront être réintégrées au résultat<sup>1614</sup>. Bien entendu les déficits seront dans ce cas perdus, sauf report en arrière.

Lorsque le transfert ne sera que partiel, l'établissement ou la société ne va pas sortir du champ de l'IS puisqu'une activité sera maintenue en France, seules seront donc en principe imposables, les plus-values constatées sur le transfert des actifs.

Pour autant, il faudra prendre garde à ce que ce transfert ne soit pas considéré comme un changement d'activité au sens de l'article 221, 5 du CGI, ce qui engendrerait les conséquences de la cessation d'entreprise (V. n°913).

---

<sup>1612</sup> BOI-IS-CESS-30 n°120.

<sup>1613</sup> L. CHATAIN-AUTAJON, *Les provisions doivent-elles être rapportées lors de la cession ou la cessation d'activité ?* Dr. fisc. 2013, n°29, comm. 375.

<sup>1614</sup> BOI-IS-CESS-30 n°195.



## **2°) Les conséquences du transfert d'un siège de société étrangère vers la France ou vers un autre Etat et ses conséquences pour les établissements stables**

**929** - Dans le cadre de cette étude, nous allons étudier différentes hypothèses ; la première consiste au transfert, par une société implantée dans un Etat membre de l'UE et qui dispose d'un établissement stable ou de son siège social en France.

Dans cette hypothèse, on pourrait admettre que le transfert soit neutre fiscalement pour l'établissement stable, indépendamment de la perte éventuelle de la personnalité morale de la société étrangère, du fait que la matière imposable en France liée à l'existence de l'établissement stable n'est pas impactée par ce transfert.

Cette position, a d'ailleurs été reprise dans le cadre du transfert en France d'une SARL établie au Luxembourg sous la forme de société de participation financière<sup>1615</sup>, transfert qui s'est accompagné d'une mise en conformité de la société avec le droit français<sup>1616</sup>. Dans ce cas, l'opération de transfert s'est donc avérée fiscalement neutre en France.

Dans le cas où la société serait implantée dans un Etat situé en dehors de l'UE, le transfert de siège vers la France va bénéficier de la neutralité fiscale en ce qui concerne l'établissement stable, sous la simple réserve que la société à l'origine du transfert ne perde pas sa personnalité morale. En d'autre terme, la société étrangère doit conserver à son bilan, ses éléments d'actif et de passif, pour leur valeur comptable et le transfert ne doit pas impliquer de modifications statutaires importantes qui pourraient s'analyser en un changement d'activité ou de la cessation de l'activité exercée en France.

**930** - La seconde situation que nous allons étudier est relative au transfert du siège d'une société étrangère vers un autre Etat étranger.

Dans le cadre de la mise en place de ce type d'opération, comme par exemple le transfert du siège d'une société établie dans un Etat de l'UE vers un autre Etat membre de l'UE, il serait logique que l'administration fiscale juge l'opération neutre d'un point de vue fiscal au niveau de l'établissement stable et ce, indépendamment du fait que la société concernée par le transfert perde ou non sa personnalité morale.

---

<sup>1615</sup> Qui correspond dans les faits à une holding de portefeuille qui va gérer et optimiser la gestion de participations diverses.

<sup>1616</sup> Rép. BUFFET, Sénat 26 août 2010, JO Sénat, p. 8574 n°77905.

En effet, cette approche serait conforme aux principes définis dans le cadre de l'application de la liberté d'établissement, tels qu'ils ressortent de l'article 49 du TFUE et correspondrait également aux dispositions que l'on retrouve dans le cadre de l'article 12 de la directive fusion<sup>1617</sup>, qui prévoit le principe de neutralité fiscale pour les opérations de transfert de siège de sociétés européennes au sein de l'UE.

Enfin, pour appuyer cette argumentation, nous pouvons reprendre les indications données par la CJUE dans une affaire relative au transfert par une société qui ne résidait pas au Portugal, des actifs de son établissement stable portugais vers un autre Etat membre. La Cour a jugé que la liberté d'établissement devait dans ce type de situation, faire obstacle au recouvrement immédiat par la France de l'impôt sur les plus-values<sup>1618</sup>.

Dans l'hypothèse ou au moins une des deux sociétés étrangères parties au transfert, ne serait pas établie dans un Etat membre de l'UE, le transfert du siège d'une des sociétés vers un troisième Etat non membre de l'UE, sera sans conséquence d'un point de vue fiscal, pour l'établissement stable implanté en France, si le transfert n'emporte pas la perte de la personnalité morale de la société.

Dans l'hypothèse où il serait en revanche procédé à la dissolution de la personnalité juridique de la société transférant son siège dans le cadre de l'application du droit étranger, on pourrait envisager l'application des conséquences de la cessation d'entreprise à l'établissement stable implanté en France. Si cette position semble défavorable aux contribuables, ces derniers ne devront pas pour autant l'ignorer et tâcher d'en anticiper les éventuelles implications. Le Conseil d'Etat, à l'occasion de l'étude d'une affaire impliquant une situation de dissolution sans liquidation d'une société canadienne, a en effet jugé que cette dissolution, au regard des conséquences de l'application du droit canadien, devait entraîner pour son établissement stable français, la taxation des plus-values latentes<sup>1619</sup>.

Il est à noter que dans le cadre des transferts qui ont lieu vers la France et dans le but de ne pas aboutir à une double imposition, puisque la plus-value a déjà été imposée dans l'autre Etat, l'inscription au bilan de la société ou de l'établissement des éléments transférés, va se faire à la valeur réelle au jour du transfert, cette dernière étant par la suite retenue pour le calcul des amortissements, ainsi que des plus ou moins-values ultérieures qui seront imposables en France.

---

<sup>1617</sup> Directive CE 2009/133 préc. cit.

<sup>1618</sup> CJUE, 4<sup>ème</sup> ch., 6 septembre 2012, aff. 38/10, Commission c/ Portugal, préc. cit.

<sup>1619</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 mai 2002, n°125959, Sté Superseal Corporation, préc. cit.

**931** - Enfin, nous dirons un mot de la situation des transferts d'actifs, qui a également donné lieu à une importante jurisprudence, notamment dans le cadre de la remise en cause de législations nationales.

Nous pouvons citer ici diverses décisions de la CJUE, qui a par exemple sanctionné la législation portugaise, interprétée à la lumière de l'article 49 du TFUE du fait de dispositions applicables à la fois dans le cadre de transfert par une société portugaise de son siège statutaire ou de direction effective vers un autre Etat membre, mais surtout en cas de transfert d'une partie de ses éléments d'actif détenus par un établissement stable portugais vers un autre Etat, et qui impliquait la taxation immédiate des plus-values latentes constatées sur les actifs transférés, alors que ce n'était pas le cas dans le cadre d'opération nationales<sup>1620</sup>.

Un autre exemple de législation nationale sanctionnée, nous est donné par le Danemark et en particulier l'article 8 de la loi du 7 décembre 2010 relative à l'IS. La Cour, a jugé que le paragraphe 4 de cet article, constituait une entrave à la liberté d'établissement du fait qu'une société danoise transférant des actifs aux Îles Féroé ou au Groenland, va être imposée sur ses plus-values latentes, ce qui ne sera pas le cas dans le cadre d'opérations mises en place sur le territoire danois.

La difficulté en l'espèce est que le transfert a eu lieu vers un territoire de l'EEE, ce qui ne permet pas une transposition totale des exigences liées au respect des libertés de circulations de l'UE. Pour autant, du fait que la société a toujours été soumise au pouvoir d'imposer de son Etat d'origine, la restriction à l'établissement ne pouvant donc se justifier<sup>1621</sup>.

La Cour, s'est également prononcée nous l'avons vu, sur la nécessité d'éviter une taxation immédiate des plus-values en cas de transfert d'actifs dans le périmètre de l'UE<sup>1622</sup> et notamment sur la question du paiement échelonné de l'impôt, comme c'est le cas en France aujourd'hui (V. n°924).

---

<sup>1620</sup> CJUE, 4<sup>ème</sup> ch., 6 septembre 2012, aff. C-38/10, Commission européenne c/ République portugaise ; Dr. fisc. 2012, n°37, act. 363 ; Europe 2012, comm. 436, note V. MICHEL. V. également L. BERNARDEAU et F. SCHMIED, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (juill./déc. 2012)*, Dr. fisc. 2013, n°6, 137. G. BLANLUET, M. TALY, D. GUTMANN, Ph. MARTIN, V. BIED-CHARRENTON et A. GARDETTE, *La localisation des centres de décision : critères et enjeux*, Dr. fisc. 2013, n°13, 214 préc. cit. ; RJF 2013, n°115.

<sup>1621</sup> CJUE, 3<sup>ème</sup> ch., 18 juillet 2013 aff. C-261/11, Commission européenne c/ Royaume de Danemark ; Europe 2013, comm. 400, note V. MICHEL. V. L. BERNARDEAU et F. SCHMIED, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (juill./déc. 2013)*, Dr. fisc. 2014, n°6, 150, n°139 ; RJF 2013, n°1097.

<sup>1622</sup> CJUE, 3<sup>ème</sup> ch., 21 mai 2015 aff. C-657/13, Verder LabTec GmbH & Co. KG, préc. cit.

## **B) L'option pour le statut de société européenne : un outil encore non abouti**

**932** - Afin de simplifier les démarches d'externalisation de l'activité des entreprises au sein de l'UE, le législateur communautaire, tente, comme nous l'avons vu dans le cadre des différentes directives permettant la mise en place de la liberté d'établissement, ou de libre circulation des capitaux, de mettre en place certaines législations communes, permettant aux opérateurs économiques d'évoluer dans un environnement législatif stable et dont les conséquences fiscales peuvent être plus facilement anticipées et allégées. Cette volonté, s'oppose parfois de manière frontale à la souveraineté nationale, telle qu'elle est appliquée en matière fiscale, comme nous avons pu le voir à l'occasion de la révision de la directive mère-fille, ou dans le cadre du projet de directive ACCIS (V. n°372 et s.).

Conscient que l'environnement sociétaire est parfois difficile à appréhender, tant les différences entre les législations nationales sont parfois importantes, le législateur, a souhaité mettre en place une forme de société, commune aux Etats membres et qui prend l'appellation de société européenne.

Nous allons dans un premier temps présenter ce type de société « *harmonisé* »<sup>1623</sup> (1°), puis, voir quel est son mode de fonctionnement (2°).

### **1°) La société européenne : présentation du dispositif**

**933** - Après trente ans de gestion, l'Europe a finalement adopté<sup>1624</sup> la société européenne (SE)<sup>1625</sup> dans le cadre d'un règlement européen<sup>1626</sup>, qui a défini son cadre et qui a été suivi d'une directive<sup>1627</sup>, qui a complété son statut.

Si l'Autriche, le Danemark, la Finlande, la Belgique ou encore la Suède ont très rapidement intégré ces textes dans leur législation, la France a finalement intégré le statut

---

<sup>1623</sup> D. VOINOT, *La société européenne : une société à moitié européenne ?* RLDA 2012/71, n°4050 ; A. COTIGA, *La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs*, RLDA 2012/71, n°4054 ; M. MENTJUCQ, F. FAGES et L. VIUDARD, *La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés*, D. 2007, p. 30.

<sup>1624</sup> Y. LOUSSOUARN, *Nationalité des sociétés et CEE*, RJ com. 1990, p. 155 ; H. SYNDET, *Enfin la société européenne ?* RTD eur. 1990, p. 253 ; M. MENTJUCQ, *La société européenne : enfin, l'aboutissement !* D. 2001, p. 1085 et M. MENTJUCQ, *La société européenne*, Rev. sociétés 2002, p. 225

<sup>1625</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, *Interview sur la société européenne*, D. 2001, p. 290.

<sup>1626</sup> Règlement CE, n°2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001, relatif au statut de Société européenne.

<sup>1627</sup> Directive n°2001/86, du Conseil du 8 octobre 2001, complétant le statut de la Société européenne.

de la SE en 2005 à l'initiative des sénateurs<sup>1628</sup> et a donc intégré cette structure au sein du Code de commerce et du Code du travail<sup>1629</sup>.

Bien entendu, les conséquences fiscales de l'adoption du statut de société européenne, ont été intégrées dans le CGI<sup>1630</sup>, notamment dans le but d'assurer la neutralité fiscale du transfert de siège d'une société vers un autre Etat membre de l'UE<sup>1631</sup>, point sensible dans le cadre des opérations de restructuration mises en place par les contribuables. Pour autant, afin que le régime de la SE puisse s'appliquer réellement en France, il a fallu attendre la parution de deux décrets d'application en 2006<sup>1632</sup>.

**934** - Un des principaux points soulignés dans le cadre du processus de création de la SE, est que cette dernière du fait de son statut « *européen* », n'est pas rattachée, du point de vue de la nationalité, à l'Etat de l'Union dans lequel va être fixé son siège statutaire. L'idée étant de pouvoir en transférer le siège, sans qu'elle soit impactée par les conséquences fiscales de la cessation d'entreprise.

Il est à noter qu'il a été décidé que si le fonctionnement de la SE est fixé par la réglementation européenne, dès lors que ce dernier ne tranchera pas certaines problématiques spécifiques, il sera fait application des dispositions applicables aux sociétés anonymes, telles quelles sont réglementées par la législation du lieu de localisation du siège.

**935** - *Les avantages de la SE*. Si l'on se réfère aux avantages tels qu'ils ont été présentés dans le cadre de son adoption, il est indéniable qu'elle représente avant tout un signal fort de la volonté du législateur communautaire et donc des Etats membres, d'harmoniser certaines règles juridiques et donc potentiellement fiscales, afin de favoriser le développement des entreprises sur le Marché unique.

---

<sup>1628</sup> Loi n°2005-842, du 26 juillet 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie, art. 11, 12 et 13.

<sup>1629</sup> M. MENJUCQ et F. FAGES, *Proposition de loi relative aux mesures d'adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement CE n°2157/2001 du 8 octobre 2001 sur la société européenne (SE)*, JCP G 2003, Actualités, p. 1853, n°505 ; B. SAINTOURENS, *Les réformes du droit des sociétés par les lois du 26 juillet pour la confiance et la modernisation de l'économie et du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises*, Rev. sociétés 2005, p. 556 ; M. MENJUCQ, *Les atouts et les faiblesses de la société européenne « à la française*, RLDA 2005, n°86, p. 5

<sup>1630</sup> Loi n°2004-1484 préc. cit.

<sup>1631</sup> N. DE VERNEJOUL, *Le régime fiscal de la société européenne est-il attractif ?* RLDA 2007/17, n°1050.

<sup>1632</sup> Décret n°2006-448 du 14 avril 2006 et Décret n°2006-1360 du 9 novembre 2006.

Dans ce cadre, l'option pour le statut de société européenne, va permettre aux contribuables de faciliter les opérations de restructuration, notamment dans le cadre des opérations de fusions transfrontalières<sup>1633</sup>.

Par ailleurs, il est à souligner que l'option pour le régime de la SE, va faciliter les opérations de transfert de siège, puisque dans le cadre du transfert du siège d'une SE, ce dernier ne va engendrer ni la dissolution de la personne morale existante, ni la création d'un nouvel être moral.

Dans le cadre de son intégration dans la législation française, il a été laissé aux opérateurs économiques, une importante liberté dans le cadre de la rédaction de leurs statuts, dès lors que structure n'a pas recours à une offre au public de titres financiers<sup>1634</sup>. Elle ressemble donc dans la pratique fortement aux SAS. Il est à noter qu'il sera également possible, contrairement à ce que l'on va retrouver dans le cadre du droit commun des sociétés anonymes, de créer des sociétés européennes unipersonnelles.

Pour le reste, il sera fait généralement référence au droit applicable aux SA, notamment ce qui concerne les assemblées générales<sup>1635</sup>, la direction et l'administration<sup>1636</sup>.

## **2°) Le fonctionnement de la société européenne**

**936** - Nous allons envisager dans un premier temps les conditions d'application du régime de la société européenne (1), puis, nous verrons dans un second temps, comment ce dernier a été perçu par les opérateurs économiques et quelles seraient les pistes d'amélioration du mécanisme (2).

### **1) Les conditions d'application du régime de la société européenne**

**937** - Lorsque l'on s'intéresse aux conditions d'application du régime de la SE, on peut noter que ces dernières, sont très proches de celles applicables aux SA en France, notamment en ce qui concerne le capital. Il sera divisé en actions, la SE étant dotée de la personnalité juridique. En revanche, le montant du capital minimal est plus important que

---

<sup>1633</sup> O. DU MOTTAY et F. FAGES, *Société européenne et fusions transfrontalières*, Dr. & patr. 2007, n°159, p. 77 ; J.-A. KIRSHNER, *Corporate restructuring : explaining main reasons for creating an SE*, RLDA 2012/71, n°4053.

<sup>1634</sup> Opération anciennement dénommée appel public à l'épargne.

<sup>1635</sup> Art. L 229-8 du Code de commerce.

<sup>1636</sup> Art. L 229-7 du Code de commerce.

celui qui est exigé pour les SA, 120 000 euros pour la SE, contre 37 000 euros pour les SA, le règlement renvoyant pour le reste des problématiques, aux législations applicables aux SA<sup>1637</sup>.

**938** - Afin de pouvoir prétendre au statut de la SE, le siège doit être obligatoirement situé au sein de l'UE, il devra pouvoir le cas échéant, être transféré dans un autre Etat membre de l'UE, sans dissolution ni création d'une nouvelle personne morale.

La société, devra toujours faire précéder sa dénomination sociale du sigle SE, et son immatriculation, qui aura lieu dans l'Etat où est implanté le siège, devra être publiée dans un avis au Journal officiel de l'UE.

**939** - En ce qui concerne la création de la SE, cette dernière va pouvoir trouver sa source dans différentes opérations.

La première modalité de création d'une SE<sup>1638</sup>, va impliquer une opération de fusion de SA, dont deux d'entre elles au moins, sont résidentes d'Etats membres différents, il peut tout aussi bien s'agir de la création d'une entité nouvelle que d'une opération de fusion absorption.

Cette opération va nécessiter la rédaction d'un projet de fusion indiquant diverses mentions comme la nouvelle dénomination, le lieu d'implantation du siège de la SE issue de l'opération, le rapport d'échange d'actions, les modalités de remise de ces dernières, les droits et avantages accordés aux actionnaires, les statuts etc.<sup>1639</sup>.

Chaque société partie à la fusion devra également dans son propre Etat, publier un avis dans le bulletin national d'annonces légales, avis indiquant la forme, la dénomination et le siège des sociétés participant à la fusion, les modalités d'exercice des droits des créanciers, ainsi que la dénomination et le siège envisagé pour la future SE.

La fusion doit être approuvée par l'AG des sociétés qui vont fusionner, ainsi que par des experts indépendants, désignés par une autorité administrative ou judiciaire.

La seconde modalité de création d'une SE, va impliquer la constitution d'une SE holding. Elle va concerner les SA et SARL établies dans des pays de l'UE, lorsqu'elles sont implantées dans des Etats membres différents et qu'elles ont depuis au moins deux ans, une filiale implantée dans un troisième Etat membre.

---

<sup>1637</sup> Memento sociétés commerciales, op. cit. n°37000 et s.

<sup>1638</sup> Art. 2 du règlement n°2157/2001 préc. cit.

<sup>1639</sup> Art. 20 du règlement n°2157/2001 préc. cit.

Les AG des sociétés concernées, vont devoir se réunir et demander aux différents porteurs de parts, d'apporter leurs participations à la SE, en échange de titres dans cette dernière. Des experts devront examiner l'opération et établir des rapports destinés aux actionnaires des différentes structures ; par ailleurs, le projet devra contenir un rapport présentant les aspects juridiques et économiques de l'opération et leurs conséquences pour les actionnaires.

La troisième hypothèse de création d'une SE, va consister en la constitution d'une SE, filiale d'au moins deux sociétés établies dans l'UE, dans des Etats membres différents, ou qui ont depuis au moins deux ans, une filiale ou un établissement commun, implanté dans un autre Etat membre.

La quatrième hypothèse de création d'une SE va consister à transformer une SA en SE, cette dernière, ne sera possible que si la société d'origine possède depuis au moins deux ans, une filiale implantée dans un autre Etat membre. Si les conditions sont remplies, la transformation n'engendrera, ni la dissolution de la personne morale, ni la création d'un nouvel être moral. Le projet de transformation élaboré par les dirigeants doit être validé par les AG et être publié dans les Etats concernés.

Il est à noter qu'une SE pourra toujours se transformer en SA<sup>1640</sup>, dès lors qu'au moment de la transformation, elle est immatriculée depuis plus de deux ans et qu'elle a fait approuver le bilan de ses deux premiers exercices, là aussi, devra être mis en place, un projet de transformation reprenant les informations sociétaires essentielles.

**940** - Sur le fonctionnement juridique de la SE, nous noterons simplement que cette dernière peut être administrée de manière moniste ou dualiste, c'est à dire que les opérateurs pourront selon leur souhait, séparer ou rassembler les organes de contrôle et de gestion<sup>1641</sup>.

**941** - *Le transfert de siège de la SE<sup>1642</sup> et ses conséquences fiscales.* A la lecture de la réglementation applicable, le siège statutaire d'une SE, va pouvoir être transféré dans un autre Etat membre de l'UE, sans que ce transfert, n'engendre la dissolution de la société, ou la création d'une nouvelle personne morale. Les conséquences de la cessation

---

<sup>1640</sup> Art. L 229-10 du Code de commerce.

<sup>1641</sup> Lamy sociétés commerciales, n°5654 et 5655.

<sup>1642</sup> C. CATHIARD, F. MARTIN LAPRADE et D. PORACCHIA, Bull. Joly Sociétés 2012, p. 520. En ce qui concerne les dispositions françaises, V. Lamy sociétés commerciales, n°5661 et s.



d'entreprise ne seront donc pas en principe applicables, sauf nous allons le voir, dans le cas d'un transfert d'actifs.

Il faut noter que le transfert de siège ne sera possible que si la localisation nouvelle, se situe dans un Etat membre où se trouve l'administration centrale de la SE.

A cette occasion, devra être remis un rapport sur les conséquences économiques et juridiques du transfert de siège et de leur impact pour les actionnaires. Le transfert devra par ailleurs être publié dans le JO de l'UE.

Enfin, nous noterons que le transfert peut être refusé si une autorité compétente s'y oppose et ce, pour des raisons d'intérêt public, ou qu'une procédure de dissolution ou de liquidation a été lancée à l'encontre de la SE<sup>1643</sup>.

**942** - D'un point de vue fiscal, si le transfert ne porte que sur le siège, ce dernier n'aura aucune conséquence au niveau de l'impôt, comme dans le cas général, puisqu'une exploitation sera maintenue en France. En revanche, dès lors que des actifs seront transférés, les plus-values constatées sur ces actifs, seront imposables dans les conditions de droit commun au moment du transfert de siège (V. n°582 et s.), tout en pouvant bénéficier selon la législation des Etats, de mesures d'étalement de l'imposition.

Si l'on peut regretter que la mise en place du mécanisme de la société européenne n'ait pas eu un impact plus important sur la possibilité de transférer des actifs au sein du Marché unique en franchise d'impôt, elle a tout de même eu un impact significatif sur la modification de nombreuses législations nationales concernant les transferts de sièges.

Gageons que si l'Europe arrive un jour à s'accorder sur un système fiscal plus unifié, limitant notamment les disparités législatives entre les différents Etats membres, ce type de structure devrait être de plus en plus prisé par les opérateurs économiques, notamment avec la récente réforme de l'intégration fiscale qui peut dorénavant être mise en place de manière horizontale et dans l'attente de la potentielle mise en place du mécanisme d'assiette communautaire.

## **2) Le bilan de l'utilisation de la société européenne**

**943** - *Un bilan mitigé.* Si l'on doit tirer un bilan de l'utilisation de la société européenne, il faut noter qu'à l'exception de l'Allemagne<sup>1644</sup>, où la SE a connu un rapide

---

<sup>1643</sup> Lamy sociétés commerciales, n°5656.

succès, ses débuts ont été quelques peu laborieux. En effet, on considère qu'un temps d'adaptation est généralement nécessaire lorsqu'un nouveau type de structure, est mis sur le marché avant que les opérateurs appréhendent à la fois son fonctionnement et l'intérêt d'opter pour ce dernier.

Malgré ces débuts difficiles, nous avons pu constater la création de SE dans le secteur de la finance, de l'assurance et de la réassurance, soit par l'absorption d'une filiale, soit par la voie d'une transformation, ce qui a permis à certains groupes de restructurer leurs activités sur le marché européen, notamment par le biais d'opérations de « *succursalisation* » ou de filialisation.

En France, la première SE, a été immatriculée en 2006 et se présente sous la forme d'une holding à la tête d'un groupe d'intermédiation financière et de gestion de portefeuille de valeurs mobilières. Cette société, a justifié l'option pour le statut de SE notamment par le besoin d'affirmer l'envergure du groupe sur le marché européen, faciliter la mise en place des futures stratégies juridiques et fiscales mais également par la volonté de bénéficier de sa souplesse de fonctionnement.

Ce succès, rapide dans certains Etats et moins important dans d'autres, a amené la Commission européenne à lancer une consultation sur les éventuelles améliorations à apporter au dispositif afin de leur rendre plus attractif<sup>1645</sup>. Dans le cadre des réponses apportées<sup>1646</sup>, on peut relever certaines évolutions souhaitées par les opérateurs.

D'un point de vue strictement juridique, la principale amélioration souhaitée serait la réduction du coût de mise en place d'une SE.

D'un point de vue fiscal, la principale amélioration souhaitée concerne l'application du droit fiscal national notamment dans le cadre des opérations de transfert d'actifs, qui est selon les opérateurs un frein à l'utilité de l'option pour ce statut. Il a également été souligné par ces derniers que les disparités relevées entre les différentes législations nationales et l'impossibilité de recourir aux scissions, étaient des points à modifier.

**944** - Dans ce cadre, nous pouvons affirmer que si la mise en place d'un instrument sociétaire européen est par principe une excellente chose dans le cadre de la promotion du développement international des sociétés et notamment des groupes sur le marché européen, il faudra que ce dernier soit réellement dégagé des contraintes liées à

---

<sup>1644</sup> P. JUNG, *La société européenne en Allemagne*, RLDA 2012/71, n°4052.

<sup>1645</sup> Communiqué Comm. CE n°IP/10/338, 23 mars 2010.

<sup>1646</sup> Rev. sociétés 2010, p. 610, comm. B. Lecourt.

l'application des législations nationales dans certains domaines du droit et notamment du droit fiscal. L'adoption d'un mécanisme fiscal d'envergure tel que l'ACCIS (V. n°372 et s.), permettrait certainement d'offrir un environnement plus stable aux structures européennes, même si l'adoption de cette dernière n'est pour l'heure encore qu'hypothétique.

En ce qui concerne la problématique des restructuration, des avancées sur la personnalité morale des groupes, ainsi que des évolutions de la directive fusion sur les transferts d'actifs, seront quant à elles selon nous nécessaires, afin d'envisager une application réelle et contrainte à grande échelle de la liberté d'établissement sur le marché européen et permettant une plus grande fluidité juridique, fiscale et comptable pour les opérateurs économiques.

### **C) L'utilisation des paradis fiscaux: une pratique courante dans le milieu des affaires**

**945** - L'utilisation des paradis fiscaux<sup>1647</sup>, est un des points les plus sensibles de la lutte contre les pratiques abusives, pour autant, ces derniers sont régulièrement utilisés par les contribuables, notamment à l'occasion d'opérations de restructuration, lorsque les opérateurs souhaitent bénéficier d'un environnement fiscal plus clément<sup>1648</sup>.

Nous allons ici présenter les grandes lignes de l'utilisation des paradis fiscaux par les contribuables (1°), nous verrons ensuite comment, grâce aux réseaux conventionnels, ces derniers parviennent à éviter l'application des dispositifs anti-abus (2°), nous verrons enfin à quoi correspond la pratique du « *treaty shopping* » (3°).

#### **1°) L'utilisation des paradis fiscaux par les contribuables**

**946** - Dans le cadre de leurs opérations de restructuration et de redéploiement<sup>1649</sup>, les entreprises peuvent être amenées du fait du poids de la fiscalité, à souhaiter localiser leurs actifs, ou leurs structures, dans des paradis fiscaux. Si ce terme, ne connaît pas réellement

---

<sup>1647</sup> A. LAMORLETTE, *Guide critique et sélectif des paradis fiscaux*, 5<sup>ème</sup> éd. Maxima, 2008.

<sup>1648</sup> F. RADACAL, *L'usage des zones à fiscalité privilégiée, un mode d'optimisation et de sauvegarde économique*, Thèse, Université Paris Descartes, 2013.

<sup>1649</sup> A. MOLE, *Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale*, Thèse, Université Paris Dauphine, 2015,

de définition précise, c'est notamment parce que la notion a été historiquement toujours été difficile à appréhender. L'OCDE, dans un rapport de 1987 sur la fiscalité internationale<sup>1650</sup> précisait déjà dans le cadre de son introduction, qu'il « *n'existe pas de critère unique, clair et objectif permettant d'identifier un pays comme étant un paradis fiscal* ». Cette absence de définition fait qu'il est plus souvent retenu comme c'est le cas en France la notion de pays à fiscalité privilégiée (V. n°259), plus précise et qui peut donc être utilisée plus facilement dans le cadre de législation anti-abus à l'instar de celle d'Etat ou de territoire non coopératif (V. n°259).

**947** - Si l'on s'intéresse à la source des paradis fiscaux, nous avons eu l'occasion de souligner que la capacité de lever l'impôt, qui relevait d'une compétence exclusive de l'Etat dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives de souveraineté et dans le cadre qui est défini par la loi<sup>1651</sup> pouvait encourager certains Etats, à mettre en place des régimes très favorables afin d'attirer les investisseurs, quitte à s'attirer les foudres des autres Etats, qui cherchent à lutter contre ces pratiques, notamment dans le cadre des zones de coopération internationale, puisqu'elles peuvent être considérées comme des dumpings, source de concurrence déloyale.

Pour autant, la notion de paradis fiscal n'est pas nouvelle, elle serait même apparue dès le 2<sup>ème</sup> millénaire avant J.C., puisque les commerçants de la Grèce antique utilisaient des émissaires dans certains ports, afin que les vendeurs et acheteurs, se retrouvent à un endroit convenu afin de réaliser la transaction et ainsi échapper aux taxes portuaires. S'il s'agissait alors d'une pratique primitive, le développement de ces « *zones franches* », s'est poursuivi au Moyen Âge<sup>1652</sup>, époque à laquelle certaines cités qui abritaient des ports de navigation marchande entre les cités hanséatiques<sup>1653</sup>, ont peu à peu, notamment du fait de leur puissance économique et politique, obtenu des avantages notamment en matière fiscale.

D'un point de vue territorial, les paradis fiscaux se sont toujours développés parallèlement aux Etats et au commerce international, de par la multiplicité des échanges internationaux et plus particulièrement à partir du 17<sup>ème</sup> siècle. Ce mouvement,

---

<sup>1650</sup> OCDE, *L'évasion et la fraude fiscales internationales*. Op. cit.

<sup>1651</sup> En France, l'article 34 de la Constitution de 1958 dispose que « la loi fixe les règles concernant [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ».

<sup>1652</sup> P. RASSAT, T. LAMORLETTE, T. CAMELLI, *Stratégies fiscales internationales*, éd. Maxima, 2010.

<sup>1653</sup> Ph. DOLLINGER, *La Hanse (XII<sup>ème</sup>-XVII<sup>ème</sup> siècles)*, Aubier-Montaigne, 1964.

anarchique dans un premier temps, s'est institutionnalisé au sein même d'Etats qui n'apparaissent pas comme pays à fiscalité privilégiée de prime abord.

Ainsi, même au sein de certains Etats, comme aux Etats-Unis, le New Jersey et le Delaware<sup>1654</sup>, qui ont connu des problèmes financiers ont suivi cette route en fournissant un droit de franchise aux entreprises y installant leur siège social<sup>1655</sup>. Ce mouvement s'est ensuite développé suite à la crise économique de 1929 et a débouché par exemple sur l'adoption du secret bancaire en Suisse<sup>1656</sup>, bien que ce dernier soit aujourd'hui malmené<sup>1657</sup>.

**948** - Aujourd'hui, cette notion, malgré la mise en place de certains dispositifs anti-abus s'intéressant aux pratiques fiscales de certains Etats, reste difficile à appréhender et dépend bien souvent de considérations politiques et institutionnelles, nous l'avons notamment vu dans le cadre de l'étude des problématiques liées à la classification de certains Etats, qui ne renvoient à aucune définition juridique précise et incontestable. Ce point est notamment illustré par le fait que si l'on admet communément que l'UE n'abrite officiellement aucun paradis fiscal, certains Etats membres, peuvent du fait de la particularité de leur législation, en présenter certaines caractéristiques. Dans ce cadre, N. SHAXSON, utilise une notion que l'on retrouve dans différentes matières mais qui permet de bien illustrer la manière dont sont utilisés les régimes fiscaux favorables aux contribuables qui est celle du offshore<sup>1658</sup> et qui connaît son apanage dans le cadre du développement de la finance internationale et en particulier dans le cadre des activités bancaires<sup>1659</sup>.

En effet, si l'on s'intéresse aux passifs externes des banques dans différents pays à travers le monde (que ces derniers soient réputés pour les facilités bancaires accordées ou non),

---

<sup>1654</sup> S. DYRENG, B.-P. LINDSEY, J.-R. THORNOCK, *Explore the role Delaware plays as a domestic tax heaven*, Journal of Financial Economics, Sept. 2012.

<sup>1655</sup> A.-F. CONRAD, *An overview of the law of corporations*, Michigan Law Review, 4 juillet 1973, p. 821-845.

<sup>1656</sup> G. FATIO, *Le secret bancaire en Suisse*, Gazette du Palais, n°3, 2005, p. 1683-1685 et S. GUEX, *Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale*, Genèses, n°34, 1999, p. 4-27.

<sup>1657</sup> Y. GENIER, *La fin du secret bancaire*, Presses polytechniques et universitaires romandes, Lausanne, 2014 et M. ZAKI, *Le secret bancaire est mort, vive l'évasion fiscale*, éd. Favre, 2010.

<sup>1658</sup> N. SHAXSON, *Les paradis fiscaux : Enquête sur les ravages de la finance néolibérale*, Broché, 2011.

<sup>1659</sup> A. MICHEL, « Panama papers » : *Les 979 sociétés offshore créées par la Société générale via Mossack Fonseca*, et « Panama papers » : *La société générale, une banque au cœur de l'évasion fiscale*, Le Monde du 5 avril 2016 du même auteur

on se rend compte que les dépôts bancaires étrangers effectués au Luxembourg<sup>1660</sup> dépassent et de très loin, ceux qui sont générés aux Îles Caïmans et atteignent un niveau équivalent à celui qui est atteint en Allemagne. On peut également constater que les dépôts gérés dans le cadre des activités bancaires à Singapour sont supérieurs à ceux gérés par le Brésil et le Canada réunis<sup>1661</sup>.

Pour autant, si les actifs financiers sont un des principaux points d'attention dans le cadre de la localisation d'actifs dans des paradis fiscaux on peut également retrouver d'autres critères d'identification<sup>1662</sup>.

**949** - Comme à chaque fois que l'on s'intéresse à une qualification particulière permettant de regrouper un ensemble d'Etats ou de territoires octroyant des règles fiscales et financières avantageuses, on se retrouve face au fait qu'il n'existe pas de définition juridique exacte faisant l'unanimité entre les Etats.

Ainsi, le offshore, à l'instar du paradis fiscal, n'est pas défini juridiquement et connaît différentes approches qui englobent plus ou moins de critères en fonction des situations étudiées.

Dans le cadre de nos travaux nous avons étudié le rôle de l'OCDE dans la tentative de rationalisation des pratiques fiscales, afin de limiter l'érosion des bases d'imposition et les pratiques dommageables, ainsi que la promotion d'un environnement fiscal unifié<sup>1663</sup>. C'est dans ce cadre que l'organisation<sup>1664</sup>, a taché de proposer différents critères permettant à l'ensemble des Etats, d'identifier les paradis fiscaux, ces critères étant donnés simplement à titre indicatif et ne lient pas les Etats<sup>1665</sup>.

On retrouve comme premier critère, l'absence d'imposition ou une imposition insignifiante des revenus, critère préalable et essentiel à l'identification d'un paradis fiscal, mais qui n'est pas suffisant pour le caractériser.

Le deuxième critère, est représenté par l'absence de système d'échange de renseignements entre l'Etat qui sera considéré comme étant un paradis fiscal et les autres Etats.

---

<sup>1660</sup> J. KRECKE, *Rapport sur la fraude fiscale au Luxembourg*, 16 avril 1997.

<sup>1661</sup> Rapport n°673 du Sénat préc. cit. p. 88.

<sup>1662</sup> Selon les études publiées par la Banque des règlements internationaux qui regroupe 53 banques centrales, V. <http://www.bis.org/publ/rpfx13.htm>.

<sup>1663</sup> Les réflexions sur ces problématiques ont abouties à la publication du rapport BEPS (V. n°466 et s.).

<sup>1664</sup> OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : Un problème mondial*, rapp. préc. cit.

<sup>1665</sup> Ces critères devront donc être mis en perspectives avec les législations nationales anti abus et notamment pour la France les articles 209 B et 238 A du CGI.

Le troisième critère est caractérisé par l'absence de transparence dans le fonctionnement des dispositions législatives ou administratives du territoire en question, notamment par la mise en place de règles accordant secret bancaire à certains contribuables.

Le quatrième critère enfin, se retrouve dans l'absence d'obligation d'exercer une activité substantielle, sur le territoire de l'Etat, l'absence de présence physique est ainsi un bon exemple afin de vérifier la réalité de l'activité établie dans le paradis fiscal.

On retrouve cette problématique notamment dans le cadre de la mise en place par certaines sociétés dans les paradis fiscaux, de nombreuses filiales destinataires d'importants flux financiers sans employer de salariés. Ainsi, les Bermudes territoire d'une superficie de 53 kilomètres carrés, peuplé par 65 000 habitants accueillait en 2011 environ 15 000 sociétés étrangères soit 283 sociétés par kilomètre carré, ou une société pour quatre habitants. Ces chiffres sont à comparer à ce que l'on retrouve en France, qui comptait à la même période 20 000 sociétés implantées sur son sol<sup>1666</sup>. Selon ces différents critères, une liste de 35 juridictions non coopératives avait été établie en 2000 par l'OCDE. Cette logique de liste a ensuite été reprise en distinguant les Etats qui n'ont jamais respectés les standards prescrits par l'OCDE (liste noire), ceux qui se sont engagés à les respecter (liste grise) et ceux qui les respectent de manière substantielle (liste blanche)<sup>1667</sup>. Ces listes ayant aujourd'hui comme nous l'avons vu, perdu la majorité de leur intérêt.

**950** - On peut dans une autre mesure, classer les paradis fiscaux en fonction du sort réservé aux entreprises en matière d'imposition sur les bénéfices.

Si l'exemple le plus absolu est celui des Etats n'appliquant aucune imposition (on peut citer l'exemple des Bahamas), l'exonération est dans les faits relativement rare et souvent limitée à une fraction du bénéfice avec une imposition (faible mais existante) du reste des revenus. Les revenus offshore sont ainsi totalement exonérés d'impôts au Belize ou aux Seychelles dans la limite de 150 000 dollars.

Une autre catégorie de paradis fiscaux, est représentée par les Etats où l'imposition des bénéfices est très réduite comme au sultanat d'Oman (12%)<sup>1668</sup> ou au Monténégro (9%).

---

<sup>1666</sup> Agence française pour les investissements internationaux, rapport annuel, 2012.

<sup>1667</sup> Il faut souligner que ces listes, ont peu à peu été vidées de leur substance malgré leur intérêt primaire.

<sup>1668</sup> Ce taux est relevé à 55% pour les activités pétrolières.

Parfois, le paradis fiscal va instituer un prélèvement de substitution à l'impôt, qui permet d'obtenir des rentrées fiscales, peu importantes mais suffisantes, tel est le cas des Bahamas.

Enfin, on retrouve également dans cette catégorie de paradis fiscaux, les Etats ou territoires qui accordent des exonérations d'impôts à certaines catégories d'entreprises ou d'activités qui seront considérées comme offshores, ces dernières ne réalisant en général aucune opération commerciale ou financière. Cette hypothèse se rencontre à Gibraltar ou aux Îles Vierges Britanniques, qui exonèrent les sociétés ne réalisant aucune activité sur leur territoire et promeuvent ainsi l'implantation de sociétés holding.

La troisième catégorie de paradis fiscaux est représentée par ceux qui accordent des avantages fiscaux à certaines activités, afin de promouvoir leur développement, il s'agit généralement d'activités maritimes. Le Panama dont le taux d'imposition sur les bénéfices atteint 25%, exonère ainsi les compagnies maritimes d'imposition à la seule condition que leurs bâtiments battent pavillon panaméen. Le Panama est ainsi devenu le premier pavillon d'immatriculation avec environ 22% de la flotte mondiale<sup>1669</sup>.

Dans le cadre des impositions forfaitaires mises en place par certains Etats, il faudra prendre garde notamment dans l'hypothèse du versement de redevances entre une entité française et celle implantée dans l'Etat ou le territoire où existe une imposition forfaitaire. En effet, le Conseil d'Etat, dans une décision relative aux versements par une société française de redevances à une société libanaise, redevances soumises à la retenue à la source de l'article 182 B du CGI. Si au vu des dispositions de la convention fiscale conclue entre la France et le Liban, le contribuable s'est vu déchargé de ces impositions, l'arrêt du Conseil d'Etat a apporté de nombreux éclairages sur l'interprétation de la notion de résidence à la lumière des conventions fiscales.

Suite à deux autres affaires similaires<sup>1670</sup>, où la qualité de résident avait été refusée à des structures exonérées d'impôt<sup>1671</sup>, le Conseil d'Etat a confirmé ici son approche en refusant la qualité de résident fiscal à une société offshore libanaise, n'étant imposée que de

---

<sup>1669</sup> CNUCED, étude sur les transports maritimes, 2011 : [http://unctad.org/fr/Docs/rmt2011\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/Docs/rmt2011_fr.pdf)

<sup>1670</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 9 novembre 2015, n°370054, min. c/ Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk (LHV) ; Dr. fisc. 2016, c°28, comm. 421, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note G. GLON et CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss-sect., 9 novembre 2015, n°371132, Sté Santander Pensionnes SA EGFP ; Dr. fisc. 2016, n°28, comm. 421, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note G. GLON.

<sup>1671</sup> M. PELLETIER, *La notion de résident dans les conventions fiscales : le Conseil d'Etat à contresens*, Dr. fisc. 2015, n°49, act. 664. O. DEBAT, *Conventions fiscales internationales et structures exonérées : privilégier la logique des régimes d'exonération*, RD banc. et fin. 2016, alerte 2. J.-L. PIERRE, *Notion de résident d'un Etat étranger, pour l'application d'une convention fiscale internationale*, Dr. sociétés 2016, comm. 40.



manière forfaitaire et pour un montant modique <sup>1672</sup>. Il faudra donc, lorsque les conventions seront rédigées d'une manière similaire, que les contribuables étudient avec attention les dispositions de ces dernières, afin de pouvoir prétendre à leur bénéfice.

**951** - Si l'on revient un instant sur l'identification des paradis fiscaux par le nombre de sociétés présentes sur un territoire par rapport au nombre d'habitants ou à la surface d'un territoire, on se rend compte que les récents obstacles à l'utilisation des paradis fiscaux jusqu'alors identifiés comme tels, ont pu freiner leur utilisation au profit de nouveaux territoires ou régions du monde ayant jusqu'à présent réussi à promouvoir les investissements étrangers, tout en se préservant d'être qualifiés de paradis fiscaux par les autres Etats.

Ainsi, si l'on compare le nombre de sociétés créées entre 2008 et 2011 à Hong-Kong et aux Îles Vierges britanniques, on se rend rapidement compte que les chiffres sont en augmentation constante à Hong-Kong (on passe de 95 000 sociétés créées en 2008 à 150 000 en 2011), ceux que l'on retrouve aux Îles Vierges, territoire aux pratiques fiscales bien souvent critiquées, sont en ralentissement puisqu'environ 62 000 sociétés ont été créées en 2008 contre un peu plus de 50 000 en 2011.

**952** - On le voit, les paradis fiscaux de part les avantages qu'ils procurent aux investisseurs, poussent à l'extrême les logiques de comparaison et de concurrence fiscales et incitent donc les opérateurs économiques à mettre en place des stratégies fiscales très complexes, puisqu'il sera parfois difficile au vu des différentes législations anti-abus, d'opérer directement vers ces pays ou territoires. L'accès à ces derniers se fera notamment par le biais du réseau conventionnel de certains Etats afin de pouvoir rapatrier les flux sur leurs territoires.

Ainsi, si l'on s'intéresse à l'exemple des Bermudes, la France procédera à une retenue à la source de 33,1/3% pour les versements effectués au profit d'une entreprise établie aux Bermudes<sup>1673</sup>, alors que les Pays-Bas ne prélèveront aucune retenue à la source sur les flux sortants de leur territoire.

Si au vu des critères actuels, il est on le voit difficile d'identifier des paradis fiscaux, il n'en demeure pas moins que certaines pratiques locales, tendent à favoriser l'évasion

---

<sup>1672</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 20 mai 2016, n°389994, min. c/ Sté EasyVista ; Dr. fisc. 2016, n°28, comm. 422, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note G. GLON.

<sup>1673</sup> Art. 182 B du CGI.

fiscale, que l'on se place au niveau des contribuables personnes physiques ou des personnes morales. En effet, si nous avons vu qu'il existe certains mécanismes anti-abus permettant dans une certaine mesure de prévenir la délocalisation de bénéfices à l'étranger, ou d'empêcher les contribuables de s'implanter en franchise d'impôt dans des paradis fiscaux, il sera nécessaire de revoir les critères utilisés afin de permettre aux Etats, que ce soit dans le cadre de zones de coopérations, mais également à un niveau plus large, afin de retenir une approche commune et de mettre en place des législations efficaces permettant de limiter l'utilisation de ces régimes de faveur.

Si l'exemple des législations favorables aux sociétés holdings que l'on retrouve dans de nombreux Etats ou territoires est très éclairant sur ce point, un exemple tiré de la fiscalité des particuliers est encore plus probant. Ainsi, il existe en Suisse dans certains cantons, un forfait fiscal<sup>1674</sup>, qui offre aux étrangers résidents en Suisse, sous certaines conditions (être de nationalité étrangère, ne pas avoir travaillé en Suisse durant les dix années précédentes, ne pas y exercer d'activité lucrative), de bénéficier d'un régime de taxation forfaitaire en fonction du train de vie du contribuable, qui fait de la Suisse un refuge bien connu des grandes fortunes.

L'Etat Helvète, a donc pendant longtemps été considéré comme un refuge fiscal et financier puisqu'il a notamment institué depuis 1934<sup>1675</sup>, le secret bancaire qui interdit aux banques de délivrer à des tiers des informations sur leurs clients. La violation de cette interdiction est d'ailleurs punie de trois ans de prison et de 250 000 francs suisses. Nous noterons qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018, ce secret bancaire ne concernera plus les ressortissants étrangers qui résident en Suisse, ainsi que les ressortissants suisses vivant à l'étranger. Il en sera de même au Luxembourg à compter de cette date

Pour autant, afin de limiter l'impact de cette mesure, qui nécessite la signature d'accords d'échanges de renseignements avec les différents Etats, dans le cadre de la renégociation des conventions fiscales notamment, le Parlement Suisse examinera chaque accord afin de préserver ses intérêts majeurs.

**953** - Dans le cadre de leurs stratégies d'optimisation fiscale, les sociétés multinationales, vont dans bien des cas, utiliser les paradis fiscaux qui permettent de centraliser les différents mécanismes d'optimisation, comme les prix de transfert ou

---

<sup>1674</sup> IBFD, Switzerland.

<sup>1675</sup> Art. 47 de la Loi fédérale de 1934.

l'endettement, afin de délocaliser de manière importante de la matière imposable et c'est également la raison pour laquelle des dispositifs spécifiques tels que les articles 238 A, 209 B et 57 du CGI ont été adoptés (V. n°276 et s.).

Si nous avons pu dans le cadre de notre propos voir que l'on peut facilement attester du caractère abusif de certaines pratiques en rapport avec des biens matériels (bien que les opérations abusives soient parfois difficilement identifiables du fait notamment de la concentration des opérateurs), les mécanismes anti-abus actuels se retrouvent confrontés à de grandes difficultés, lorsqu'il s'agit de remettre en cause des prestations ou des facturations en lien avec des échanges de biens incorporels ou de services.

En effet, dans le cadre d'une étude menée par Bloomberg, il a été démontré que Google, archétype de la multinationale moderne, tant par sa puissance financière que sur la diversité de ses investissements, connaissait une imposition effective située entre 2% et 3% et ce, malgré l'importance de ses profits qui sont nous le rappelons évalués à 4 milliards de dollars pour un chiffre d'affaires de 18,7 milliards de dollars.

## **2°) L'utilisation des réseaux conventionnels : le principal outil d'accès à ces Etats ou territoires**

**954** - Les principales structures internationales notamment de la nouvelle économie comme Google, Apple, Amazon etc. et c'est ce qu'il ressort des différents travaux de l'OCDE, sont les principales utilisatrices des stratégies d'optimisation fiscale agressives. Il n'est donc pas étonnant de les voir utiliser le réseau conventionnel de certains Etats, afin de rapatrier des bénéfices en franchise d'impôt, dans des paradis fiscaux.

L'illustration la plus importante de ces pratiques et plus particulièrement dans le secteur du numérique, se retrouve dans le cadre de l'utilisation des avantages liés à la construction communautaire et correspond à une utilisation combinée des directives européennes (directive mère-fille notamment) et du réseau conventionnel très permissif de certains Etats tels que les Pays-Bas, l'Irlande, le Luxembourg ou la Belgique.

Prenons l'exemple de Google, dont l'ensemble des actifs et des revenus européens, sont localisés en Irlande et qui utilise la technique du « *sandwich hollandais* ». L'objectif de cette technique, est de faire remonter l'ensemble des bénéfices vers les Pays-Bas (l'Irlande en ce qui concerne Google), qui ne sera qu'un intermédiaire au travers lequel les bénéfices vont transiter, pour atteindre in fine un paradis fiscal. En ce qui concerne

Google, il s'agira des Bermudes qui hébergent une société détenant les droits d'utilisation de la marque Google à travers le monde et qui rassemble l'ensemble des redevances d'utilisation de cette marque, payées par l'ensemble des filiales<sup>1676</sup>, qui remontent en franchise d'impôt sur le territoire européen grâce au régime mère-fille et qui, grâce au réseau conventionnel de l'Irlande sont délocalisés vers cet Etat.

Si l'on établit un parallèle avec ce que nous avons vu en matière de prix de transfert (V. n°628 et s.), la principale difficulté sera ici d'évaluer le prix international de l'utilisation d'une marque telle que Google, pour laquelle il n'existe pas vraiment de comparable. Il est donc difficile de déclarer le schéma abusif, même si l'on sait que son principal avantage demeure fiscal.

**955** - On peut donc affirmer sur la question de l'optimisation fiscale transfrontalière pratiquée par les multinationales, que si les techniques utilisées dépendent bien entendu des besoins des bénéficiaires, cette dernière est également subordonnée au cadre fiscal et à la réglementation proposée par les différents territoires d'implantation destinés à recevoir les flux financiers qui échappent à l'imposition dans leur Etat de source.

Cet intérêt pour la législation et la réglementation fiscale locale est d'autant plus important dans le cadre de la lutte contre les politiques de dumping, mises en place par certains Etats au sein même de l'UE et du fait que les différents paradis fiscaux, qui étaient jusqu'alors identifiés dans le cadre des différentes listes (que ce soit celles de l'OCDE ou des Etats tels que la France), ont rapidement perdu de leur intérêt du fait du retrait de la quasi-totalité des Etats qui les composaient pour des raisons très formelles de signatures de conventions fiscales et d'accords d'échanges d'information qui dans les faits, ne sont que très peu utilisés et appliqués. Pour autant, il est indéniable que le phénomène n'est en aucun cas en régression et que de nombreux territoires sont aujourd'hui utilisés comme vecteurs de stratégies fiscales agressives que les administrations fiscales peinent à sanctionner. Ceci est notamment dû à l'opacité développée par certains Etats, mais également du fait de la complexité des montages utilisés.

Il est à noter sur ce point, que certains Etats facilitent l'utilisation de schémas impliquant des paradis fiscaux, notamment par la mise en place de dispositions favorables dans le

---

<sup>1676</sup> Rapport AN n°1243 préc. cit., p. 77.

cadre des conventions fiscales bilatérales, mais parfois également dans le cadre de la législation interne.

Dans le cadre des législations nationales ayant favorisé l'utilisation des paradis fiscaux, on peut citer par exemple le cas de la législation américaine appelée « *foreign sales corporation* », qui permettait aux sociétés américaines de défiscaliser leurs exportations dans des paradis fiscaux, ce qui engendrait une atteinte forte à la concurrence. Cette législation, qui a été utilisée par de nombreuses entreprises américaines dans des secteurs variés comme l'aéronautique, l'informatique ou par certains constructeurs automobiles, a été condamnée par l'OMC suite à une plainte de l'UE, le régime a donc été supprimé en 2000 et remplacé par une autre législation appelée « *extra-territorial income* ».

Le fonctionnement de la législation sanctionnée par l'OMC, permettait aux exportateurs américains de déduire de leurs revenus bruts, une partie des recettes en provenance de leurs échanges internationaux.

### **3°) Le « *treaty shopping* » : une autre utilisation des avantages conventionnels**

**956** - L'expression de « *treaty shopping* », ou abus de convention fiscale, est aujourd'hui entrée dans les mœurs des praticiens de l'optimisation fiscale et de ses opposants. Elle représente la qualification la plus simple d'une problématique complexe et centrale de l'optimisation fiscale, qui pointe les limites des législations nationales vis à vis de la pratique des affaires, aujourd'hui sans frontières et dans un monde où la fiscalité est avant tout, une affaire de souveraineté.

Dans le cadre de la gestion souveraine de la norme fiscale, les Etats, ont pour autant nous l'avons vu, dû mettre en place des conventions fiscales internationales afin d'éviter les doubles impositions et répartir de manière juste, le droit d'imposer entre l'Etat de résidence du contribuable et l'Etat de source du revenu par la mise en place de mécanismes d'imputation ou d'exonération.

Le « *treaty shopping* », pratique aujourd'hui qualifiée d'abusives, a donc pris naissance mais surtout de l'ampleur, dans le cadre de la mise en place de ces normes fiscales internationales. Elle correspond à une pratique visant à utiliser les dispositions des différentes conventions fiscales dans le but de réduire ou d'annuler la charge fiscale des contribuables, elle a d'ailleurs été étudiée par l'OCDE dans le cadre du BEPS (V. n°466

et s.). Dans les faits, les contribuables vont mettre en œuvre des montages complexes, faisant intervenir de nombreuses sociétés implantées dans différents Etats, afin de faire jouer les dispositions de plusieurs conventions fiscales dans un but exclusivement fiscal, notion que l'on retrouve dans le cadre de la définition de l'abus de droit de l'article L. 64 du LPF (V. n°138 et s.)<sup>1677</sup>.

**957** - Avant d'aller plus loin dans cette étude, il est important de rappeler que l'application des dispositions contenues dans une convention fiscale, permet d'accorder certains avantages fiscaux aux contribuables, qui peuvent en bénéficier s'ils sont éligibles à la qualification de résidents fiscaux, de l'un des Etats signataires, selon des critères de domicile, de résidence, de siège de direction effective, ou d'un autre critère de nature analogue.

Classiquement, le contribuable, afin de se prévaloir des dispositions prévues par la convention fiscale, va devoir attester de sa qualité de résident. Pour se faire, il ne faut pas simplement démontrer que l'on est imposé dans l'un des Etats, mais que l'on y est imposable en tant que résident.

Lorsqu'un contribuable n'a pas en tant que tel la qualité de résident, il ne peut donc pas se prévaloir des avantages prévus dans le cadre des dispositions de la convention fiscale, pour autant ce dernier, peut par le biais de la mise en place de montages fiscaux, obtenir cette qualité et donc les avantages qui lui sont liés.

Dans ce cadre, on considérera donc comme relevant de la qualification de « *treaty shopping* », tous les comportements des contribuables visant à retirer, de manière indue, des avantages liés aux dispositions d'une convention fiscale internationale, qui ne seraient pas applicable en l'absence du montage en cause. Dans la majorité des cas, le montage sera caractérisé par l'interposition sans justification économique, d'une ou plusieurs sociétés intermédiaires, qui seront créées aux seules fins de bénéficier de stipulations conventionnelles favorables.

**958** - *Les mécanismes de lutte contre le « treaty shopping »*. En ce qui concerne les normes nationales, les hypothèses de « *treaty shopping* » seront sanctionnées par le biais du mécanisme de l'abus de droit de l'article L. 64 du LPF (V. n°138 et s.), dont nous rappellerons simplement qu'il sanctionne les hypothèses de simulation et de fraude à la

---

<sup>1677</sup> B. PLAGNET, *L'abus des traités, Pratique française*, Dr. fisc. 1986, n°52, p. 1528 et s.

loi, c'est à dire les opérations qui n'ont été inspirées que par le but d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que le contribuable, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait supportées et ce, en considérant sa situation et ses activités réelles.

Dans le cadre des normes conventionnelles et donc internationales, on retrouve certaines dispositions visant à limiter l'utilisation abusive des conventions fiscales, certaines pistes nouvelles et plus restrictives du droit aux avantages des conventions fiscales sont d'ailleurs, nous l'avons vu, envisagées actuellement par l'OCDE dans le cadre des travaux liés au rapport BEPS (V. n°466 et s.).

Le principal mécanisme anti-abus dans le cadre de l'application des conventions fiscales est caractérisé par la mise en place de clauses de bénéficiaire réel ou effectif, qui ont pour objectif de réserver les avantages liés aux dispositions conventionnelles aux seuls bénéficiaires effectifs des revenus, autrement dit le destinataire final<sup>1678</sup>, clause retenue dans les conventions fiscales ratifiées par les Etats selon le modèle OCDE,

Dans le cadre du modèle OCDE, cette clause se retrouve à l'article 10 paragraphe 2, qui a par ailleurs été l'objet de certaines modifications en 2014, suite notamment aux différents travaux effectués dans le cadre du BEPS, qui a mis en lumière certaines faiblesses dans le cadre de l'application des conventions fiscales.

Cet article, indique que les « *dividendes payés par une société qui est résident d'un Etat contractant sont aussi imposables dans cet Etat et selon la législation de cet Etat, mais si le bénéficiaire effectif des dividendes est un résident de l'autre Etat contactant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder [...]* ».

Dans le cadre des commentaires en lien avec cet article, l'OCDE indique que la notion de bénéficiaire effectif, qui a été ajoutée dans le but de résoudre certaines difficultés pratiques liées à l'appréciation de la notion de paiement de dividendes, ne doit pas être interprétée de manière étroite comme dans certaines législations de common law<sup>1679</sup>.

On le voit, l'esprit du texte est de pouvoir écarter des avantages de la convention, les simples bénéficiaires apparents, c'est à dire les résidents d'un Etat contractant, qui

---

<sup>1678</sup> P.-J. DOUVIER, *Imposition à la source dans les relations transfrontalières : notion de bénéficiaire effectif et de résident*, BF 8-9/92, p. 529 et s.

<sup>1679</sup> Dans le cadre de la fiducie par exemple, lorsque les fiduciaires d'une fiducie discrétionnaire ne procèdent pas à la distribution de dividendes, ces fiduciaires ou la fiducie reconnue comme contribuable distinct, pourraient être considérés comme étant bénéficiaires effectifs des revenus sens de la convention même si, il ne le sont pas en vertu du droit des fiducies applicable.

agiraient simplement comme agents, intermédiaires ou relais pour le compte d'une autre personne qui sera elle, le bénéficiaire effectif des revenus<sup>1680</sup>.

Dans le cadre de ce rapport, l'OCDE soulignait déjà qu'une société relais, ne pouvait être considérée comme bénéficiaire effectif, bien que pouvant être considérée dans la forme comme étant le propriétaire du revenu, cette dernière ne disposant dans les faits, que de pouvoirs très limités, qui « *font d'elle un simple fiduciaire ou administrateur agissant pour le compte des parties intéressées* ».

Dans ces situations de bénéficiaires apparents, on retrouve en effet une obligation légale ou contractuelle, qui vient empêcher le récipiendaire de jouir du revenu et l'obliger à en céder ensuite le paiement à une autre personne et ce, indépendamment de la propriété des actions.

Si cette notion de bénéficiaire effectif est aujourd'hui replacée au centre des développements relatifs à la lutte contre l'érosion des bases d'impositions et les comportements fiscaux déviants, elle est pourtant apparue il y a de nombreuses années et se retrouvait déjà dans une instruction relative à l'application de la convention franco-suisse<sup>1681</sup>, dans laquelle il était précisé que le bénéficiaire apparent des revenus, doit être entendu comme celui qui n'a pas la jouissance réelle de ces derniers. Les revenus sont simplement encaissés pour le compte d'une autre personne et ce, quelque soit la nature des rapports fiduciaires existants, mais également quelque soit le mode de transfert (direct ou indirect) utilisé entre elles.

Cette définition assez restrictive, n'a pas été reprise dans l'ensemble des traités puisque dans l'instruction relative à l'application de la convention fiscale signée entre la France et l'Ouzbékistan<sup>1682</sup>, on retrouve une définition extensive de cette notion. Le terme de bénéficiaire effectif (à contrario donc du bénéficiaire apparent), « *n'est pas utilisé dans une acception étroite, mais doit être entendu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention* ». Il en sera de même dans le cadre de cette convention pour la notion de bénéficiaire apparent.

Ces divergences d'interprétations, qui sont au cœur des réformes de la fiscalité internationale dans le cadre notamment des travaux de l'OCDE, sont bien entendu une source d'optimisation et d'évasion fiscales pour les contribuables, qui pourront choisir

---

<sup>1680</sup> Rapport du Comité des affaires fiscales de l'OCDE, *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais*, OCDE publications, 1987.

<sup>1681</sup> Instruction n°14 B-2211 n°6 du 10 décembre 1972.

<sup>1682</sup> Instruction n°14 B-5-04 n°34 du 9 juillet 2004.



d'interposer des bénéficiaires apparents dans des Etats où ils seront dans les faits qualifiés de bénéficiaires effectifs et pourront de ce fait, prétendre aux avantages prévus dans le cadre de la convention fiscale liant l'Etat d'implantation du contribuable versant le revenu et celui d'implantation du bénéficiaire apparent.

Afin de rendre plus efficace les dispositions anti-abus aussi bien nationales que celles présentes dans le cadre des conventions fiscales, nous ne pouvons qu'encourager l'adoption d'une définition standardisée des notions de bénéficiaires apparents et de bénéficiaires effectifs, pouvant, le cas échéant intégrer les spécificités législatives de certains pays. Les définitions devront pour autant être restrictives afin que les contribuables ne puissent éviter la qualification de bénéficiaire apparent. Cette approche serait selon nous particulièrement pertinente dans le cadre de l'UE, où l'on pourrait envisager l'adoption d'une définition standardisée qui pourrait permettre de limiter les pratiques abusives au sein du marché unique.

**959** - On retrouve également des discussions relatives aux notions de bénéficiaires apparents et effectifs dans le cadre de la jurisprudence.

Le Conseil d'Etat a eu ainsi à se prononcer sur une affaire impliquant une banque britannique, qui n'était pas considérée par l'administration fiscale française comme bénéficiaire effectif des revenus perçus en vertu de la convention franco-britannique. Le bénéficiaire effectif des revenus selon l'administration fiscale s'avérant être une société américaine.

Dans le cadre de l'arrêt rendu<sup>1683</sup>, le Conseil d'Etat a procédé dans un premier temps à la requalification d'un contrat signé entre la banque britannique et la société américaine. Selon l'interprétation de la Haute juridiction, le contrat en cause, mettant en place l'acquisition de l'usufruit pour une durée de trois ans, d'actions sans droits de vote d'une filiale française versant les dividendes liés à l'usufruit, n'impliquait aucun risque capitalistique d'actionnaire pour la banque britannique du fait que la société américaine, la garantissait du risque de non paiement des dividendes.

Dans le cadre du montage mis en place par les banques, le paiement en une seule fois et comptant du prix d'acquisition de l'usufruit par la banque anglaise à la banque américaine, a ensuite été considéré par le Conseil d'Etat comme un simple prêt consenti par la banque anglaise à la société américaine, qui délègue sa filiale française dans le

---

<sup>1683</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 octobre 1999, n°191191, min c/Diebold Courtage, pré. cit

remboursement de ce prêt, par le biais du versement des dividendes liés aux actions qui font l'objet d'un usufruit. Pour autant, force est de constater qu'en l'espèce, il y a bien eu un versement de dividendes par la filiale française de la société américaine à la banque britannique. De ce fait, on pourrait d'une certaine manière considérer que le montage n'est en réalité constitutif que d'une modalité particulière de remboursement d'un emprunt, par le biais du versement de dividendes, ce qui permettrait donc de considérer la banque britannique comme le bénéficiaire effectif des dividendes qu'elle a reçus.

La requalification du contrat en contrat de prêt n'est donc pas suffisante afin d'identifier le bénéficiaire effectif des revenus et le Conseil d'Etat a donc ouvert un second temps dans son raisonnement, bien que ce dernier puisse nous surprendre.

En effet, au lieu d'identifier le bénéficiaire effectif des revenus en utilisant les dispositions de la convention fiscale franco-britannique, ce qui aurait permis du fait des dispositions du contrat, de considérer que la filiale française, déléguée dans le remboursement du prêt consenti par la banque anglaise à la société américaine, avait utilisé, afin de rembourser l'emprunt, des dividendes normalement destinés à la société mère américaine. En suivant ce raisonnement, le juge aurait donc identifié la société mère américaine comme bénéficiaire effectif des dividendes versés par la filiale française.

En lieu et place de ce raisonnement, le Conseil d'Etat a décidé de se référer au mécanisme de la fraude à la loi, tel qu'il ressort de la jurisprudence Janfin (V. n°172).

Ce raisonnement, a permis à la haute juridiction de considérer que le montage mis en place avait un but exclusivement fiscal, permettant simplement à la société américaine de bénéficier d'un remboursement par le Trésor public, remboursement prévu par la convention fiscale franco-britannique, mais pas par la convention fiscale franco-américaine.

Il s'agissait dans les faits de faire rémunérer la banque britannique, qui devait recevoir le prix du prêt qu'elle avait consenti à la société américaine par le Trésor français et non par le débiteur américain. Dans le cadre de ce montage, il s'est avéré que le redressement avait permis de mettre en lumière le fait que la différence entre le montant du prêt accordé par la banque britannique et l'ensemble des sommes versées sous la forme de dividendes et de remboursement par le Trésor (ce qui n'aurait pas été accordé si la société américaine avait touché les dividendes), était équivalente à la rémunération du prêt, ce qui rendait le montage abusif.

**960** - Nous allons dans le cadre de l'étude de la jurisprudence nous intéresser également à l'interposition de sociétés luxembourgeoises dans le but de bénéficier des dispositions souvent avantageuses, de la convention franco-luxembourgeoise et qui permettent d'éviter ainsi le paiement, de certaines retenues à la source.

On retrouve un exemple de ces pratiques dans une affaire impliquant l'Entreprise générale de l'Est, aux droits de laquelle est venue la société Innovation et Gestion financière, qui a acquis de la société implantée au Luxembourg Trinity Finance Holdings en 1999, une participation d'un montant de 100 millions d'euros dans la société OGMF.

L'administration fiscale française, a estimé dans le cadre d'une vérification de comptabilité que le prix d'acquisition de la participation excédait la valeur réelle de cette dernière, du fait de l'absence de substance économique réelle de la société OGMF.

L'opération en cause était donc selon l'administration fiscale, constitutive d'un transfert de bénéfices au profit de la société Ascot Holdings Limited, implantée aux Seychelles, qui avait absorbé la société Trinity Finance Holding après sa dissolution.

De ce fait, l'administration a soumis le transfert en question en tant qu'avantage occulte, à la retenue à la source de 25% de l'article 119 bis, 2 du CGI, en utilisant le fondement de l'abus de droit de l'article L 64 du LPF.

Après cette prise de position, l'administration fiscale a demandé une substitution de base légale au profit de la fraude à la loi, du fait que l'interposition entre la société Entreprise générale de l'Est et la société Ascot Holdings Limited, de la société luxembourgeoise Trinity Finance Holdings, dans le cadre de la prise de participation dans le capital de la société OGMF, avait pour but exclusif, par l'utilisation des dispositions de la convention fiscale signée entre le Luxembourg et la France, d'éviter la retenue à la source de l'article 119 bis, 2 du CGI, applicable en cas de distribution d'un avantage occulte.

Selon l'administration, le montage permettait d'éviter l'impôt qui aurait dû être acquitté en l'absence de celui-ci, sur les bénéfices réalisés par la société Trinity Finance Holdings. Ainsi, selon l'administration, dans le cadre de la substitution de base légale, l'avantage fiscal obtenu dans le cadre du montage litigieux, résulte non pas d'un transfert de bénéfices ou de revenus de la société Entreprise générale de l'Est à son profit, mais d'un moindre prélèvement fiscal à raison d'une retenue à la source dont la société Entreprise générale de l'Est était en principe redevable.

En ce qui concerne l'appréciation du bénéficiaire effectif, la société Seychelloise qui avait absorbé la société dissoute, devait être regardée comme étant le bénéficiaire réel du produit des titres litigieux. Le fait que cette société soit implantée dans un Etat qui n'était

pas lié à la France par une convention fiscale, n'empêche pas le fait que l'interposition de la société luxembourgeoise, dépourvue de personnalité juridique du fait de sa dissolution, doit être regardée comme un montage purement artificiel et ce, même si le paiement a été effectué au profit de cette société<sup>1684</sup>.

**961** - Pour conclure sur la notion de bénéficiaire effectif, nous ajouterons que dans le cadre du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique (Art. 45 quater B du projet), de nouvelles mesures de lutte contre la fraude fiscale<sup>1685</sup> ont été mise en place, en attendant leur adoption définitive. Ce texte est issu de la transposition en anticipation d'une directive européenne adoptée le 20 mai 2015<sup>1686</sup>.

Cet article, vise à instaurer une obligation pour l'ensemble des sociétés immatriculées au registre du commerce et des sociétés, de publier certaines informations relatives à leurs bénéficiaires effectifs, tels qu'ils sont définis par l'article L 561-2-2 du Code monétaire et financier, c'est à dire la « *la personne physique qui contrôle, directement ou indirectement, le client ou de celle pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée* » et financier et qui vise les obligations de vigilance à l'égard de la clientèle<sup>1687</sup> et les obligations de déclaration dite de soupçon<sup>1688</sup>.

Le rôle des responsables juridiques et fiscaux des entreprises mais également de leurs conseils, va donc être de plus en plus important dans le cadre du développement de ces différentes obligations. La liste des informations à collecter au RCS et donc au greffe du tribunal de commerce, sera selon le texte, définie par décret et permettra à terme de créer un registre des bénéficiaires effectifs, ce qui permettrait à l'administration d'avoir une meilleure visibilité sur les liens capitalistiques existants au sein des sociétés et même ceux existant à l'étranger, qui sont généralement les plus difficiles à identifier.

---

<sup>1684</sup> TA Paris, 2<sup>ème</sup> sect., 1<sup>ère</sup> ch., 23 juin 2009, n°05-8263, Sté Innovation et Gestion financière ; RJF 2010 n°511.

<sup>1685</sup> P. MICHAUD, *Tracfin, blanchiment et fraude fiscale : les déclarations de soupçon. – De nouvelles obligations pour les juristes et fiscalistes*. JCP entreprises et affaires, n°42, 1967.

<sup>1686</sup> Directive 2015/849/UE du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, art. 30.

<sup>1687</sup> Art. L 561-10 du Code monétaire et financier et Art. L 561-34 pour les filiales et succursales établies à l'étranger.

<sup>1688</sup> Art. L 561-15 du Code monétaire et financier.

## **Section II : Les regroupements et les cessions**

**962** - Il est très rare aujourd'hui lorsque l'on étudie la vie des sociétés et ce, encore plus dans le cadre des groupes internationaux, que l'on n'assiste pas à la mise en place d'opérations de restructuration, qui peuvent nous le verrons être motivées pour des raisons diverses. Ces opérations, sont devenues incontournables dans un environnement économique en mouvement, il faudra donc correctement en anticiper les conséquences de ces dernière dans le cadre de la réalisation d'audits fiscaux et financiers, afin d'éviter d'éventuels contentieux pouvant s'avérer très couteux.

**963** - Dans le cadre par exemple d'une opération d'acquisition, il va falloir procéder à un audit de la société cible dans le cadre des opérations de « *due diligence* », qui vont permettre notamment de mettre en lumière les éventuelles erreurs commises par la direction précédente et ainsi éventuellement négocier avec le vendeur une réduction du prix de vente ou la mise en place de certaines garanties de passif<sup>1689</sup>.

Par ailleurs, au delà de l'aspect strictement contentieux, les audits effectués par les conseils, en partenariat avec le contribuable dans le cadre de la mise en place des opérations de restructuration, vont permettre d'anticiper au mieux les coûts de fonctionnement, liés soit à la nouvelle structure, soit à la nouvelle implantation.

**964** - Si l'on s'intéresse aux opérations d'acquisition, les audits préalables permettront dans un premier temps d'analyser la structure fiscale de la cible afin de comprendre son schéma opérationnel et notamment l'existence éventuelle d'une intégration fiscale, d'étudier sa structure de financement, de quantifier les stocks de déficits disponibles, d'anticiper les éventuelles conséquences des contentieux en cours, mais aussi de s'intéresser aux risques liés à la politique prix de transfert en place. Par ailleurs, il faudra dans un deuxième temps comprendre les spécificités liées à l'activité de la cible.

Enfin, il faudra identifier et chiffrer les éventuels passifs fiscaux latents non provisionnés, notamment dans le cadre de la gestion passée. Dans ce cadre, il faudra notamment s'intéresser aux rémunérations, à l'existence d'éventuels actes anormaux de gestion ainsi qu'aux opérations exceptionnelles.

---

<sup>1689</sup> J.-J MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 4<sup>ème</sup> éd., Francis Lefebvre, 2010,

Dans le cadre de ces opérations, l'administration fiscale sera très attentive aux schémas utilisés par les contribuables, d'autant plus que les moyens parfois limités des acquéreurs, les encouragent à utiliser dans le cadre des schémas d'acquisition, des sociétés holdings qui peuvent constituer des opérations à risque.

Une des autres difficultés des opérations de restructuration, va être liée au rôle de l'administration fiscale dans l'obtention des agréments qui vont permettre d'obtenir certaines atténuations fiscales, notamment dans le cadre des opérations de fusion et assimilées. Un des reproches adressés à l'administration dans le cadre de l'octroi de cet agrément est qu'il est discrétionnaire et accordé par une autorité dont la mission principale est de rechercher les hypothèses de fraudes ou d'abus.

Pour autant, le législateur, bien conscient de la nécessité de favoriser l'investissement et des difficultés rencontrées par les contribuables, a mis en place certains dispositifs de faveur tels que l'exonération d'impôt sur les plus-values et de droits d'enregistrement.

Nous allons donc dans un premier paragraphe voir quels sont les moyens à disposition des contribuables dans le cadre de l'optimisation de leurs opérations de restructuration (§I), puis nous verrons quels sont les mécanismes incitatifs qui permettent la reprise de société (§II).

## **§I) L'optimisation fiscale des restructurations**

**965** - Les opérations de restructurations sont aujourd'hui au cœur de la vie des entreprises et au centre de la mise en place de stratégies d'optimisation fiscale. Ces dernières, sont la conséquence de la mise en place du redéploiement ou du développement de l'activité, en fonction de l'évolution des marchés et des contraintes rencontrées par les opérateurs économiques qui peuvent, dans les situations les plus extrêmes, décider de délocaliser totalement leurs activités vers des Etats ou territoires où la fiscalité est plus avantageuse.

Bien entendu et à l'inverse de ce mouvement, les Etats vont être attentifs aux mécanismes de restructuration choisis par les contribuables, afin que ces derniers ne puissent pas être utilisés comme des moyens d'évasion fiscale venant éroder les bases d'imposition.

Ces opérations, généralement complexes du fait qu'elles vont combiner différents facteurs d'optimisation tels que les mécanismes de valorisation, les prix de transfert, l'utilisation des déficits etc., ont un impact notable sur la structure des sociétés et des

groupes. Elles vont donc influencer les flux financiers et donc la masse imposable pour l'administration fiscale.

**966** - Ces diverses problématiques, qui dépassent largement le spectre national, ont également été envisagées par les institutions internationales, puisque l'OCDE a réalisé d'importants travaux sur la notion de restructuration au cours des dernières années et a notamment défini le « *business restructuring* », comme le « *redéploiement transnational par une entreprise multinationale de ses fonctions, actifs et/ou risques* »<sup>1690</sup>. Diverses opérations peuvent donc être concernées par cette définition, allant du simple transfert de siège, à des restructurations plus globales et complexes.

Par principe pour autant, il faut toujours garder à l'esprit que les opérations de restructuration ne sont pas condamnables en principe, puisqu'elles répondent généralement à des objectifs autres que fiscaux<sup>1691</sup> et notamment à des objectifs commerciaux ou industriels, dans le but d'acquiescer, de développer ou de préserver de nouvelles parts de marchés.

On le voit, les opérations de restructuration ne pourront en principe être remises en cause, sauf dans l'hypothèse où ces dernières auraient un caractère abusif ou si elles impliquent des ETNC ou des Etats à fiscalité privilégiée (V. n°259 et s.).

Si l'on retiendra ce « *principe de légalité des opérations de restructuration* », bien souvent ces dernières, sont le moyen privilégié pour des contribuables lassés par le poids de l'impôt et les difficultés économiques d'un pays ou d'un secteur d'activité, d'aller se réfugier vers des cieux plus cléments.

Si nous l'avons vu tout au long de notre travail, il existe de nombreux moyens de lutter contre les pratiques abusives, il n'en demeure pas moins qu'il est très difficile de les remettre en cause, notamment dans le cadre du marché européen, qui prône la liberté d'établissement, ainsi que la liberté de circulation des capitaux et des personnes.

Nous allons donc voir dans un premier temps quelles sont les différentes opérations de restructurations structurelles qui peuvent être envisagées par les contribuables (A), puis, quels en sont les points d'attention particuliers (B).

---

<sup>1690</sup> OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, rapp. préc. cit.

<sup>1691</sup> On retrouve d'ores et déjà une des notions fondamentales liées à la théorie de l'abus de droit.

## **A) Les différents mécanismes de restructuration**

**967** - Les opérations de « *business restructuring* », si elles permettent de répondre à des objectifs commerciaux, industriels et financiers, ne sont pour autant pas anodines d'un point de vue fiscal et certaines d'entre elles, ont d'ailleurs un réel impact sur l'imposition des entreprises.

De manière classique, au moment où va s'opérer la restructuration, si cette dernière emporte un transfert d'actifs d'un Etat à un autre, par exemple dans le cadre d'un changement d'implantation, le premier d'entre eux va perdre sa capacité d'imposer les revenus des actifs transférés au profit du second. Afin de limiter l'impact de ce type d'opération, certaines législations imposeront les transferts de siège, comme cela serait le cas en cas de cessation d'entreprise (V. n°915 et s.).

Postérieurement à la restructuration, la réorganisation de la structure va avoir des conséquences sur les flux existants entre les structures liées dans le cadre de la politique prix de transfert. Ces opérations permettront donc également de modifier l'imposition des différentes entités et auront donc un impact sur les finances publiques des différents Etats d'implantation.

**968** - L'OCDE dans le cadre de l'étude des mécanismes de restructuration et leur impact sur les recettes fiscales des Etats, a taché d'identifier les mécanismes de restructuration ayant un impact immédiat et important sur l'imposition des entreprises.

Parmi les mécanismes utilisés on peut retrouver la transformation du distributeur en commissionnaire, la transformation d'un fabricant en sous-traitant ou en façonnier qui vont agir pour le compte d'une entité liée, ce qui va modifier l'imposition globale en déplaçant les revenus. On retrouve également la rationalisation, la spécialisation ou la centralisation de certaines activités comme l'assemblage, la R&D, la vente, ou les services intragroupe, ainsi que le regroupement de certains actifs comme les droits de propriétés ou les actifs incorporels.

Plus classiquement, les contribuables peuvent dans le cadre du développement stratégique de leurs structures, utiliser en fonction des besoins qui sont les leurs, différentes opérations de restructuration, dont nous allons ici étudier les principaux enjeux fiscaux, mais surtout les possibilités d'optimisation qui peuvent être utilisées afin d'améliorer la situation fiscale du groupe.



Par ailleurs, afin de faciliter les regroupements d'entreprises, le législateur a mis en place en faveur des opérations de fusions et assimilées, un régime de faveur qui va permettre l'obtention d'avantages fiscaux en matière d'IS, sur la distribution des bénéfices, ainsi qu'en matière de droits d'enregistrement. L'opération de restructuration devient par ce biais, intercalaire<sup>1692</sup>, l'un des avantages de ce régime de faveur est qu'il va permettre notamment de reporter la taxation des plus-values à une date ultérieure.

Pour autant, on peut identifier d'autres avantages directs liés aux opérations de restructuration, ces dernières vont par exemple limiter les coûts administratifs et comptables, du fait de la limitation du nombre de structures, ce qui va limiter les charges de secrétariat juridique, ainsi que le personnel nécessaire aux obligations fiscales, comptables ou juridiques.

Si nous n'allons pas étudier en détail dans le cadre de cette étude le régime juridique<sup>1693</sup>, nous allons voir dans un premier temps comment sont envisagées les opérations de fusion et de dissolution sans liquidation (1°), puis les scissions (2°) et enfin, les apports partiels d'actifs (3°).

## **1°) Fusions et dissolutions sans liquidation**

**969** - Dans le cadre de cette étude, nous verrons quelles sont les définitions de ces opérations, qui peuvent bénéficier le cas échéant, d'un régime de faveur (1), influencé par le droit européen (2).

### **1) Des opérations pouvant bénéficier d'un régime de faveur**

**970** - *L'opération de fusion.* La fusion est une opération par laquelle plusieurs sociétés vont se réunir afin de ne former qu'une seule et même entité. Cette opération, que l'on va retrouver définie à l'article L 236-1 du Code de commerce, va pouvoir résulter soit de la création d'une société nouvelle par différentes sociétés existantes, ou de l'absorption d'une ou plusieurs sociétés par une autre, mécanisme classiquement appelé fusion-absorption. Il est à noter que la fusion connaît également un régime dit « *simplifié* »<sup>1694</sup>, applicable dans le cas de l'absorption par une SA ou d'une SARL, ou par assimilation par

---

<sup>1692</sup> C'est à dire qu'elle n'emportera pas de conséquences fiscales.

<sup>1693</sup> Memento fusions et acquisitions, op. cit.

<sup>1694</sup> Art. L 236-11, al.2, L 226-36, al.3 et L 236-2 du Code de commerce.

une SCA<sup>1695</sup>, ou par une SAS<sup>1696</sup>, d'une ou plusieurs de ses filiales détenues à 100%. Il est à noter qu'un second régime « *simplifié* », peut être applicable, dans le cas de la détention de manière permanente par la société absorbante, de 90% au moins, des droits de vote de la, ou des sociétés absorbées<sup>1697</sup>.

Dans le cadre de l'application de ces régimes « *simplifiés* », les obligations juridiques des contribuables vont être réduites par rapport au régime normal, notamment en ce qui concerne l'approbation de l'opération par les organes sociaux ou dans l'établissement des rapports des commissaires à la fusion<sup>1698</sup>.

**971** - La dissolution sans liquidation qui est définie à l'article 1844-5 du Code civil<sup>1699</sup> va quant à elle s'avérer plus simple qu'une fusion, ou même qu'une fusion simplifiée puisqu'elle ne va pas nécessiter la conclusion d'un traité entre les deux sociétés, qu'elle va pouvoir s'effectuer sur simple décision de l'associé unique et qu'il n'est pas nécessaire de nommer un commissaire aux apports<sup>1700</sup>.

Pour autant, cette dernière présente également certains inconvénients, notamment dans le cas où l'opération engendrerait un transfert d'immeuble ; dans ce cas, la fusion sera plus avantageuse, puisqu'aucun droit d'enregistrement ni de taxe de publicité foncière ne seront dus, alors qu'en cas de dissolution sans liquidation, la taxe de publicité foncière d'un montant de 0,70% sur la valeur de l'immeuble devra être acquittée<sup>1701</sup>. En revanche, dans les opérations de fusion, il ne sera pas nécessaire de purger le droit de préemption urbaine, ce qui est conseillé au contribuable dans le cadre de la mise en place d'une dissolution sans liquidation<sup>1702</sup>.

Enfin, il faut noter que ces deux types d'opérations, vont pouvoir bénéficier d'un effet rétroactif fiscal<sup>1703</sup>, qui va avoir des conséquences à la fois sur la société absorbée, mais également sur la société absorbante.

---

<sup>1695</sup> Art. L 226-1, al. 2 du Code de commerce.

<sup>1696</sup> Art. L 227-1, al. 3 du Code de commerce.

<sup>1697</sup> ART. L 236-11-1 du Code de commerce.

<sup>1698</sup> Memento Sociétés commerciales, n°83280 et s. éd. Francis Lefebvre, 2016.

<sup>1699</sup> Mensuel Revue fiduciaire, Hors série 2012-2, restructurations d'entreprise, n°1011 et s., septembre 2012.

<sup>1700</sup> Loi n°2008-649, du 3 juillet 2008, portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire.

<sup>1701</sup> Art. 791 du CGI.

<sup>1702</sup> Revue fiduciaire, Hors-série RF 2012-2-Restructuration d'entreprise, n°1011.

<sup>1703</sup> Mensuel Revue fiduciaire, Hors série 2012-2, restructurations d'entreprise, n°1358 et s., septembre 2012.

Pour la société absorbée, cela aura une incidence sur la prise en compte des résultats réalisés en période intercalaire, puisque les opérations comptabilisées seront reprises par la société absorbante.

Pour la société absorbante, un des points d'attention au delà de la reprise des résultats de l'absorbée qui sont réalisés en période intercalaire, la difficulté va résider dans la neutralisation des opérations réciproques réalisées en période intercalaire. Ceci, notamment dans la gestion des immobilisations et des amortissements<sup>1704</sup>, ou dans le cadre du calcul de la réserve de participation<sup>1705</sup>. Il faut noter pour autant qu'il va exister des règles plus spécifiques, dans le cas des opérations de dissolution sans liquidation<sup>1706</sup> ou dans le cadre de l'existence d'une intégration fiscale<sup>1707</sup>.

S'est posée dans ce cadre, la question de la détention à 100% du capital d'une société mère d'un groupe fiscal français par une société étrangère créant en France un établissement stable, se constituant tête du nouveau groupe formé suite à la TUP de la société mère française au profit de la société étrangère.

Dans le cadre d'une décision de rescrit<sup>1708</sup>, l'administration a dans un premier temps décidé, en vertu des dispositions de l'article 223 A du CGI, qu'un établissement stable d'une société étrangère peut se constituer société mère intégrante et être le seul redevable de l'IS dû par lui même et les sociétés dont les titres sont inscrits à son bilan. Ceci, nécessite en revanche qu'il soit détenu par la société étrangère, qui détient donc indirectement les sociétés filiales et remplisse au travers de son établissement stable, les conditions prévues par l'article 223 A du CGI afin d'acquérir le statut de tête de groupe.

La tolérance ainsi dégagée permettant à l'opération de bénéficier d'un effet rétroactif fiscal au premier jour de l'exercice en cours lors de l'opération, ne peut s'appliquer en revanche, si l'établissement stable est établi ou constitué dans un ETNC.

**972 - L'application du régime de faveur.** Si l'application des conséquences de la cessation d'entreprise peut se révéler couteuse pour les contribuables d'un point de vue fiscal, le législateur, a mis en place dans le cadre des opérations de restructuration un régime de faveur encourageant la neutralité de l'opération.

---

<sup>1704</sup> BOI-IS-FUS-40-10 n°1 et s.

<sup>1705</sup> BOI-IS-FUS-40-30 n°1 et s.

<sup>1706</sup> BOI-IS-FUS-40-40 n°1 et s.

<sup>1707</sup> BOI-IS-FUS-40-50 n°1 et s.

<sup>1708</sup> Rescrit, 2 aout 2011, n°2011/24.

En effet, à la lecture des dispositions du CGI et en particulier celles de l'article 221-2 (V. n°915), on se rend compte que la fusion absorption d'une société, va entraîner pour cette dernière, comme en cas de dissolution, l'application des conséquences fiscales de la cessation d'entreprises.

Par ailleurs, il faut souligner que les déficits fiscaux de la société qui est absorbée, et qui auraient pu normalement être reportés, vont, en dehors de l'application du régime de faveur, tomber en non valeur.

Le régime de faveur est codifié l'article 210-0 A du CGI<sup>1709</sup>, il va s'appliquer aux opérations par lesquelles une ou plusieurs sociétés vont transmettre, « *par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une autre société* », contre l'attribution de titres de la société absorbante. Cette attribution peut être le cas échéant, complétée par une soulte qui ne devra pas dépasser 10% de la valeur nominale des titres reçus<sup>1710</sup>. Le régime s'appliquera également à ces mêmes opérations, lorsqu'il ne sera pas procédé à un échange de titres de la société absorbante, dans l'hypothèse où ces titres vont être détenus par la société absorbante ou par la société absorbée.

Il faut également souligner sur ce point que l'article 54 septies du CGI, indique que l'absorbée et l'absorbante, vont devoir joindre à leur déclaration de résultat, un état de suivi des différentes valeurs comptables et fiscales des éléments transmis à l'occasion de l'opération de fusion. L'absorbante va ainsi devoir tenir un registre des valeurs retenues pour les différents éléments non amortissables sur lesquels sera dégagée une plus-value à l'occasion de la fusion.

Enfin, l'administration va également exiger que l'opération soit réalisée à la valeur comptable<sup>1711</sup>.

**973** - Nous noterons pour conclure que les opérations de fusions impliquant des sociétés assujetties à l'IS, sont soumises, en vertu des dispositions de l'article 816 du CGI, au droit fixe de 375 euros ou de 500 euros si le capital est supérieur à 225 000 euros et ce, même si l'opération ne bénéficie pas du régime de faveur.

Les dissolutions sans liquidation, qui pas assimilées à des opérations de fusions au sens des droits d'enregistrement et ce, même si elles le sont du point de vue de l'IS, et qui

---

<sup>1709</sup> Modifié par Décret n°2012-653 du 4 mai 2012, art. 1.

<sup>1710</sup> BOI-IS-FUS-50-20 n°10 et s.

<sup>1711</sup> BOI-IS-FUS-30-20 n°10.

entraînent une transmission d'immeubles, sont soumises à la taxe de publicité foncière égale à 0,60% de la valeur des immeubles transférés.

## 2) L'influence du droit européen

974 - Si favoriser les opérations de restructuration sur le plan national est évidemment nécessaire pour le développement du tissu économique, cela ne s'avère pas suffisant dans un contexte économique mondialisé. De ce fait, la législation européenne, a eu un impact majeur sur les législations nationales, afin de préserver la bonne application des libertés fondamentales européennes et a donc permis l'application du régime de faveur aux opérations d'absorption d'une société française par une société étrangère<sup>1712</sup>.

La directive fusion, précise ainsi dans son article 4, que ces opérations ne doivent entraîner aucune imposition des plus-values déterminées en calculant la différence entre la valeur réelle des actifs et des passifs transférés et leur valeur fiscale, si ces divers éléments sont rattachés dans le suivi de l'opération, à un établissement stable de la société absorbante.

La directive a donc posé un principe de neutralité fiscale des fusions et des opérations assimilées entre des sociétés implantées dans des Etats membres différents. Ce principe de neutralité sera donc applicable aux opérations d'apports partiels d'actifs, aux scissions, scissions partielles, à certaines opérations d'échange d'actions, ainsi qu'à la filialisation d'établissements stables.

Afin de réaliser cet objectif, la CJUE<sup>1713</sup> a indiqué que les Etats membres devaient mettre en œuvre dans leur législation, l'ensemble des objectifs poursuivis par la directive et ce, dans le respect du principe de sécurité juridique, c'est à dire que les textes mis en place doivent être précis clairs et prévisibles.

Par ailleurs, ces derniers ne doivent pas subordonner le bénéfice du sursis d'imposition à des conditions qui viendraient s'ajouter à celles qui sont prévues dans le cadre de la directive<sup>1714</sup>.

---

<sup>1712</sup> Directive 2009/133/CE, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports partiels d'actifs, échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre.

<sup>1713</sup> CJUE, 5<sup>ème</sup> ch., 18 octobre 2012, aff. C-603/10, Pelati d.o.o ; Dr. fisc. 2012, n°43, act. 413 ; Europe 2012, comm. 493, note A.-L. MOSBRUCKEER ; RJF 2013, n°125. V. E. RAINGEARD DE LA BLETIERE, *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2012*, Dr. fisc. 2013, n°9, 169.

<sup>1714</sup> CJCE, aff. 285/07 11 décembre 2008, A.T ; RJF 2009, n°421.

Bien entendu, dans un cadre législatif européen limité et où la fiscalité est surtout une affaire nationale, les contribuables peuvent se retrouver face à certaines difficultés, notamment dans le cadre de l'interprétation des normes en vigueur. De ce fait, dans l'hypothèse où un Etat membre aurait comme c'est le cas pour la France, décidé au moment de la transposition de la directive, de traiter sur un pied d'égalité les opérations nationales et les opérations impliquant une société implantée à l'étranger, la CJUE, va demeurer compétente dans l'interprétation de la norme nationale<sup>1715</sup>, ce qui ne serait pas le cas dans la situation inverse, où elle pourra simplement interpréter le droit national à la lumière de sa conformité au droit européen.

Cette approche, a été validée par le Conseil d'Etat dans le cadre d'une affaire mettant en cause une opération de dissolution sans liquidation entre deux sociétés françaises<sup>1716</sup>. Pour autant, il a jugé que la directive ne pouvait pas conduire à interpréter un texte clair à contrario de sa lettre<sup>1717</sup>. Enfin, le Conseil d'Etat a jugé récemment qu'il n'était pas possible pour les contribuables, d'invoquer la non conformité d'un texte clair par rapport à la directive<sup>1718</sup> et ce, à propos des conditions d'application du régime de faveur des fusions et notamment aux engagements à prendre pour la société absorbante.

Il est à noter sur ce point que le régime de faveur, est également applicable aux opérations qui impliquent une société française et une société implantée en dehors de l'UE, si la société étrangère est implantée dans un Etat ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative.

**975 -** Dans la pratique, le bénéfice des dispositions de l'article 210-0 A du CGI dans le cadre de ces opérations transnationales, va nécessiter l'obtention d'un agrément tel qu'il est défini à l'article 210 C, 2 du CGI et dans les conditions qui sont prévues à l'article 210 B, 3 du même Code.

---

<sup>1715</sup> CJCE, plén., 17 juillet 1997, aff. C-28/95, Leur-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 ; Rec. CJCE 1997, I, p. 4161 ; RJF 1997, n°1002.

<sup>1716</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 juin 2011, n°314667, Sté Finaparco, préc. cit.

<sup>1717</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 janv. 2013, n°346683, Sté Ambulances de France ; Dr. fisc. 2013, n°10, comm. 185, concl. C. LEGRAS, note O. FOUQUET ; RJF 2013, n°392, chron. E. BOKDAM-TOGNETTI, p. 331 ; BGFE 2013, n°2, p. 7, obs. Ph. DURAND.

<sup>1718</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 janvier 2016, n°376980, SARL Essonne Bennes Services (EBS) ; Dr. fisc. 2016, n°18-19, comm. 314, concl. E. BOKDAM TOGNETTI, note D. BILLET ; FR 8/16, inf. 1 p. 2.

La directive n'abordant pas la question de cet agrément, les Etats sont tenus de respecter le principe d'effectivité du droit européen, c'est à dire qu'ils ne doivent pas rendre impossible la réalisation de ces opérations<sup>1719</sup>.

Sur ce point, il faut noter que le Conseil d'Etat a transmis à la CJUE, une question préjudicielle portant sur la conformité au droit européen de la nécessité d'obtenir un agrément, en amont de la réalisation d'une opération d'apport à une société étrangère afin que cette dernière puisse bénéficier du régime de faveur<sup>1720</sup>.

Afin de pouvoir en bénéficier, la société étrangère absorbante devra posséder en France, un établissement stable qui devra avoir inscrit à son bilan, les actifs qui étaient jusqu'alors la propriété de la société absorbée. La nécessité d'établir en France une installation fixe d'affaire, implique que l'administration va refuser l'agrément lorsque l'absorbante étrangère est une holding pure.

## 2°) Les scissions

**976 - Définition des opérations.** La scission, est définie l'article L 236-1 du Code de commerce, comme visant à scinder le patrimoine de sociétés en plusieurs fractions, qui vont être transmises simultanément à plusieurs sociétés créées ou préexistantes. On retrouve également une définition de la scission dans le cadre des dispositions de l'article 210-0 A du CGI qui les définit comme les « *opérations par lesquelles la société scindée transmet, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, moyennant l'attribution aux associés de la société scindée, proportionnellement à leurs droits dans le capital, de titres des sociétés bénéficiaires des apports et, éventuellement, d'une soulte ne dépassant pas 10% de la valeur nominale de ces titres* ».

**977 - Le bénéfice du régime de faveur.** Les scissions, vont pouvoir également bénéficier du régime de faveur des fusions. Le bénéfice de ce dispositif sera accordé de plein droit

---

<sup>1719</sup> CJCE, 5<sup>ème</sup> ch., 11 juillet 2002, aff. C-62/00, Marks & Spencer plc c/ Commissioners of Customs & Excise ; Rec. CJCE 2002, I, p. 6325, concl. L. A. GEELHOED, pts 14 à 16 ; Europe 2002, comm. 317, obs. A. RIGAUX et D. SIMON ; JCP E 2002, 119.

<sup>1720</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 décembre 2015, n°369311, Sté Euro Park Service, venant aux droits et obligations de la Sté Cairnbulg Nanteuil ; Dr. fisc. 2016, n°13, comm. 258, concl. F. ALADJIDI, note A. DE WAAL.

lorsque toutes les sociétés bénéficiaires de la scission vont recevoir une ou plusieurs branches complètes d'activité et que les associés de la société qui va être scindée, vont s'engager à conserver pendant une durée de 3 ans, les titres émis en rémunération des apports à proportion de leurs droits dans le capital.

Néanmoins, l'obligation de conservation des titres ne sera exigée que des associés qui détiennent à la date de l'approbation de la scission dans le capital de la société scindée, au moins 5% des droits de vote, ou qui ont exercé dans cette dernière durant les 6 mois qui vont précéder la réalisation de l'opération, directement ou indirectement des fonctions de direction, d'administration, de surveillance et ont détenus individuellement au moins 0,1% des droits de vote dans la société.

Il est à noter que dans le cadre des scissions, la notion de branche complète d'activité est plus restrictive que dans le cadre des apports partiels d'actifs, puisque les marques et immeubles pourront exclusivement être transférés en pleine propriété et que les apports de titres ne pourront pas être assimilés à une branche complète d'activité.

**978 - Les spécificités de la scission partielle.** Cette opération, est prévue à l'article 115, 2 du CGI, elle consiste à réaliser dans un premier temps un apport partiel d'actif, puis dans un second temps, à attribuer aux associés de la société apporteuse, les titres reçus en rémunération de l'apport dans l'année qui va suivre la réalisation de l'opération.

Ce dispositif, est également conforme à ce que l'on va retrouver dans le cadre du droit communautaire puisque la directive fusion qualifie de scission partielle, « *l'opération par laquelle une société transfère, sans être dissoute, une ou plusieurs branches d'activité à une ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles, en laissant au moins une branche d'activité dans la société apporteuse, en échange de l'attribution à ses associés, au prorata, de titres représentatifs du capital social des sociétés qui bénéficient des éléments d'actif et de passif et, éventuellement, d'une soulte en espèce ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de ces titres* ».

Si cette opération nécessite l'obtention de l'agrément de l'administration, qui sera accordé en contrepartie de l'engagement des associés (V. supra), certains d'entre eux pourront en être dispensés s'ils n'exercent pas de rôle actif dans la gestion, l'administration ou le contrôle de la société apporteuse. En sont également dispensés, les titulaires de moins de 5% des droits de vote s'ils ne sont pas représentés au conseil d'administration.



**979 -** *L'utilité de l'intégration fiscale dans le cadre des restructurations.* Dans l'hypothèse où serait mise en place une opération de restructuration entre sociétés intégrées, il ne sera pas nécessaire de solliciter un agrément pour l'obtention du droit au transfert des déficits, ce dernier sera simplement nécessaire dans le cadre de l'éventuel transfert des déficits antérieurs à l'intégration.

Un autre avantage de l'intégration fiscale est que la notion de changement d'activité, qui peut avoir d'importantes conséquences d'un point de vue fiscal, n'existe pas dans le périmètre du groupe.

En revanche, en vertu des dispositions de l'article 223 S du CGI<sup>1721</sup>, si une société mère considérée comme une holding pure, absorbe l'ensemble des sociétés du groupe, cela entraînera un changement d'activité de la société mère, cette dernière perdra donc le droit au report du déficit d'ensemble.

Par ailleurs, si la société mère du groupe intégrée est l'objet d'une scission ou d'une absorption totale ou partielle, il va être possible du fait des dispositions de l'article 223 I du CGI, de transférer sous réserve de l'obtention d'un agrément, le déficit d'ensemble du groupe. Pour cela, les opérations devront être datées de manière rétroactive à la date de l'ouverture de l'exercice au cours duquel elles sont intervenues et un nouveau groupe devra être créé par la nouvelle société mère, à compter de la date d'ouverture de l'exercice durant lequel est intervenue l'opération.

Le déficit ainsi transféré, va devenir un déficit propre de la nouvelle société mère, ce dernier pourra être réalloué aux différentes sociétés qui en sont à l'origine, en application du mécanisme de la base élargie que l'on retrouve à l'article 223 I, E du CGI<sup>1722</sup>.

Enfin, le déficit reportable du groupe va pouvoir s'imputer sur les bénéfices qui seront réalisés par des sociétés qui viendront rejoindre le périmètre du groupe.

### **3°) Les apports partiels d'actif**

**980 -** *La définition de l'apport partiel d'actif.* Contrairement aux autres opérations de restructuration, l'apport partiel d'actif n'est pas défini clairement par la loi, il correspond à l'opération par laquelle d'une société va faire l'apport à une autre société, que cette

---

<sup>1721</sup> Modifié par Loi n°2015-1786, de finances rectificative pour 2015 du 29 décembre 2015, art. 40.

<sup>1722</sup> Modifié par Loi n°2015-1786, préc. cit.

dernière soit nouvelle ou existante, d'une partie de ses éléments d'actifs, en recevant en contrepartie de cet apport, des titres émis par la société qui a bénéficié de l'apport.

L'opération d'apport va pouvoir porter sur un ou plusieurs éléments isolés comme des immeubles ou des titres de portefeuille, ou encore sur un ensemble de biens comme les éléments d'actifs et de passifs, qui vont constituer une branche d'activité déterminée. Dans ce dernier cas, l'opération va pouvoir bénéficier du régime de faveur des fusions, si la société apporteuse, prend l'engagement dans le traité d'apport, d'une part, de conserver les titres reçus en rémunération de l'apport pour une durée de trois ans et d'autre part, de calculer les plus-values de cessions à venir de ces titres, en prenant en considération la valeur fiscale que les biens apportés avaient chez la société apporteuse. Il est à noter que le droit français retient les mêmes définitions que le droit européen, notamment en ce qui concerne la notion de branche complète d'activité et ce, tout aussi bien du point de vue de l'IS que des droits d'enregistrement.

Dans ce cadre, la branche complète d'activité<sup>1723</sup>, s'entend comme un ensemble pouvant faire l'objet d'une exploitation autonome, tout aussi bien chez la société apporteuse que chez la société bénéficiaire de l'apport<sup>1724</sup>.

La branche doit donc comprendre tous les éléments incorporels qui vont pouvoir garantir les débouchés commerciaux, et notamment la clientèle. Si ce n'est pas le cas, il faudra que soient conclus des contrats qui permettront la commercialisation des produits ou des prestations réalisées pour une durée minimale de cinq ans<sup>1725</sup>.

Si un transfert de marque est mis en place dans le cadre de l'opération d'apport partiel d'actif, il devra se faire en pleine propriété, sauf dans l'hypothèse où il existerait plusieurs utilisateurs auquel cas, le contribuable devra mettre en place des contrats de licence d'utilisation, pour une durée qui ne peut être inférieure à dix ans<sup>1726</sup>. Autrement dit, il ne sera pas possible de mettre en place un droit d'usage précaire, le Conseil d'Etat a d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer en ce sens dans le cadre de l'apport d'une activité de franchise<sup>1727</sup>. Il en est de même pour les constructions en cours, ces dernières devront être transférées ou données à bail, les immeubles exploités dans le cadre d'un contrat de

---

<sup>1723</sup> Dans le cadre de la directive fusion, la branche complète d'activité est définie comme « l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constituent, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire, un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens ».

<sup>1724</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juillet 2005, n°259052, Sté B.L ; Rec. CE 2005, p. 371 ; Dr. fisc. 2006, n°8, comm. 191, concl. L. OLLEON ; Dr. sociétés 2005, comm. 204, note J.-L. PIERRE ; RJF 2005, n°1170.

<sup>1725</sup> BOI-IS-FUS-20-20 n°260.

<sup>1726</sup> Instr. 3 août 2000, BOI 4 I-2-00.

<sup>1727</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 décembre 2013, n°346809, min. c/ Sté Promo Art ; Dr. fisc. 2014, n°9, comm. 184, concl. E. CREPEY, note Ch. MENARD.

location ou de crédit-bail, devront quant à eux faire l'objet d'un transfert de contrat ou d'une sous-location<sup>1728</sup>.

En ce qui concerne les actifs circulants, les obligations de transfert vont dépendre des circonstances de faits, puisque seuls devront être transférées, les éléments essentiels à l'exploitation<sup>1729</sup>, le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation, ont ainsi jugé, qu'il n'était pas nécessaire de transférer les créances lorsque ces dernières n'étaient pas nécessaires au fonctionnement de l'exploitation<sup>1730</sup>. Cet élément est essentiel, puisque la CJCE a eu l'occasion de juger que le transfert de dettes résultant d'une émission d'obligations sans l'apport de la trésorerie liée à ces dettes, ne pouvait pas suffire à qualifier l'opération d'apport, comme portant sur une branche complète d'activité<sup>1731</sup>.

Dans les faits, il faudra que les contribuables s'assurent dans le cadre de l'opération d'apport, que ce dernier puisse permettre de couvrir l'ensemble des besoins en fonds de roulement de la société qui va bénéficier de l'apport.

Sur ce point, seuls les actifs et passifs liés à l'activité doivent obligatoirement être transférés, les éléments communs devant faire l'objet d'une répartition au prorata entre les structures parties à l'opération. Il faut souligner sur ce point que les passifs généraux liés par exemple aux emprunts bancaires et aux services administratifs communs, vont pouvoir rester chez la société apporteuse<sup>1732</sup>

Dans le cadre de l'opération de transfert, vont devoir également être transférés, les contrats de travail des salariés nécessaires à la poursuite autonome de l'activité exercée par la branche<sup>1733</sup>, à défaut, un agrément va devoir être sollicité. Sur ce point, le transfert du personnel nécessaire sera différent en fonction des nécessités liées à l'activité exercée. Ainsi, pour un laboratoire de recherche, le transfert va nécessiter principalement de

---

<sup>1728</sup> Instr. 3 août 2000, BOI 4 I-2-00.

<sup>1729</sup> CE, 27 juillet 2005, n°259052, préc. cit.

<sup>1730</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 juin 2013, n°337137, Sté Fresenius Medical Care Groupe France et Sté Fresenius Medical Care France : Dr. fisc. 2013, n°40, comm. 458 ; RJF 2013, n°974 ; BDCF 2013, n°106, concl. D. HEDARY ; FR 10/13, inf. 812 ; Cass. com., 15 mai 2012, n°11-17.972, P+B, DGFIP c/ Sté Bruijnse expert-comptable ; RJF 2012, n°874.

<sup>1731</sup> CJCE, 15 janv. 2002, aff. C-43/00, Endersen og Jensen ApS ; Dr. fisc. 2002, n°28, comm. 602 ; Dr. sociétés 2002, comm. 103, note J.-L. PIERRE ; Bull. Joly Sociétés 2002, § 75, note A. COLONNA D'ISTRIA et C. VALENTIN ; Les petites affiches 2002, n°98, note E. MEIER ; RJF 2002, n°458 ; BDCF 2002, n°55, concl. A. TIZZANO. V. P. DIBOUT, *Le régime fiscal français des fusions et opérations assimilées sous la lumière de la directive du 23 juillet 1990 (à propos de l'arrêt de la CJCE « Andersen og Jensen » du 15 janvier 2002)*, Dr. fisc. 2002, n°27, 24.

<sup>1732</sup> BOI-IS-FUS-20-20 n°220 et 240.

<sup>1733</sup> Instr. 3 août 2000, BOI 4 I-2-00.

transférer les chercheurs, alors que le personnel à transférer sera plus important dans le cadre d'une activité de restauration<sup>1734</sup>.

Nous noterons également que si le contribuable veut faire l'apport d'une activité exercée sous la forme de la location gérance, cette dernière ne pourra bénéficier du régime de faveur, que si l'apport est effectué au profit du locataire gérant<sup>1735</sup>.

Dans une situation internationale, les apports de branche complète d'une société étrangère au profit d'une société française, vont pouvoir sur agrément, bénéficier du régime de faveur dans les mêmes conditions que pour les fusions (V. n°970 et s.).

Concernant les droits d'enregistrement, les apports de branches complètes sont soumis au droit fixe de l'article 817 du CGI ; qu'ils aient ou non bénéficié d'un agrément.

**981** - Afin de conclure sur ce point, nous noterons que les apports de titres vont être assimilés à l'apport d'une branche complète d'activité, dès lors que ces derniers vont représenter plus de 50% du capital de la société dont les titres vont faire l'objet de l'apport (ce seuil étant apprécié pour l'ensemble des apporteurs), ou, que les titres apportés vont permettre au bénéficiaire, d'avoir le contrôle sur la société dont les titres sont apportés, le contrôle s'appréciera par l'importance de la détention des droits vote, il nécessitera classiquement dans les faits une détention d'au moins 30%.

Lorsque l'apport de titres concerne un GIE, on considérera qu'il correspondra à l'apport d'une branche complète d'activité, si les titres apportés permettent d'exercer le contrôle du GIE et que l'activité exercée par ce dernier peut être considérée comme autonome<sup>1736</sup>.

Dans le cadre de situations internationales, les apports de titres effectués au profit de sociétés étrangères, peuvent bénéficier du dispositif de faveur, après l'obtention de l'agrément. La société apporteuse française devra s'engager comme dans le cadre des opérations nationales, à conserver les titres de la société étrangère reçus en rémunération de l'apport pendant trois ans. La société étrangère bénéficiaire de l'apport, devra quant à elle s'engager à conserver les titres apportés aussi longtemps que la société française conservera les titres de la société bénéficiaire de l'apport.

---

<sup>1734</sup> CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., avis, 13 juillet 2012, n°358931, SAS Ondupack ; Dr. sociétés 2012, comm. 175, note J.-L. Pierre ; Dr. fisc. 2012, n°39, comm. 452, concl. B. BOHNERT, note Th. MASSART ; RJF 2012, n°986 ; BDCF 2012, n°123 ; V. D. Roche, *La notion de branche complète d'activité*, Dr. fisc. 2013, n°30-35, comm. 385.

<sup>1735</sup> BOI-IS-FUS-20-20, n°280.

<sup>1736</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 1<sup>er</sup> mai 2012, n°325370, Sté GDF Suez Energie Services ; Dr. fisc. 2012, n°39, comm. 453, concl. D. HEDARY, note M. CHADEFaux ; RJF 2012, n°806 ; BDCF 2012 n°99 ; BGFE 2012, n°5, p. 1, obs. Ph. DURAND.

**982** - *L'avantage du recours à l'intégration fiscale.* Dans le cadre des opérations d'apports partiels d'actifs, l'intégration fiscale va également permettre d'éviter l'obligation de calculer selon leur valeur comptable, pour les apports effectués entre sociétés placées sous contrôle commun.

En effet, si la rémunération des apports a été calculée par le contribuable à la valeur réelle, il n'y a pas de conséquence négative dans le cadre d'un apport à la valeur comptable, dès lors que l'immobilisation et les sociétés concernées ne sortiront pas du périmètre du groupe<sup>1737</sup>. En d'autres termes, la plus-value qui ne sera pas dégagée de manière comptable, sera imposée au niveau de la société apporteuse et neutralisée dans le cadre du calcul du résultat d'ensemble<sup>1738</sup>, elle sera imposable au moment de la sortie du groupe, de l'immobilisation ou d'une des sociétés concernées par l'opération.

## **B) Les points d'attention fiscaux des opérations de restructuration**

**983** - La mise en place d'une opération de restructuration quelque soit sa nature, est une étape délicate pour les entreprises, qui peut être une source de contentieux. En effet, l'administration fiscale, étudie généralement avec attention ces opérations qui sont identifiées comme un moyen de réduire la charge fiscale des entités parties à l'opération. Nous allons donc étudier dans un premier temps les principales problématiques fiscales que l'on peut rencontrer dans le cadre de la réalisation d'une fusion, (1°), dont le régime a peu à peu été transposé aux autres opérations de restructuration (2°).

### **1°) Les principales problématiques fiscales liées aux fusions**

**984** - La mise en place d'une opération de fusion, doit être étudiée avec attention par les contribuables et leurs conseils afin que cette dernière ne puisse pas être remise en cause par l'administration fiscale. Nous allons étudier ici les points d'attention rencontrés dans le cadre de l'application du régime de faveur (1), la problématique de la gestion des déficits (2), l'existence éventuelle d'un mali technique (3), mais également, les spécificités de la fusion rapide (4).

---

<sup>1737</sup> BOI-IS-GPE-50-50-10 n°330 à 360.

<sup>1738</sup> Art. 223 F du CGI.

## 1) Les points d'attention liés à l'application du régime de faveur

**985** - Afin d'éviter l'application de la cessation d'entreprise, le législateur a nous l'avons vu, mis en place le régime de faveur de l'article 210 A du CGI, qui va permettre aux contribuables procédant à des opérations de restructuration, d'éviter l'imposition des plus-values latentes, constatées à cette occasion sur les actifs de la société absorbée.

Ce dernier dispose que les « *les plus-values nettes et les produits dégagés sur l'ensemble des éléments d'actifs apportés du fait d'une fusion ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés* », il en est de même pour la plus-value issue de l'annulation des actions ou parts de son propre capital reçues ou représentant des droits dans la société qui est absorbée. De même, si la société absorbante avait acquis des titres de l'absorbée dans les deux ans qui ont précédé la fusion, la moins-value court terme réalisée sur ces titres suite à leur annulation, n'est pas déductible.

Dans un deuxième temps, il est important de souligner que les provisions figurant au bilan de la société absorbée ne seront soumises à l'IS que si ces dernières deviennent du fait de la fusion, sans objet.

Afin que ces dispositions soient applicables, la société absorbante va devoir prendre certains engagements dans le cadre du traité de fusion<sup>1739</sup>.

Elle doit tout d'abord reprendre dans son passif, les provisions dont l'imposition est différée et deuxièmement, la réserve spéciale dans laquelle la société absorbée a porté les plus-values long termes, antérieurement soumises aux différents taux réduits ainsi que la réserve où ont été portées les éventuelles provisions pour fluctuation des cours.

La société absorbante va également devoir se substituer à l'absorbée dans la réintégration des résultats dont la prise en compte avait été différée, elle va devoir calculer les plus-values réalisées ultérieurement dans le cadre de la cession des immobilisations non amortissables qui ont été apportées, d'après la valeur retenue dans les écritures de la société absorbée.

Par ailleurs, la société absorbante va devoir réintégrer dans son bénéfice imposable les plus-values dégagées de l'apport des biens amortissables. La réintégration des plus-values sera effectuée par parts égales sur une période de quinze ans pour les constructions, les

---

<sup>1739</sup> Le Conseil d'Etat a récemment jugé que l'obligation légale qui impose à la société absorbante l'obligation de mentionner ses engagements dans l'acte de fusion n'est pas contraire au droit communautaire et plus particulièrement à la directive fusion ; CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 janvier 2016, n°376980, SARL Essonne Bennes Services (EBS), préc. cit.

plantations et les aménagements de terrains amortissables. Dans les autres cas, la réintégration va s'effectuer par parts égales sur une période de cinq ans. Lorsque le total de ces plus-values excède 90% de la plus value-nette globale sur éléments amortissables, la réintégration de ces plus-values sera effectuée par parts égales sur une période égale à la durée moyenne pondérée d'amortissement de ces différents biens. Cependant, il faut souligner que la cession d'un bien amortissable, va entraîner l'imposition immédiate de la fraction de la plus-value afférente à ce bien qui n'a pas encore été réintégrée. En contrepartie, les amortissements et les plus values ultérieures afférents aux éléments amortissables sont calculés d'après la valeur qui leur est attachée au moment de l'apport. La société absorbante, va également devoir inscrire à son bilan les éléments autres que les immobilisations, à la valeur retenue d'un point de vue fiscal dans les comptes de l'absorbée. A défaut, elle va devoir intégrer dans ses résultats de l'exercice durant lequel va intervenir l'opération, le profit correspondant à la différence entre la valeur nouvelle de ces éléments et leur valeur chez l'absorbée d'un point de vue fiscal.

## **2) La problématique de la gestion des déficits**

**986** - Cette problématique n'est pas ignorée des textes et va être envisagée par l'article 209, II du CGI, qui va permettre de transférer les déficits constatés chez l'absorbée vers la société absorbante, sous la condition qu'un agrément de l'administration soit obtenu, afin que l'opération puisse bénéficier du régime de faveur de l'article 210 A du CGI.

Dans le cadre de l'adoption de la deuxième loi de finances rectificative pour 2012<sup>1740</sup>, le législateur a précisé que dans le cadre dans l'obtention de l'agrément de l'administration, il était nécessaire que l'activité source des déficits, puisse être poursuivie par l'absorbante pendant une durée minimale de trois ans, sans que des changements significatifs ne soient constatées, en terme d'emploi, de moyens d'exploitation mis à disposition, de clientèle mais également de volume d'activité<sup>1741</sup>. Par ailleurs, cette loi a également souligné que les déficits objets du transfert, ne pouvaient provenir d'une activité de gestion de patrimoine mobilier, exercée par des sociétés dont l'actif serait composé principalement de participations financières, ni d'une activité de gestion immobilière.

---

<sup>1740</sup> Loi n°2012-958, préc. cit. art. 12.

<sup>1741</sup> On a vu dans ce dispositif, un moyen de limiter les opérations de restructuration mises en place dans un but de délocalisation à terme des actifs ou des ressources.

**987** - Cet agrément lié au transfert des déficits, va également pouvoir être obtenu dans le cadre des scissions et des apports partiels d'actifs. Les déficits transférés, seront en revanche seulement ceux qui sont liés à la branche d'activité transférée, identifiés grâce à la comptabilité analytique de l'apporteuse.

Dans le cadre d'une opération d'apport partiel d'actif, la société apporteuse va pouvoir décider de conserver les déficits en lien avec la branche d'activité qui est transférée, il faudra néanmoins prendre garde à ce que dans l'hypothèse où la société apporteuse conserve ses déficits, l'opération, n'emporte pas pour elle un changement d'activité, ce qui impliquerait qu'elle ne pourrait pas utiliser les déficits non transférés dans le cadre de cette opération.

Dans l'hypothèse inverse, c'est à dire lorsque l'apporteuse va décider de transférer ses déficits, le montant de ces derniers n'est pas fixé de manière définitive, c'est à dire que la société absorbante pourra, dans le délai légal de réclamation<sup>1742</sup>, demander à ce que ce montant soit majoré, notamment lorsque la société absorbée n'a pas déclaré certaines charges au cours des exercices antérieurs à l'opération de restructuration<sup>1743</sup>.

Enfin, nous noterons sur ce point que la part des intérêts non déductibles mais reportables sur les exercices ultérieurs telle qu'elle ressort des dispositions de l'article 212 du CGI (V. n°252 et s.), va suivre le même régime que les déficits reportables en avant et vont donc pouvoir dans l'hypothèse de l'accord de l'agrément, être transférés à la société absorbante ou bénéficiaire des apports.

### **3) L'existence éventuelle d'un mali technique**

**988** - On peut identifier un mali lorsqu'il va exister une différence négative entre le montant de l'actif net transmis par la société absorbée et le montant pour lesquels les titres de la société absorbée ont été inscrits au bilan de la société absorbante. Une des difficultés de ce point est liée à l'éventuelle subdivision de ce mali.

Le mali technique, va donc correspondre à une perte non économique et apparaître lors d'opérations réalisées à la valeur comptable<sup>1744</sup>, il sera égal au montant des plus-values

---

<sup>1742</sup> Le délai s'achève au 31 décembre de la deuxième année suivant l'événement motivant la réclamation. En cas de rectification, ce délai est prolongé jusqu'au 31 décembre de la troisième année au cours de laquelle est intervenue la rectification.

<sup>1743</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 4 février 2015, n°365269, Sté Score-DDB venant aux droits de la Sté Piment ; Dr. fisc. 2015, n°12, comm. 222, concl. F. ALADJIDI, note R. POIRIER.

<sup>1744</sup> Règlement comptable CRC n° 2004-06 du 4 mai 2004.



latentes qui existent sur les actifs de la société absorbée, diminué des passifs non comptabilisés chez cette dernière et ce, à hauteur de la participation détenue par l'absorbante.

Le mali économique, représente quant à lui le solde du mali qui ne peut être considéré comme un complément de dépréciation de la participation dans l'absorbée.

**989** - D'un point de vue comptable, le mali technique est obligatoirement immobilisé alors que le mali économique est considéré comme une charge. D'un point de vue fiscal, lorsque l'opération est placée sous le régime de faveur, le mali technique ne pourra pas être déduit.

Le mali économique, selon la nature des titres annulés, constituera une moins-value non déductible si l'on est en présence de titres de participations détenus depuis au moins deux ans exonérés, une moins-value long terme si la l'absorbée est une société à prépondérance immobilière cotée dont les titres sont détenus depuis plus de deux ans, ou une perte déductible pour l'absorbante dans les autres cas. Ce dernier point doit être nuancé par certaines dispositions du CGI. En effet, si les titres de l'absorbée ont été acquis depuis moins de deux ans avant l'opération de fusion, la moins-value court-terme ne sera pas déductible à hauteur du produit des titres ouvrant droit au régime mère-fille au cours de l'exercice et des cinq exercices précédents.

#### **4) La problématique des fusions rapides**

**990** - Ce type de fusion, très utilisé dans les opérations de LBO (V. n°764 et s.), consiste à ce que le véhicule d'acquisition, qui s'est endetté dans le but d'acquérir les titres de la société cible, absorbe ou se fasse absorber par cette dernière, peu de temps après l'acquisition, ce qui offre certains avantages au contribuable.

Les premiers d'entre eux vont être financiers, en effet, la fusion va permettre de servir rapidement la dette d'acquisition, par un accès direct à la trésorerie de la cible. Les seconds, vont être fiscaux, puisque la fusion rapide va permettre l'imputation des bénéfices de la cible sur les intérêts courus sur la dette d'acquisition, ce qui va réduire le montant de l'IS. Elle est également une bonne alternative à l'intégration fiscale, lorsque le seuil des 95% de détention n'est pas atteint.

Ce type d'opération, a été remis en cause par l'administration fiscale par l'utilisation du mécanisme de l'abus de droit ou de l'acte anormal de gestion, soit du fait du délai

séparant l'acquisition et la fusion, jugé trop court, soit du fait de la faible capitalisation du véhicule d'acquisition et de l'importance de la dette de ce dernier.

Pour autant, cette position n'a pas été retenue par la jurisprudence ; la Cour d'appel de Lyon<sup>1745</sup>, a ainsi écarté l'abus de droit en indiquant que la création d'un véhicule d'acquisition permettait la mise en commun de moyens pour concrétiser la prise de contrôle de la cible et que la fusion ultérieure, avait permis par le biais des bénéficiaires de la société absorbée, de servir la dette. Elle a également écarté l'acte anormal de gestion en indiquant que l'emprunt souscrit par le véhicule d'acquisition ne caractérisait pas un acte anormal de gestion.

Pour autant, ces opérations ne sont pas dénuées de risques. D'un point de vue financier, la distribution des dividendes dans le but de servir la dette, peut avoir un impact négatif sur la situation de la cible absorbée. En effet, la distribution systématique du bénéfice, prive la structure cible de son pouvoir d'investissement et de son pouvoir sur le financement de son besoin en fonds de roulement.

D'un point de vue fiscal, si des arguments économiques ou financiers peuvent dans la majorité des cas permettre d'écarter l'application de l'abus de droit, le risque est en revanche réelle en ce qui concerne l'acte anormal de gestion et il faudra donc toujours veiller à ce que l'opération, ainsi que ses conséquences, soient justifiées et proportionnées d'un point de vue économique et financier.

## **2°) L'application du régime de faveur aux autres opérations de restructuration**

**991** - L'article 210 B du CGI, prévoit que les dispositions de l'article 210 A du CGI, vont s'appliquer de manière conditionnelle aux opérations d'apport partiel d'actif, d'une branche complète d'activité ou d'éléments assimilés, dans les mêmes conditions de détention et d'engagement de reprise que pour les fusions.

En cas de rupture de l'engagement de conservation, la société va perdre de manière rétroactive le bénéfice des dispositions de faveur.

---

<sup>1745</sup> CAA Lyon, 3<sup>ème</sup> ch., 26 mai 1992, n°102 et 110, Régie immobilière de Villeurbanne ; Dr. fisc. 1993, n°8, comm. 396 ; JCP E 1993, II, p. 386, note A. DELFOSSE ; RJF 1994, n°1408.

Dans le cadre d'une opération d'apport partiel d'actif, l'article 210 B bis du CGI, vient souligner que les titres grevés d'un engagement de conservation de trois ans<sup>1746</sup>, peuvent faire l'objet d'un apport, sans que soit remise en cause l'application du régime de l'article 210 A du CGI, ou que la société soit touchée par l'amende de l'article 1734 ter A du CGI. L'opération devra en revanche respecter certaines conditions.

Dans un premier temps, les titres doivent être apportés dans le cadre d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif placé sous le régime de l'article 210 A du CGI et la société qui va bénéficier de l'apport va devoir conserver les titres reçus jusqu'à l'expiration du délai de trois ans prévu par l'article 210 B du CGI. Cet engagement va être pris dans l'acte d'apport par les sociétés apporteurs et bénéficiaires de l'apport.

En cas de non respect d'une de ces conditions, la société bénéficiaire va perdre de manière rétroactive le bénéfice des dispositions de l'article 210 A du CGI et sera redevable de l'amende prévue à l'article 1734 ter A du CGI, les sociétés apporteurs seront solidairement redevables du paiement de cette amende (V. infra).

Par parallélisme, les dispositions de l'article 210 A du CGI, vont s'appliquer à la scission de sociétés qui comportent au moins deux branches d'activités, dès lors que chacune des sociétés qui vont bénéficier des apports, va recevoir une ou plusieurs des branches scindées et qu'elles vont s'engager à conserver les titres représentant la valeur de l'apport pendant une durée de trois ans.

**992** - Il est à noter que le défaut de souscription de l'engagement de conservation des titres, ne va pas engendrer la déchéance rétroactive du régime de faveur, mais une amende<sup>1747</sup>, égale à soit, 1% de la valeur réelle des titres attribués estimée, au moment de la scission et pour lesquels l'engagement de conservation n'a pas été souscrit ou, à 25% de la valeur réelle des titres attribués, estimée au moment de la scission, et pour lesquels l'obligation de conservation n'a pas été respectée. Sur ce dernier point, il est précisé par l'article 1734 ter A du CGI, que le montant de l'amende encourue est limité au produit d'une somme égale à 30% des résultats non imposés de cette société, en application des articles 210 A et 210 B du CGI.

---

<sup>1746</sup> Art. 210 B du CGI.

<sup>1747</sup> Art. 1734 ter A du CGI.

**993** - Il faut noter que lorsque les conditions d'application des dispositions de faveur ne sont pas respectées (engagement de conservation dans l'acte et règle de calcul de la plus-value, V° supra), on peut dans le cas de l'obtention d'un agrément, tout de même bénéficier des règles de l'article 210 A du CGI. L'agrément sera délivré si l'opération est motivée par un motif économique, ce qui va notamment se traduire par l'exercice par la société qui a bénéficié de l'apport d'une activité autonome, de l'amélioration de ses structures. En d'autres termes, l'opération ne sera pas mise en place dans le but de participer à une opération abusive et permettra in fine, de préserver l'imposition future des plus-values qui auront été mises en sursis d'imposition.

## **§II) Les dispositifs incitatifs facilitant la reprise de sociétés**

**994** - Le législateur française, conscient des difficultés rencontrées par les contribuables dans le cadre du développement de leurs investissements mais également de celles, rencontrées par les cédants dans la recherche d'un repreneur au moment de la cession de leurs participations, a mis en place divers outils permettant de faciliter l'acquisition ou la cession d'entreprises et ainsi promouvoir l'investissement. Cette facilitation de la reprise d'activité, est un objectif encore plus important à atteindre dans un contexte économique difficile comme celui que l'on connaît et à l'heure où de nombreux chefs d'entreprises se rapprochent de l'âge de la retraite.

Dans le cadre de législation française, nous allons retrouver divers dispositifs, applicables à différentes situations, mais qui vont avoir pour dénominateurs communs, comme dans la majorité des dispositifs de faveur, la promotion de certains territoires connaissant d'importantes difficultés économiques, mais également certaines entreprises et notamment les PME.

Nous allons donc voir dans un premier temps quelles sont les mécanismes de cession d'entreprise (A), puis nous étudierons de manière plus spécifique, la reprise d'entreprise en difficulté (B).

### **A) Les mécanismes liés à la cession d'entreprise**

**995** - La cession ou l'acquisition d'une entreprise est une étape souvent difficile à anticiper pour les contribuables. Cette dernière, qui peut s'avérer lourde en terme de coûts

fiscaux, doit donc être correctement anticipée et devra bien souvent ménager l'intérêt des parties en présence, qui souhaitent en retirer le meilleur prix possible.

Nous allons dans un premier temps envisager comment peut être optimisée la cession de l'entreprise (1°), nous verrons ensuite quels sont les mécanismes de reprise qui peuvent être utilisés dans le cadre de la cession de cette dernière (2°).

## 1°) L'optimisation de la cession d'entreprise

**996** - La nécessité de concilier les intérêts du cédant et du cessionnaire, qui est encore plus importante dans un contexte économique, financier et juridique tendu, dans lequel il est notamment difficile d'accéder à des moyens de financement et dans lequel la loi fiscale est parfois très contraignante du fait de la nécessité pour les gouvernements de maximiser leurs recettes fiscales, est aujourd'hui une priorité.

La cession de participations à des tiers, ou à des investisseurs, est un exercice difficile à manier, qui nécessite un important travail d'anticipation, afin de concilier à la fois le souci du cédant de réaliser la plus-value la plus importante possible, tout en limitant l'imposition de cette dernière et l'intérêt du cessionnaire, qui souhaitera notamment imputer sur le prix d'acquisition, les frais financiers acquittés pour la mise en place de l'opération, mais encore ceux des organismes financiers d'obtenir des garanties solides.

**997** - Si la possibilité d'optimiser la charge fiscale dans le cadre de la mise en place d'opérations de restructuration existe toujours, de nombreux schémas largement utilisés par les contribuables, ont été remis en cause par l'administration fiscale. On pense notamment à certains schémas utilisant le levier financier et fiscal grâce à la création d'une société holding, suivie par la mise en place d'une fusion rapide ou « *d'auto-rachat* », par l'application du mécanisme de l'abus de droit (V. n°138 et s.) ou de l'acte anormal de gestion (V. n°157 et s.). Certaines opérations, peuvent en effet avoir dans certains cas un objectif exclusivement fiscal, caractérisé par la volonté d'imputer fiscalement les frais d'acquisition<sup>1748</sup> sur les bénéfices de la société acquise, ou pouvant constituer pour la société acquise puis fusionnée, une opération déséquilibrée, n'offrant pas de contreparties suffisantes notamment d'un point de vue économique.

---

<sup>1748</sup> Ph. OUDENOT, *La déductibilité des frais financiers liés à l'acquisition de participations : actualité législative et jurisprudentielle*, Dr. fisc. 2012, n°50, 553.

Nous allons étudier ici, divers aspects de l'opération de cession, en s'intéressant dans un premier temps à l'imposition de la plus-value (1), puis à l'influence des garanties de passifs sur l'opération (2) et enfin, au fait générateur de l'imposition (3).

## 1) L'imposition de la plus-value

**998** - Si l'on s'intéresse aux règles communes à l'ensemble des entreprises, on va retrouver les dispositions de l'article 201 du CGI, qui entend la cession totale d'entreprise, comme la transmission de l'ensemble de l'exploitation, dans le cadre d'un acte qui permettra de constater le transfert de propriété de l'entreprise et ce, quelque soit le mode de transmission (à titre gratuit, apport en société, ou encore fusion etc.)<sup>1749</sup>.

**999** - *La cession d'une entreprise individuelle.* L'article 202 ter du CGI définit le produit de la cession comme une plus-value professionnelle, du fait que l'opération va être analysée comme une cessation d'entreprise.

Dans l'hypothèse où la cession de l'entreprise porterait sur l'ensemble des éléments qui la composent, c'est à dire le fonds de commerce, les stocks ainsi que les immobilisations, la cession va pouvoir bénéficier du régime des plus ou moins-values long terme<sup>1750</sup> dans la catégorie des BIC<sup>1751</sup>, des BNC<sup>1752</sup> ou des BA<sup>1753</sup>, qui va permettre d'imposer les plus-values au taux de 16%. Ce taux sera complété par la perception des contributions additionnelles (CSG et CRDS) à un taux global de 16,5%.

Afin de pouvoir bénéficier du régime des plus-values long terme, il faudra notamment que les biens non amortissables, tels que le fonds de commerce, soient inscrits à l'actif de l'entreprise depuis au moins deux ans. Les biens amortissables, seront distingués dans le cadre du calcul de la plus-value, en fonction des amortissements pratiqués, ces derniers seront donc imposés selon le régime du droit commun, la fraction résiduelle sera imposable selon les règles du long terme.

On peut donc imaginer que le contribuable, puisse souhaiter majorer la fraction du prix de cession qui sera imposée selon le régime du long terme, même si du fait de l'uniformisation des taux de droits d'enregistrement, cette ventilation ne présente

---

<sup>1749</sup> BOI-BIC-CESS-10-10 n°10.

<sup>1750</sup> BOI-BIC-PVMV-20-40-10 n°1 et s.

<sup>1751</sup> Art. 39 duodecimes à quindecimes du CI.

<sup>1752</sup> Art. 93 quater du CGI.

<sup>1753</sup> Art. 72 du CGI.

toutefois que peu d'intérêt pratique, sauf en matière d'imposition des résultats, puisque le cessionnaire pourra amortir les constructions, mais pas le fonds de commerce.

**1000** - *La situation de l'acheteur.* Dans un premier temps, il est important de souligner qu'en matière de frais d'acquisition et notamment de frais financiers, la situation de ce dernier est similaire, qu'il soit un entrepreneur ou une société, puisque ces derniers vont en principe être déductibles du résultat de l'entreprise objet de l'acquisition.

En revanche, la ventilation du prix d'acquisition entre les différents éléments acquis n'est pas neutre du point de vue de l'imposition sur les bénéfices. Si le cessionnaire est tenu de reprendre dans son actif, les éléments cédés au prix qui est défini dans l'acte de vente, le traitement fiscal de ces derniers va diverger selon qu'il s'agit d'éléments amortissables, non amortissables, ou encore de stocks.

A la différence du cédant, qui va souhaiter que la majorité du prix de cession concerne des éléments non amortissables du fait de l'application du régime des plus-values long terme, l'acquéreur va quant à lui souhaiter que la majorité du prix de cession soit ventilée sur la part des éléments de stocks ou des biens amortissables, puisque ces derniers pourront être ultérieurement déduits du prix d'acquisition par la majoration du poste achat, ou par le biais de la mise en place d'une politique d'amortissement de ces différents biens.

**1001** - *La cession par l'interposition d'une société, pratique privilégiée par les praticiens.* Ce type de cession, qui se fait par le biais de l'acquisition par une société d'une autre entreprise ou par la création d'une holding de reprise ou d'acquisition, est le plus courant notamment dans le cadre des schémas LBO (V. n°964 et s.). Si cette forme est la plus souvent retenue, c'est qu'elle permet avant toute chose, de limiter la responsabilité de l'entrepreneur, qui n'est alors qu'un associé de la structure ; pour autant, il est à noter que cette affirmation sera à nuancer dès lors que l'entrepreneur va recourir à une structure prenant la forme d'une entreprise individuelle telle qu'une EURL, ou une SASU.

Afin d'éviter les risques en terme de responsabilité, il peut être intéressant de procéder à la transformation en société de l'entreprise individuelle dans le cadre d'un apport, solution qui peut bénéficier par ailleurs d'un régime fiscal de faveur.

En effet, en matière d'imposition sur les bénéficiaires, l'article 151 octies du CGI<sup>1754</sup> prévoit un régime de faveur tel qu'il existe en matière d'apport partiel d'actif tel et qui permet la neutralisation des plus-values constatées sur les biens non amortissables, ainsi qu'une imposition étalée dans le temps de la plus-value afférente aux éléments amortissables.

En ce qui concerne les droits d'enregistrement, il est fait application des dispositions de l'article 809, I bis du CGI, qui permet de bénéficier de l'application d'un droit fixe et qui implique, contrairement au régime d'imposition sur les bénéfices un délai de conservation de trois ans.

Il faut également noter qu'au delà de la différence des taux applicables, l'assiette de l'imposition est également différente en fonction de ce qui va être cédé. En ce qui concerne les droits sur les fonds de commerce, ces derniers vont s'appliquer sur la totalité de son prix, alors que les droits sur les parts vont s'appliquer sur la valeur de ces dernières, c'est en dire en considération de la situation nette de la société. De ce fait, si cette dernière prend en compte le fonds de commerce, la valeur va généralement être diminuée par l'existence de passifs, ce qui va avoir pour conséquence une diminution de l'assiette des titres par rapport à la simple cession du fonds.

Si la cession des différents éléments qui composent l'actif de l'entreprise a la faveur des organismes financiers du fait que ces derniers peuvent servir de garantie et se révèle plus simple à mettre en place, la cession des titres de la structure est tout de même souvent privilégiée du fait qu'elle connaît un régime fiscal plus avantageux. En effet, lorsque le cédant va décider de céder ses titres, ce dernier va pouvoir bénéficier de diverses dispositions législatives.

Si la participation qui est cédée porte sur une société assujettie à l'IS, qu'il s'agisse par exemple des actions d'une SA ou SAS ou des parts sociales d'une SARL, les plus-values<sup>1755</sup> vont être imposées au barème progressif de l'impôt sur le revenu<sup>1756</sup>, auquel s'ajouteront les prélèvements sociaux au taux de 15,5%, ces dernières pouvant bénéficier le cas échéant, d'un abattement pour durée de détention<sup>1757</sup>.

---

<sup>1754</sup> Modifié par Loi n°2005-1720, du 30 décembre 2005, de finances rectificative pour 2005, art. 38.

<sup>1755</sup> Art. 150-0 A du CGI.

<sup>1756</sup> BOI-RPPM-PVBMI-30-20 n°1 et s.

<sup>1757</sup> BOI-RPPM-PVBMI-20-20 n°1 et s.



**1002 - Le bénéfice de l'abattement de détention.** L'abattement pour durée de détention, va par ailleurs s'appliquer à l'éventuel complément de prix<sup>1758</sup> et lorsque les conditions seront remplies, après imputation des éventuelles moins-values de même nature<sup>1759</sup>, que ces dernières soient subies au cours de la même année, ou reportées<sup>1760</sup>.

Si nous n'étudierons pas en détail le champ d'application de cet abattement applicable aux personnes physiques, nous soulignerons qu'il sera de 50% du montant du gain net réalisé lorsque les actions ou titres sont détenus depuis au moins deux ans et depuis moins de huit ans à la date de la cession. Il sera de 65% de ce montant lorsque la détention sera supérieure à huit ans au moment de la cession.

Il faut également noter sur ce point qu'existe dans des situations particulières, un abattement renforcé<sup>1761</sup>. Ce dispositif, est applicable aux gains nets issus de la cession de parts ou droits détenus dans une PME de moins de dix ans, à la date de la souscription de ces titres, aux gains nets lorsque la cession est effectuée au profit d'un membre du groupe familial, ou lors du départ en retraite.

Afin de pouvoir bénéficier du dispositif, diverses conditions devront être remplies.

La première d'entre elles est que la société doit avoir été créée depuis moins de dix, la deuxième, implique que la société ne soit pas issue d'une opération de concentration, ou de restructuration, elle ne pourra pas non plus être constitutive d'une extension ou d'une reprise d'activité préexistante<sup>1762</sup>. Troisièmement, la société doit être implantée au sein de l'UE ou de l'EEE ayant conclu une convention visant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscale et répondre à la qualification communautaire de PME<sup>1763</sup>. Quatrièmement, elle ne doit accorder aucune garantie en capital à ses actionnaires ou associés en contrepartie de leurs différentes souscriptions<sup>1764</sup>. Cinquièmement, elle doit être assujettie à l'IS ou à un impôt équivalent. Enfin et septièmement, elle devra exercer une activité opérationnelle ou de holding animatrice, l'activité de holding pure en est donc exclue.

**1003 - Les cessions dans le cadre du groupe familial.** Afin de pouvoir bénéficier de cet abattement majoré, il faut tout d'abord que les droits cédés, soient détenus par le cédant

---

<sup>1758</sup> Cons. Const., 14 janvier 2016, déc. n°2015-515 QPC, M. Mignot-Mahon ; Dr. fisc. 2016, n°3, act. 45.

<sup>1759</sup> CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 novembre 2015, n°390265, Mme de Galbert Defforey ; Dr. fisc. 2016, n°6, comm. 155, concl. B. BOHNRT, note R. MORTIER.

<sup>1760</sup> Art. 150-0 D du CGI.

<sup>1761</sup> Art 150-0 D, 1 quater du CGI.

<sup>1762</sup> BOI-BIC-CHAMP-80-10-10-20 n°1 et s.

<sup>1763</sup> Règlement (CE) n°800/2008 de la Commission du 6 août 2008.

<sup>1764</sup> BOI-IR-RICI-90-10-20-40 n°200 et s.

soit seul, ou avec des membres du groupe familial, dépassent ensemble, 25% des droits dans les bénéfices sociaux de la société objet de la cession, à un moment des cinq années qui ont précédé la cession.

En ce qui concerne la société, cette dernière doit être implantée dans l'UE ou dans l'EE et imposée à l'IS ou à un impôt équivalent.

Le cessionnaire des droits doit être un membre du groupe familial, l'abattement ne pourra donc pas s'appliquer en cas de cession ou d'apport à une société, même familiale.

Afin de ne pas perdre le bénéfice du dispositif, le cessionnaire devra conserver les droits sociaux acquis pendant une durée d'au moins cinq ans, sauf mutation à titre gratuit, ou de cession à un autre membre du groupe familial.

**1004 - Le départ à la retraite du cédant dirigeant.** Ce type de cession peut bénéficier d'un régime d'exonération partielle de l'IR, codifié à l'article 150-0 D ter du CGI<sup>1765</sup>.

Afin de pouvoir bénéficier de ce dispositif, le contribuable va devoir comme dans le cadre de la majorité des dispositifs incitatifs, répondre à certaines conditions.

La cession doit notamment porter sur des titres de sociétés répondant à la qualification de PME communautaire dont le siège est situé sur le territoire d'un Etat membre de l'EEE et être assujetties à l'IS ou un impôt équivalent, de plein droit ou sur option. La société objet de la cession, ne doit pas être détenue, qu'il s'agisse du capital ou des droits de vote, directement ou indirectement et de manière continue au cours du dernier exercice clos qui va précéder la cession, à 25% au moins par une ou plusieurs sociétés ne répondant pas à la qualification de PME communautaire.

Par ailleurs, selon les dispositions de l'article 150-0 D ter, la cession doit normalement être intégrale, c'est à dire, porter sur l'intégralité des parts, actions ou droits qui sont détenus par le cédant dans la société dont les titres sont cédés. Elle pourra néanmoins porter sur un nombre de titres plus restreint dès lors que ces derniers, représenteront au moins 50% des droits de vote, ou en cas de simple détention de l'usufruit, sur plus de 50% des droits dans les bénéfices sociaux de la société.

**1005 - Le cédant doit par ailleurs avoir exercé dans la société dont les titres sont cédés, de manière continue et pendant les cinq années qui vont précéder la cession<sup>1766</sup>, une**

---

<sup>1765</sup> Modifié par Loi n°2015-1786, du 29 décembre 2015, de finances rectificative pour 2015, art. 26.

<sup>1766</sup> Art. 885 O bis du CGI.

fonction de gérant, d'associé en nom pour les société de personnes, de président, de directeur général, de président du conseil de surveillance ou de membre du directoire. Il est à noter que cette condition n'est pas exigée en ce qui concerne l'exercice d'une profession libérale dans une SA ou SARL et que les parts ou actions de ces sociétés vont constituer des biens professionnels pour leur détenteur qui exerce son activité dans la structure au cours des cinq années qui vont précéder la cession. L'exercice de la fonction doit être effectif et donner lieu à une rémunération normale qui représentera plus de la moitié des revenus professionnels du cédant.<sup>1767</sup>

Par ailleurs, le cédant doit avoir détenu, de manière directe ou indirecte<sup>1768</sup>, de manière continue pendant ces cinq années, au moins 25% des droits de vote ou dans les bénéfices sociaux de la société cédée. Lorsque l'on parle de détention indirecte, on entend ici le fait que la détention peut être exercée par l'intermédiaire d'une société interposée ou par le biais du groupe familial.

Enfin, ce dernier va devoir postérieurement à la cession, cesser toute fonction dans la société dont les titres ou droits vont être cédés, tout en faisant valoir ses droits à la retraite dans les deux années qui vont suivre ou précéder la cession. La cessation de fonction peut avoir lieu soit dans les deux ans qui vont précéder la cession, soit dans les deux ans qui vont la suivre.

**1006** - Nous noterons afin de compléter ces propos, que le Conseil d'Etat a également eu un rôle important sur l'appréhension de ce dispositif. En effet, si pendant un temps, on a pu hésiter sur l'application du dispositif aux autres membres du groupe familial, la Haute juridiction administrative a précisé que le dispositif de l'article 150-0 D ter, n'était applicable qu'au seul cédant remplissant l'ensemble des conditions exigées par cet article<sup>1769</sup>.

Il faut enfin noter que le Conseil d'Etat, a précisé que le dirigeant qui lors de son départ à la retraite, cède sa participation à une société, ne peut bénéficier du régime de l'abattement pour durée de détention, si à la date de la cession, il détient des droits dans le capital de la société cessionnaire de sa participation<sup>1770</sup>.

---

<sup>1767</sup> BOI-PAT-ISF-30-30-30-10 n°205 et s.

<sup>1768</sup> BOI-RPPM-PVBMI-10-30-10 n°30 et s.

<sup>1769</sup> CE, 3<sup>ème</sup> 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 décembre 2014, n°371437, M. et Mme. Chavanel ; Dr. fisc. 2015, n°12, comm. 219, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note B. GUILLOT DE SUDUIRAUT et B. ZILBERSTEIN.

<sup>1770</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 octobre 2015, n°374492, min. c/ M. Pagès ; Dr. fisc. 2015, n°47, comm. 685.

Par ailleurs, il faut également souligner qu'une Cour d'appel, a récemment jugé que l'exonération n'était pas applicable en cas de détention par la société d'une SCI ayant pour activité la gestion de son propre patrimoine immobilier<sup>1771</sup>

**1007** - Lorsqu'il sera applicable, ce dispositif permettra l'application d'un abattement de 500 000 euros, applicable sur la plus-value de cession des titres de la société concernée<sup>1772</sup>.

Il pourra également donner lieu à l'application de l'abattement proportionnel majoré pour durée de détention (V. n°1002).

## **2) La gestion des garanties de passifs**

**1008** - *Une protection de l'acquéreur.* Ce type de clause, vise à protéger l'acquéreur contre les erreurs commises dans le cadre de la gestion passée, elles sont appréhendées par l'article 150-0 D, 14 du CGI, qui prévoit que le prix de cession des valeurs mobilières ou des droits sociaux, retenu pour le calcul des gains nets retirés de l'opération<sup>1773</sup>, doit être diminué du montant du versement qui sera effectué par le cédant dans le cadre de l'exécution d'une clause de garantie de passif ou d'actif<sup>1774</sup>.

Si l'administration a largement commenté le régime fiscal de ces clauses<sup>1775</sup>, nous indiquerons ici que pour le cessionnaire, leur traitement fiscal dépendra du fait que le paiement des sommes liées à l'exécution de la garantie de passif, sera versé directement à la société cible, dans ce cas l'imposition se fera au taux de droit commun dans les comptes de la société, ou qu'il sera versé à l'acquéreur des titres, auquel cas, on

---

<sup>1771</sup> Th. LAMULLE, *Plus-values des dirigeants retraités (CGI - art 150-0 D ter) : pas d'exonération en cas de détention par la société d'une SCI ayant pour activité la gestion de son propre patrimoine immobilier*, A propos de CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 22 octobre 2015, n°14NT00291, M. et Mme B ; Dr. fisc. 2016, n°11, comm. 218.

<sup>1772</sup> Dans une réponse ministérielle (Rép. CADIC, Sénat, 1 septembre 2016 n°14869, JO Sénat), il a été précisé que si cet abattement est applicable à l'ensemble des gains afférents à une même société, il est dans les faits applicable pour chaque société dont les titres sont cédés, toutes les conditions étant présumées remplies.

<sup>1773</sup> Art. 150-0 A I, 1 du CGI

<sup>1774</sup> Ce type de clause vise à ce que le cédant, reverse au cessionnaire, tout ou partie du prix de cession en cas de révélation dans les comptes de la société dont les titres sont cédés, d'une dette dont l'origine est antérieure à la cession, ou d'une surestimation de la valeur des actifs figurant au bilan de la société cédée elle peut également garantir financièrement l'existence d'un passif non encore révélé dans les comptes d'une filiale de société cédée.

<sup>1775</sup> BOI-RPPM-PVBMI-20-10-10-20 n°1 et s. ; BOI-RPPM-PVBMI-20-10-10-30 n°1 et s.

constatera une diminution du coût d'acquisition, de sorte que la société n'aura pas besoin de provisionner les titres acquis, un simple ajustement comptable sera effectué.

Pour le cédant, le versement direct au cessionnaire est assimilé à une réduction du prix de vente qui lui permettra, par voie de réclamation<sup>1776</sup>, de récupérer la fraction de la plus-value imposée à tort. Cette opération, ne pourra en revanche pas permettre de dégager une perte nette lorsque la somme est versée directement à la société, elle ne sera pas assimilée par l'administration comme une réduction du prix de vente.

Dans ce cadre, le prix de cession pourra être ventilé en deux éléments, un prix principal, et un complément de prix applicable de manière conditionnelle<sup>1777</sup>, ce qui pourra éventuellement complexifier l'appréhension par les différentes parties en présence de la plus-value de cession et de l'assise du complément de prix<sup>1778</sup>.

### 3) Le fait générateur du déclenchement de l'imposition

**1009** - Le fait générateur est classiquement caractérisé par la sortie de l'actif du patrimoine du cédant, pour autant comme nous l'avons souligné, il peut apparaître une difficulté du fait de l'existence d'un complément de prix applicable à la cession. Ce dernier n'étant que conditionnel, il devrait être imposé seulement au moment de l'apparition des événements qui lui sont rattachés et selon les règles alors en vigueur.

Cette approche, qui est retenue en matière de droits d'enregistrement puisque les droits à percevoir au moment de la cession ne seront assis que sur la partie du prix alors exigible, le supplément de droit ne sera quant à lui réclamé, que dans l'hypothèse où la condition, emportant le paiement du complément de prix ne sera exigible<sup>1779</sup>, est également retenue en matière d'imposition sur les bénéficiaires, puisqu'en vertu des dispositions de l'article 150-0 A du CGI, le complément de prix est imposable au titre de l'année durant laquelle il sera perçu.

---

<sup>1776</sup> Le délai de réclamation est fixé par les dispositions de l'article R. 196-1, c du LPF.

<sup>1777</sup> J.-J. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, op. cit.

<sup>1778</sup> Il est à noter en ce qui concerne ce complément de prix que ce dernier est exclu du bénéfice de l'abattement pour durée de détention prévu dans le cadre des dispositions de l'article 150-0 D du CGI. Le Conseil d'Etat a jugé que cette exclusion prévue par le 1-al. 3 de cet article, concernant les compléments de prix perçus à compter de 2013 sur les cessions de titres intervenues avant cette date n'était pas contraire à la constitution. CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 14 octobre 2015, n°392257, M. Mignot-Mahon ; Dr. fisc. 2015, n°45, comm. 665. Le Conseil constitutionnel a par la suite émis une réserve sur ce point puisque il a jugé que l'abattement pour durée de détention s'applique aux compléments de prix afférents à des cessions antérieures à 2013 ou à des cessions n'ayant dégagé aucune plus-value si la condition de durée de détention était satisfaite à la date de cette cession, V. Cons. const., 3 février 2016, n°2015-520, QPC, préc. cit.

<sup>1779</sup> Cass. com., 22 mai 1978, n°77-10.224, Garnier ; BOI-ENR-DG-20-20-70 n°140.

Nous noterons sur ce point que lorsque le versement d'un complément de prix peut être assimilé à une rémunération du cédant pour son activité dans l'entreprise, l'administration fiscale sera en mesure de le remettre en cause sur le fondement de l'abus de droit (V. n°138 et s).

## **2°) Les autres dispositifs légaux facilitant la cession des PME**

**1010** - Nous l'avons souligné à différentes reprises, un des objectifs du législateur français, est de favoriser l'activité et la cession des petites et moyennes entreprises, notamment dans le cadre des groupes familiaux. Nous allons donc étudier ici certains mécanismes, tels que le régime de l'article 151 septies du CGI, applicable aux plus-values réalisées par les PME (1), le mécanisme de l'article 151 septies A du CGI applicable aux entrepreneurs individuels partant à la retraite et aux sociétés de personnes relevant de l'IR (2), le mécanisme de l'article 238 quindecies du CGI applicable aux plus-values professionnelles issues de la transmission d'une entreprise individuelle ou d'une branche complète d'activité (3), ainsi qu'un mécanisme spécifique et d'anticipation, qui est le pacte Dutreil (4).

### **1) Le mécanisme de l'article 151 septies du CGI**

**1011** - Afin de promouvoir l'évolution du tissu économique, le législateur a dans le cadre des dispositions de l'article 151 septies du CGI<sup>1780</sup>, mis en place un régime de faveur concernant la cession de certains actifs détenus par des petites entreprises.

L'exonération est réservée aux entreprises assujetties à l'IR, selon le régime réel ou sur option et ce, qu'il s'agisse d'entreprises individuelles, de sociétés, ou de groupements qui vont relever du régime d'imposition des sociétés de personnes.

La structure, afin d'être éligible au dispositif, doit exercer une activité industrielle, commerciale, ou artisanale, à titre professionnel, pendant au moins cinq ans et le cédant, doit être investi de manière personnelle et directe dans l'activité de l'entreprise<sup>1781</sup>.

Une fois ces conditions remplies, le dispositif va s'appliquer à la cession de tout élément, corporel ou incorporel, inscrit à l'actif immobilisé ou sur un registre d'immobilisation. En

---

<sup>1780</sup> BOI-BIC-PVMV-40-10-10 n°1 et s.

<sup>1781</sup> BOI-BIC-PVMV-40-10-10-10 n°90 et s.

sont exclus certains terrains à bâtir<sup>1782</sup> ou les immobilisations non utilisées exclusivement pour les besoins de l'activité professionnelle, pour la fraction de la plus-value afférente à cette activité.

Pourront en revanche bénéficier du dispositif, les droits et parts détenus par un associé ou membre d'un groupement qui y exerce son activité professionnelle<sup>1783</sup>.

Lorsque ces diverses conditions sont considérées comme remplies, les plus-values de cession des petites entreprises, sont exonérées pour la totalité ou selon un mécanisme d'exonération linéaire en fonction du montant des recettes.

L'exonération est totale dans l'hypothèse où les recettes annuelles sont inférieures ou égales à 250 000 euros, si l'on est en présence d'une entreprise dont l'activité principale est la vente de marchandises, d'objets, fournitures, denrées à consommer sur place ou à emporter, de fourniture de logement, en dehors de la location de locaux d'habitation meublés ou agricoles. Pour ces entreprises, la partie des recettes exonérées se voit appliquée un taux qui est égal, au rapport entre au numérateur, la différence entre 350 000 euros et le montant des recettes de la société et, au dénominateur, le montant de 100 000 euros.

L'exonération est limitée lorsque les recettes sont comprises entre 250 000 euros et 350 000 euros et si les recettes sont supérieures à 90 000 euros et inférieures à 126 000 euros pour les entreprises titulaires de BNC. Pour ces entreprises, le taux sera égal au rapport entre au numérateur, la différence entre 126 000 euros et le montant des recettes de la société et, au dénominateur, le montant de 36 000 euros. Il est à noter que lorsque le contribuable exerce différentes activités, on va devoir tenir compte du montant total des recettes correspondant à chacune de ces activités.

Lorsque l'on fait référence aux recettes, il s'agit de la moyenne des recettes annuelles hors taxes, réalisées sur une période de douze mois, au cours des deux années civiles qui précèdent l'année de la cession. Dans l'hypothèse où l'entreprise respecterait les conditions d'activité, il faudra prendre garde à réaliser la plus-value au plus tard l'année où les seuils d'exonération seront franchis.

Il faut noter que ce mécanisme ne peut se cumuler avec le mécanisme de l'article 151 septies A du CGI (V. infra), ou encore le mécanisme de l'article 151 septies B<sup>1784</sup>, relatif

---

<sup>1782</sup> Art. 1594-0 G du CGI.

<sup>1783</sup> Art. 151 nonies du CGI.

<sup>1784</sup> Modifié par Loi n°2007-1824 du 25 décembre 2007, de finances rectificative pour 2007, art. 19 et Décret n°2009-389 du 7 avril 2009, art. 1

aux apports de titres. Le contribuable devra donc effectuer un audit pour apprécier les avantages fiscaux de chaque mécanisme.

## **2) L'exonération des plus-values professionnelles des entrepreneurs individuels imposés à l'IR**

**1012** - Ce régime, applicable aux entrepreneurs individuels partant à la retraite et aux sociétés de personnes relevant de l'IR, est codifié à l'article 151 septies A du CGI<sup>1785</sup>. Il permet d'exonérer les plus-values de cession portant sur des entreprises individuelles. Pour pouvoir en bénéficier, il faudra que l'activité ait été exercée par le cédant au moins pendant cinq années à titre professionnel ; il doit par ailleurs à l'occasion de cette cession, cesser toute fonction dans l'entreprise individuelle et faire valoir ses droits à la retraite dans les deux années qui ont précédé ou qui vont suivre la cession.

Il faut par ailleurs noter qu'afin de limiter les cessions dissimulées, le cédant ne doit pas détenir de manière directe ou indirecte, plus de 50% des droits de vote ou dans les bénéfices de l'entreprise cessionnaire.

Afin d'être éligible au mécanisme d'exonération, l'entreprise doit répondre à la définition de la PME communautaire.

Pour autant, ce mécanisme d'exonération est tempéré, du fait que vont demeurer imposables dans les conditions de droit commun, les plus-values qui vont porter sur des biens immobiliers bâtis ou non bâtis, sur des droits ou parts de sociétés dont l'actif est composé de biens immobiliers bâtis ou non bâtis, ainsi que sur des droits ou parts de sociétés dont l'actif est composé de ces mêmes biens. Cette imposition, selon le droit commun, va également concerner les droits ou parts de sociétés ou groupements dont l'actif est principalement constitué de biens immobiliers, qu'ils soient bâtis ou non bâtis qui ne seront pas affectés à l'exploitation de la société ou du groupement ; elle va enfin concerner les droits ou parts de sociétés dont l'actif est principalement constitué de ces mêmes droits ou parts.

Nous noterons pour conclure sur ce point, que dans le cadre de la cession à titre onéreux d'une activité faisant l'objet d'un contrat de location gérance, le contribuable peut bénéficier du régime d'exonération, si l'activité est exercée depuis au moins cinq ans au

---

<sup>1785</sup> Modifié par Loi n°2015-990 du 6 août 2015, pour la croissance l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 145.



moment de la mise en location et si la cession est réalisée au profit du locataire, sauf si le locataire est une société détenue par le cédant du fonds<sup>1786</sup> à plus de 50%.

Si ce dispositif est applicable, la plus-value réalisée sera totalement exonérée, en revanche, les prélèvements sociaux resteront dus.

### 3) Le mécanisme de l'article 238 quindecies du CGI

**1013** - Ce mécanisme, est applicable aux plus-values réalisées à l'occasion de la cession à titre onéreux ou gratuit d'une entreprise individuelle, d'une branche complète d'activité, ainsi qu'à la cession de l'intégralité des droits ou parts détenus dans une société de personnes. Afin d'être éligible au dispositif, l'activité doit avoir été exercée de manière réelle et professionnelle pendant au moins cinq ans et le cédant doit être soit, une entreprise dont les résultats sont assujettis à l'IR, ou exercer son activité professionnelle dans une société dont les bénéfices sont soumis en son nom à l'IR<sup>1787</sup>. Il peut également être un organisme à but non lucratif, une collectivité territoriale, un établissement public de coopération intercommunale ou un de leurs établissements publics. Les sociétés soumises à l'IS, peuvent également bénéficier de ce régime de faveur si et cumulativement, elles répondent à la fois à la qualification de PME communautaire et que leur capital ou leurs droits de vote, ne sont pas détenus à plus de 25% par une ou plusieurs entreprises qui ne répondent pas aux différents critères envisagés ci-dessus et ce, au cours de l'exercice de cession.

**1014** - Lorsque les différentes conditions sont remplies par l'entité, l'exonération va porter sur la totalité du montant de la cession lorsque la valeur des éléments qui sont transmis et qui servent d'assiette pour le calcul des droits d'enregistrement<sup>1788</sup> est inférieure ou égale à 300 000 euros. Elle sera réduite lorsque la valeur de ces éléments sera comprise entre 300 000 et 500 000 euros, dans ce cas, le montant exonéré de la plus-value sera déterminé par l'application d'un taux égal au rapport entre au numérateur, la différence entre 500 000 euros et la valeur des éléments transmis et au dénominateur, le montant de 200 000 euros.

---

<sup>1786</sup> CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 décembre 2013, n°355328, min. c/ Rossi ; RJF 2014, n°315.

<sup>1787</sup> Art. 8 et 8 ter du CGI.

<sup>1788</sup> Art. 719 et 724 du CGI.

Il est à noter que le bénéfice du régime d'exonération peut être accordé dans le cadre de la mise en location gérance, si l'activité est exercée depuis au moins cinq ans au moment de la mise en location et que la transmission est réalisée au profit du locataire<sup>1789</sup>.

#### 4) Le mécanisme du pacte Dutreil

**1015** - La transmission par le biais d'un pacte Dutreil, permet d'exonérer de droits de mutation à hauteur de trois quarts de leur valeur, les transmissions de parts ou actions par décès ou donation, lorsque ces dernières font l'objet d'un engagement collectif de conservation<sup>1790</sup>. Il peut également avoir un impact sur l'ISF du contribuable<sup>1791</sup>

Ce dispositif, va s'appliquer aux transmissions de parts ou actions de sociétés et ce, quelque soit leur régime d'imposition dans le cadre de la cession de sociétés ayant une activité industrielle, commerciale, artisanale, libérale ou agricole. Il va également s'appliquer aux parts et actions de sociétés interposées, qui vont détenir, directement ou indirectement une participation dans la société dont les titres ont fait l'objet d'un engagement de conservation.

Afin de pouvoir bénéficier de ce régime, les parts ou actions doivent faire l'objet d'un engagement de conservation collectif de la part des cessionnaires d'une durée minimale de deux ans, commençant à courir à compter du moment où l'acte constatant la cession est enregistré, ou à compter de l'acte si ce dernier est authentique<sup>1792</sup>.

Il faut noter que l'engagement doit porter, lorsqu'il s'agit d'une participation portant sur une société cotée, sur au moins 20% des droits financiers et des droits de vote attachés aux titres représentant le capital de la société et sur au moins 34% de ces mêmes droits pour les sociétés non cotées.

Par ailleurs, les légataires ou héritiers des titres, vont devoir s'engager à leur tour à conserver pour eux et leurs ayants cause, les titres transmis pour une durée de quatre ans, à compter de l'expiration de l'engagement collectif.

Un des légataires ou héritiers qui a souscrit à l'engagement de conservation collectif, va devoir dans le cadre de l'application du pacte, exercer dans la société dont les titres font l'objet de l'engagement, pendant la durée de l'engagement collectif, mais également pour

---

<sup>1789</sup> BOI-BIC-PVMV-40-20-50 n°90 et BOI-BIC-PVMV-40-20-20-20 n°290 et s.

<sup>1790</sup> Revue fiduciaire, mensuel, hors-série RF 2013-5 transmission d'entreprise, n°3000 et s.

<sup>1791</sup> Art. 787 B et 885 I du CGI.

<sup>1792</sup> BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 n°350.

les trois années qui vont suivre la transmission, son activité principale si le pacte porte sur les titres d'une société individuelle, ou une fonction de direction<sup>1793</sup>, si l'on est dans le cas d'une entreprise assujettie à l'IS.

Si l'engagement de conservation des titres n'est pas respecté, les héritiers ou légataires qui auront souscrit l'engagement, vont devoir acquitter le complément de droits de mutation.

En cas de cession à un tiers, les autres participants à l'engagement ne pourront continuer à bénéficier de l'exonération, que si les différents seuils de détention sont toujours respectés malgré la cession.

En cas de non respect de la condition liée cette fois à l'exercice par un légataire ou héritier d'une fonction de direction dans la structure objet de la cession, l'ensemble des participants sera tenu d'acquitter le complément de droits d'enregistrement, majoré d'un intérêt de retard<sup>1794</sup>.

Il faut noter que le régime de faveur ne sera pas remis en cause, lorsque l'engagement individuel de détention n'est plus respecté du fait de l'apport des titres à une société holding, dont l'objet unique est la gestion de son patrimoine et dont le capital est constitué exclusivement, de participations dans une ou plusieurs sociétés qui sont liées à la société dont les titres ont été transmis.

Le capital de la société holding doit dans ce cas être détenu en intégralité par les héritiers ou légataires qui ont souscrit à l'engagement de conservation individuel et être dirigée par l'un d'entre eux<sup>1795</sup>. La société devra prendre l'engagement de conserver les titres jusqu'au terme de l'engagement individuel en lieu et place des héritiers et légataires.

Le respect de l'engagement ne sera également pas remis en cause dans l'hypothèse où le seul minimal de 20% ou de 34%, n'est plus respecté du fait d'une fusion, scission ou d'une augmentation de capital, sous la simple réserve que les titres reçus en échange, soient conservés jusqu'au terme de l'engagement.

Enfin, il ne sera pas remis en cause dans l'hypothèse d'une annulation de titres pour cause de pertes ou de liquidation judiciaire.

On le voit, le régime de la transmission pacte Dutreil peut représenter un intérêt économique et fiscal non négligeable, néanmoins, lors de sa mise en place, il faudra être

---

<sup>1793</sup> Art. 885 O bis, 1<sup>er</sup> du CGI.

<sup>1794</sup> Art. 1840 G ter du CGI.

<sup>1795</sup> Rép. MARINI, Sénat, 7 juillet 2011, JO Sénat p. 1800 n°16341, non reprise dans Bofip.

sûr du fait que les héritiers et légataires, rempliront chacun, leurs obligations, afin qu'il ne puisse pas être remis en cause.

## **B) La reprise d'entreprises en difficultés : un dispositif favorisant la reprise « externe », finalement très peu utilisé**

**1016** - La reprise d'entreprises en difficultés, est depuis longtemps un souci du législateur, qui souhaite le faciliter afin de pouvoir relancer l'activité, mais également des contribuables, qui peuvent trouver par ce biais, certains avantages fiscaux.

Classiquement, lorsque l'on parle de reprise, on peut retenir une première forme qui va se caractériser dans le cadre d'une procédure collective et notamment d'un plan de cession, par le rachat des actifs de la structure en difficulté. La seconde forme que l'on retiendra, consiste à prendre le contrôle de la structure en difficulté. La cession va ici porter sur les droits sociaux et la société objet du rachat, va continuer son activité.

Nous verrons dans un premier temps quels sont les avantages liés à l'acquisition des parts de l'entreprise (1°), puis nous verrons que le mécanisme de l'article 44 septies, mis en place dans le but de favoriser les reprises externes, ne connaît finalement pas le succès qu'on lui promettait (2°), nous verrons enfin, quels sont les avantages liés à ce dispositif (3°).

### **1°) Les avantages liés à la prise de contrôle de la société en difficulté**

**1017** - Ce type de reprise, connaît divers avantages, puisque depuis 2012, si les droits sociaux acquis portent sur une société placée en procédure de sauvegarde, ou de redressement judiciaire, l'acquisition est exonérée de droits d'enregistrement<sup>1796</sup>.

A l'inverse, la reprise des actifs dans le cadre, sera soumise aux droits d'enregistrement pour un montant atteignant 5%, même si dans le cadre de la reprise des actifs d'une société placée en procédure collective, le contribuable peut bénéficier d'un étalement sur 5 ans de l'imposition<sup>1797</sup>. Si l'on peut considérer que ce type de reprise ne connaît pas d'importants avantages fiscaux du fait que le prix acquitté par le cessionnaire est relativement faible, il faut noter que dans de nombreuses situations, l'impôt n'est pas

---

<sup>1796</sup> Art. 726, II du CGI.

<sup>1797</sup> Art. 396, annexe III et Art. 404 du CGI.

calculé exclusivement sur le prix de cession mais également sur les différentes charges venant augmenter ce dernier. En effet, le cessionnaire peut accepter dans le cadre du règlement de la cession, de prendre à sa charge certaines dépenses qui devraient normalement incomber au cédant, telles que les indemnités de congés payés dues aux salariés en amont de la cession<sup>1798</sup>.

La faiblesse du prix d'acquisition, résidant en donc dans les faits dans le cadre du caractère déficitaire de l'activité objet de la reprise.

Ces déficits, comme nous avons pu le voir dans le cadre de notre travail (V. n°799 et s.), représentent un levier d'optimisation pour les entreprises et vont représenter une certaine richesse pour les repreneurs<sup>1799</sup>, puisque les sociétés assujetties à l'IS, vont pouvoir utiliser les déficits afin de réduire leur imposition, même si cette imputation est encadrée par la loi.

## **2°) L'article 44 septies du CGI : un dispositif de faveur finalement peu utilisé**

**1018** - Ce dispositif, soumis à agrément, est codifié à l'article 44 septies du CGI<sup>1800</sup> et va permettre l'obtention d'une exonération d'impôt sur les bénéfices. Il a été jugé conforme aux exigences communautaires relative aux aides de minimis<sup>1801</sup>. Ce mécanisme va également permettre une exonération d'IFA<sup>1802</sup> et d'impôt locaux<sup>1803</sup>.

L'entreprise cible, peut être une entreprise individuelle, une société, un établissement d'une de ces structures, ainsi qu'une branche complète et autonome d'une entreprise placée en liquidation judiciaire.

Si le champ d'application théorique de ce dispositif semble être relativement large, il est dans les faits réduit<sup>1804</sup>.

La première restriction, est que l'activité exercée doit relever du secteur industriel, c'est à dire qu'elle doit être liée à l'élaboration ou à la transformation de biens corporels

---

<sup>1798</sup> Cass. com., 27 mai 2015, n°14-14.744, F-D, Sté Maîtrise et dissuasion sécurité privée ; Dr. fisc. 2015, n°26, comm. 429 ; RJF 2015, n°854.

<sup>1799</sup> Selon la formule du professeur Philippe Pétel, V. M. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, JCP E 2010, 1296, n°5.

<sup>1800</sup> Créé par Loi n°88-1149, du 23 décembre 1988, de finances pour 1989, art. 14 (P).

<sup>1801</sup> Notamment le règlement CE 1628/2006, du 24 octobre 2006, relatif aux aides à finalité régionale.

<sup>1802</sup> Art. 223 nonies du CGI.

<sup>1803</sup> Art. 1383 A et 1464 B du CGI.

<sup>1804</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°1 et s.

mobiliers, cette limitation vient donc réduire de manière drastique les possibilités d'éligibilité au dispositif de l'article 44 septies du CGI.

Certaines activités ont été exclues par les juges du champ d'application du dispositif comme les activités du bâtiment et de la construction, bien qu'elles soient considérées par l'article 34 du CGI comme relevant du secteur industriel. Dans le même sens, les activités de travaux publics, ne pourront bénéficier des dispositions de l'article 44 septies du CGI<sup>1805</sup>. Le Conseil d'Etat<sup>1806</sup>, a en effet eu l'occasion de confirmer que l'activité industrielle, doit être entendue comme celle dont les moyens techniques sont mis à profit, pour la réalisation d'opérations de production ou de transformation. En d'autres termes, il va s'agir d'activités de transformation de matières premières ou de produits semis finis en produits fabriqués, dans lesquelles la place de l'outillage est prépondérante, ce qui va exclure par principe les activités de travaux publics.

Afin de développer cette approche, la Haute juridiction a par exemple refusé de prendre en compte dans l'appréciation du caractère industriel de l'activité, l'importance des moyens mis à disposition, notion pourtant classiquement retenue lorsque les juges ont à se prononcer sur l'existence d'un établissement industriel<sup>1807</sup>.

Les activités commerciales, financières, de transport sont également exclues du dispositif<sup>1808</sup>.

En ce qui concerne le travail à façon, ce dernier peut en revanche bénéficier du dispositif, s'il répond aux caractéristiques de l'activité industrielle, comme cela pourra être le cas en matière de prêt à porter<sup>1809</sup>. Sur ce dernier point, il faut souligner que la simple création de dessins pour tissus, tout en ayant recours à la sous-traitance pour la réalisation des modèles, ne pourra pas être considérée comme une activité industrielle éligible<sup>1810</sup> au dispositif.

La deuxième condition est que l'activité ne doit pas faire partie des exclusions limitatives qui vont découler des dispositions de l'article 44 septies du CGI.

Vont ainsi être exclues du bénéfice du dispositif, les activités de transport, les activités liées au secteur de la construction automobile et de navires civils, la fabrication de fibres

---

<sup>1805</sup> CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 14 mai 2003, n°00-450, SA Loire TP ; RJF 2003, n°1091.

<sup>1806</sup> CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 mai 2008, n°300848, Sté. Midi asphalté entreprise ; RJF 2008, n°937, concl. P. COLLIN, BDCF 2008, n°100.

<sup>1807</sup> CE, sect., 27 juillet 2005, n°261899 et 273663, min. c/ Sté Pétroles Miroline ; Rec. CE 2005, p. 338 ; Dr. fisc. 2005, n°47, comm. 754, concl. L. OLLEON, note O. FOUQUET ; RJF 2005, n°1201, chron. Y. BENARD.

<sup>1808</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°40.

<sup>1809</sup> Rép. LE DRIAN, AN 25 avril 1990, JO AN, p. 1948 n°21810.

<sup>1810</sup> TA Lille, 4<sup>ème</sup> ch., 12 février 1998, n°93-1819, Société SFT ; RJF 1998, n°659.

artificielles et synthétiques, les activités liées aux secteurs de la sidérurgie, de l'industrie charbonnière, de la production et de la transformation de produits agricoles, ainsi que les activités liées à la pêche et à l'aquaculture<sup>1811</sup>.

Il est à noter que dans le cas où l'entreprise cible va exercer à la fois une activité industrielle éligible au dispositif de l'article 44 septies, mais également une activité exclue de ce dernier, le bénéfice de l'exonération ne pourra être accordé.

Le mécanisme repose donc sur le principe d'exclusivité d'activité, ce qui implique qu'en cas de pluralité d'activité, ces dernières devront toutes être éligibles au dispositif, afin que l'entreprise puisse en bénéficier, sauf dans l'hypothèse où l'activité exclue va être le prolongement direct et immédiat de l'activité éligible, ces exclusions ayant été définies en lien avec la réglementation communautaire<sup>1812</sup> sur les aides d'Etat.

La troisième condition est relative au fait que l'entreprise cible doit être qualifiée d'entreprise en difficulté. Le régime de faveur de l'article 44 septies du CGI va donc pouvoir s'appliquer à une entreprise en situation de difficulté, que cette dernière soit ou non, visée par une procédure de redressement judiciaire au sens de l'article L 621-1 du Code de commerce. Peut donc bénéficier du mécanisme, une entreprise placée sous le régime de la de procédure de sauvegarde<sup>1813</sup>, le dispositif pourra également bénéficier à une branche complète<sup>1814</sup> et autonome d'activité d'une entreprise en liquidation judiciaire au sens de l'article L 642-1 du Code de commerce et à la reprise d'un établissement en difficulté, indépendamment de la situation économique et financière de la structure dont il dépend.

Nous retiendrons que lorsque l'entreprise ne fait pas l'objet d'une procédure judiciaire, elle doit tout de même dans une situation de difficultés économiques et financières, qui vont rendre à terme inévitable, l'arrêt de l'exploitation<sup>1815</sup>.

**1019 - La nécessité d'un agrément.** Ce dernier est obligatoire lorsque la structure est implantée dans une zone d'aide à finalité régionale, pour les PME, la demande d'agrément ne pourra être présentée que si le Ciri, le Codefi ou le Corri, ont validé l'état de difficulté rencontré par la structure cible et ont approuvé le plan de reprise ou de

---

<sup>1811</sup> Loi 2014-1655, du 29 décembre 2014, de finances rectificative pour 2014, art. 47 FR 60/14, inf. 4 n°8 et 19 p. 30.

<sup>1812</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°60 à 140 et FR 27/15, inf. 2 n°1 p. 4.

<sup>1813</sup> BOI-IS-GEO-10-30-20-20 n°400.

<sup>1814</sup> D. ROCHE, *La notion de branche complète d'activité*, Dr. fisc. n°30-35, 385.

<sup>1815</sup> CE, sect., 10 octobre 1997, n°117640, Chevreux ; Rec. CE 1997, p. 344 ; Dr. fisc. 1997, n°3, comm. 34 ; RJF 1997, n°1057, concl. G. GOULARD.

redressement qui leur sera présenté.

Par ailleurs, si par principe, la reprise de l'entreprise ou de l'établissement industriel en difficulté doit s'opérer par le biais d'une opération de rachat, l'administration<sup>1816</sup>, accorde également le bénéfice de l'exonération, aux opérations de reprises effectuées sous la forme d'un contrat de location-gérance, si la société qui reprend l'activité souscrit dans le cadre du contrat de location-gérance, un engagement ferme de rachat du fonds dans un délai maximal de deux ans. Il faudra par ailleurs que la location-gérance porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui vont permettre de caractériser une branche complète d'activité, c'est à dire l'ensemble des éléments investis dans une division de l'entreprise qui va constituer d'un point de vue technique, une exploitation autonome qui peut le cas échéant, fonctionner par ses propres moyens et ce, dans des conditions normales<sup>1817</sup>.

La jurisprudence a ainsi reconnu comme étant en difficulté, une entreprise dont l'activité était structurellement déficitaire, qui avait été mise en sommeil et dont le personnel avait démissionné ou avait été licencié, peu important le fait que la dissolution de la société reprise ait été prononcée postérieurement à la création de la société de reprise<sup>1818</sup>.

Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Nantes<sup>1819</sup> a souligné que dès lors que la société ne pouvait pas faire face à son passif exigible avec son actif disponible<sup>1820</sup>, situation que l'on va rencontrer notamment dans l'hypothèse d'une grave défaillance du principal actionnaire, de l'imminence de l'interruption des concours bancaires et de la réduction drastique de son effectif, on pouvait identifier l'existence d'une situation de difficultés, même en cas de refus par le Codefi du plan de relance.

Plus récemment, le Conseil d'Etat a également reconnu comme étant en difficulté, une entreprise dépourvue de capacité de production, qui n'était par ailleurs pas en mesure de trouver un nouveau partenaire industriel et dont le résultat négatif à la clôture du dernier exercice était trois fois supérieur à son capital social<sup>1821</sup>.

---

<sup>1816</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°150.

<sup>1817</sup> Directive n°90/434/CEE du 23 juillet 1990, sur le régime fiscal commun applicable aux opérations de restructurations transfrontalières de sociétés.

<sup>1818</sup> CAA Paris 2<sup>ème</sup> ch., 29 octobre 1991, n°475, Anima Formation ; Dr. fisc. 1992, n°19-20, comm. 983 ; RJF 1992, n°26.

<sup>1819</sup> CAA Nantes, 2<sup>ème</sup> ch., 16 juin 1994, n°94-82, SA Nouvelle Cartor ; Dr. fisc. 1995, n°7, comm. 268 ; RJF 1994, n°1184.

<sup>1820</sup> C'est à dire qu'elle sera en état de cessation des paiements.

<sup>1821</sup> CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 juin 2002, n°221714, Rivière ; Dr. fisc. 2003, n°7, comm. 114 ; RJF 2002, n°1073, concl. C. MAUGUE ; BDCF 2002, n°119.



**1020** - Un des autres avantages du dispositif de l'article 44 septies du CGI, est qu'il va permettre la reprise d'un ou plusieurs établissements industriels, sans que l'on prenne en considération la situation de économique de la société dont ils dépendent<sup>1822</sup>.

Lorsque l'on s'intéresse à la notion d'établissement, on fait référence à une installation fixe qui dispose de l'ensemble des équipements nécessaires à son fonctionnement et qui sont utilisés dans un lieu déterminé. L'établissement est donc une exploitation autonome, de ce fait, la reprise de locaux nus, ne pourra bénéficier du dispositif<sup>1823</sup>, cette notion n'est pour autant pas calquée sur celle de branche complète d'activité.

Dans le cadre de la reprise de plusieurs établissements par une société, la preuve de la situation de difficulté doit être apportée pour chacun d'entre eux et ce, par tous moyens.

Le contribuable pourra ainsi établir l'existence d'un faisceau d'indices en présentant notamment la comptabilité analytique de l'entreprise dont dépend l'établissement, la situation du personnel, l'évolution du chiffre d'affaires, l'avis du Corri, Ciri ou Codefi sur la situation de l'établissement, il faudra cependant que les circonstances de difficulté soient étrangères à l'entreprise dont l'établissement dépend, elle devra donc être détachée des décisions de gestion qui ont été prises par cette dernière<sup>1824</sup>.

**1021** - *Les caractéristiques de la société de reprise.* Il faut tout d'abord souligner que le bénéfice des dispositions de l'article 44 septies du CGI, ne peut être accordé qu'aux entreprises créées sous forme de sociétés, la structure doit donc être assujettie à l'IS, de plein droit ou sur option. Par ailleurs, son capital ne doit pas être détenu de manière directe ou indirecte par une ou des personnes, qui ont détenu l'année qui précède la reprise directement ou indirectement, plus de 50% du capital de l'entreprise en difficulté. Ces personnes ne pourront par ailleurs, pas participer à une augmentation de capital qui aurait lieu durant la période de bénéfice de l'exonération.

Afin de pouvoir bénéficier du dispositif, il faudra également que la société de reprise ait été créée exclusivement pour la reprise de l'établissement, cette dernière ne pourra donc durant la période d'exonération exercer une autre activité<sup>1825</sup>. Elle ne pourra pas de ce fait par exemple, inscrire à son bilan, d'autres éléments que ceux qui sont nécessaires à

---

<sup>1822</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°10.

<sup>1823</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°20.

<sup>1824</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°30.

<sup>1825</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°210

l'exercice de l'activité exercée par l'établissement repris<sup>1826</sup>. La société pourra néanmoins détenir des titres de participation dans des filiales qui exercent une activité similaire ou complémentaire à l'exercice de l'activité exercée par l'établissement repris<sup>1827</sup>. Une fois le délai d'exonération passé, la société pourra diversifier ses activités si elle le juge nécessaire, dans le cadre d'une évolution de sa stratégie de développement.

Une autre difficulté qui peut être rencontrée dans le cadre de la création de cette société de reprise est que dans la mesure où cette dernière peut être en cours de création, le tribunal de commerce ne peut pas la désigner comme repreneur du fait qu'elle n'existe pas encore juridiquement. Afin de contourner cette difficulté, l'administration accepte que le contribuable mette en place une clause de substitution ou de porte-fort<sup>1828</sup>, selon laquelle une entreprise préexistante, est utilisée comme société de reprise pour le compte de la société en cours de création, la société créée, pourra alors bénéficier de l'exonération.

### **3°) Les avantages fiscaux liés au dispositif de reprise des entreprises en difficultés**

**1022** - Lorsque l'établissement repris et la société de reprise seront éligibles au dispositif, l'opération de rachat va pouvoir bénéficier de divers avantages fiscaux.

Le premier d'entre eux va concerner l'IS, puisque l'entreprise de reprise va pouvoir être exonérée de cet impôt jusqu'au terme du vingt-troisième mois qui va suivre le rachat ou la mise en place de la location gérance.

Dans l'hypothèse où la clôture des exercices ne coïnciderait pas avec la fin de l'année civile, l'exonération des bénéficiaires de l'exercice durant lequel va intervenir la fin de la période d'exonération, sera segmentée entre une partie bénéficiant d'une exonération totale et une autre qui sera imposée au taux normal selon la règle du prorata temporis<sup>1829</sup>.

Il est à noter sur ce point que les plus-values de cession incluses dans le résultat exceptionnel de l'exercice durant lequel va intervenir le terme de l'avantage fiscal, pourront être prises en compte en totalité pour la détermination du résultat exonéré, si

---

<sup>1826</sup> Condition jugée intenable par certains auteurs, V. G. DEDEURWAERDER, *Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise industrielle en difficulté. – A propos de la réforme de l'article 44 septies du CGI*, Dr. fisc. 2015, n°40, 711.

<sup>1827</sup> BOI-IS-GEO-20-10-10 n°210. Tel sera le cas des activités financières nécessaires aux besoins de la trésorerie.

<sup>1828</sup> Art. 1204 et 1205 du Code civil.

<sup>1829</sup> BOI-IS-GEO-20-10-20 n°10.

leur rattachement comptable est antérieur au terme de la période d'imposition<sup>1830</sup>.

L'exonération va porter sur les bénéfices réalisés et déclarés par l'entreprise créée pour la reprise, ce qui va nécessiter le dépôt d'une déclaration régulière dans les délais légaux. Ne pourront en revanche bénéficier de l'exonération, les plus-values de réévaluation réalisées sur les éléments d'actif immobilisés prévus à l'article L 123-18 du Code de commerce, tels que les immobilisations corporelles et financières qui demeureront imposables<sup>1831</sup>.

Les bénéfices exonérés sont donc ceux qui auraient été imposables en l'absence de l'application des dispositions de l'article 44 septies du CGI, c'est à dire après déduction des déficits antérieurs et des anciens amortissements réputés différés et qui constituent des charges de l'exercice. Il est à noter que les déficits qui auraient pu être déduits en vertu des dispositions du I de l'article 209 du CGI durant la période d'exonération, vont pouvoir être reportés sur les exercices ultérieurs (V. n°803 et s.)<sup>1832</sup>.

**1023** - *Les diverses situations vont être envisagées dans le cadre du rachat d'entreprise.*

Lorsque la structure reprise est implantée dans une ZFR, le bénéfice de l'exonération sera soumis au respect des conditions fixées par le droit européen<sup>1833</sup>, ces prescriptions devront également être suivies si la société créée pour la reprise de l'entreprise est une PME implantée en dehors d'une ZFR<sup>1834</sup>.

Enfin, si l'entreprise créée pour la reprise n'est pas une PME et n'est pas implantée dans une ZFR, le bénéfice de l'exonération va dépendre du respect de la réglementation des aides de minimis, qui limite l'avantage fiscal perçu à 200 000 euros sur trois exercices fiscaux<sup>1835</sup>.

**1024** - Lorsque l'entreprise de reprise va être créée dans une ZFR, le montant du bénéfice exonéré va être plafonné en appliquant un taux spécifique, sur les coûts éligibles au dispositif. Ce taux peut être réduit (29%), normal (43%), ou exceptionnel (145% pour les DOM et 174% pour la Guyane) en fonction du lieu d'implantation.

Lorsque l'on fait référence aux coûts éligibles, on fait référence aux différents coûts

---

<sup>1830</sup> BOI-IS-GEO-20-10-20 n°20 et 30.

<sup>1831</sup> BOI-IS-GEO-20-10-20 n°70.

<sup>1832</sup> BOI-IS-GEO-20-10-20 n°80.

<sup>1833</sup> Régl. CE n°800/2008 préc. cit., art. 13.

<sup>1834</sup> Régl. CE n°800/2008 préc. cit., art. 15.

<sup>1835</sup> FR 60/14, inf. 4 n°18 et 19 p. 32

salariaux des emplois créés par l'entreprise de reprise (y compris donc les emplois maintenus dans l'entreprise reprise), au cours du mois qui va suivre la reprise jusqu'à la fin du vingt-troisième mois suivant cette dernière.

Comme nous l'avons vu dans le cadre de la mise en place d'autres mécanismes d'exonération, le dispositif de l'article 44 septies du CGI, va pouvoir se cumuler avec d'autres avantages fiscaux. Il sera ainsi possible de cumuler ses avantages avec des aides applicables aux mêmes coûts, pour autant, il faudra prendre garde au respect des règles relatives au cumul des avantages fiscaux<sup>1836</sup>.

Les avantages du dispositif pourront également se cumuler avec des aides qui ne seront pas applicables aux mêmes coûts et dans ce cas, aucune règle de cumul ne viendra s'appliquer.

L'article 44 septies du CGI, va pouvoir ainsi se cumuler avec des dispositifs tels que le CIR, qui ne rentrera pas dans le calcul de l'avantage, s'agissant d'une mesure générale.

En revanche, certains dispositifs ne pourront être cumulés avec ce mécanisme, comme le régime des entreprises nouvelles de l'article 44 sexies du CGI, puisque quand bien même la société serait nouvelle, il s'agit dans les faits d'une reprise d'activité, qui n'est pas éligible à ce dispositif.

Il est à noter que lorsque l'entreprise sera éligible à un autre avantage fiscal que celui de l'article 44 septies comme celui des ZFU, des JEI, du crédit d'impôt en Corse ou celui des zones de restructuration de la défense, ne pouvant se cumuler, elle pourra préférer opter pour ces derniers, en fonction de l'avantage fiscal à en retirer. A défaut d'option dans les neuf mois qui suivront le début de l'activité, ce sera le mécanisme de l'article 44 septies qui va s'appliquer<sup>1837</sup>.

**1025** - Afin de bénéficier du dispositif, nous avons vu qu'un agrément avait été mis en place par le législateur, ce dernier doit être obligatoirement obtenu pour les implantations en ZFR et pour les PME et ce, quelque soit leur lieu d'implantation. Cet agrément doit être obtenu du ministre chargé du budget<sup>1838</sup>, si il n'est pas obtenu, la société ne pourra bénéficier de l'exonération que dans les limites prévues dans le cadre de la limitation des aides de minimis et non pas des taux majorés<sup>1839</sup>.

---

<sup>1836</sup> Régl. CE n°800/2008 préc. cit., art. 7.

<sup>1837</sup> BOI-IS-GEO-20-10-40 n°1 et s.

<sup>1838</sup> BOI-SJ-AGR-30-20 n°50.

<sup>1839</sup> FR 60/14, inf. 4 n°17 et 19 p. 32

L'agrément sera accordé si la structure entre dans le champ d'application du dispositif de faveur, qu'elle est éligible au régime des ZFR et à la qualification de PME. Cette dernière, doit également prendre l'engagement de conserver les emplois dont le coût rentre dans le calcul du plafond de l'aide pendant cinq ans (trois ans pour les PME<sup>1840</sup>). Enfin, le financement de la reprise doit être assuré à hauteur de 25% par le bénéficiaire de l'aide, ces quatre conditions devant être respectées de manière cumulative.

**1026** - Au final, les conditions d'application de ce dispositif, semblent bien trop contraignantes pour les contribuables notamment dans le cadre de la nécessité de préserver les emplois, ou l'identité d'activité. Il faudrait donc à l'avenir réfléchir à l'avenir aux conditions d'application des régimes fiscaux incitatifs, afin de simplifier leur accès. Pour autant, cette réflexion n'aura de sens que si elle se déroule au niveau communautaire, puisque c'est à ce niveau que sont jugés comme relevant de la catégorie des aides d'Etat, les dispositifs fiscaux incitatifs nationaux.

---

<sup>1840</sup> FR 60/14, inf. 4 n°16 et 19 p. 31.

## CONCLUSION

**1027** - Dans le cadre de ces travaux, nous avons pu constater que l'appréhension de l'impôt par l'ensemble des acteurs de la société, qu'il s'agisse des contribuables, des Etats, de la société civile, mais également des instances internationales, a été, largement bouleversée par le développement de la mondialisation des échanges et plus récemment encore, par la révolution numérique.

C'est en effet dans ce cadre et par le développement de la concurrence à la fois entre les Etats et entre les contribuables, que le facteur fiscal, est devenu une composante majeure de la stratégie des entreprises (mais également des Etats nous l'avons vu en temps qu'outil de promotion sociale et économique), tant dans la gestion, que dans le développement de leurs activités et de leurs structures.

Cette nouvelle acception de l'impôt, qui s'est largement généralisée avec l'avènement des zones de libre échange, dont l'UE est, malgré ses nombreux défauts, l'exemple le plus abouti, a fait de ce dernier un outil stratégique pour les entreprises notamment multinationales. Ces dernières, dans un but de rentabilité, veulent en minimiser l'impact, notamment dans les pays et territoires où son poids est important, comportement venant s'opposer frontalement à la conception plus classique de l'impôt retenue par les Etats. Classiquement en effet, l'impôt est considéré comme un outil de financement des services publics et d'orientation de la dépense publique, par exemple de par la mise en place de crédits d'impôts et de divers dispositifs incitatifs, sectoriels ou territoriaux. L'impôt, selon cette conception, doit être considéré comme une simple conséquence de la réussite de l'entreprise et non pas comme un outil d'optimisation.

**1028** - Dans le cadre de ces travaux, nous avons pu en effet constater que les entreprises, quelque soit leur taille et, de la création de la structure, en passant par la gestion des flux entre entités liées, par les opérations de restructuration, jusqu'à la cession ou la cessation de l'activité, s'intéressent de plus en plus du fait de l'instabilité du contexte économique et de la concurrence, à la variable fiscale, dont l'impact est certain voire parfois dissuasif, dans la mise en place de certaines opérations.

Cette nouvelle appréhension de l'impôt par les opérateurs économiques, s'est donc notamment caractérisée par la mise en place de stratégies d'optimisation fiscale parfois très agressives. Ces pratiques, qui peuvent engendrer évasion fiscale voire dans les cas les

plus extrêmes, furent pendant longtemps ignorées, ou minimisées par les Etats, trop concentrés à stigmatiser des pratiques strictement frauduleuses et certains Etats ou territoires particuliers, regroupés sous l'appellation relativement obscure de paradis fiscaux ou d'Etats ou territoires non coopératifs, sans prendre en compte une réalité bien plus globale et implacable, celle du monde des affaires. Cet environnement globalisé, est en effet l'apanage des sociétés multinationales, qui de part leur puissance économique, leurs implantations et leurs ressources, peuvent jouer avec la norme fiscale et donc leur imposition, grâce à la bienveillance de certaines administrations, mais également grâce aux failles législatives, exploitées tout aussi bien dans les législations nationales et internationales. L'ensemble de ces différents facteurs, rend donc difficile une distinction claire entre les différents comportements, si l'on s'en tient notamment aux définitions textuelles, même si certains principes tels que la substance permettent de les distinguer.

**1029** - La crise financière mondiale de 2008, qui a eu des conséquences majeures sur les économies et donc les ressources de la majorité des pays à travers, a quelque peu modifié l'appréhension de ces problématiques et a eu pour conséquence, une prise de conscience globale quant à la nécessité de modifier l'environnement fiscal dans le but de limiter les abus, notamment des multinationales.

En effet, les importantes difficultés économiques rencontrées par de nombreux Etats qui se sont couplées dans de nombreux cas par des augmentations d'impôts, ont généré de nombreuses tensions entre les différentes catégories de contribuables. Ces tensions, ont par ailleurs été largement exacerbées par la sphère médiatique, qui a mis en lumière les pratiques de certaines entreprises multinationales mettant en place des stratégies complexes dans le but d'optimiser leur fiscalité, en délocalisant de la matière imposable vers des Etats où le poids de l'impôt est moins important, voire même vers des paradis fiscaux.

**1030** - Ces pratiques, qui selon les moyens mis en place, relèveront de la simple optimisation, de l'évasion ou de la fraude, ont engendré un mouvement législatif important, visant à mieux identifier ces pratiques et à les sanctionner plus lourdement.

Pour autant, si la modification des législations nationales est nécessaire, ces dernières ne sont plus aujourd'hui suffisamment adaptées à la pratique des affaires et à la mondialisation des échanges, comme l'ont démontré de nombreux travaux parlementaires ou issus des instances internationales.

En effet, s'il existe aujourd'hui nous l'avons vu dans l'ensemble des pays, sauf peut-être dans les ETNC, des législations anti-abus, généralement de plus en plus strictes, le volume des redressements effectués, démontre bien de l'inefficacité des procédures et des mécanismes actuellement en vigueur.

Sur ce point, il est intéressant de souligner que l'année 2015, représente en France un record en ce qui concerne le montant des redressements liés à la fraude fiscale, puisque fisc, a redressé au cours des quelques 50 168 contrôles fiscaux, pour un montant de plus de 20 milliards d'euros.

Pour autant, il faut tout de même souligner que si ces montants sont très importants, ils sont relativement faibles par rapport aux montants éludés estimés, ce qui pose la question de l'efficacité des moyens mis en œuvre. En effet, des actions nationales, quelques soient les mécanismes et sanctions encourues, ne sont plus suffisamment efficaces, face à des entreprises implantées dans une pluralité de territoires et face à des flux dématérialisés de plus en plus difficile à identifier et à quantifier, comme en témoigne la pratique des prix de transfert.

Face à cette problématique, une action d'envergure est donc nécessaire, même si se pose la question de sa mise en place, la fiscalité étant même dans le cadre de l'UE, une question de souveraineté nationale.

**1031** - Parler de l'UE, nous permet d'insister sur un des autres points centraux de cette étude et qui concerne le rôle des instances internationales dans l'encadrement des pratiques fiscales dommageables des entreprises.

En effet, si les comportements abusifs et notamment la fraude fiscale, qui reçoit une qualification pénale, sont sanctionnés par la législation nationale, il est nécessaire aujourd'hui afin de réguler certaines pratiques, de modifier de manière globale l'environnement normatif, puisque c'est souvent dans le cadre de l'utilisation des normes fiscales nationales, des régimes dérogatoires favorables (comme c'est le cas des rescrits) et par les différences d'interprétation qui peuvent découler de ces normes, que les contribuables, peuvent mettre en place des stratégies d'optimisation agressives.

C'est dans ce cadre que l'UE, notamment par le biais des directives européennes et l'OCDE, plus particulièrement le biais du rapport BEPS, divisé en plans d'action, sont jugé qu'il était aujourd'hui nécessaire de réformer de manière globale la fiscalité, afin de l'adapter aux nouvelles contraintes économiques.



Si ce rapport, qui représente un travail considérable est d'un intérêt certain, notamment par les propositions qui en découlent, nous ne sommes pas encore sûrs de son impact sur les législations nationales même si certains Etats, au premier rang desquels la France, qui a récemment réformé sa législation en fonction des recommandations du BEPS. Le législateur français, a en effet inséré de nombreuses modifications législatives notamment par la mise en place notamment du « *reporting pays* », en modifiant de manière importante sa législation relativement aux problématiques liées aux prix de transfert et aux instruments financiers et sociétaires hybrides et s'intéresse de prêt aux notions de bénéficiaire effectif et d'établissement stable numérique, qui sont au cœur des réflexions dans le cadre de la lutte contre les comportements abusifs.

Dans le même sens, les modifications apportées à certaines normes européennes telles que la réforme de la directive mère-fille, ainsi que le contentieux des aides d'Etat, lancé par la Commission européenne et qui a engendré notamment la mise en demeure de l'Irlande de récupérer les aides fiscales indirectes consenties à la société Apple par le biais de rescrits, démontrent bien de la volonté de mettre fin à certaines pratiques fiscales nationales et d'envisager une politique anti-abus commune.

Dans le même sens, nous verrons si l'adoption de la directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le marché intérieur<sup>1841</sup>, faisant partie d'un paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale, comprenant une recommandation concernant les conventions fiscales, une directive révisée sur la coopération administrative et une communication sur la stratégie extérieure, permettra de mettre un terme aux pratiques abusives des entreprises sur le marché européen, qui profitent des failles et des avantages inhérents au droit communautaire.

Par ailleurs, nous verrons si cette nouvelle législation, qui doit être transposée par les Etats avant le 31 décembre 2016, parvient à mettre un terme aux pratiques fiscales dommageables de certains Etats membres et permet de mettre en place une politique commune concernant les flux entrant et sortant de la communauté, afin de limiter les possibilités d'évasion et de fraude fiscales au plan communautaire, ce qui aurait un impact certain sur la pratique des affaires.

**1032** - Selon nous, tout l'enjeu est aujourd'hui de savoir, si cette prise de conscience, que l'on présente aujourd'hui comme globale, se caractérisera réellement dans les faits par

---

<sup>1841</sup> Directive 2016/1164/CE, ATAD, du 12 juillet 2016.

une rationalisation de la norme fiscale à grande échelle et non pas seulement ponctuelle, à la fois localement mais également sur un plan international.

Localement, il faudra que les législateurs prennent notamment en considération le fait que l'impôt est aujourd'hui une science trop complexe et trop contraignante pour les contribuables. Par ailleurs, dans le cadre du développement et de la modification des sanctions des comportements abusifs, il faudra que les contribuables ne soient pas présumés coupables, alors que ces derniers détiennent, un droit à l'optimisation fiscale, défendu par les juridictions suprêmes nationales et internationales. Sur ce point, nous aurons l'occasion de voir dans les prochaines années, si le mécanisme de la relation de confiance, permet aux contribuables et à l'administration fiscale, d'apaiser des relations tendues largement marquées par la suspicion.

D'un point de vue international, la modification du cadre normatif est nous l'avons vu encore plus complexe, puisque si les instances internationales, attestent d'une volonté de réformer globalement la fiscalité, la réalité est tout autre. En effet, cette dernière est dominée par des intérêts égoïstes ou chaque partie, est soucieuse selon les cas, d'attirer des investisseurs, ou de préserver des recettes et semble jouer sa propre partition.

Dans ce cadre, malgré des décennies de critiques, de tentatives de réforme et d'augmentation des sanctions, l'utilisation des régimes fiscaux préférentiels, mais également les centres « *offshores* », demeurent toujours aussi présents dans le monde des affaires.

Nous verrons donc sur ce point, si le BEPS et l'évolution du droit européen, tant en matière de sanction, d'harmonisation et de coopération, auront les répercussions souhaitées, notamment sur la question de l'utilisation des conventions fiscales internationales, des prix de transfert, des instruments hybrides ou encore des établissements stables, qui sont au cœur des stratégies d'optimisation des entreprises multinationales.

Au final, si l'on ne peut que souhaiter l'apparition de changements importants aux niveaux nationaux et internationaux, nous serions surpris de voir se développer au moins dans un avenir proche des instruments internationaux efficaces au service d'une interprétation du droit cohérente avec la réalité économique, à l'heure à laquelle se pose notamment au niveau européenne, la question d'une recherche d'indépendance, comme cela est illustré par la sortie du Royaume-Uni de l'UE.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. OUVRAGES, THESES ET RAPPORTS

- ABADIE (L.) et MERCIER-SUISSA (C.), *Finance internationale : Marché des changes et gestion des risques financiers*, Armand Colin, 2011,
- ADDA (J.), *La Mondialisation de l'économie*, Vol.1 et Vol 2 La Découverte, Repères, Paris, 1996,
- ADDA (Y.), *L'évasion fiscale internationale dans les pays de l'UE*, Thèse, Université Panthéon-ASSAS (Paris II), 2002,
- AGOSTINI (M.), *les options fiscales*, LGDJ, Paris 1983,
- AGRON (L.), *Histoire du vocabulaire fiscal*, Thèse, Université Panthéon-ASSAS (Paris II), 2002,
- AICARDI (M.), *L'amélioration des rapports entre les citoyens et les administrations fiscales et douanières*, La Documentation française, collection des rapports officiels, Paris, 1986,
- ARDANT (G.), *Histoire de l'impôt*, tome 1, Fayard, 1971,
- AUJEAN (M.) et SAINT-ETIENNE (Ch.), *Stratégies fiscales des Etats et des entreprises : souveraineté et concurrence*, Les cahiers le Cercle des économistes, PUF, 2009,
- AUJEAN (M.) et SAINT-ETIENNE (Ch.), *Stratégies fiscales des Etats et des entreprises : souveraineté et concurrence*, éd. Descartes et Cie, 2009,
- BATIFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8<sup>ème</sup> éd. 1993,
- BAUDUIN (E.), *La France face à l'évasion fiscale internationale*, Thèse, Université Paris II, Panthéon-Assas, 2004,
- BEAUCHAMP (C.), *Révolution industrielle et croissance au xixe siècle*, éd. Ellipses Marketing, coll. « Les Économiques », 1997,
- BEY (E.-M.) et GAVALDA (Ch.), *Le crédit-bail mobilier*, Que sais-je ? PUF, 1981,
- BLANCHARD (O.) et COHEN (D.), *Macroéconomie*, Pearson, 5<sup>ème</sup> éd., 2009,
- BLOUIN (J.) HUIZINGA (H.) LAEVEN (L.) and NICODEME (G.), *Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure*, IMF Working Paper, WP/14/12,

- BONHOMME (R.), *Instruments de paiement et de crédit*, LGDJ, 11<sup>ème</sup> éd., 2015,
- BOCQUET (E.), *Commission d'enquête sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de France et ses incidences fiscales*, Rapport d'information n°673, déposé au Sénat le 17 juillet 2012,
- BOUCHER (D.), *Le crédit d'impôt recherche*, Lexinexis 2015,
- BOURDIN (J.), *Commerce électronique : l'irrésistible expansion*, Rapport d'information n°272 (2011-2012), fait au nom de la Délégation à la prospective, déposé au Sénat le 18 janvier 2012,
- BOURGET (R.), *La science juridique et le droit financier et fiscal : Etude historique et comparative du développement de la science juridique fiscale (fin XIXème et XXème siècle)*, Thèse, Université Panthéon-ASSAS (Paris II), LGDJ, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 112, 2012,
- BURGORGUE-LARSEN (L.), *Les concepts de liberté publique et de droit fondamental*, in J.-B. AUBY (dir.) : *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010,
- BRARD (J.-P.), *Fraude et évasion fiscale : une intolérable atteinte à l'impôt citoyen*, Rapport d'information n°1105, déposé à l'Assemblée nationale le 8 septembre 1999,
- BRARD (J.-P.), *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales : retrouver l'égalité devant l'impôt*, Rapport d'information n°1802, déposé à l'Assemblée nationale le 6 octobre 1998,
- BREWER-CARIAS (A.-R.), *Les protections constitutionnelles et légales contre les impôts confiscatoires*, Etudes de droit public comparé, Bruylant, Bruxelles, 2001,
- BURGER (J.), *Les délits pénaux fiscaux : une mise en perspective des droits français, luxembourgeois et internationaux*. Thèse, Université de Nancy, 2011,
- CALMES (S.), *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Thèse, Dalloz, coll., Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, 2001,
- CAHUZAC (J.) et CARCENAC (T.), *La gestion et au contrôle de la TVA*, Rapport d'information n°4467, déposé à l'Assemblée nationale le 9 mars 2012,
- CARREZ (G.), *l'application des mesures fiscales contenues dans les lois de finances*, Rapport n°3631 déposé à l'Assemblée nationale le 6 juillet 2011,
- CARREZ (G.), BRARD (J.-P.), EMMANUELLI (H.), J.-F. MANCET et PERRUCHOT (N.), *Rapport d'information sur les paradis fiscaux* n°1902, déposé à l'Assemblée nationale le 10 septembre 2009,

- CASIMIR (J.-P.), *Contrôle fiscal : Contentieux recouvrement*, éd. Groupe Revue Fiduciaire, 13<sup>ème</sup> éd. 2015,
- CASTAGNEDE (B.), *Précis de fiscalité internationale*, PUF. 5<sup>ème</sup> éd. 2015,
- CATALAN (R.), *Optimisation fiscale et libertés communautaires*, Thèse, Université Aix-Marseille, 2013,
- CEDH, *Guide de l'article 6 : Droit à un procès équitable (volet pénal)*, 2014,
- CHADEFAX (M.), *l'audit fiscal*, Litec, 1987,
- CHAMBOST (A.), *Guide Chambost des paradis fiscaux*, Favre, 8<sup>ème</sup> éd. 2005,
- CHAVAGNEUX (Ch.) et PALAN (R.), *Les Paradis fiscaux*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 2012,
- CHAVAGNEUX (Ch.), *Les paradis fiscaux*, Poche, 2012,
- CHAUNU (P.), *Conquête et exploitation des nouveaux mondes*, PUF, Nouvelle Clio, Paris, 1995,
- CHRETIEN (M.), *Le fisc en face du droit international privé : Travaux du comité français de droit privé*, 1954,
- CMS Bureau Français Lefebvre, Tax Connect, *Transfer pricing : managing documentation requirements in 30 countries*, 2013,
- COLASSE (B.), *Comptabilité générale*, Economica, 2001,
- COLLET (M.), *Droit fiscal*, PUF, coll. Thémis, 4<sup>ème</sup> éd., 2015,
- COLIN (N.), PAINAULT (P.), MASON-SCHULER et (N.), *Mission de comparaisons internationales sur la lutte contre l'évasion fiscale via les échanges économiques et financiers intra-groupe*, note n°2012-M-032-03 de l'inspection générale des finances, déposée le 5 juin 2012,
- COLLIN (P.) et COLIN (N.), *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Rapport au Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au Ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, déposé le 7 janvier 2013,
- Conseil des impôts, *Imposition des bénéficiaires industriels et commerciaux*, Rapport de juillet 1977,
- Cons. UE, ann., 9655/06, du 19 mai 2006, LIMITE FISC 73, sur l'inventaire des mesures sélectives,
- CONAC (G.), DEBENE, (M.) et TEBOUL (G.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; histoire, analyse et commentaires*, Economica, Paris, 1993,

- CONDOR (I.), *Droit financier*, éd. de la fondation roumaine pour demain, 2002,
- Cour des comptes, *Les relations de l'administration avec les particuliers et les entreprises*, Rapport public Thématique, février 2012,
- Conseil des prélèvements obligatoires, *Etude sur les entreprises et niches fiscales et sociales*, 2010,
- CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF 2016,
- COUDERT (P.), *Le Champ d'application territoriale des monopoles des établissements de crédit et des prestataires de services d'investissement*, Thèse, Clermont-Ferrand, 2004,
- COZIAN (M.), *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 5<sup>ème</sup> édition, LITEC, 2005,
- COZIAN (M.), *L'aménagement de la procédure d'abus de droit, l'amélioration des rapports entre l'administration fiscale et les contribuables*, PUF, 1989,
- COZIAN (M.), *Abus de droit et restructuration des sociétés, Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4<sup>ème</sup> éd. LexisNexis, réédition 2015,
- DAVID (C.), *Fiscalité des instruments financiers des entreprises de la Communauté européenne*, Nouvelles éditions fiduciaires, 1991,
- DE CROUY CHANEL (E.), *Philosophie de l'impôt, penser le droit*, 2006,
- DEBAUGE (F.), *Guide pratique du crédit impôt recherche*, Eyrolles 2<sup>ème</sup> éd. 2011,
- DELAHAYE (Th.), *Le choix de la voie la moins imposée. Etude de droit fiscal comparé (Belgique, France, Pays-Bas, Royaume-Uni)*. Etablissements E. Bruyant, Bruxelles, 1977,
- DEVESA (P.), *L'opération de courtage : un groupe de contrats au service de la notion d'entremise*, Litec coll. BDE 1993, t. 30,
- DG TAXUD, Commission européenne ; *Tendances de la fiscalité dans l'Union européenne*, 2014,
- DUHAMEL (G.), *Les Paradis fiscaux. Structures anti-impôts, les dispositifs offshores à la loupe*, Grancher, Paris, 2001,
- DOLLINGER (Ph.), *La Hanse (XII<sup>ème</sup> - XVII<sup>ème</sup> siècles)*, Aubier-Montaigne, 1964,
- FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 14<sup>ème</sup> éd. 2007,
- FAVOREU (L.), *La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale*, Mélanges A. VITU, Cujas 1989,

- FAVRI (D.), *Europe-Etats-Unis : les enjeux de l'accord de libre échange*, Broché, 2014,
- FOUQUET (O.), *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, Rapport au ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique, juin 2008,
- FOURASTIE (J.), *Les Trente Glorieuses, ou la révolution invisible de 1946 à 1975*, Paris, Fayard, 1979, réédition Hachette Pluriel, n°8363,
- GAUDIN (Ch.), *La notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à l'attractivité du territoire national*, Rapport d'information n°347, déposé au Sénat le 22 juin 2007,
- GEFFROY (J.-B.), *Aux sources du bouclier fiscal : l'émergence difficile d'un principe de non-confiscation par l'impôt*, Mélanges en l'honneur de Pierre Beltrame, PUAM, 2010,
- GEST (G.) et TIXIER (G.), *Droit fiscal international*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd.1990,
- GODEFROY (T.) et LASCOUMES (P.), *Le Capitalisme clandestin. L'illusoire régulation des places offshore*, éd. La Découverte, Paris, 2004,
- GOUTHIERE (B.), *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 10<sup>ème</sup> éd. 2016,
- GOUYET (R.), *L'illicite et le droit fiscal*, Thèse, Presse Universitaire du Septentrion, éd. 2000,
- GREZAUD (P.-X.) et DE MAILLARD (J.), *Un monde sans loi : La criminalité financière en images*, Stock, Paris, 2003,
- GUX (S.), *Les origines du secret bancaire suisse et son rôle dans la politique de la Confédération au sortir de la Seconde Guerre mondiale*, Genèses, n°34, 1999, p. 4-27,
- HUME (D.), *Essais moraux, politiques et littéraires et autres essais*, PUF, Paris, 2001,
- JCL commercial, *Agent commercial*,
- JCL commercial, *Courtage.-Courtiers-Régime général*,
- JCL Travail Traité, *Portage salarial*,
- JEZE (G.) et BOUCARD (M.), *Eléments de la science des finances et de la législation financière française*, Girard et Brière, Paris, 1986,
- JEZE (G.), *Cours de finances publiques*, LGDJ, Paris, 1930,
- JEZE, (G.), *Cours de Finances Publiques*, 1934-1935 LGDJ, Paris, 1935,
- KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Delagrance, Paris, 1985,

- KLEIN (M.), *Rainbow's End : The Crash of 1929*, Oxford University Press, Oxford, 2001,
- KOSZEGHY (K.), *Adressing abuse in Luxembourg Tax Law with a new GAAR*, Thèse, Université du Luxembourg, 2014,
- KPMG, *Reporting pays par pays : comparatif des obligations françaises*, janvier 2016,
- KRECKE (J.), *Rapport sur la fraude fiscale au Luxembourg*, 16 avril 1997,
- KRUGER (H.), *La gestion fiscale des holdings*, Groupe Revue Fiduciaire, LGDJ, 2014,
- LAMORLETTE (A.), *Guide critique et sélectif des paradis fiscaux*, 5<sup>ème</sup> édition, Maxima, 2008,
- Lamy optimisation fiscale de l'entreprise, Lamy, 2013,
- LARREGLE (P.), *Le principe de non-immixtion de l'Administration dans la gestion des entreprises*, Thèse, Bordeaux I, 1973,
- LASSERRE - CAPDEVILLE (J.), *Le secret bancaire, étude de droit comparé* (France, Suisse, Luxembourg), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006,
- LAUFENBURGER (H.), *Précis d'économie et de législation financière*, Librairie du recueil Sirey, 1947,
- LE BLANC (P.), MATTHEWS (S.) and K. MELLBYE, *The Tax Policy Landscape Five Years after the Crisis*, OECD Taxation Working Papers, n°17, OECD Publishing, 2013,
- LENOIR (N.) et HAYAT (M.), *Vers un impôt européen sur les sociétés ; rapport du Cercle des européen* 2011,
- LEROY-BEAULIEU, *Science des finances*, t. I, Alcan, Paris, 1906,
- LINEBAUGH (P.), *The Magna Carta Manifesto : Liberties and Commons for All*, University of California Press, 2008,
- LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, 1690,
- LOPEZ (Ch.), *Droit pénal fiscal*, LGDJ, Paris 2012,
- MAGNON (X.), *QPC, la question prioritaire de constitutionnalité : Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, Lexinexis 2013,
- MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, LGDJ, coll. Thèse, 2005,
- MARINI (Ph.), *La fiscalité numérique*, Rapport n°614, déposé à l'Assemblée nationale le 27 juin 2012,



- MARINI (Ph.) et GAUDIN (Ch.), *La bataille des centres de décision : promouvoir la souveraineté économique de la France à l'heure de la mondialisation*, Rapport d'information n°347, déposé à l'Assemblée nationale le 22 juin 2007,
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des libertés*, LGDJ, coll. Manuel, 2003,
- MATHIEU (J.), *La politique fiscale*, éd. Economica, Paris, 1999,
- MELOT (N.), *Territorialité et mondialité de l'impôt : étude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaines*, Thèse, Dalloz, 2004,
- *Mémento cession de parts et actions Francis Lefebvre*, édition Francis Lefebvre, 2015-2016,
- *Memento comptable Francis Lefebvre*, éditions Francis Lefebvre, 2017,
- *Mémento fiscal Francis Lefebvre*, éditions Francis Lefebvre, 2016,
- *Mémento fusions et acquisitions*, éditions Francis Lefebvre, 2016,
- *Mémento groupe de sociétés Francis Lefebvre*, éditions Francis Lefebvre, 2015-2016,
- *Mémento intégration fiscale Francis Lefebvre*, éditions Francis Lefebvre, 2016-2017,
- *Mémento sociétés commerciales Francis Lefebvre*, éditions Francis Lefebvre, 2016,
- *Mémento sociétés civiles Francis Lefebvre*, éditions Francis Lefebvre, 2016,
- *Mémento TVA Francis Lefebvre*, éditions Francis Lefebvre, 2016,
- MIAL (F.), *Fixation des prix de transfert à l'épreuve de la double imposition économique*, Thèse, Université Aix-Marseille, 2014,
- MOLE (A.), *Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale*, Thèse, Université Paris Dauphine, 2015,
- MONNET (J.), *Mémoires*, Fayard, 1976,
- MORGENSTERN (P.), *Intégration fiscale*, Groupe Revue fiduciaire, coll. Pratique d'experts, éd. 2015,
- MOUSSERON (J.-J.), *Technique contractuelle*, 4<sup>ème</sup> éd., Francis Lefebvre, 2010,
- MUET (P.-A.), WOERTH (E.), DE COURSON (Ch.), DALLOZ (M.-Ch), GIRARDIN (A.), SANSU (N.) et SAS (E.), *L'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international*, Rapport d'information n°1243, déposé à l'Assemblée nationale le 10 juillet 2013,
- MUSGRAVE (R.), *The theory of public finance : A study in public Economy*, McGraw-Hill 1959,
- NEUMARK (F.), *Rapport du Comité fiscal et financier*, 1962,

- OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : Un problème mondial*, OCDE publications, Paris, 1998,
- OCDE, *Déclaration sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, 2013,
- OCDE, *Dispositifs hybrides – Question de politique et de discipline fiscale*, OCDE publications, Paris, 2012,
- OCDE, *Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas, Projet OCDE/G20 sur l'érosion des bases d'impositions et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, Paris, 2014,
- OCDE, *Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable*, OCDE publications, Paris, 2015,
- OCDE, *Fraude et évasion fiscale*, OCDE publications, Paris, 1980,
- OCDE, *Instructions relatives à la documentation des prix de transfert et aux déclarations pays par pays, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE publications, Paris, 2014,
- OCDE, *Instructions relatives aux aspects intéressant les prix de transfert des actifs incorporels, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, OCDE publications, Paris, 2014,
- OCDE, *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, 2014,
- OCDE, *L'évasion et la fraude fiscales internationales. Quatre études*, OCDE publications, Paris, 1987,
- OCDE, *Lutter contre la planification fiscale agressive par l'amélioration de la transparence et de la communication de renseignements*, OCDE publications, Paris, 2011,
- OCDE, *Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance, Projet OCDE/G20 sur l'érosion des bases d'impositions et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, Paris, 2014,
- OCDE, *Méthode type proposée pour les enquêtes sur la recherche et le développement expérimental*, OCDE publications, Paris, maj 2015,
- OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Projet OCDE/G20 sur l'érosion des bases d'impositions et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, Paris, 2014,

- OCDE, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, VII, 6., OCDE publications, Paris, 2010,
- OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, OCDE publications, Paris, 2010,
- OCDE, *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice*, OCDE publications, Paris, 2014,
- OCDE, *Rapport sur le rôle des intermédiaires en matière fiscale*, OCDE publications, Paris, 2008,
- OCDE, *Une nouvelle économie ? Transformation du rôle de l'innovation et des technologies de l'information dans la croissance*, OCDE publications, Paris, 2000,
- OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD publishing, Paris, 2013,
- OECD, *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD publishing, Paris, 2011,
- OECD, *Thin capitalization legislation : A background paper for country tax administration*, OECD publishing, Paris 2012,
- Ouvrage collectif, *Les holdings*, Francis Lefebvre, 2013,
- Ouvrage collectif, *Paradis fiscaux et opérations internationales : pays et zones à fiscalité privilégiée, mesure anti-évasion*, Francis Lefèvre, Paris 1999,
- PWC, *Worldwide Tax summaries*, 2015-2016,
- QUEROL (F.), *Gaston Jèze et la théorie du partage équitable de l'effort fiscal*, in *Doctrine fiscales : A la redécouverte de grands classiques*, sous la direction de S. RIMBAULT DE FONTAINE, éd. L'Harmattan, Paris, 2007,
- RADACAL (F.), *L'utilisation des zones à fiscalité privilégiée, un mode d'optimisation et de sauvegarde économique*, Université Paris Descartes, 2013,
- RASSAT (P.), LAMORLETTE (T.), CAMELLI (T.), *Stratégies fiscales internationales*, éd. Maxima, 2010,
- REPETTI (J.-R.), *Comparative Income Taxation*, Kluwer Law International, 1997,
- RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, LGDJ Tome 3 1997,
- ROUSSEAU, *Du contrat social*, Amsterdam, 1762,

- RUDING (O.), *Rapport du Comité des Experts indépendants sur la fiscalité des entreprises*, 1992,
- RUTTIENS (A.), *Futures, swaps, options : Les produits financiers dérivés*, Cci de Liege, edipro, 2012,
- SERLOOTEN (P.), *Décisions et Gestion – Septièmes Rencontres 26 et 27 novembre 1998*, Collection Histoire, Gestion, Organisations, n° 7, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1999,
- SIEMENS (E.), *Offshore Company law*, Academy and Finance, Genève, 2009,
- SION (M.), *Gérer la trésorerie et la relation bancaire*, Dunod, 6<sup>ème</sup> éd., 2015,
- THEVENET, (B.), *Fraude fiscale (Délit général)*. Dalloz, 2014,
- THIONYL (V.), *Comparative Tax Law*, éd. Kluwer Law International, 2009,
- THOMAS (P.), *LBO : Capital transmission*, éd. Francis Lefebvre, 2013,
- THOMAS (P.), *LBO, Montages à effet de levier – Private Equity*, éd. RB, 2012,
- TROTABAS (L.) et COTTERET (J.-M), *Droit fiscal*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> éd. Paris, 1985,
- TROPER (M.) et DALLOGNAUD, (D.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, t. 3, Paris, 2012,
- VAN HASSEL (F.), *L'utilisation des sociétés étrangères à des fins d'évasion fiscale*, Thèse, Université Panthéon-ASSAS, (PARIS II), 1998,
- VERNIMMEN (P.), *Finance d'entreprise*, Dalloz. éd. 2016,
- VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, PUF, I. 1975, II. 1979,
- WEIL (E.), *Philosophie politique*, Vrin, 4<sup>ème</sup> éd. Paris, 1985,
- WERBROUK (G.), *Contribution économique territoriale*, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2011,
- ZAKI (M.), *Le secret bancaire est mort, vive l'évasion fiscale*, éd. Favre, 2010,

## II. DOCUMENTS ET TEXTES OFFICIELS

- Communication de la Commission ; COM(2012) 722 final, du 6 décembre 2012, relative à la mise en place d'un plan d'action pour renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales,
- Communication de la commission ; COM (2012), 8806, du 16 mars 2011 final, concernant l'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS),
- Communication de la commission ; COM CSE (97) 1 final, du 4 juin 1997, relative au Plan d'Action en faveur du marché unique,

- Communication de la commission ; COM (2007) 785 final, du 10 décembre 2007, sur l'application des mesures fiscales contre les abus dans le domaine de la fiscalité directe au sein de l'Union européenne et dans les rapports avec les pays tiers,
- Communication de la commission ; COM (2006) 254 du 31 mai 2006, sur la mise en place une stratégie commune de lutte contre la fraude,
- Communication de la Commission ; COM (2011) 681 final, du 25 octobre 2011, sur la responsabilité sociale des entreprises,
- Communication de la Commission ; COM(2012) 351 final, du 27 juin 2012, sur les moyens concrets de renforcer la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, y compris en ce qui concerne les pays tiers,
- Cour européenne des droits de l'Homme, *Guide de l'article 6 : Droit à un procès équitable (volet pénal)*, 2014,
- Décision de la Commission C(2004) 929, du 30 mars 2004, relative au régime d'aides que le Royaume-Uni envisage de mettre à exécution concernant la réforme de l'impôt sur les sociétés par le gouvernement de Gibraltar,
- Décision de la Commission 2005/145/CE, du 16 décembre 2003, relative aux aides d'Etat accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières,
- Directive 2010/24/UE, du 16 mars 2010, concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures,
- Directive 2016/881/UE, du 25 mai 2016, concernant l'échange automatique et obligatoire d'information dans le domaine fiscal,
- Directive 2009/133/CE, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports partiels d'actifs, échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre,
- Directive n°90/434/CEE, du 23 juillet 1990, sur le régime fiscal commun applicable aux opérations de restructurations transfrontalières de sociétés,
- Directive 90/435/CEE, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents,
- Directive 2001/86/UE, du 8 octobre 2001, complétant le statut de la Société européenne,
- Directive 48/2003/CE, du 3 juin 2003, en matière de revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts,

- Directive 2003/87/CE, du 13 octobre 2003, établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté,
- Directive 2015/849/UE, du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme,
- Directive 2006/112/CE, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée,
- Directive 2010/24/UE, du 16 mars 2012, sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures,
- Directive 2011/16/UE, du 15 février 2011, sur la coopération administrative dans le domaine fiscal sur la coopération administrative dans le domaine des droits d'accise,
- Directive n°2016/881/UE du Conseil du 25 mai 2016 concernant l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal,
- Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, mise à jour au 15 juillet 2014, [www.oecd.org](http://www.oecd.org),
- Proposition COM (2011) 121, du 6 octobre 2011, concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS),
- Règlement grand-ducal du 23 décembre 2014, relatif à la procédure applicable aux décisions anticipées rendues en matière d'impôts directs et instituant la Commission des décisions anticipées : Mémorial A, n°264, du 29 décembre 2014,
- Règlement n°389/2012, du 2 mai 2012, sur la coopération administrative dans le domaine des droits d'accises,
- Règlement n°904/2010 du 7 octobre 2010, concernant la coopération administrative et la lutte contre la fraude dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée,
- Règlement CE, n°2157/2001, du 8 octobre 2001, relatif au statut de Société européenne,
- Règlement n°800/2008, du 6 Août 2008, sur les catégories d'aide compatibles avec le marché intérieur,
- Résolution du Conseil 2010/C 156/0, sur la coordination des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) et à la sous-capitalisation au sein de l'Union européenne,

### III. ARTICLES ET NOTES DE JURISPRUDENCE

- ABATA (G.), *Mise en œuvre du projet BEPS : Le moment de vérité approche*, Dr. fisc. 2016, n°5, 138,
- ACARD (C.), *Fiscalité financière*, Dr. fisc. 2015, n°38, comm. 557, n°14,
- ACARD (C.), GENESTIER (N.) et EXERJEAN (G.), *La ligne de démarcation entre risque fiscal et risque pénal (1<sup>er</sup> volet), Les enjeux de la pénalisation en matière fiscale*, Dr. fisc. 2016, n°7-8, 172,
- ACARD (C.), GENESTIER (N.) et EXERJEAN (G.), *La ligne de démarcation entre risque fiscal et risque pénal (2<sup>e</sup> volet). - Un abus de droit peut-il être constitutif d'une fraude fiscale ?* Dr. fisc. 2016, n°207,
- ACTES PRAT., *Les LBO*, Ing. Sociétaire, n°99, mai-juin 2008, n°148, p.22-23,
- AGUILA (Y.), GAYRAL (J.) et RUTSCHMANN (Y.), *La nouvelle clause anti-abus du régime des sociétés mères : critique de la décision du Conseil constitutionnel et opportunité d'une saisine de la Cour de justice de l'Union européenne*, Dr. fisc. 2016, n°13, 248,
- ALADJIDI (E.), *A quels documents l'Administration a-t-elle accès dans l'exercice de son droit de communication ?* Concl. sur CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 avril 2014, n°354314, M. Senaux ; Dr. fisc. 2014, n°26, comm. 407, note R. GRAU et X. ZHANG,
- ALFANDARI (E.), *La rémunération des comptes à vue : la fin du ni-ni à la française ?* JCP G 2004, act. 567,
- AMINE-BENAOUDA (M.), GUEYE (E.), MARTIN (D.), MOUROT (E.) et STOFATI (C.), *BEPS : vœu pieux ou réalité juridique ? Remarques relatives à l'action 5*, Dr. fisc. 2016, n°30-35, 442,
- ANJUERE (P.-A.), *Le rescrit au service des transmissions d'entreprise*, Les nouvelles fiscales 1998, 778, p. 27 et s.,
- ANJUERE (P.-A.) et GRENOT (L.), *Les sociétés de personnes au service de l'optimisation*, Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise, Etude 321, Lamy 2015,
- ARDANT (G.), *Théorie sociologique de l'impôt*, Revue française de sociologie, 1966, vol. 7, n°7-2,
- AUSTRY (S.) et GUTMANN (D.), *Discrimination par ricochet et principe d'égalité : jusqu'où peut aller la jurisprudence Metro Holding ?* RJF 2016, p. 41,
- AYRAULT (L.), *Le renforcement des sanctions*, Dr. fisc. 2014, n°51-52, 701,

- BACHELIER (G.), EL KAROUI (G.) et GUICHARD (M.), *La détection des fraudes : table ronde sur les nouvelles armes de l'administration*, Dr. fisc. 2014, n°46, 619,
- BAYONA GIMENEZ (J. J.) et SOLER-ROCH (M.-T.), *Compatibilité de l'article 209 B et de l'article 155 A avec la norme conventionnelle : la voie vers une prolifération de la norme anti-abus est elle à nouveau ouverte ?* Dr. fisc. 2013, n°24, note n°315,
- BEAUMONT (S.), DAMSTE (I.), POLLOCK (D.-H.), *Jongler avec les impôts d'une multinationale*, L'Expansion Management Review, n°88, mars 1998, p. 45 à 50,
- BENEJAT (M.), *La détection des fraudes fiscales : les nouveaux acteurs*, Dr. fisc. 2014, n°46, 617,
- BENKIMOUN (P.), *Les « lanceurs d'alertes » français en quête d'un cadre législatif protecteur*, Le monde, 31 mars 2008,
- BERNARDEAU (L.) et SCHMIED (F.), *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (juill./déc. 2012)*, Dr. fisc. 2013, n°6, 137,
- BERTEL (J.-P.) et JEANTIN (M.), *Le portage d'action*, RJDA 1991, n°10, p. 683,
- BEY (E.-M.), *Le financement des logiciels : peut on louer ou donner financièrement à bail un logiciel ?* Gaz. Pal. 1985, 2, doct., p. 396,
- BIESA (R.), *Le professeur Gaston Jèze. Quelques réflexions que suggère son œuvre*, RDP 1953, p. 891,
- BLANLUET (G.), *Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'Union européenne.- À propos de Cons. const., 3 février, 2016, n°2015-520 QPC, Sté Metro Holding*, Dr. fisc. 2016, n°12, comm. 233,
- BLANLUET (G.), HAGELSTEEN (M.-D.), LEDOUBLE (D.), LIEB (J.-P.), MIRAILLES (B.) et VILLEMOT (D.), *L'environnement normatif*, Dr. fisc. 2007, n°37, 821,
- BLANLUET (G.), TALY (M.), GUTMANN (D.), MARTIN (Ph.), BIED-CHARRENTON (V.) et GARDETTE (A.), *La localisation des centres de décision : critères et enjeux.- Compte-rendu de la soirée de l'IFA du 7 novembre 2012*, Dr. fisc. 2013, n°13, 214,
- BITAR (H.) et BERTACCHI (F.), *Droits à déduction des holdings : de Satam à Ginger, les retrouvailles*, Dr. fisc, 2016, n°22, act. 331,
- BLANLUET (G.), *Le régime français des sociétés mères à la lumière de la directive : l'exemple de l'affaire Metro Holding France*, Dr. fisc. 2014, n°41, 570,



- BLUM (J.), LEVI (M.), TAYLOR (R.-T.) et WILLIAMS (P.), *Paradis fiscaux, secret bancaire et blanchiment d'argent* », in *Prévention du crime et justice pénale*, Bulletin d'information, n°34-35, Technical Series, PNUCID, n°8, 2001,
- BOKDAM-TOGNETTI (E.), *Coquilles et abus de droit : les délices de la conchyliologie*, RJF 2013, p. 883,
- BOUCHET (D.) et MARX (J.), *TVA : soixante ans, soixante questions clés (3<sup>ème</sup> volet)*, Dr. fisc, 2015, n°15, 112, 60 et s.,
- BOURTOURAUULT (P.-Y.) et BENARD (M.), *Relations intragroupe, prix de transfert et acte anormal de gestion : vers une convergence des règles de preuve applicables aux opérations nationales et internationales ?* Dr. fisc. 2009, n°50, comm. 576,
- BROUSSY (E.), *L'arrêt Gibraltar de la CJUE : La fin des paradis fiscaux au sein de l'Union européenne ?* Dr. fisc. 2013, n°25, n°335,
- BUISSON (J.), *A quoi sert une liste d'Etats et territoires non coopératifs*, Dr. fisc. 2013, n°39, étude 438,
- CABANNES (X.), *Le nouveau régime luxembourgeois des décisions anticipées en matière fiscale*, Dr. fisc.2015, n°3, comm. 50,
- CABON (S.-M.), *Le particularisme du déclenchement des poursuites pénales : le maintien du verrou de Bercy*, Dr. fisc. 2014, n°46, 620,
- CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, JCP E 2010, 1296, n°5,
- CASSAN (C.), *La notion d'activité occulte au sens des articles L 169 du LPF et 1728 du CGI*, Dr. fisc, 2016, n°28, act. 442,
- CASTAGNEDE (B.), *Fiscalité internationale*, Dr. fisc. 2007, n°25, chr., hors série,
- CASTEGNEDE (B.), *Théorie et pratique des dépenses fiscales dans le contexte de l'Union européenne*, RFFP, 2000, n°72, 2000, p. 219,
- CHATAIN-AUTAJON (L.), *Le changement d'activité d'une société entraîne-t-il la caducité de son option à l'IS*, Dr. fisc. 2014, n°30, comm. 463,
- CHATIN-AUTAJON (L.), *Les provisions doivent-elles être rapportés lors de la cessation ou cession d'activité*, Dr. fisc, 2013, n°29, comm. 375,
- COLLET (M.), *Chronique annuelle 2013 de droit fiscal*, Revue juridique de l'économie publique n°718, avril 2014, chron. 2,
- COLLIN (P.), *Le Conseil constitutionnel, juge de l'impôt en 61 et 61.1, différences et ressemblances*, Nouveaux Cah. Cons. const. 2011,

- COLLET (M.), *Les bienfaits du « dialogue des juges ». Remarques sur la mise en œuvre par le juge fiscal des articles 14 de la CEDH et 1er de son premier protocole additionnel*, Dr. fisc. 2006, n°51 note 70,
- CONRAD (A.-F.), *An overview of the law of corporations*, Michigan Law Review, 4 juillet 1973, p. 821-845,
- COTIGA (A.), *La forme juridique de SE et la compétition entre systèmes normatifs*, RLDA 2012/71, n°4054,
- COZIAN (M.), *Transformation de société et abus de droit*, BF 5/92, p. 321,
- DAVET (G.) et LHOMME (F.), *Affaire HSBC : les dessous d'une gigantesque fraude fiscale*, Le monde, 10 juin 2014,
- DAVID (C.), *Transformation de sociétés et droit fiscal*, Mélanges M. JEANTIN, D., 1999, p. 221 et s.,
- DE CROUY-CHANEL (E.), *Fiscalité des personnes : chronique de l'année 2012*, Dr. fisc. 2013, n°9, note 165,
- DE CROUY-CHANEL (E.), *Le Conseil constitutionnel mobilise-t-il d'autres principes constitutionnels que l'égalité en matière fiscale ?* Nouveaux Cah. Cons. const. 2011,
- DE BISSY (A.), *La gestion du régime « mère-fille » : quel est le risque d'abus*, Dr. fisc, 2012, n°50, 558,
- DE BISSY (A.), *La permanence des mécanismes fiscaux à l'épreuve des évolutions dans le domaine économique et social*, Acte de colloques IFR n°20 : *La discontinuité en droit*,
- DE BISSY (A.) et DEDEURWAERDER (G.), *Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale*, Cahier de droit de l'entreprise, 2012, n°3, dossier 14,
- DE BRIE (CH.), FABRE (G.) et DE MAILLARD (J.), *L'archipel planétaire de la criminalité financière*, Le monde diplomatique, avril 2000,
- DE BROSSES (A.) et HAMIS (S.), *Conseil constitutionnel, Cour de justice et Cour Européenne des droits de l'Homme : les derniers remparts des entreprises dans le contentieux fiscal*, Le magazine des Affaires, mars 2014,
- DE BROSSES (A.) et JACQUOT (N.), *Des garanties renforcées pour les contribuables*, FR 1/14, inf. 22,
- DE FEYDEAU (H.), *La fiscalité des TSDI reconditionnés*, BF 5/91, p. 319,
- DE LA MADIÈRE (Ch.), *La notion d'abus de droit, arme de répression fiscale*, Dr. fisc. 2014, n°51-52, 700,

- DE LA PRADELLE (G.), *La fraude à ta loi*, Trav, comité fr. dr. int. privé, 1971-1973, p. 117,
- DE VERNEJOU (N.), *Le régime fiscal de la société européenne est-il attractif ?* RLDA 2007/17, n°1050,
- DU MOTTAY (O.) et FAGES (F.), *Société européenne et fusions transfrontalières*, Dr. & patr. 2007, n°159, p. 77,
- DEBAT (O.), *Conventions fiscales internationales et structures exonérées : privilégier la logique des régimes d'exonération*, RD banc. et fin. 2016, alerte 2,
- DEBAT (O.) et LIEB (J.-P.), *Le projet Beps : une refondation de l'ordre fiscal international ? (1<sup>ère</sup> partie)*, FR 4/16, n°6,
- DEBAT (O.) et LIEB (J.-P.), *Le projet Beps : une refondation de l'ordre fiscal international ? (2<sup>ème</sup> partie)*, FR 6/16, n°6,
- DEBOISSY (F.), *Abus de droit : que est le risque pénal*, Dr. fisc. 2014, n°46, 623,
- DEBOISSY (F.), *L'abus du régime des sociétés mères*, Dr. fisc. 2014, n°41, 567,
- DEBOISSY (F.), *Retour sur un principe controversé : l'indépendance des procédures pénale et fiscale*, Dr. fisc. 2014, n°51-52, 692,
- DEBOISSY (F.), *Société holding et clause anti-abus le régime mère-fille est-il réservé aux entreprises ?* Dr. fisc. 2016, n°16, 287,
- DEBOISSY (F.), *Transformation, consolidation sauvage et abus de droit. Les apports de l'arrêt SNC Distribution Leader Price du 15 février 2016*, Dr. fisc. 2016, n°11, act. 149,
- DEBRAY (O.), *Liberté d'établissement et fiscalité des groupes*, Dr. fisc. 2013, n°24, 319,
- DEDEURWAERDER (G.), *La distinction des erreurs et des décisions de gestion.- Essai de présentation renouvelée d'une théorie générale*, Dr. fisc, 2014, n°28, 427,
- DEDEURWAERDER (G.), *Les entreprises en difficultés face au droit fiscal*, Dr. fisc. 2012, n°18-19, 284,
- DEGRAVE-ANELLI (V.), *L'optimisation fiscale de l'entreprise individuelle*, Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise, Etude 301, Lamy 2015,
- DELAUNAY (B.) et GREMONT (F.-R.), *Les perspectives d'évolution de la directive mère-fille*, Dr. fisc. 2014, n°41, 572,
- DELAUNAY (B.), *Où commence l'optimisation fiscale internationale ? Fraude, évasion fiscale et tax planning*, Dr. fisc. 2013, n°39, 437,

- DEROUIN (Ph.), *Droit à déduction de la TVA et règle de l'affectation. À propos de l'arrêt BLP Group* (CJCE, 6 avr. 1995), *Dr. fisc.* 1995, n°38, 10006,
- DIBOUT (P.), *La procédure de répression des abus de droit. Pratique et critique*, *Dr. fisc.* 1992, n°45, 100038,
- DIBOUT (P.), *Le régime fiscal français des fusions et opérations assimilées sous la lumière de la directive du 23 juillet 1990 (à propos de l'arrêt de la CJCE « Andersen og Jensen » du 15 janvier 2002)*, *Dr. fisc.* 2002, n°27, 24,
- DINH (E.), *Les partnerships dans l'ordre fiscal international. – Présentation et portée de la méthode de l'« équivalence juridique »*, *JCP E*, 2016, n°29, 1140,
- DOSSE (CH.), *Le leasing – crédit-bail – aux Etats-Unis*, *Banque*, mars 1976, n°349,
- DOUVIER (P.-J.), *Imposition à la source dans les relations transfrontalières : notion de bénéficiaire effectif et de résident*, *BF 8-9/92*, p. 529 et s.,
- DUBOUT (E.) et MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Normalité, sélectivité et légitimité des régimes fiscaux dans l'Union européenne : les paradis fiscaux au purgatoire des aides d'Etat ?* A propos de CJUE, gde ch. 15 novembre 2011, aff. C-106/09, *Dr. fisc.* 2012, n°5, comm. 126,
- DURANT (P.), *Plaidoyer pour une approche plus transversale de quelques concepts fiscaux*, *Rev. Adm.*, n°326, p. 144-146,
- DUSSART (V.), *L'intelligibilité de la loi fiscale, un objectif inaccessible ?* in, *Ecrits de droits de l'entreprise, Mélanges en l'honneur de Patrick Serlooten*, Dalloz, 2015,
- DUSSART (V.), *La police fiscale*, *Dr. Fisc.* 2014, n°51-52, étude n°695,
- DYRENG (S.), LINDSEY (B.-P.), THORNOCK (J.-R.), *Explore the role Delaware plays as a domestic tax heaven*, *Journal of Financial Economics*, September 2012,
- ESCAUT (P.), *La transparence fiscale : nouvelle contrainte ou opportunité*, *Dr. fisc.* 2016, n°30, 443,
- FATIO (G.), *Le secret bancaire en Suisse*, *Gazette du Palais*, n°3, 2005, p. 1683-1685,
- FOUQUET (O.), *Abus de droit : la sécurité juridique rédactionnelle*, *Dr. fisc.* 2014, n°1-2, act. 3,
- FOUQUET (O.), *Dispositif anti-abus et poursuite d'un but principalement fiscal. À propos de Cons. const., déc., n°2015-726 DC, 29 déc. 2015*, *Dr. fisc.* 2016, n°4, act. 50,
- FOUQUET (O.), « *Fraude à la loi et abus de droit* », *Dr. fisc.* 2006 n°47 étude 65,
- FOUQUET (O.), *La discrimination à rebours franco-européenne sanctionnée*, *Dr. fisc.* 2016, n°6, act. 74,

- FOUQUET (O.), *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt*, Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°33,
- FRIER (P.-L.), *La théorie de la nécessité dans l'œuvre de Gaston Jèze*, Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1991 (n°12), p. 2,
- FRISON-ROCHE (M.-A.), *Interview sur la société européenne*, D. 2001, p. 290,
- FUEST (C.) et RIEDEL (N.), *Tax evasion, tax avoidance and tax expenditures in developing countries : A review of the litterature*, Report prepared for the UK Department for International Development, Oxford University Centre for Business Taxation, 2009,
- FULLERTON (D.), *Wich Effective Tax rate ?* National Tax Journal Vol XXXVII, pp. 23-41,
- FUMUNIER (P.) et MAIGNAN (C.), *La notion de risque excessif*, Dr. fisc. 2015, n°5, comm.155,
- FUMENIER (P.) et MAIGNAN (C.), *Peut-on déroger à une convention d'intégration ?* Dr. fisc. 2015, n°19-20, comm. 308,
- GASSIN (R.), *Le principe de la légalité et la procédure pénale*, RPDP 2001, p. 300, et spéc. p. 326-327,
- GELIN (S.), *Du nouveau sur le régime fiscal du commissionnaire*, FR 2007, n°25, p. 17 et s.,
- GELIN (S.) et LAMBERT (S.), *Les établissements stables après BEPS : Du déjà vu en France ?* Dr. fisc. 2016, n°25, 381,
- GEST (G.), *2009, année charnière pour l'échange de renseignements à des fins fiscales : le cas de la France*, Rffp, avril 2010, p. 24 à 56,
- GEST (G.), *Histoire et esprit du régime des sociétés mères*, Dr. fisc.2014, n°41, 565,
- GOBEL (A.), *Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data*, BF 6/13, étude n°325,
- GOUYET (R.), *Contrôle fiscal des comptabilités informatisées : la nouvelle donne*, Les Nouvelles Fiscales, n°955, p. 21,
- GOUYET (R.), *Théorie et régime de la fraude fiscale*, Les Nouvelles Fiscales, n°839, p. 28 et s,
- GROSCLAUDE (J.), *De l'inconstitutionnalité de l'imposition de la fortune en Allemagne et en France*, Dr. fisc. 2002, n°24, 21,
- GUTMANN (D.), *Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les sanctions fiscales*, Dr. fisc. 2015, n°13, note n°233,

- GUTMANN (D.), *Le juge fiscal et la loi étrangère*, in *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité*, Liber Amicorum Cyrille David, LGDJ, bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2005, p.191 et s.,
- GUTMANN (D.), *Le test de clarté : réflexions de méthode sur la lecture du droit français à la lumière de la directive mère-fille*, Dr. fisc. 2014, n°41, 571,
- GUTMANN (D.), DANON (R.-J.) et SALOME (H.), *Point de vue franco-suisse sur l'arrêt Société Schneider Electric du 28 juin 2002, Réflexion sur le problème de l'attribution de revenus en droit fiscal international*, Revue du droit des affaires internationales, 2002, n°8, p. 911 et s.,
- HALBA (G.) et PICHARD (I.), *La prise en compte du droit étranger en droit fiscal*, Lexbase hebdo éd. fiscale, n°5888, du 23 octobre 2014,
- HENIQUE (Th.), *Déduction de la TVA dans les holdings : un rappel à la règle bienvenu dans un contexte national hésitant*, Dr. fisc. 2015, n°36, act. 469,
- HOO (M.-P.), *Aménagement du régime mère-fille*, Dr. fisc. 2016, n°1 comm. 26,
- JACQUOT (N.) et MISPELON (P.), *Constitutionnalité du délit de fraude fiscale : vers une nouvelle échelle de sanctions ?* Dr. fisc. 2016, n°14, act. 214,
- JACQUOT (N.) et MISPELON (P.), *La constitutionnalité du délit de fraude fiscale bientôt mise à nue ?* Dr. fisc. 2016, n°3, act. 41,
- JACQUOT (N.) et MISPELON (P.), *QPC sur le cumul des sanctions pénales et fiscales : une décision sans gravité*, Dr. fisc. 2016, n°26, act 409,
- JUNG (P.), *La société européenne en Allemagne*, RLDA 2012/71, n°4052,
- KIRSHNER (J.-A.), *Corporate restructuring : explaining main reasons for creating an SE*, RLDA, 2012/71, n°4053,
- KRUGER (H.), *Les holdings pures sont-elles soumises à la CFE ?* Revue fiduciaire, feuillet hebdo, 16 octobre 2014, n°3564,
- LACOMBE (V.), (L.) BANOS, GARCIA (F.), *Contrôle fiscal des grandes entreprises : les nouvelles approches des administrations anglo-saxonnes peuvent-elles inspirer une évolution en France*, Dr. fisc. 2012, n°49, étude 544,
- LAMARQUE (J.), *L'article 16 de la déclaration de 1789*, Dr. fisc.2015 n°13, comm. 232,
- LAMBERT (Th.), *Conclusion : Le rescrit, une idée à cultiver*, Dr. fisc. 2015, n°27, 451,
- LAMBERT (Th.), *Marché intérieur et évasion fiscale*, Les petites affiches, 15 mai 2002, p. 39,

- LAMULLE (Th.), *Plus-values des dirigeants retraités (CGI, art 150-0 D ter) : pas d'exonération en cas de détention par la société d'une SCI ayant pour activité la gestion de son propre patrimoine immobilier*, Dr. fisc. 2016, n°11, comm.218,
- LARBRE (D.), *Le caractère confiscatore de l'impôt*, Dr. fisc 2012, n°20, 291,
- LE GOUEFF (S.) et JUNGBLUT (E.), *L'arrêt « La Costa SARL » : l'exonération des revenus d'immeubles situés en France par une société luxembourgeoise*, Dr. fisc. 2003, n°44-45, 39,
- LECLERCQ (L.) et DU PASQUIER (J.), *Aides d'Etat à caractère fiscal : mieux comprendre pour mieux se défendre.- A propos des entreprises multinationales ayant bénéficié de rulings*, Dr. fisc. 2015, n°27, 453,
- LECLERCQ (L.), MERLE (A.-M.) et DU PASQUIER (J.), *Groupes de sociétés : après les sœurs jumelles, les sœurs intégrées ?* Dr. fisc. 2014, n°12, act. 183,
- LECLERCQ (L.), CHAVRIER (G.), PUEL (F.) et DU PASQUIER J.), *Récupération d'aides d'Etat illicites : quels moyens de défense invoquer ?* Dr. fisc. 2016, n°10, comm. 213,
- LEDOUBLE (D.), *Propos introductifs à une éventuelle réforme comptable*, JCP Entreprise et Affaires 1995, n°41, 497,
- LENCZNER (L.), *Fiscalité des entreprises : chronique de l'année 2013*, Dr. fisc. 2014, n°10, note n°193,
- LEROY (M.), *L'optimisation de la trésorerie de la société par le contrat de capitalisation*, Les nouvelles fiscales, 1<sup>er</sup> janvier 2013, n°1103,
- LEROUX (A.), *La communication fiscale des grands groupes*, Dr. fisc. 2015, n°50, 726,
- LOUSSOUARN (Y.), *Nationalité des sociétés et CEE*, RJ com. 1990, p. 155,
- LUBIN (J.-J.), *Abus de droit : instrument de police fiscale*, Actes pratiques et stratégie patrimoniale, Revue trimestrielle Lexinexis Jurisclasseur, juillet-août-septembre 2014,
- LUGAND (F.), VERBAN (M.), TOF (D.), *La notion de substance en fiscalité internationale*, Dr. fisc. 2011, n°9, 3 mars 2011, 228,
- MAISTO (G.) et MALHERBE (J.), *Les conséquences fiscales du « Brexit »*, Dr. fisc. 2016, n°29, act. 458,
- MATHIEU (B.), *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel*, RFDA 2000, p. 289,
- MAITROT DE LA MOTTE (A.), *La Commission européenne publie un « paquet sur la lutte contre l'évasion fiscale »*, Dr. fisc. 2016, n°55, 137,

- MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Les aides d'Etat et la concurrence fiscale dommageable*, Dr. fisc. 2013, n°13, n°334,
- MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Les aides d'Etat sous forme fiscale : champ du contrôle communautaire*, JCL Fiscal, Impôts directs, Traité, Fasc. n°1160,
- MAITROT DE LA MOTTE (A.), *Les clauses anti-abus et le droit de l'Union européenne*, Dr. fisc. 2016, n°13, comm. 257,
- MAUGET (F.), *Lumière sur un contentieux obscur : peut on s'opposer efficacement à la récupération d'aide d'Etat indument perçues*, Dr. fisc. 2011, n°47, act. n°566,
- MARICHAL (O.) et SCHMITT (T.), *Accords de répartition des coûts et fiscalité internationale française*, Dr. fisc, 2003, n°48, 43,
- MEIER (E.), TORIET (R.) et ADADY (R.), *Transformation d'une SA en SNC et abus de droit : pour garantir la forme, rien ne vaut l'exercice d'une activité sur la durée*, Dr. fisc. 2016, n°17, comm. 304,
- MELOT (N.) et BUCHET (M.), *Abus de droit : les arrêts Bank of Scotland et Abbey National Treasury Services à la lumière des écrits de Patrick Dibout*, Dr. fisc. 2013, n°24, 328,
- MENJUCQ (M.), *La société européenne*, Rev. sociétés 2002, p. 225,
- MENJUCQ (M.), *La société européenne : enfin, l'aboutissement !* D. 2001, p. 1085,
- MENTJUCQ (M.), FAGES (F.) et VIUDARD (L.), *La société européenne : un nouvel instrument au service des groupes de sociétés*, D. 2007, p. 30,
- MENJUCQ (M.), *Les atouts et les faiblesses de la société européenne « à la française*, RLDA 2005, n°86, p. 5,
- MENJUCQ (M.) et FAGES (F.), *Proposition de loi relative aux mesures d'adaptation du droit français des sociétés dans la perspective de l'entrée en vigueur du règlement CE n°2157/2001 du 8 octobre 2001 sur la société européenne (SE)*, JCP G 2003, Actualités, p. 1853, n°505,
- MORGENSTERN (P.), *Commandités des SCA et intégration fiscal : l'éclipse*; Dr. fisc. 2016, n°12, comm. 237,
- OLIVIER (J.-M.), *Les "commerçants salariés" à propos des "gérants"*, in *Le code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, D. 2007, p. 289,
- OUDENOT (P.), *La déductibilité des frais financiers liés à l'acquisition de participations : actualité législative et jurisprudentielle*, Dr. fisc. 2012, n°50, 553,
- OUDENOT (P.), *La prise en compte des bénéfices réalisés dans un pays à fiscalité privilégiée : Etat des lieux de l'article 209 B*, Dr. fisc. 2014, n°38, 528,



- PAILLUSSEAU (J.), *La fiscalité de la cession de contrôle*, D. 1984, chron. p. 207,
- PELLETIER (M.), *La notion de résident dans les conventions fiscales : le Conseil d'État à contresens*, Dr. fisc. 2015, n°49, act. 664,
- PERROTIN (F.), *Fraude fiscale : les inquiétudes des avocats*, les petites affiches, 27 juin 2013, n°128,
- PERROTIN (F.), *Prix de transfert : vers un renforcement des obligations des entreprises*, Les petites affiches, 18 juillet 2013, n°143,
- PLAGNET (B.), *L'abus des traités*, *Pratique française*, Dr. fisc. 1986, n°52, p. 1528 et s.,
- POIRIER (R.), *Holdings animatrices : de l'incomplète reconnaissance de l'activité économique en fiscalité interne aux problématiques de fiscalité internationales*, Dr. fisc. 2014, n°13, 239,
- PICQ (E.), *Propositions de réforme de la fiscalité internationale américaine et impact pour les entreprises françaises*, Dr. fisc. 2009, n°23, 352,
- PIEL (S.), LHOMME (F.) et DAVET (G.), *Comment UBS Suisse a orchestré un vase système d'évasion fiscale en France*, Le monde, 17 février 2016,
- PIERRE (J.-L.), *Notion de résident d'un État étranger, pour l'application d'une convention fiscale internationale*, Dr. sociétés 2016, comm. 40,
- PIERRE (J.-L.), *Qualification d'établissement stable pour une société française commissionnaire d'une société étrangère*, Dr. des sociétés, 2010, n°7, comm.153,
- PIERRE (J.-L.), *Transformation de société. Qualification éventuelle d'abus de droit*, Dr. des sociétés, 2016, n°6, comm. 118,
- RAINGEARD DE LA BLETIERE (E.), *Droit de l'Union européenne : chronique de l'année 2012*, Dr. fisc. 2013, n°9, 169,
- RAINGEARD DE LA BLETIERE (E.), *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfice*, Dr. fisc. 2012 n°29, 308,
- RAINGEARD DE LA BLETIERE (E.), COIN (R.), KERMODE (P.) et SAINT-AMANS (P.), *Vers une lutte contre le « planning » fiscal dommageable ?* Dr. fisc. 2013, n°25, 333,
- RILEY (P.), *The view from HMRC : Working with CRMs*, Tax Journal, 20 juin 2012,
- ROCHE (D.), *La notion de branche complète d'activité*, Dr. fisc. 2013, n°30-35, 385,
- ROSSIGNOL (J.-L.) et MENCHAOUI (I.), *Le régime du bénéfice mondial consolidé : retour sur la disparition d'un dispositif optimisant*, Revue française de comptabilité 2012, n°455, p.28 et s.,

- SAINTOURENS (B.), *Les réformes du droit des sociétés par les lois du 26 juillet pour la confiance et la modernisation de l'économie et du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises*, Rev. sociétés 2005, p. 556,
- SALOMON (R.), *Droit pénal fiscal*, Dr. fisc. 2011, n°15, note n°296,
- SALOMON (R.), *Droit pénal fiscal*, Dr. fisc. 2015, n°5, étude 113,
- SCHMIED (F.), *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (juill./déc. 2013)*, Dr. fisc. 2014, n°6, 150, n°139,
- SCHWAB (O.) et CHAUSSOIS (G.), *La loi de finances 2013 chamboule les stratégies d'endettement*, Capital finance, 8 avril 2013 n°1102,
- SERLOOTEN (P.), *Liberté de gestion et droit fiscal : la réalité et le renouvellement de l'encadrement de la liberté*, Dr. fis. 2007, n°12, 301,
- SHAXSON (N.), « *Panama papers* » : *La société générale, une banque au cœur de l'évasion fiscale*, Le Monde du 5 avril 2016,
- SHAXSON (N.), *Les paradis fiscaux : Enquête sur les ravages de la finance néolibérale*, Broché, 2011 et « *Panama papers* » : *Les 979 sociétés offshores créées par la Société générale via Mossack Fonseca*, Le Monde du 5 avril 2016,
- SILBERZTEIN (C.), GRANEL (B.), CALLOUD (A.) et VALETEAU (M.), *Traitement fiscal des intérêts notionnels entre siège et succursale : Une révolution menée par le Conseil d'Etat ?* Dr. fisc. 2016, n°24, comm. 377,
- SILBERZTEIN (C.), *Prix de transfert : quelques nouveautés, parmi d'autres...* Dr. fisc. 2013, n°26, note n°349,
- STOUFFLET (J.), *La fin de l'interdiction de la rémunération des comptes à vue ?* RD banc. et fin. 2004, p. 237 et s.,
- SYNDET (H.), *Enfin la société européenne ?* RTD eur. 1990, p. 253,
- TALY (M.), *L'optimisation fiscale est-elle un sport « no limit »?... ou quand l'efficacité rejoint la morale*, in : *La Gouvernance Juridique et Fiscale des Organisations*, sous la direction de J.-L. ROSSIGNOL, Postface de l'ouvrage, éd. Lavoisier, 2010,
- TEPER (F.), *Quelle fiscalité pour internet ? Enjeux pour les Etats et les opérateurs ; Intervention de Colloque organisé le 16 mai 2013, par l'université Paris Descartes et l'université de Genève*, Dr. fisc. 2013, n°39, 439,
- TROTABAS (L.), *La taxe radiophonique : taxe redevance ou parafiscalité ?* RSF 1961, p.5-31,

- TURON (M.) et CHAPIN (M.), *Structuration fiscale du LBO*, Journ. Sociétés, février 2008, p. 33,
- TUROT (J.), *L'abus de droit est-il un vice ?* RJF 1996, p. 486,
- TUROT (J.), *Demain, serons nous tous des Al Capone ? A propos d'une éventuelle prohibition des actes à but principalement fiscal*, Dr. fisc. 2013, n°33, 394,
- TUROT (J.), *L'entrepreneur, le risque et le fisc. La notion d'acte qui, sans être étranger à l'intérêt de l'entreprise, lui fait courir un risque excessif*, RJF 1990, p. 735,
- OUDENOT (Ph.) et LAUMONIER (A.), *Les nouveaux moyens de l'administration fiscale pour lutter contre la fraude fiscale*, Dr. fisc. 2014, n°46, 618,
- VARMA (A.-P.) et WEST (P.), *Tax Treaties and Tax avoidance – application of anti-avoidance provisions – United States*, IFA Cahiers 2010, Vol. 95A, p.829,
- VILLEMOT (D.), *Les conséquences fiscales de l'adoption des normes comptables internationales*, Dr. fisc. 2003, n°50, 45,
- VOINOT (D.), *La société européenne : une société à moitié européenne ?* RLDA 2012/71, n°4050,
- WALTER (R.), *Ou en est le projet de l'ACCIS ?* Les nouvelles fiscales n°1141, 1<sup>er</sup> octobre 2014,
- WRAZEN (C.), *Fraude fiscale, légitimité, illégitimité, phénomène d'élite ou phénomène de masse ?* Dr. fisc. 2007, n°3, 49,
- ZAPF (H.) et LAVAL (J.-P.), *Droit de communication : nature des documents communicables*, BF 11/2014, p. 605 à 607,

#### **IV. ARRETS ET JUGEMENTS**

- CA Douai, 4<sup>ème</sup> ch., 6 mai 2003, Christophe D. ; Dr. pén. 2003, n°11, comm. 122,
- CA Paris, 8 mai 1941 ; RO p. 385,
- CA Paris, 3<sup>ème</sup> ch. A, 16 février 1983, Locafrance c/ Y. Pavec ; JCL Contrats-Distribution, Fasc. 2650 : Location financière, n°78,
- CA Paris, 5<sup>ème</sup> ch. A, 27 février 1984 ; Gaz. Pal. 1984, 2, somm. p. 359,
- CAA Bordeaux, 18 octobre 1990, n°89-379, SARL Les Pavillons Sobel et n°89-380, Sté Sobel Ingénierie Immobilier (SII) ; Dr. fisc. 1991, n°13, comm. 687,
- CAA Bordeaux 23 mars 1993, n°91-621 ; Dr. fisc. 1994, n°19, comm. 895,

- CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 28 juin 1995, n°94-1279, Sté SOCOA ; Dr. fisc. 1996, n°17, comm. 562,
- CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 7 juillet 1998, n°96BX02317 ; BF 6/04, étude 1,
- CAA Bordeaux, 14 janvier 2003, n°99BX02069, Sté Actor Participation ; Inédit au Recueil Lebon,
- CAA Bordeaux, 2<sup>ème</sup> ch., 28 janvier 2003, n°00BX02223, Sté Sodere ; RJF 2003, n°696 ; BDCF 2003, n°77, concl. D. BOULARD,
- CAA Bordeaux, 4<sup>ème</sup> ch., 25 octobre 2007, n°05-1673, Sté Charentaise d'investissement Hôtelier ; RJF 2008, n°413,
- CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 15 octobre 2013, n°12BX00050, SARL Malmezat Prat ès qual. ; RJF 2014, n°321,
- CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 17 novembre 2014, n°13BX00351, SC Rimar ; RJF 2015, n°103,
- CAA Bordeaux, 3<sup>ème</sup> ch., 13 juillet 2015, n°14BX01286 ; BF 4/16 inf. 296,
- CAA Douai, 25 mai 2000, n°96-132 ; RJF 2000 n°1421,
- CAA Douai, 2<sup>ème</sup> ch., 22 mai 2001, n°96-2857, ministre c/ SA Etablissements Alfred Dupont ; RJF 2001, n°1425,
- CAA Douai, 2<sup>ème</sup> ch., 4 juin 2013, n°12DA00907, Sté Sodirep Textiles SA NV ; Dr. fisc. 2014, n°27, comm. 419, note H. BIDAUD ; RJF 2014, n°9,
- CAA Lyon, 3<sup>ème</sup> ch., 26 mai 1992, n°102 et 110, Régie immobilière de Villeurbanne ; Dr. fisc. 1993, n°8, comm. 396 ; JCP E 1993, II, p. 386, note A. DELFOSSE ; RJF 1994, n°1408,
- CAA Lyon, 14 mars 1995, n°93-1105 ; Dr. fisc. 1995, n°23-24, comm. 1258, concl. D. GAILLETON ; RJF 1995, p. 337,
- CAA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 24 juin 1998, n°95-1889, Daronne ; RJF 1998, n°1462,
- CAA Lyon, 27 mai 2004, n°00-2693, SA Resintel ; RJF 2005, n°224,
- CAA Lyon, 5<sup>ème</sup> ch., 13 avril 2006, n°01-2519, SNC Lamy ; RJF 2006, n°1170,
- CAA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 7 mai 2008 n°05-646, SARL, Production métallurgique de Bourgogne ; RJF 2008, n°1304,
- CAA Lyon, 2<sup>ème</sup> ch., 4 septembre 2014, n°13LY02376, SAIEM de Chambéry ; Dr. fisc. 2014, n°51-52, 693 ; RJF 2014, n°1084,
- CAA Lyon, 5<sup>ème</sup> ch., 1<sup>er</sup> octobre 2015, n°14LY00340, SAS EDAP TMS France ; Dr. fisc. 2016, n°10, comm. 214,

- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., du 26 mars 1992, n°90-433, Ouitrop-Easteners ; RJF 1992, n°1314,
- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 6 juillet 1995, n°92-110 et 92-272, SA VAG France ; Dr. fisc. 1996, n°3, comm. 27, concl. B. COMMENVILLE ; RJF 1995, n°362,
- CAA Nancy, 1<sup>ère</sup> ch., 12 décembre 1992, n°92-378, Annaval ; RJF 1993, n°489,
- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 11 mars 1993, n°92-227, Vanstahl France ; Dr. fisc. 1993, n°49, comm. 2359, concl. J. FELMY ; RJF 1993, n°805,
- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 14 mars 1996, n°93-729, SARL Inter Sélection ; RJF 1996, n°1329,
- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 27 juin 1996, n°94-999, Jaeger ; Dr. fisc. 1996, n°48, comm. 1442, concl. B. COMMENVILLE ; RJF 1996, n°1405,
- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 11 mars 1999, n°95-2013, SARL Société informatique nationale ; RJF 1999, n°838,
- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 5 juillet 2001, n°95NC01360, SA Mat Transport ; concl. M. STAMM, BDCF 2002, n° 74,
- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 29 novembre 2001, n°97-1584, Scica - SA Champagne pommes de terre ; Dr. fisc. 2002, n°14, comm. 292 ; RJF 2002, n°375,
- CAA Nancy, 7 février 2008 n°06-327, 1<sup>er</sup> ch., Picoux ; RJF 2008, n°999,
- CAA Nancy, 2<sup>ème</sup> ch., 5 févr. 2009, n°07NC00888, Sté Fralsen Holding ; FR 35/14, n°3,
- CAA Nancy, 1<sup>ère</sup> ch., 2 août 2012, n°11NC01938, SA Fralsen Holding ; inédit,
- CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 17 mars 1993, n°91-757, Boucey ; RJF 1993, n°1271,
- CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 23 juin 1993, n°93-111, Mortier ; RJF 1994, n°905,
- CAA Nantes, 2<sup>ème</sup> ch., 16 juin 1994, n°94-82, SA Nouvelle Cartor ; Dr. fisc. 1995, n°7, comm. 268 ; RJF 1994, n°1184,
- CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 8 juin 1995, n°93-382, SARL HUWER Hydrovide Ouest ; RJF 1996, n°559,
- CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 22 juillet 1997, n°94-469, Gressy ; RJF 1998, n°23,
- CAA Nantes 1<sup>ère</sup> ch., 30 septembre 1997, n°95NT00013, Sté ERP ; RJF 1998, n°1119,
- CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 14 mai 2003, n°00-450, SA Loire TP ; RJF 2003, n°1091,
- CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 22 juin 2005, n°02-470, Jardin ; RJF 2006, n°125,
- CAA Nantes, 1<sup>ère</sup> ch., 22 octobre 2015, n°14NT00291, M. et Mme B ; Dr. fisc. 2016, n°11, comm. 218,
- CAA Paris, 20 novembre 1990, n°1172, Reynolds Tobacco France ; RJF 1991, n°255,

- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 30 avril 1991, n°2382 ; RJF 1991, n°911,
- CAA Paris 2<sup>ème</sup> ch., 29 octobre 1991, n°475, Anima Formation ; Dr. fisc. 1992, n°19-20, comm. 983 ; RJF 1992, n°26,
- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 11 février 1997, n°94-511, SA Borsumij Whery France ; Dr. fisc. 1998, n°38, comm. 801, concl. M. MARTEL ; RJF 1998, n°245,
- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 22 janvier 1998, n°94PA01614, Sté Publicis FCB Europe ; Dr. fisc. 1998, n°22, comm. 488, concl. C. MARTIN ; RJF 1998, n°382,
- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 17 mars 1998, n°95-2934, GIE France-Express ; RJF 1998, n°925,
- CAA Paris, 30 janvier 2001, n°94-1408, SA Schneider ; Dr. fisc. 2001, n°10, comm. 207, concl. D. MORTELECQ, note P. DIBOUT,
- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 13 novembre 2001, n°97-2129, M. Cohen ; Dr. fisc. 2002, n°16, comm. 344 ; RJF 2002, n°622,
- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 22 novembre 2002, n°99-3902, M. De Menthon ; RJF 2003, n°266,
- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 30 avril 2004, n°99-2135, Sté Firmenich et Cie ; RJF 2004, n°866,
- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch. B., 2 février 2007, n°05PA02361, Sté Zimmer Ltd ; Dr. des sociétés 2010, n°7, comm. 153,
- CAA Paris, 9<sup>ème</sup> ch., 31 décembre 2012, n°10PA00748, Sté de participation et d'études des boissons sans alcool (Sopebsa) ; RJF 2013, n°705,
- CAA Paris, 10<sup>ème</sup> ch., 5 février 2013, n°11PA02914, Sté Nestlé Finance International Ltd ; Droit fisc. 2013, n°23, comm. n°307,
- CAA Paris, 10<sup>ème</sup> ch., 5 février 2013, n°12PA00469, Sté Nestlé entreprises ; Droit fisc. 2013 n°23, comm. n°307,
- CAA Paris, 5<sup>ème</sup> ch., 11 avril 2013, n°11PA00847, SAS Rottapharm ; Option Finance n°1230,
- CAA Paris, 9<sup>ème</sup> ch., 4 juillet 2013, n°12PA02858, Sté Ginger ; BDCF 2014, n°15, concl. A. BERNARD,
- CAA Paris, 2<sup>ème</sup> ch., 27 mai 2014, n°13PA0303018, SA Nomia ; RJF 2014, n°873,
- CAA Paris 9<sup>ème</sup> ch., 27 novembre 2014, n°12PA05144 et 13PA01264, Selas Bruno Kern Avocats ; Dr. fisc. 2014, n°51-52, comm. 702, note Ch. ORIOL ; RJF 2015, n°179,

- CAA Versailles, ch. com., 2 avril 2002, n°00-3930, Sté Clos du Prieuré c/ Souchon ; Bull. Joly sociétés, août-septembre 2002 n°8-9, p. 923 note H. LE NABASQUE ; RJDA 2002, n°1150,
- CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 15 juillet 2009, n°07-2436, min. c/ SA Rentokil Initial ; RJF 2010, n°393,
- CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 3 mai 2011, n°10VE00744, inédit au recueil Lebon,
- CAA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., 18 juillet 2013, n°12VE04203 et 12VE04357, SA BNP Paribas ; RJF 2014, n°10,
- CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 29 janvier 2013, n°11VE03279, Sté Metro Holding France ; Dr. fisc. 2013 n°13, comm. 216, concl F. LOCATELLI ; Dr. sociétés 2013, comm 171, note J.-L. PIERRE,
- CAA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., 22 octobre 2013, n°11VE03449, SNC Distribution Leader Price, Dr. fisc. 2016, n°17, comm. 304,
- CAA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch. 15 mai 2014, n°11VE03381, SAS Becton Dickinson France ; J.-M. VIE, *Sélection d'arrêts des cours administratives d'appel* ; Dr. fisc. 2014, n°39, 542, n°9 ; RJF 2014, n°876,
- CAA Versailles, 1<sup>ère</sup> ch., 22 mai 2014, n°12VE01928, min. c/ Sté Off The Beaten Path LLC ; RJF 2014, n°932,
- CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 29 juillet 2014, n°12VE03691 ; Dr. fisc. 2015, n°25, act. 366,
- CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 2 décembre 2014, n°12VE01924, Sté havas ; RJF 2015, n°174,
- CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 30 décembre 2014, n°13VE02872, SA Safran ; Dr. fisc. 2015, n°19-20, comm. 308, concl. B. COUDERT, note P. FUMENIER et C. MAIGNAN ; RJF 2015, n°307,
- CAA Versailles, plén., 17 décembre 2015, n°13VE01281, Cts F, Ch. DE LA MARDIERE ; Dr. fisc. 2016, n°10, comm. 216 ; RJF 2016, n°268, concl. Ph. DELAGE,
- CAA Versailles, 3<sup>ème</sup> ch., 31 décembre 2015, n°13VE02416, min. /SAS BOCCAFIN ; RJF 2016, 324. concl. B. COUDERT, note P. MORGENSTERN,
- Cass. civ., 20 août 1867 ; DP 1867, I p. 337,
- Cass. civ., 18 mars 1878 ; S. 1878. 1. 193, note LABBE,
- Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 16 janv. 2008, n°10257/08 ; Dr. fisc. 2016, n°10, 207,

- Cass. com., 18 février 1913, Saint-Julien ; RE 5895,
- Cass. com., 22 mai 1978, n°77-10.224, Garnier ; BOI-ENR-DG-20-20-70, n°140,
- Cass. com., 21 mai 1979 ; D. 1980, jurispr. p. 611, note Cl. L. DE LEYSSAC,
- Cass. com., 7 mars 1984, SARL Beauvallet : JCP CI 1984, II, 14354, note C. DAVID ; Bull. Joly 1984, p. 667, § 244 ; RJF 1984 n°805 ; Bull. cass. n°94 p. 79,
- Cass. com., 7 mars 1984, Sté civile Le Joncour c/ DGI ; Dr. fisc. 1984, n°23-24, comm. 1182 ; RJF 1984 n°804 ; Bull. civ. IV n°95 p. 80,
- Cass. com., 19 avril 1988, n°86-19.079, Mme Fanny Joseph, épouse Donizel ; Bull. civ. 1988, IV, n°134 ; Dr. fisc. 1988, n°32-38, comm. 1733 ; RJF 1989, p. 429, concl. P. LOBRY,
- Cass. com., 18 décembre 1990, n°1545 D, Sté Dauphinoise de Matériel ; RJF 1991, n°373,
- Cass. com., 18 octobre 1994, n°1854 D, SARL Auto marché de l'Etoile ; RJF 1995, n°116,
- Cass. com., 14 novembre 1995, n°1906 D, Sté Mariebel ; RJF 1996, n°244,
- Cass. com., 10 décembre 1996, n°94-20.070, RMC-France ; Dr. fisc. 1997, n°17, comm. 471, obs. P. DIBOUT,
- Cass. com., 13 novembre 2003, n°01-15.611, F-D, M. et Mme Binet ; Dr. fisc. 2004, n°53, comm. 940,
- Cass. com., 10 décembre 2003, Baud c/ Sté Snecma n°02-13.449 ; JCP E, 2004, n°13, 452,
- Cass. com., 6 novembre 2007, n°05-21.527 (n°1207 F-PB), DGI c/ Huber ; RJF 2008, n°238,
- Cass. com., 23 septembre 2008, n°06-20.945, F-P+B, Sté Ecomax ; Dr. fisc. 2008, n°48, comm. 600, note A. MAITROT DE LA MOTTE,
- Cass. com., 8 décembre 2009, n°08-16418 ; RJDA 3/10, n°246 ; BPAT 2/10, n°132,
- Cass. com., 15 mai 2012, n°11-17.972, P+B, DGFIP c/ Sté Buijnse expert-comptable ; RJF 2012, n°874,
- Cass. com., 27 mai 2015, n°14-14.744, F-D, Sté Maîtrise et dissuasion sécurité privée ; Dr. fisc. 2015, n°26, comm. 429 ; RJF 2015, n°854,
  
- Cass. crim., 5 juillet 1951 ; Bull. crim. n°198,
- Cass. crim., 3 octobre 1956 ; BOCI 1957-I-19,
- Cass. crim., 29 octobre 1958 ; RO p. 306,



- Cass. crim., 3 avril 1978 ; RJ IV p. 207,
- Cass. crim., 25 mai 1987, n°85-191 ; BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°50,
- Cass. crim., 11 décembre 1989, n°85-228 ; BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°50,
- Cass. crim., 3 juillet 1991, n°90-84636 ; RJF 1991, n°1457,
- Cass. crim., 28 octobre 1991 ; Bull. Crim, n°382 p.957,
- Cass. crim., 19 mars 1992 ; Bull. crim. n°121,
- Cass. crim., 26 janvier 1993 ; Bull. crim. n°43,
- Cass. crim., 6 décembre 1993, n°93-80-803 ; BOI-CF-INF-40-10-10-10 n°50 et s.,
- Cass. crim., 10 janvier 1994, n°M 93-80.353 D. Jammet et SARL « Le Memphis » ; RJF 1995, n°912,
- Cass. crim., 20 février 2008, n°07-82.977 (n°1177 FS-PF) ; RJF 2008, n°745,
- Cass. crim., 22 octobre 2008, n°07-88.134 ; RJF 2009, n°279,
- Cass. crim., 4 juin 2009, n°08-86.778 ; RJF 2009, n°1014,
- Cass. crim., 22 septembre 2010, n°10-82. 148 (n°5256 F-D), D ; RJF 2011, n°216,
- Cass. crim., 9 février 2011, n°10-86.072 (n°914 F-D) ; RJF 2011, n°737,
- Cass. crim., 30 mars 2016, n°16-90.001, FS-P+B+I, M. W et a. et n°16-90.005, FS-P+B, M. C et a. ; Dr. fisc. 2016, n°14, comm. 268, note R. SALOMON,
  
- CE, 14 février 1930, n°12546 ; Dupont 1930, p. 189, RO 5419,
- CE, 23 mars 1953, n°75326 ; RO p. 226, RI 7934,
- CE, sect., 5 novembre 1955, n°22322, Sieur B. ; Rec. CE 1955, tables, p. 696 ; Dr. fisc. 1956, n°1, concl. BOITREAUD, doct. p. 5 à 8 ; AJDA 1956, II, p. 47, note R. DRAGO,
- CE, ass., 7 février 1958, Syndicat des propriétaires de chêne-liège d'Algérie ; AJDA 1958 II, p. 130,
- CE, 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 1958, n°35977 ; Dr. fisc. 1958, n°44, comm. 938 ; Dupont 1958, p. 575 ; GAJF, 5<sup>ème</sup> éd., n°31 ; RJF 2014, chron. E. BOKDAM-TOGNETTI,
- CE, 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 décembre 1963, n°52308 ; Dr. fisc. 1964, n°4-5, comm. 156, concl. M. MARTIN ; Dr. fisc. 1964, n°13 ; Dupont 1964, p. 175,
- CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 janvier 1965, n°62099 ; Dr. fisc. 1965, n°8, comm. 265 ; Dr. fisc. 1970, n°3 bis, p. 23 ; RO, p. 260 ; Rec. CE 1965, p. 35,
- CE, 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 février 1965, n°59660 Sté X ; Rec. CE 1965, p.97 ; Dr. fisc. 1970, n°3 bis, comm. 34, concl L. LAVONDES,

- CE, 6 mai 1966, n°62129 ; Dr. fisc. 1966, n°24, comm. 605 ; Dupont 1966, p. 340 ; RO, p. 159,
- CE, 27 octobre 1967, n°70212 ; Dupont 1968 p. 33,
- CE, 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 juillet 1968, n°66503, société X ; Rec. CE 1968, p. 454 ; Dupont 1968, p. 447,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 avril 1969, n°68662 ; Dr. fisc. 1970, n°51, comm. 1474, concl. L. MEHL,
- CE, ass., 22 février 1974, n°86102, Association des maires de France ; Rec. CE 1974, p. 136 ; Dr. fisc. 1974, n°14-15, comm. 419 ; AJDA 1974, p. 269, note P. MOULIE ; D. 1974 p. 520,
- CE, 7<sup>ème</sup>, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 19 avril 1974, n°87740 et 87753 ; Dr. fisc. 1974, n°39, comm. 1102 ; Dupont 1974 p. 278,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect. 30 octobre 1974, n°91126 ; BOI-IS-CESS-20-10 n°50 ; BOI-RPPM-RCM-10-20-40 n°20,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 février 1975, n°90788 et 91255 ; Dr. fisc. 1976, n°43, comm. 1502 ; RJF 1975, n°168, concl. SCHMELTZ,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 novembre 1975, n°94839 ; Dr. fisc. 1976, n°8, comm. 282, concl. P LOBRY,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 3 décembre 1975, n°89412 ; Dr. fisc. 1976, n°13-14, comm. 467, concl. D. FABRE ; RJF 1976, n°2,
- CE, 2 juin 1976, n°94758 ; RJF 1976, n°371,
- CE, 2 juin 1976, n°94758 ; RJF 1976, n°371,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 1976, n°132 ; RJF 1976, p. 447,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 juin 1976, n°95513 ; Rec. CE 1976, p. 313 ; Dr. fisc. 1976, n°44, comm.1533, concl. M.-A. LATOURNERIE,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 février 1978, n°4413 ; Dr. fisc. 1978, n°25, comm. 1036 ; RJF 1978, n°149,
- CE, sect., 24 février 1978, n°2372 ; Dr. fisc. 1978, n°30, comm. 1212, concl. P. RIVIERE ; RJF 1978, n°161, chron. M.-D. HAGELSTEEN,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 mars 1978, n°5125 ; Dr. fisc. 1979, n°4, comm. 85, concl. P. RIVIERE ; RJF 1978, n°227,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 14 juin 1978, n°1023 ; RJF 1978, n°345,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 3 novembre 1978, n°1116 ; RJF 1978, n°523,

- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 14 février 1979, n°10812 ; Dr. fisc. 1979, n°21, comm. 1069 ; RJF 1979, n°220,
- CE, plén., 30 avril 1980, n°16253 ; Dr. fisc. 1980, n°30, comm. 1642 ; Dr. sociétés 1980, comm. 238 ; RJF 1980, n°467, concl. B. MARTIN LAPRADE, p. 246 ; RJF 1980, chron. GAMBIER, p. 491 ; GA, 4<sup>ème</sup> éd., n°33 ; RJF 1982, n°7,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss-sect., 5 novembre 1980, n°16212, Gaillard ; Rec. CE 1980, tables p. 65 ; RJF 1981, n°84,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 6 février 1981, n°14583 ; Dr. fisc. 1981, n°33-39, comm. 1677 ; RJF 1981, n°307,
- CE, plén., 10 juin 1981, n°19079 ; Dr. fisc. 1981, n°48-49, comm. 2187, concl. P. LOBRY ; RJF 1981, n°787 ; GAJF, 2<sup>ème</sup> éd., n°22-7, étude B. PLAGNET,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 4 décembre 1981, n°29742 ; Dr. fisc. 1984, n°21, comm. 1056, concl. Ph. BISSARA ; RJF 1982, n°73,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 2 juin 1982, n°23342, Cie générale de radiologie ; Dr. fisc. 1983, n°6, comm. 191, concl. C. SCHRICKE RJF 1982, n°637,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 1982, n°24515 ; RJF 1982, n°972,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 novembre 1982, n°24360 ; Dr. fisc. 1983, n°22, comm. 1127, concl. Ph. BISSARA ; RJF 1983, n°16,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss-sect., 22 décembre 1982, n°26338 ; Dr. fisc. 1983, n°39, comm. 1719, concl. P. RIVIERE ; RJF 1982, n°185,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 25 mars 1983, n°30787 ; Dr. fisc. 1983, n°46-47, comm. 2177, concl. D. LEGER ; RJF 1983, n°775,
- CE, 22 juin 1983, n°26240 ; Dr. fisc. 1983, n°42, comm. 1925,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 19 octobre 1983, n°33816 ; Dr. fisc. 1984, n°26, comm. 1255 ; RJF 1983, n°1506, concl. J.-F. VERNY,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 juin 1984, n°35415 et 36733, Sté Compagnie financière de Suez ; Dr. fisc. 1985, n°7, comm. 287, concl. J.-F. VERNY ; RJF 1984, n°940,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 19 novembre 1984, n°35491 ; Dr. fisc. 1985, n°9, comm. 453, concl. O. FOUQUET ; RJF 1985, n°123,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juin 1984, n°35030, min. c/ Sté Courtaulds ; Dr. fisc. 1985, n°22-23, comm. 1063, concl. Mme M.-A. LATOURNERIE ; RJF 1983, n°492 ; RJF 1984 n°937,
- CE, plén., 6 décembre 1985, n°53001, Sté Sofilec ; Dr. fisc. 1986, n°18, comm. 898, concl. M.-A. LATOURNERIE ; RJF 1986, n°9, chron. Ph. CROUZET, p. 6

- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 janvier 1986, n°42795 ; Dr. fisc.1987, n°52, comm. 2339, JCP E, 1986, n°13, act. 15312,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 mars 1986, n°53002, SA Auriège ; Dr. fisc.1986, n°31, comm. 1432, concl. O. FOUQUET ; RJF 1986, n°470,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 juillet 1986, n°51232 ; Dr. fisc. 1986, n°47-48, comm. 2063, concl. O. FOUQUET ; RJF 1986, n°880,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect. 18 juin 1986, n°45715 ; Dr. fisc. 1986, n°45, comm. 1937 ; RJF 1986, n°806,
- CE, plén., 30 mars 1987, n°52754, SA Labo-Industries ; Dr. fisc. 1987, n°30, comm. 1634, note. G. TIXIER et X. ROHER ; RJF 1987, n°589, concl. B. MARTIN LAPRADE, p. 262,
- CE, plén., 27 juillet 1988, n°50020, SARL Boutique 2 M ; Dr. fisc. 1988, n°49, comm. 2202 ; RJF 1988, n°1139, concl. O. FOUQUET ; GA, 4<sup>ème</sup> éd. n°52,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 19 octobre 1988, n°56218 ; Dr. fisc. 1989, n°7, comm. 241, obs. G. TIXIER et Th. LAMULLE ; RJF 1988, n°1312, concl. O. FOUQUET, p. 723,
- CE, 27 février 1989, n°61397, SARL Serimmo ; Dr. fisc. 1990, n°22, comm. 1071 ; RJF 1989, n°414,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mars 1989, n°56087, Malet Matériaux ; Dr. fisc. 1989, n°11, comm. 533 ; RJF 1989, p. 277,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 mai 1989, n°95684, M. Tedoldi ; Dr. fisc. 1989, n°40, comm. 1733 ; RJF 1989, n°809,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 mars 1990, n°41059, Sté Ford France ; Dr. fisc. 1990, n°42, comm. 1886 ; RJF 1990, n°513,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 octobre 1990, n°83310, M. LOISEAU ; Rec. CE 1990, p. 282 ; Dr. fisc. 1991, n°48, comm. 2281, concl. O. FOUQUET ; RJF 1990, p.735, chr. J. TUROT,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 octobre 1990, n°57057, SARL Ateliers de Thiérache ; Dr. fisc. 1991, n°49, comm. 2356 ; RJF 1990, n°1433,
- CE, 7<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 février 1991, n°48780, SARL d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied ; Dr. fisc. 1992, n°13, comm. 664, concl. O. FOUQUET ; RJF 1991, n°401,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 1991, n°79278, SARL Gebo-Piast ; Dr. fisc. 1993, n°15, comm. 778, concl. Ph. MARTIN ; RJF 1991, n°733,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 avril 1991 n°75553, SA Bastide et Cie ; RJF 1991, n°738,

- CE, 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 janvier 1992, n°77015, SA Orore et Me Gourdain ; Dr. fisc. 1992, n°26, comm. 1230 ; RJF 1992, n°314,
- CE 7<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 février 1992, n°83461, M. Malet ; Dr. fisc. 1992, n°52, comm. 24559, concl. O. FOUQUET,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> ss.-sect., 1<sup>er</sup> avril 1992, n°82758, Laboratoires des Externes Rajeunissants du docteur V. BOGOMOLETZ ; RJF 1992, n°647,
- CE, sect., 10 juillet 1992, n°110213, Sté Musel SBP et 110214, M. Brunner ; Dr. fisc. 1993, n°27, comm. 1392 ; RJF 1992, n°1249, concl. O. FOUQUET, p. 673,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 31 juillet 1992, n°61286, SNAT ; RJF 1992, n°1468,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 mai 1993 n°78156, Sté Aussedat-Rey ; Rec. CE 1993, tables p. 634 ; Dr. fisc. 1993, n°32-37, comm. 1642 ; RJF 1993, n°982, chron. G. GOULARD p. 546, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; BDCF 1993, p. 6,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 juin 1993, n°70446, SA Laboratoires Wellcome ; Dr. fisc. 1993, n°32-37, comm. n°1641, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; RJF 1993, n°983, chron. G. GOULARD, p. 546,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss. sect., 18 mars 1994, n°68799 et 78014, SA Sovemarco-Europe ; Dr. fisc. 1994, n°40, comm. 1703, note G. TIXIER et Th. LAMULLE ; RJF 1994, n°532, concl. Ph. MARTIN p. 290,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 octobre 1994, n°122532, SCI du Chêne Vert ; Dr. fisc. 1995, n°17, comm. 975 ; RJF 1994, n°1328, chron. G. GOULARD, p. 3 ; BDCF 1994, p. 145, concl. F. LOLOUM,
- CE, CAPC, 17 mai 1995, n°157212, SA Centre Chaussures ; RJF 1995, n°831,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 février 1996, n°145845, M. de Lavenere ; BDCF 1996, concl. F. LOLOUM, p. 19 à 20 ; Dr. fisc. 1996, n°11, comm. 320 ; RJF 1996, n°284,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 juin 1996, n°80178, SARL Rougier-Hornitex ; Dr. fisc. 1996, n°42, comm. 1246 ; RJF 1996, n°973 ; BDCF 1996, concl. F. LOLOUM, p. 15,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 8 janvier 1997, n°147704, M. Groebli ; Dr. fisc. 1997, n°14, comm. 395, concl. G. GOULARD ; RJF 1997, n°206 ; BDCF 1997, n°35,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 31 janvier 1997, n°146264, Sté Alarme Service France ; Dr. fisc. 1997, n°13, comm. 350 ; RJF 1997, n°209,
- CE, sect., 10 octobre 1997, n°117640, Chevreux ; Rec. CE 1997, p. 344 ; Dr. fisc. 1997, n°3, comm. 34 ; RJF 1997, n°1057, concl. G. GOULARD,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 mai 1998, n°157974, SA Arthur Loyd ; Dr. fisc. 1998, n°49, comm. 1092, concl. F. LOLOUM ; RJF 1998, n°790,

- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mai 1998, n°171915, Vallat ; Dr. fisc. 1998, n°43, comm. 928 ; RJF 1998, n°789,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 8 juillet 1998, n°186279, SARL Seuge Quero Informatique ; Dr. fisc. 1998, n°44, comm. 959, concl. G. BACHELIER ; RJF 1998, n°921 ; BDCF 1998, n°76, concl. G. BACHELIER,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 septembre 1998, n°149341, SARL Diva ; Dr. fisc. 1999, n°5, comm. 74, concl. G. GOULARD ; RJF 1998, n°1330 ; BGFE 1998 n°6, obs. J. TUROT, p. 16,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 décembre 1998, n°159393, SARL Suny ; Dr. fisc. 1999, n°20, comm. 407, concl. G. GOULARD ; RJF 1999, n°138,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 octobre 1999, n°191191, ministre c/SA Dieold Courtage ; Dr. fisc. 1999, n°52, comm. 948 ; RJF 1999, n°1492, chron. E. MIGNON p. 931 ; concl. G. BACHELIER, BDCF 1999, n°125, obs. O. FOUQUET, rev. adm. 5-6/00, p. 264,
- CE, 27 mars 2000, n°196534, SARL Construction de moules du Haut-Jura ; Dr. fisc. 2000, n°47, comm. 887 ; RJF 2000, n°612,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 28 juillet 2000, n°138342, SCA « Les Chapelains » ; Dr. fisc. 2001, n°5, comm. 59, concl. J. COURTIAL ; RJF 2000, n°1240, chron. J. MAIA, p. 766 ; BDCF 2000, n°1240,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 28 juillet 2000, n°198188, min. c/ SARL Soarmi ; Dr. fisc. 2001, n°5, comm. 56 ; RJF 2000, n°1236,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 novembre 2000, n°197579, Pallot ; Dr. fisc. 2001, n°14, comm. 314, concl. J. COURTIAL,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 31 janvier 2001, n°209840, SARL Polygone ; Dr. fisc. 2001, n°29, comm. 690, concl. G. BACHELIER ; RJF 2001, n°456,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 février 2001, n°215592, Zucchel ; Dr. fisc. 2001, n°30, comm. 729, concl. L. TOUVET ; RJF 2001, n°459,
- CE, sect., 14 mars 2001, n°219357 ; RJF 2001, n°1361,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 avril 2001, n°212680, Sté Générale de Transport et d'Industrie (GTI) ; Dr. fisc. 2001, n°41, comm. 909, concl. J. COURTIAL ; RJF 2001, n°905, chron. F. BEREZIAT, p. 314,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect. 2 juillet 2001, n°220261, SARL VBM ; Dr. fisc. 2002, n°3, comm. 15, RJF 2001, n°1203,

- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 septembre 2001, n°219825 ; RJF 2001, n°1491 ; BDCF 2001, n°145, concl. G. BACHELIER,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 avril 2002, n°234133, Jacob ; Dr. fisc. 2002, n°39, comm. 724, concl. Fr. SENERS ; RJF 2002, n°769,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 mai 2002, n°125959, Sté Superseal Corporation ; Dr. fisc. 2002, comm. 750, concl. G. GOULARD ; Dr. sociétés 2002, comm. 228, note J.-L. PIERRE ; RJF 2002, n°900 ; BGFE 2002, n°4, p. 7, obs. J.-M. TIRARD,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 juin 2002, n°221714, Rivière ; Dr. fisc. 2003, n°7, comm. 114 ; RJF 2002, n°1073, concl. C. MAUGUE, BDCF 2002, n°119,
- CE, Ass., 28 juin 2002, n°232276, Scheider Electric ; Rec. CE 2002, p. 233 ; Dr. fisc. 2002, n°36, comm. 657 ; Dr. sociétés 2002, comm. 184, note J.-L. PIERRE ; RJF 2002, n°1080, chron. L. OLLEON, p. 755 ; BDCF 2002, n°120, concl. S. AAUSTRY ; Rev. sociétés 2002, p. 538 et s., obs. O. FOUQUET ; Les petites affiches, 17 août 2002, p. 4 et s., note B. BOUTEMY, E. MEIER et Th. PERROT ; Bull. Joly Sociétés 2002, n°200, note Ch. NOUEL et S. REEB ; BGFE 2002, n°4, p. 3 et s., obs. E. DAVOUDET ; FR 34/2002, p. 14, obs. N. CHAHID-NOURAI et P. COUTURIER ; GAJF, 4<sup>ème</sup> éd. n°4,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 novembre 2002, n°234600, Le Gall ; Dr. fisc. 2003, n°36, comm. 603, concl. G. GOULARD ; RJF 2003, n°155,
- CE, 4 décembre 2002, n°237167, SA Lindt et Sprungi ; RJF 2003, n°613, BOI-BIC-BASE-80-20 n°210,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 avril 2003, n°237751 et 237753, Sté d'Edition des artistes peignant de la bouche et du pied (APBP) ; Dr. fisc. 2005, n°48, comm. 776 ; RJF 2003, n°693, concl. P. COLLIN ; BDCF 2003 n°75,
- CE, sect., 30 décembre 2003, n°233894, SA Andritz ; Dr. fisc. 2004, n°16, comm. 427, concl. G. BACHELIER, note P. MASQUART ; RJF 2004, n°238 ; RJF 2004, p. 83, chron. L. OLLEON ; BGFE 2004, n°2, p. 12, obs. N. CHAHID-NOURAI,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 février 2004, n°247729, SA Pléiade ; Dr. fisc. 2004, n°47, comm. 849 ; RJF 2004, n°510 ; BDCF 2004, n°65, concl. P. COLLIN ; BGFE 2004, n°3, obs. N. CHAHID-NOURAI, p. 17 ; Les petites affiches, 9 juillet 2004, p. 17, note J.-C. PAROT ; Les petites affiches, septembre 2004, n°178, note E. MEIER ; Banque et Droit 2004, n°95, obs. C. ACARD, p. 65,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 28 avril 2004, n°238335, M. Lautman ; RJF 2004, n°690 ; BDCF 2004, n°85, concl. S. BOISSARD,

- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 février 2005, n°253349, Sté B + Systems ; RJF 2005, n°427, chronique Y. BENARD ; RJF 2006, p. 843 s., concl. P. COLLIN ; BDCF 2005, n°55,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 mars 2005, n°255622, Sté Parc Horizon Bleu ; Dr. fisc. 2005, n°36, comm. 572 ; RJF 2005, n°538, concl. F. SENERS ; BDCF 2005, n°70,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 23 mars 2005, n°265502, Sté Artecom ; Dr. fisc. 2006, n°11, comm. 248 ; RJF 2005, n°537,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 18 mai 2005, n°267087, min c/ Sté Sagal ; Rec. CE 2005, p. 203 ; Dr. fisc. 2005, n°44-45, comm. 726, concl. P. COLLIN ; RJF 2005, n°910 ; RJF 2005, p. 943, chron. Y. BENARD ; BGFE 2005, n°4, obs. N. CHAHID-NOURAI ; Rev. adm. n°347, p. 482, obs. O. FOUQUET,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 1<sup>er</sup> juin 2005, n°259617, Nouvelle-Calédonie c/ Sté Allianz-Vie et n°259618, Nouvelle-Calédonie c/ SA Eagle Star Vie ; Dr. fisc. 2006, n°7, comm. 177, concl. P. COLLIN,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juill. 2005, n°259052, Sté B.L ; Rec. CE 2005, p. 371 ; Dr. fisc. 2006, n°8, comm. 191, concl. L. OLLEON ; Dr. sociétés 2005, comm. 204, note J.-L. PIERRE ; RJF 2005, n°1170,
- CE, sect., 27 juillet 2005, n°261899 et 273663, min. c/ Sté Pétroles Miroline ; Rec. CE 2005, p. 338 ; Dr. fisc. 2005, n°47, comm. 754, concl. L. OLLEON, note O. FOUQUET ; RJF 2005, n°1201, chron. Y. BENARD,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 août 2005, n°269399, min. c/ SA Agrosem ; Dr. fisc. 2006, n°14, comm. 302, concl. E. GLASER ; RJF 2005, n°1360, chron. Y. BENARD ; RJF 2006 p. 843 s.,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 novembre 2005, n°266436 et 266438, min.c/ Sté Cap Gemini ; Dr. fisc. 2006, n°14, comm. 311, concl. E. GLASER ; Dr. sociétés 2006, comm. 15, note J.-L. PIERRE ; RJF 2006, n°17,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 mars 2006, n°281034, Sté Disvalor ; BF 5/06 n°461 et RJF 2006, n°502,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 juillet 2006, n°270899, Sté Cadev ; Dr. fisc. 2006, n°49, comm. 768, RJF 10/06 inf. 1156, chronique Y. BENARD p. 843 s., concl. L. OLLEON ; BDCF 2006 n°111,
- CE, sect., 27 septembre 2006, n°260050, Société Janfin ; Rec. CE 2006, p. 401 ; Dr. fisc. 2006, n°47, comm. 744, concl. L. OLLEON ; Procédures 2006, comm. 284, note J.-L. PIERRE ; RJF 2006, n°1583, chron. Y. BENARD, p. 1083 et s. ; Bull. Joly



- Sociétés 2007, p. 104, § 12, note S. REEB-BLANLUET ; BGFE 2006, n°12, p. 30 et s., obs. N. CHAHID-NOURAI,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 29 décembre 2006 n°283314, min c/ Sté Bank of Scotland ; Dr. fisc. 2007, n°4, comm. 87, concl. F. SENERS, note O. FOUQUET ; Procédures 2007, comm. 71, note J.-L. PIERRE ; JCP E 2007, 1399, note F. LE MENTEC et 1590, note E. MEIER et R. TORLET ; RJF 2007, n°322 et chron. Y. BENARD p. 319 ; Bull. Joly Sociétés 2007, § 150, note S. REEB-BLANLUET ; RTD Com. 2007, n°4, p. 848, note J.-P. LE GALL ; Banque et droit 2007, n°112, p. 74, note Cl. ACARD et J. ARDOUIN ; RTDF 2007, n°1, p. 128, note S. MOSTAFAVI et M. VIGNON ; RDC juill. 2007, p. 993, note G. BLANLUET et p. 1006, note Fl. DEBOISSY ; Lexbase n°9302BAR, note J.-M. PRIOL ; BGFE avril 2007, p. 22, obs. J.-M. TIRARD ; Tax notes international, 5 février 2007, p. 406, obs. L.-A. SHEPPARD et 9 avril 2007, p. 171, obs. X. LEGENDRE et H. KABBAJ ; BDCF 2007, n°33,
  - CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 22 janvier 2007, n°280934, Sté GPV ; Dr. fisc. 2007, n°39, comm. 863 ; RJF 2007, n°402, concl. L. OLLEON ; BDCF 2007, n°42,
  - CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 mars 2007, n°271787, Sté Tmua ; Dr. fisc. 2007, n°42, comm. 624 ; RJF 2007, n°721, concl. L. OLLEON, BDCF 2007, n°74,
  - CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 décembre, 2007, n°287662, M. et Mme Rocq ; Dr. fisc. 2008, n°7, comm. 171, concl. C. VEROT ; RJF 2008, n°283,
  - CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 mars 2008, n°296625, SA Tornier ; RJF 2008, n°639 ; BDCF 2008, n°72, concl. P. COLLIN,
  - CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 avril 2008, n°281033, SA Guerlain ; Dr. fisc. 2008, n°18, comm. 302, concl. C. VEROT, note M. TALY ; RJF 2008, chron. J. BURGUBURU, p. 667,
  - CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 mai 2008, n°300848, Sté. Midi asphalte entreprise ; RJF 2008 n°937 ; concl. P. COLLIN, BDCF 2008, n°100,
  - CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 juin 2008, n°299279, min c/ SA Solamat-Merex ; RJF 2008, n°1107 ; BDCF 2008, n°126, concl. L. OLLEON,
  - CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juin 2008, n°301403, M. Bray ; Rec. CE 2008, tables p. 711 ; Dr. fisc. 2008, n°38, comm. 491, concl. L. OLLEON ; RJF 2008, n°1168, concl. L. OLLEON ; BDCF 2008, n°129,
  - CE, Avis, 31 mars 2009, section des finances n°2545 ; Dr. fisc.2010 n°22, comm. n°339,

- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 juin 2009 n°298582, Maréchal ; RJF 2009, n°820, concl. L. OLLEON ; BDCF 2009, n°111,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 3 juillet 2009, n°294227, min c/ Sté Uluslararasi Halielik Gelkistirme Ve Instaat Yatirmi Sanayi Ve tic ; Dr. fisc. 2009, n°40, comm. 493, concl. E. GLASER, note M. GUICHARD et R. GRAU ; RJF 2009, n°968,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juillet 2009, n°295805, Sté Conformia Holding ; Dr. fisc. 2009 n°42, comm. 506, concl. E. GLASER ; RJF 2009, n°1140,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 septembre 2009, n°303560, SNC immobilière GSE ; Dr. fisc. 2009, n°48, comm.561, concl. L. OLLEON, note P. FUMENIER et C. MAIGNAN ; RJF 2009, n°1068 ; RTD com. 2009, p. 818, obs. O. FOUQUET,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 décembre 2009, n°301341, Sté GE Healthcare Clinical Systems ; Dr. fisc. 2009, n°52, comm. 603, concl. L. OLLEON, note O. FOUQUET et Ph. DURAND ; RJF 2010, n°107 ; BGFE 2010, n°1, p. 3, obs. F. DONNEDIEU DE VABRES,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 mars 2010, n°328424, Société Wolseley Centers France ; Rec. CE 2010, tables p. 740 ; Dr. fisc. 2010, n°15, comm. 272, concl. L. OLLEON, note P. DURAND et O. FOUQUET ; JCP E 2010, 506, note B. DELAUNAY ; RJF 2010, n°469, chron. V. DAUMAS, p. 370 ; FR 17/2010, inf. 5, p. 9, obs. A. COLONNA D'ISTRIA et V. DANIEL-MAYEUR,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 31 mars 2010 n°304715 et 308525, Sté Zimmer Ltd. ; Dr. des sociétés 2010, n°7, comm.153 ; JCP E 2010, 1433 ; Dr. fisc. 2010, n°16, comm. 289, concl. J. BURGUBURU, note E. RIVIERE, P. ESCAUT et E. BONNEAUD ; RJF 2010, n°568,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 juin 2010, n°325120, min. c/ Entreprise spécialisée du bois et de l'habitat (ESBH) ; Dr. fisc. 2010, n°38, comm. 489 ; RJF 2010, n°881,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 25 octobre 2010, n°311524, Sté Gendry Service Location ; RJF 2011, n°21,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 novembre 2010, n°309148, Corbfi ; Dr. fisc. 2010, n°51, comm. 605, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note D. BOCQUET et J. SAYAG ; RJF 2011, n°153,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 novembre 2010, n°334032, min. c/ Sté Océ NV ; Dr. fisc. 2011, n°10, comm. 245, concl. L. OLLEON, note P. DURAND et O. FOUQUET ; Dr. sociétés 2011, comm. 41, note J.-L. PIERRE ; RJF 2011, n°150 et 151 ; BGFE 1/11 p. 4, obs. J. TUROT,

- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 novembre 2010, n°333867, Sté Saga ; Dr. fisc. 2011, n°10, comm. 245, concl. L. OLLEON, note P. DURAND et O. FOUQUET ; Dr. sociétés 2011, comm. 41, note J.-L. PIERRE ; RJF 2011, n°150 et 151 ; BGFE 1/11 p. 4, obs. J. TUROT,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 novembre 2010, n°333868, Sté Saga Air Transport ; Dr. fisc. 2011, n°10, comm. 245, concl. L. OLLEON, note P. DURAND et O. FOUQUET ; Dr. sociétés 2011, comm. 41, note J.-L. PIERRE ; RJF 2011, n°150 et 151 ; BGFE 1/11 p. 4, obs. J. TUROT,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 janvier 2011, n°320313, Bourdon ; Dr. sociétés 2011, comm. 123, note J.-L. Pierre ; Dr. fisc. 2011, n°15, comm. 304, concl. Cl. LEGRAS, note O. FOUQUET et C. CHARPENTIER ; JCP E 2011, 1364 ; RJF 2011, n°472 ; BGFE 5/11, p. 20, obs. J. TUROT ; BDCF 2011, n°51,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 mars 2011, n°342099, Sté Soutiran et Cie ; Rec. CE 2011, tables p. 1109 à 1112 ; Dr. fisc. 2011, n°18, comm. 339 ; RJF 2011, n°733, concl. E. GEFFRAY ; BDCF 2011, n°73,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 2011, n°322610, min. c/ Sté Alcatel CIT ; Dr. fisc. 2011 n°24, comm. 384, concl. Concl. P. COLLIN, note P. DIBOUT ; RJF 2011, n°862,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 avril 2011, n°327764, Sté Legeps ; Dr. fisc. 2011, n°25, comm. 399, concl. L. OLLEON, note O. FOUQUET ; RJF 2011, n°84, chron. C. RAQUIN, p. 699 ; BDCF 2011, n°81, concl. L. OLLEON, p. 699,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 juin 2011, n°314667, Sté Finaparco ; RJF 2011, n°1035, concl. P. COLLIN ; BDCF 2011, n°110, chron. C. RAQUIN,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 juin 2011, n°324392, SARL Méditerranée automobiles et n°314667, Sté Finaparco ; Dr. fisc. 2011, n°37, comm. 502, concl. P. COLLIN, note P.-F. RACINE ; RJF 2011, n°1035, chron. C. RAQUIN,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 juillet 2011, n°312285, SAS FTR ; Dr. fisc. 2011, n°40, comm. 544, concl. J. BOUCHER, note P. FUMENIER et Cl. Maignan ; RJF 2011, n°1137,
- CE, 3<sup>ème</sup> ch., 16 novembre 2011, n°326913 min. c/ Sté Fralsen Holding ; RJF 2012, n°799 et BF 8-9/12 n°820,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 novembre 2011 n°327207, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> min c/ Compagnie des Glénans ; Dr. fisc. 2012, n°5, comm. 128 ; RJF 2012, n°102, concl. P. COLLIN ; BDCF 2012, n°16,

- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect, 21 novembre 2011, n°32514, min c/ Sté industrielle et financière de l'Artois ; RJF 2012, n°102, concl. P. COLLIN ; BDCF 2012, n°16,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 2 février 2012. Sté Sonepar, n°351600 ; Dr. fisc. 2012, n°10, comm. 180 ; RJF 2012, n°505 ; RJF 2012, chron. C. RAQUIN, p. 299 ; BDCF 2012, n°63, concl. P. COLLIN,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 février 2012, n°321224, Sté Participasanh ; Dr. fisc. 2012, n°17, comm. 276, concl. D. HEDARY, note O. FOUQUET ; Dr. sociétés 2012, comm. 91, note J.-L. PIERRE ; RJF 2012, n°453 ; BGFE 2012, n°3, p. 16, obs. E. GINTER ; RJF 2012, n°454,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect, 7 mars 2012, n°335046, min. c/ Sté Alimentation générale de la cigale ; Dr. fisc. 2012, n°22, comm. 316, concl. V. DAUMAS, note R. POIRIER ; RJF 2012, n°577,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect, 7 mars 2012, n°335047, min. c/ Sté Alimentation générale du Mail ; Dr. fisc. 2012, n°22, comm. 316, concl. V. DAUMAS, note R. POIRIER ; RJF 2012, n°577,
- CE, 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 23 mars 2012, n°335860, Sté Financière Aubert ; RJF 2012, n°688,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 24 avril 2012, n°343709, Sté Abbey National Treasury Services ; RJF 2012, n°735 ; BDCF 2007, n°89 concl. L. OLLEON,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 1<sup>er</sup> mai 2012, n°325370, Sté GDF Suez Energie Services ; Dr. fisc. 2012, n°39, comm. 453, note M. Chadefaux ; RJF 2012, n°806 ; BDCF 2012, n°99, concl. D. HEDARY ; BGFE 2012, n°5, p. 1, obs. Ph. DURAND,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 mai 2012, n°329032, Arod ; RJF 2012, n°848,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juin 2012, n°350526, SA Groupe Ingénierie Europe Ginger dite Sté Ginger ; note G. DE CORDES et A. MORAINÉ, Dr. fisc. 2012, n°39 ; RJF 2012, n°907,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., avis, 13 juillet 2012, n°358931, SAS Ondupack ; Dr. sociétés 2012, comm. 175, note J.-L. Pierre ; Dr. fisc. 2012, n°39, comm. 452, concl. B. BOHNERT, note Th. MASSART ; RJF 2012, n°986 ; BDCF 2012, n°123,
- CE, 1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> ss.-sect., 23 juillet 2012, n°359922, Association de défense des retraites chapeau ; RJF 2014, n°484,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juillet 2012, n°327295 ; Dr. sociétés 2012, comm. 193, note J.-L. PIERRE ; Dr. fisc. 2012, n°46, comm. 522, concl. E. CREPEY, note D. BARSUS et J. BEGUIER ; JCP E 2012, 1544, note J.-L. MELUS ; RFP 2012, comm. 57 ; RJF 2012, n°1042 ; BDCF 2012, n°129,

- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 21 novembre 2012, n°348864, PricewaterhouseCoopers Audit ; Dr. fisc. 2013, n°6, comm. 139 ; RJF 2013, n°131,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 28 novembre 2012, n°338682, Sté BNP Paribas et n°341128, min c/Sté BNP Paribas ; Dr. fisc. 2013, n°7-8, comm. 158, concl. F. ALADJIDI., note S. AUSTRY ; RJF 2013, n°138 ; BDCF 2013, n°17,
- CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 décembre 2012, n°349070, min. c/ Sté BNP Paribas ; RJF 2013, n°271,
- CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 décembre 2012, n°349071, min. c/ Sté HSBC France ; RJF 2013, n°271,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 janv. 2013, n°346683, Sté Ambulances de France ; Dr. fisc. 2013, n°10, comm. 185, concl. C. LEGRAS, note O. FOUQUET ; RJF 2013, n°392, chron. E. BOKDAM-TOGNETTI, p. 331 ; BGFE 2013, n°2, p. 7, obs. Ph. DURAND,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mars 2013, n°347633, Sté Études et Productions Schlumberger ; Dr. fisc. 2013, n°29, comm. 380, concl. C. LEGRAS, note E. MEIER et H. QUERE,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mars 2013, n°349636, min. c/ Chauvin ; RJF 2013, n°588 concl. E. CPRTOT-BOUCHER ; BDCF 2013, n°66,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 juin 2013, n°337137, Sté Fresenius Medical Care Groupe France et Sté Fresenius Medical Care France ; Dr. fisc. 2013, n°40, comm. 458 ; RJF 2013, n°974 ; BDCF 2013, n°106, concl. D. HEDARY ; FR 10/13, inf. 812,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 juin 2013, n°35012, Sté CM-CIC Asset Management ; Dr. fisc. 2013, n°43-44, comm. 496, note O. FOUQUET, concl. F. ALADJIDI ; RJF 2013, n°831,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 juin 2013, n°341889, SA Institut de participation de l'Ouest ; Dr. fisc. 2013, n°43-44, comm. 496, note O. FOUQUET, concl. F. ALADJIDI ; RJF 2013, n°831,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 13 juin 2013, n°338976, Mme. Sastre ; RJF 2013, n°809,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 juillet 2013, n°351874, Ministre du budget c/ Sté Kingfisher International France Limited ; Dr. fisc. 2013, n°42, comm. 483, concl. V. DAUMAS, note O. FOUQUET et P. DURAND ; RJF 2013, n°914,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 juillet 2013, n°356523, 360706 et 352989, min c/ SARL Garnier Choiseul Holding ; Dr. fisc. 2013, n°41, comm. 477, concl. F. ALADJIDI, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; Dr. sociétés 2014, comm. 159, note J.-L.

- PIERRE ; RJF 2013, n°1064 chron. E. BOKDAM-TOGNETTI, p. 883 et BDCF 2013, n°119 concl. F. ALADJIDI ; Rev. adm. 2013, p. 506, obs. O. FOUQUET,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 25 septembre 2013, n°350893, Sté Immobilière Groupe Casino SAS ; Dr. fisc. 2013, n°46, comm. 509 ; RJF 2013, n°1145,
  - CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 6 décembre 2013, n°346809, min. c/ Sté Promo Art ; Dr. fisc. 2014, n°9, comm. 184, concl. E. CREPEY, note Ch. MENARD,
  - CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 décembre 2013, n°344309, M. MASCART ; Dr. fisc. 2014, n°12, comm. 224, note J. CHATEAUNEUF ; RJF 2014, n°225; concl. D. HEDARY, BDCF 2014, n°31,
  - CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 décembre 2013, n°349787 ; BF 3/14 inf. 263 ; RJF 2014, n°224 ; concl. D. HEDARY, BDCF 2014, n°30,
  - CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 26 décembre 2013, n°350797, France Télécom ; Dr. fisc. 2014, n°11, comm. 207, concl. F. ALADJIDI ; RJF 2014, n°328,
  - CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 décembre 2013, n°355328, min. c/ Rossi ; RJF 2014, n°315,
  - CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 avril 2014 n°352999, min. c/ Garnier Choiseul Holding; Dr. fisc. 2013, n°41, comm. 477, concl. F. ALADJIDI, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; Dr. sociétés 2014, comm. 159, note J.-L. PIERRE ; RJF 2013, n°1064, chron. E. BOKDAM-TOGNETTI, p. 883 ; BDCF 2013, n°119, concl. F. ALADJIDI,
  - CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 juin 2014, n°363168, Sté Fralsen Holding ; Dr. fisc. 2015, n°5, comm. 115, note P. FUMENIER et C. MAIGNAN ; RJF 2014, n°872 ; BDCF 2014, n°90 ; Option Finance n°1282,
  - CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 23 juin 2014, n°360708, min c/ Sté Groupement Charbonnier Montdidierien ; Dr. fisc. 2014, n°43-44, comm. 598, concl. F. ALADJIDI, note O. FOUQUET ; RJF 2014, n°925,
  - CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 octobre 2014 n°383259, Association française des entreprises privées et a. ; RJF 2015, n°48, Concl. E. CREPEY ; BDCF 2015, n°9 ; BF 1/15 inf. 6,
  - CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 5 novembre 2014, n°370650, min. c/Sté Sofina ; Dr. fisc. 2015, n°11, comm. 202, concl. V. DAUMAS, note O. FOUQUET ; RJF 2015, n°9,
  - CE, plén., 24 novembre 2014, n°363556 Sté Artémis SA ; Dr. fisc. 2015, n°3, comm. 57, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note Ph. DEROUIN ; RJF 2015, n°102, chron. N. LABRUNE, p. 83 ; BDCF 2015, n°102,

- CE, 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 3 décembre 2014, n°363819, Sté Financière Pinault ; Dr. sociétés 2013, comm. 39, note J.-L. PIERRE, et. C. ACARD, *Fiscalité financière*, Dr. fisc. 2013, n°4, 76, n°5 ; RJF 2015, n°191,
- CE, 3<sup>ème</sup> 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 décembre 2014, n°371437, M. et Mme. Chavanel ; Dr. fisc. 2015, n°12, comm. 219, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note B. GUILLOT DE SUDUIRAUT et B. ZILBERSTEIN,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 décembre 2014, n°380942, SA Technicolor : Rec. CE 2014, p. 387 ; Dr. fisc. 2015, n°11, comm. 203, concl. E. CREPEY, note O. FOUQUET ; RJF 2015, n°190,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 4 février 2015, n°365269, Sté Score-DDB venant aux droits de la Sté Piment ; Dr. fisc. 2015, n°12, comm. 222, concl. F. ALADJIDI, note R. POIRIER,
- CE, plén., 10 avril 2015, n°369667, Sté Fayat ; Dr. fisc. 2015, n°28, comm. 457, concl. V. DAUMAS, note P. FUMENIER ; RJF 2015, p. 539,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 mars 2015, n°369048, Sté Groupe JLF Finances ; Dr. fisc. 2015, n°28, comm. 460, concl. A. BRETONNEAU ; RJF 2015, n°475 ; BF 6/15, inf. n°493,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 2015, n°368135, Sté Agapes ; Dr. fisc. 2015, n°24, comm. 407, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note L. LECLERCQ et P. TREDANIEL ; RJF 2015, n°660 ; FR 27/15, inf. 3,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 11 mai 2015, n°365564 ; BF 8-9/15 inf. 665 ; Dr. fisc. 2015, n°31-35, comm. 526, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note N. DE BOYNES ; RJF 2015, n°718,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 17 juin 2015, n°369722, n°369724 et n°369725, min. c/ Sté AIG Management France SA ; Dr. fisc. 2015, n°38, comm. 569, concl. E. CREPEY,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 8 septembre 2015, n°376154, min. c/ Union des coopératives agricoles « Conseil et compétences en productions animales » ; FR 40/15, n°1 ; Dr. fisc. 2015, n°46, comm. 673, concl. N. ESCAUT, note D. BOUCHER,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 octobre 2015, n°374492, min. c/ M. Pagès ; Dr. fisc. 2015, n°47, comm. 685,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 14 octobre 2015, n°387249, Sté d'assurance mutuelle L'auxiliaire ; Dr. fisc. 2016, n°6, comm. 161, concl. B. BOHNERT,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 14 octobre 2015, n°392257, M. Mignot-Mahon ; Dr. fisc. 2015, n°45, comm. 665,

- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 novembre 2015, n°370054, min. c/ Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk (LHV), Dr. fisc. 2016, c°28, comm. 421, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note G. GLON,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 novembre 2015, n°370974, Sté Sodirep Textiles SA-NV ; Dr. fisc. 2016, comm. 377, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note C. SILBERZTEIN, B. GRANEL, A. CALLOUD et M. VALETEAU ; RJF 2016, n°121,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 novembre 2015, n°371132, Sté Santander Pensionnes SA EGFP ; Dr. fisc. 2016, n°28, comm. 421, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note G. GLON,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 12 novembre 2015, n°390265, Mme de Galbert Defforey ; Dr. fisc. 2016, n°6, comm. 155, concl. B. BOHNERT, note R. MORTIER,
- CE, plén. Fisc., 7 décembre 2015, n°357189, min. c./ SA Crédit Industriel et Commercial Alsace-lorraine ; Dr. fisc. 2016, n°3, comm. 80, concl. B. BOHNERT, note Ph. DURAND,
- CE, plén. 7 décembre 2015 n°368227, Sté Frutas y Hortalizas Murcia SL ; Dr. fisc. 2016, n°23, comm. 370, concl. F. ALADJIDI, note A. BONNET ; RJF 2016, n°160, concl. F. ALADJIDI ; RJF 2016, n°160,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 décembre 2015 n°367310, M. Palaprat ; Dr. fisc. 2016, n°7-8, comm. 183 ; RJF 2016, n°248, concl. B. BOHNERT,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 décembre 2015, n°367897, Sté Property Investment Holding France ; Dr. fisc. 2016 n°7-8, comm. 181, concl. B. BOHNERT,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 décembre 2015, n°367898, Sté Foncière le Charlebourg ; Dr. fisc. 2016, n°18-19, comm. 313,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 décembre 2015, n°369311, Sté Euro Park Service, venant aux droits et obligations de la Sté Cairnbulg Nanteuil ; Dr.fisc. 2016, n°13, comm. 258, concl. F. ALADJIDI, note A. DE WAAL,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 30 décembre 2015, n°372522 et 372733, min. c/ Sté BNP Paribas ; Dr. fisc. 2016, n°21, comm. 342, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note S. AUSTRY ; RJF 2016, n°225 et 226,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 janvier 2016, n°376980, SARL Essonne Benne Services (EBS) ; Dr. fisc. 2016, n°18-19, comm. 314, concl. E. BOKDAM TOGNETTI, note D. BILLET ; FR 8/16, inf. 1 p. 2,



- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 10 février 2016, n°371258, SA Hôtels et Casino de Deauville, Dr. fisc. 2016, n°24, comm. 374, concl. A. BRETONNEAU, note F. TEPER,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 février 2016, n°374071, SNC Distribution Leader Price ; Dr. fisc. 2016, n°17, comm. 304, concl. B. BOHNERT, note E. MEIER, R. TORLET et R. ADADY ; RJF 2016, n°465 ; RJ Com, 2016, n°3, com. A. DE BISSY, p. 262,
- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 7 mars 2016, n°371435, Sté Compagnie internationale des wagons-lits ; Dr. fisc. 2016, n°11, act.169,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 mars 2016, n°385244 Sté BFO ; Dr. fisc. 2016, n°20, comm. 325, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note R. SCHNEIDER et R. DAGUZAN ; Procédure 2016, n°6, comm. 221,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 9 mars 2016, 385265, Sté Fimipar ; Dr. fisc. 2016, n°20, comm. 325, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note R. SCHNEIDER et R. DAGUZAN ; Procédure 2016, n°6, comm. 221,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 mars 2016, n°372372, Sté Amycel France, Dr. fisc. 2016, n°12, act. 191 ; RJF 2016, n°514, concl. F. ALADJIDI,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 16 mars 2016, n°377874, SAS Rapa ; Dr. fisc. 2016, n°22, comm. 354, concl. B. BOHNERT, note L. LECLERCQ et J. DU PASQUIER,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 2015, n°368135, Sté Agapes ; Dr. fisc. 2015, n°24, comm. 407, concl. É. BOKDAM-TOGNETTI, note L. LECLERCQ et P. TREDANIEL ; BF 7/15, inf. 587,
- CE, 9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> ss.-sect., 15 avril 2016, n°372097, Sté Lifesand Vivre Debout ; Dr. fisc. 2016, n°16, act. 258 ; RJF 2016, n°603, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mai 2016, n°371940, Sté Ginger Groupe Ingénierie Europe ; RJF 2016, n°703, concl. B. BOHNERT,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ch., 20 mai 2016, n°392527, min. c/ SELARL Lemaire ; Dr. fisc. 2016, n°26, comm. 391,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mai 2016, n°376667, min. c/ SAS DC immobilière, et n°376672, min. c/ Sté La Faisanderie ; Dr. fisc. 2016, n°28, act. 442 ; RJF 2016, n°738 avec concl. B. BOHNERT,
- CE, 3<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> ss.-sect., 20 mai 2016, n°389994, min. c/ Sté EasyVista ; Dr. fisc. 2016, n°28, comm. 422, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note G. GLON,
- CE, sect., 13 juillet 2016, n°375801, SA Monte Paschi Banque ; Dr. fisc. 2016, n°36, comm. 464, concl. E. BOGDAM-TOGNETTI, note O. FOUQUET,

- CE, 10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> ss.-sect., 27 juin 2016, n°388984 et 392534, SA Faurecia, publié aux tables du Recueil Lebon ; Dr. fisc. 2016, n°27, act. 434,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ch., 27 juin 2016, n°399506, Sté Layher ; Dr. fisc. 2016, n°27, comm. 397, concl. N. ESCAUT,
- CE, 8<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> ch., 13 octobre 2016, n°388410, inédit.
  
- CEDH, 22 septembre 1994, n°13616/88, Hentrich c/ France : Rec. CEDH 1994, série A n°296-A,
- CEDH, 3<sup>ème</sup> sect., 16 avril 2002, n°36677/97, SA Dangeville c/ France ; Rec. CEDH 2002-III ; RJF 2002, n°889 ; GAJF, 5<sup>ème</sup> éd., 2009, thème 5, P.-F. RACINE,
- CEDH, 1<sup>ère</sup> sect., 3 juillet 2003, n°38746/97, Buffalo Srl c/ Italie, pt 32 ; RJF 2003, n°1476,
- CEDH, 25 janvier 2007, n°70160/01, Aon c/ France ; Dr. fisc.2007, n°27, com. 699,
  
- CJCE, 23 février 1961, aff. n°30/59, De Gezamenlikje Steenkolenmijnen ; Rec. CJCE 1959 p. 1, 39,
- CJCE, 12 juillet 1973, aff. C-70/72, Commission c/ Allemagne ; Rec. CJCE 1973, I, p. 813,
- CJCE, 5 mars 1978, aff. C-112/77, Tröpfer c/ Commission ; Rec. CJCE 1978, p. 1032,
- CJCE, 5 mai 1981, aff. C-112/80, Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen ; Rec. CJCE 1981, p. 1095,
- CJCE, 14 février 1990, aff. C-301/87, France c/ Commission (affaire Boussac Saint-Frères) ; Rec. CJCE 1990, I, p. 307,
- CJCE, 21 mars 1990, aff. C-142/87, Belgique c/ Commission (affaire Tubemeuse) ; Rec. CJCE 1990, I, p. 1005,
- CJCE, 6<sup>ème</sup> ch., 20 juin 1991, aff. C-60/90, Polysar Investments Netherlands ; Rec. CJCE 1991, I, p. 3111 ; Dr. fisc. 1991, n°41, comm. 1911, note E. KORNPROBST ; RJF 1991, n°1324 ; Bull. Joly Sociétés 1991, n°337,
- CJCE, plén., 21 novembre 1991, aff. C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires (FNCE) et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon c/ France ; Rec. CJCE 1991, I, p. 5505, Dr. fisc. 1993, n°28, comm. 1459 ; RJF 1992, n°161,
- CJCE, 28 janvier 1992, aff. C-204/90, H. M. Bachmann c/ Belgique ; Dr. fisc. 1992, n°29, comm. 1503, obs. E. KORNPROBST,

- CJCE, plén., 22 juin 1993, aff. C-333/91, Sofitam SA ; Dr. fisc. 1993, n°44, comm. 2116 ; RJF 1993, n°986, concl. W. VAN GERVEN, p. 548 ; RJF 1993, p. 733, étude Ph. TOURNES ; RJF 1993, p. 891, chron. G. GOULARD ; RJF 1993, n°986,
- CJCE, 15 mars 1994, aff. C-387/92, Banco Exterior de España ; Rec, CJCE 1994, I, p. 877,
- CJCE, 14 septembre 1994, aff. C-42/93, Royaume d'Espagne c/ Commission des Communautés européennes ; RJS 10/99, comm. n°1321,
- CJCE, 5<sup>ème</sup> ch., 6 avril 1995, aff. C-4/94, BLP group ; Rec. CJCE 1995, I, p. 4177 ; Dr. fisc. 1995, n°38, comm. 1779 ; RJF 1995, n°804, concl. C. OLENZ, p. 408,
- CJCE, 15 janvier 1996, aff. C-52/84, Commission c/ Belgique ; RJS 5/97, comm. n°629,
- CJCE, 5 mars 1996, aff. Jtes C-46 et C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA ; Rec. CJCE 1996, I, p. 1029 ; Dr. fisc. 1996, n°45-46, comm. 1387 ; RJF 1996, n°529 ; BDCF 1996, p. 70, concl. G. TESAURO ; RJDA 4/96 comm. n°590,
- CJCE, 20 juin 1996, aff. C-155/94, Wellcome Trust ; RJF 1996, n°1111,
- CJCE, 11 juillet 1996, aff. C-39/94, Syndicat Français de l'Express International (SFEI) et a. ; Rec. CJCE 1996, I, p. 3547,
- CJCE, plén. 17 juillet, 1997, aff. C-28/95, Leur-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2 ; Rec. CJCE 1997, I, p. 4161 ; RJF 1997, n°1002,
- CJCE, plén., 16 juillet 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries plc (ICI) ; Dr. fisc. 1998, n°48, Etude P. DIBOUT ; RJF 1998, n°1382, concl. G. TESAURO,
- CJCE, 8 juillet 1999, aff. C-254/97, XAB-YAB ; Dr. fisc. 2000, n°11, Etude P. DIBOUT, p. 474 à 482,
- CJCE, 2<sup>ème</sup> ch., 8 juin 2000, aff. C-98/98, Midland Bank ; RJF 9-10/2000, n°1187 ; BDCF 9-10/2000, n°105, concl. A. SAGGIO,
- CJCE, 1<sup>ère</sup> ch., 14 novembre 2000, aff. C-142/99, Floridienne SA et Berginvest SA ; Rec. CJCE 2000, I, p. 9567 ; Dr. fisc. 2001, n°3, comm. 21, note Ph. DEROUIN ; RJF 2001, n°127,
- CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-110/99, Emsland Stärke ; Rec. CE 2000, I, p. 11569,
- CJCE, 9 octobre 2001, aff. C-108/99, Cantor Fitzgerald International ; Dr. fisc. 2002, n°3, comm. 21,
- CJCE, 15 janvier 2002, aff. C-43/00, Endersen og Jensen ApS : Dr. fisc. 2002, n°28, comm. 602 ; Dr. sociétés 2002, comm. 103, note J.-L. PIERRE ; Bull. Joly Sociétés

- 2002, § 75, note A. COLONNA D'ISTRIA et C. VALENTIN ; Les petites affiches 2002, n°98, note E. MEIER ; RJF 2002, n°458 ; BDCF 2002, n°55, concl. A. TIZZANO,
- CJCE, 5<sup>ème</sup> ch., 11 juillet 2002, aff. C-62/00, Marks & Spencer plc c/ Commissioners of Customs & Excise ; Rec. CJCE 2002, I, p. 6325, concl. L. A. GEELHOED, pts 14 à 16 ; Europe 2002, comm. 317, obs. A. RIGAUX et D. SIMON ; JCP E 2002, 119,
  - CJCE, 8 mai 2003, aff. jtes C-328/99 et C-399/00 Italie et SIM 2 Multimedia Spa/Commission ; RJF 2004 comm. n°205,
  - CJCE, 6<sup>ème</sup> ch., 26 juin 2003, aff. C-442/01, Kap Hag ; RJF 2003, n°1194,
  - CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH ; RJF 2013, n°887 ; BDEI 5/2003, n°289, concl. Ph. LEGERr et Ch. TIMMERMANS,
  - CJCE, 20 novembre 2003, aff. C-125/01, Gém SA ; Rec., I-13769,
  - CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, Hughes Lasteyrie du Saillant ; RJF 2002, n°160 avec concl. G. GOULARD p. 112, obs. N. CHAID-NOURAIBGFE, p. 7, obs. O. FOUQUET Rev. adm. 2002, n°325 p. 55,
  - CJCE, 5<sup>ème</sup> ch., 29 avril 2004, aff. C-77/01, EDM ; Dr. fisc. 2004, n°29, comm. 631, note M. GUICHARD et B. JEANNIN ; RJF 2004, n°827, étude Ph. TOURNES, p. 511 ; BDCF 2004, n°97, concl. Ph. LEGERR ; RD bancaire et fin. 2004, n°4, 100049,
  - CJCE, 29 avril 2004, aff. C-277/00, Allemagne/Commission ; BF 2/09, comm. n°99,
  - CJCE, gde ch., 5 octobre 2004, aff. C-442/02, Caixabank France c/ France ; D. 2006, pan. p. 157, obs. H. SYNDET ; Banque et droit janv.-févr. 2005, n°99, p. 66, obs. Th. BONNEAU ; RTD com. 2004, p. 792, obs. D. LEGEAS ; D. 2005, jurispr. p. 370, note A. BOUJEKA,
  - CJCE, 10 janvier 2006, aff. C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e.a. ; Rec. CJCE 2006, I, p. 289,
  - CJCE, 21 février 2006, aff. C-255/02, Halifax ; Europe, 2006, n°4, comm.126,
  - CJCE, 12 septembre 2006, aff. C-196/04, Cadbury-Schweppes ; RJF 2006, n°1644, concl. Ph. LEGER ; BDCF 2006, n°146 ; Dr. fisc. 2006, n°39, act. 176,
  - CJCE, 1<sup>ère</sup> ch., 14 décembre 2006, aff. C-170/05, Denkavit internationaal BV et Denkavit France SAR ; L Rec. CJCE 2006, I, p. 11949 ; Dr. fisc. 2006, n°52, act. 264 ; Dr. sociétés 2007, comm. 39, note J.-L. PIERRE ; JCP Europe 2007, comm. 56, note F. MARIATTE ; RJF 2007, n°375 ; BDCF 2007, n°39, concl. L.-A. GEELHOED,
  - CJCE, 5 juillet 2007, aff. C-321/05, Kofoed, pt 38 : Rec. CJCE, I, p. 5795 ; Europe 2007, comm. 238, obs. E. MEISSE,

- CJCE, 2<sup>ème</sup> ch. 21 février 2008, aff. C-425/06, Part Service Srl ; RJF 2008, n°765,
- CJCE, 4<sup>ème</sup> ch., 15 mai 2008, aff. C-414/06, Lidl Belgium ; Rec. CJCE 2008, I, p. 3601 ; Dr. fisc. 2008, n°39, comm. 512, note M.-C. BERGERES ; RJF 2008, n°1030, concl. E. SHARPSTON ; FR 31/2008, inf. 1, p. 3, comm. F. DONNAT,
- CJCE aff. C-418/07, 27 novembre 2008, Société Papillon ; RJF 2009 n°180 ; Rec. CJCE 2008, I, p. 8947 ; Dr. fisc. 2008, n°52, comm. 644, note J.-L. PIERRE ; RJF 2009, n°180 ; BDCF 2009, n°16, concl. J. KOKOTT,
  
- CJUE, 3<sup>ème</sup> ch. 22 décembre 2010, aff. 103/09, the Commissioners for her Majesty's revenues and Customs c/ Weald Leasing Ltd ; RJF 2011, n°397,
- CJUE, 1<sup>ère</sup> ch., 8 septembre 2011, aff. C-78/08 à C-80/08, Paint Graphos Soc. coop. Arl et a. ; Dr. fisc. 2011, n°37, act. 278,
- CJUE, 7<sup>ème</sup> ch. 27 octobre 2011, aff. 504/10, Tanoarch, s. r. o. ; RJF 2012, n°89,
- CJUE, 15 novembre 2011, aff. Jtes C-106/09 P et C-107/09 P, Commission et Espagne c/ Government of Gibraltar, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ; Dr. fisc. 2011, n°47, act. 352,
- CJUE, gde. ch., 29 novembre 2011, aff. C-371/10, National Grid Indus BV ; Rec. CJUE 2011, I, p. 12273 ; Dr. fisc. 2012, n°5, comm. 125, note G. BLANLUET,
- CJUE, 4<sup>ème</sup> ch. 12 juillet 2012, aff. 326/11, J.-J. Komen en Zonen Bheer Heerhugowaard BV ; RJF 2012, n°1091,
- CJUE, 4<sup>ème</sup> ch., 6 septembre 2012, aff. C-38/10, Commission européenne c/ République portugaise ; Dr. fisc. 2012, n°37, act. 363 ; Europe 2012, comm. 436, note V. MICHEL,
- CJUE, 5<sup>ème</sup> ch., 18 octobre 2012, aff. C-603/10, Pelati d.o.o ; Dr. fisc. 2012, n°43, act. 413 ; Europe 2012, comm. 493, note A.-L. MOSBRUCKEER ; RJF 2013, n°125,
- CJUE, 7<sup>ème</sup> ch., 31 janvier 2013, aff. C-301/11, Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas ; Dr. fisc. 2013, n°6, act. 77, pts 27 et 28 ; RJF 2013, n°448,
- CJUE, 4<sup>ème</sup> ch., 21 février 2013, aff. 123/11, A OY ; Dr. fisc. 2013, n°17, act. 243 ; RJF 2013, n°568,
- CJUE, 2<sup>ème</sup> ch., 25 avril 2013, aff. C-64/11, Commission européenne c/ Royaume d'Espagne ; Dr. fisc. 2013, n°18, act. 255 ; RJF 2013, n°886,
- CJUE, 3<sup>ème</sup> ch. 20 juin 2013, aff. 653/11, Paul Newey ; RJF 2013, n°1102,
- CJUE, 3<sup>ème</sup> ch., 18 juillet 2013, aff. C-261/11, Commission européenne c/ Royaume de Danemark ; Europe 2013, comm. 400, note V. MICHEL,

- CJUE, 2<sup>ème</sup> ch. 12 juin 2014, aff. C-39/13, C-4/13 et C-41/13, Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/Kantoor Groningen c/ SCA Group Holding BV et a. ; Dr fisc. 2014, n°25, act. 344,
- CJUE, 1<sup>ère</sup> ch., 23 janvier 2014, aff. C-164/12, DMC Beteiligungsgesellschaft mbH ; Dr. fisc. 2014, n°14, comm. 253, note N. DE BOYNES. V. L. BERNARDEAU et O. PEIFFERT, Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janv./mars 2014) ; Dr. fisc. 2014, n°17-18, 288, n°40 à 46 ; RJF 2014, n°418,
- CJUE, 2<sup>ème</sup> ch., 3 septembre 2014, aff. C-589/12, Commissioners for HMRC c/ GMAC UK plc ; Dr. fisc. 2014, n°37, act. 467,
- CJUE, 3<sup>ème</sup> ch., 21 mai 2015, aff. C-657/13, Verder LabTec GmbH & Co. KG : Dr. fisc. 2015, n°22, act. 329 ; RJF 2015, n°743 ; BF 8-9/15 inf. 657,
- CJUE, 2<sup>ème</sup> ch., 16 juillet 2015, aff. C-108/14 et C-109/14, Beteiligungsgesellschaft Larentia + Minerva mbH & Co. KG ; Dr. fisc. 2015,
  
- Cons. const., 16 juillet 1971, n°71-44 DC ; Rec. Cons. const., p. 29,
- Cons. const., 30 décembre 1982, n°82-155 DC, Loi de finances rectificative pour 1982 ; Rec. Cons const., p. 88,
- Const. cons., 29 décembre 1989, n°89-268 DC, Loi de finances pour 1990 ; Rec. Cons. const. 1989, p. 110 ; Dr. fisc. 1990, n°4, comm. 57,
- Cons. const., 30 décembre 1996, n°96-385 DC, Loi de finances pour 1997 ; RJC 1996, I, p. 691 ; AJDA 1997, p. 161, chron. O. SCHRAMECK ; RTD civ. 1997, p. 412, obs. J. HAUSER, et p. 416, obs. J. MESTRE,
- Cons. const., 16 décembre 1999, n°99-421, DC, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes ; Rec. Cons. const. 1999, p. 136 ; AJDA 2000, p. 31,
- Cons. const., 29 décembre 1999, n°99-425, DC, Loi de finances rectificative pour 1999 ; Rec. Cons. const. 1999, p. 168,
- Cons. const., 12 janvier 2002, n°2001-455, DC, Loi de modernisation sociale ; Rec. Cons. const. 2002, p. 49,
- Cons. const., 21 avril 2005, n°2005-512, DC, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école ; Rec. p. 72 ; RJDA 10/05 n°1178,
- Cons. const., 29 décembre 2005, n°2005-530 DC, Loi de finances pour 2006 ; Rec. Cons. const. 2005, p. 168 ; JCP A 2006, act. 1 ; RJF 2006, n°290,

- Cons. const., 27 juillet 2006, n°2006-540 DC, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ; JCP G 2006, act. 393, obs. C. CARON,
- Cons. const., 23 juillet 2010, n°2010-16, QPC, M. Exbrayat ; RJF 2011, n°86 ; BF 1/11 n°32,
- Cons. const., 20 novembre 2010, n°2010-70, QPC, M. Moreau ; Dr. fisc. 2011, n°6, comm. 209, note F. DIEU ; RJF 2011, n°210,
- Cons. const., 16 septembre 2011, n°2011-165, QPC, Société Heatherbrae Ltd ; Dr. fisc. 2011, n°38, act. 284 ; RJF 2011, n°1349,
- Cons. const., 29 décembre 2012, n°2012-661, DC, Loi de finances rectificative pour 2012 ; RJF 2013, n°336,
- Cons. const., 29 décembre 2012, n°2012-661, DC, Loi de finances rectificative pour 2012 ; Dr. fisc. 2016, n°18-19, 307 ; RJF 2013, n°336,
- Cons. const., 29 décembre 2012, déc. n°2012-662 DC, Loi de finances pour 2013 ; D. 2013. act. 19, obs. A. MANGIAVILLANO ; RFDA 2013. 1, étude B. GENEVOIS,
- Cons. const., 4 décembre 2013, n°2013-679, DC, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ; Dr. fisc. 2013, n°51, comm. 563, note Ch. DE LA MARDIERE,
- Cons. const., 29 décembre 2013, n°2013-685, DC, Loi de finances pour 2014 ; Dr. fisc. 2014, n°1, comm. 70 ; Dr. fisc. 2014 n°1-2, act. 3, com. O. FOUQUET,
- Cons. const., 29 décembre 2014, n°2014-707, DC, Loi de finances pour 2015 ; Dr. fisc. 2015, n°1-2, comm.42,
- Cons. const., 29 décembre 2014, n°2014-708, DC, Loi de finances rectificative pour 2014, JO, 30 Décembre 2014,
- Cons. Const, 20 janvier 2015, n°2014-437, QPC, Assoc. française des entreprises privées et a. ; Dr. fisc. 2015, n°12, comm. 223, note P. KOURALEVA-CAZALS ; RJF 2015, n°346,
- Cons. const. 6 mars 2015, n°2014-456 QPC , Sté Nextratio TV ; Dr. fisc. 2015, n°11, act. 164,
- Cons. const., 29 décembre 2015, n°2015-726 DC, Loi de finances rectificative pour 2015 ; Dr. fisc. 2016, n°1, comm. 26, note M.-P. HOO,
- Cons. Const., 3 février 2016, n°2015-520, QPC, Sté Metro Holding SA venant aux droits de la société CRFFP ; Dr. fisc. 2016, n°12, comm. 233. BF 4/16 inf. 294 ; FR 6/16, inf. 3,

- Cons. const., 24 juin 2016, n°2016-545 et 2016-546, QPC, M. A. W. et a. ; Dr. fisc. 2016, n°27, comm. 405, note S. DETRAZ,
- Cons. const., 8 juillet 2016, n°2016-553, QPC, Sté Natixis ; Dr. fisc. 2016, n°28, act. 453 ; JCP E. 2016, n°29, act. 635,
- Cons. const. 22 juillet 2016, n°2016-555, QPC ; Dr. fisc. 2016, n°30-35, act. 466,
- Cons. const., 30 septembre 2016, n°2016-571, QPC, inédit,
- Cons. const., 21 octobre 2016, n°2016-591, QPC, inédit,
  
- TA Amiens, 2<sup>ème</sup> ch., 4 mai 2006, n°03-1006, SA Phénal ; RJF 2007, n°27,
- TA Cergy-Pontoise, 8 juillet 2011, n°0700747 ; Dr. fisc. 2016, n°17, comm. 304,
- TA Grenoble, 4<sup>ème</sup> ch., 2 octobre 1997, n°94-678, SA Icor ; RJF 1997, n°1105,
- TA Lille, 4<sup>ème</sup> ch., 12 février 1998, n°93-1819, Société SFT ; RJF 1998, n°659,
- TA Lille, 4<sup>ème</sup> ch., 18 mai 2000, n°97-812, Entreprise MVMM ; RJF 2001, n°36,
- TA Melun, n°021167/3, 27 janvier 2005 ; JCP E, 2010, n°17, 1433,
- TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 16 juin 2011 n°0905509 et 1007116, Sté Nordstrom European Capital Group ; RJF 2011, n°1345,
- TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 15 mars 2012 n°1009892, Sté Ingram Micro ; RJF 2012 n°1044,
- TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 3 janvier 2013, n°1200562 ; Dr. fisc.2013 n°29, comm. 381,
- TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 4 juillet 2013, n°1107078, Sté Safran ; RJF 2014, n°323,
- TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 27 janvier 2014, n°1204818, SAS Alinéa ; Dr. fisc. 2014, n°26, comm. 399,
- TA Montreuil, 1<sup>ère</sup> ch., 6 octobre 2014, n°1305900 et 1307719, SA Vivendi ; RJF 2015, n°91,
- TA Nantes, 5<sup>ème</sup> ch., 23 janvier 2004, n°99-5190, SA Multimixing ; RJF 2004, n°973,
- TA Paris, 1<sup>ère</sup> ch., 22 octobre 1996, n°94-17605, Sté X ; Dr. fisc. 1996, n°50, comm. 1497. *Quels enseignements tirer des réponses du Conseil d'État dans l'affaire des fonds turbo ?* Dr. fisc. 1998, n°25, 100242,
- TA Paris 1<sup>ère</sup> section, 3<sup>ème</sup> ch., 13 février 1997, n°93-7089 et 93-7090, SARL Les amis de l'histoire ; RJF 1997, n°1014,
- TA Paris, plén., 22 avril 1997, n°94-15879, Sté EPI ; RJF 6/1997, n°596 ; BDCF 1997, n°67, concl. F. BOSSUROY,
- TA Paris, 1<sup>ère</sup> sect., 14 novembre 2006, n°01-1470, SCM Floisa ; RJF 2007, n°809,



- TA Poitiers, 1<sup>ère</sup> ch., 3 décembre 2015, n°1300249, SAS Blount Holdings France ; Dr. fisc. 2016 n°2, comm. 62, note O. GUIARD,
- TA Rouen, 2<sup>ème</sup> ch., 17 oct. 2013, n°1103237, Sté Ollean Études Normandie ; Dr. fisc. 2013, n°50, 545 comm. N. CHAYVIALE ; RJF 2014, n°436,
- TA Strasbourg, 1<sup>ère</sup> ch., 8 décembre 1994, n°9301085, Entreprise Freymuth ; AJDA 1995, p. 555, concl. J. POMMIER,
- TA Toulouse, 1<sup>ère</sup> ch., 16 juin 1998, n°95-2008, Sté civile financière Alpa ; RJF 1998, n°1429,
- TA Toulouse, 1<sup>ère</sup> ch., 3 décembre 2002 n°98-251 et 98-252, SA Andros ; RJF 2003, n°739,
- TA Versailles, 7<sup>ème</sup> ch., 11 juillet 2003 n°99-5645, Sté SCDM ; RJF 2004 n°79,
  
- TGI Nanterre, 16 janvier 2001, n°99-14941, 1<sup>ère</sup> ch., Bouvet ; RJF 2001, n°720,
  
- TPICE, 18 décembre 2008, aff. jtes. T-211/04 et T-215/04, Government of Gibraltar et Royaume-Uni c/ Commission ; Rec. CJCE, II, p.3745 ; Europe 2009, comm. 87, note L. IDOT,
  
- Aiken Industries, Inc. v. Commissioner, 56 T.C. 925 (1971),
- Gregory v. Helvering, 293 US 465 (1935) aff'g 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934),
- Knetsch v. United States, 364 U.S. 361 (1960),
- WT Ramsay Ltd v. IRC, Eilbeck (Inspector of Taxes) v. Rawling, 1982 A.C 300,

## V. SITES INTERNET

[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=296](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=296)

<http://www.bis.org/publ/rpfx13.htm>

<http://www.bvdinfo.com/>

<http://www.capitaliq.com/>

[http://www.ccomptes.fr/fr/CPO/documents/divers/Rapport\\_de\\_synthese\\_Entreprises\\_et\\_niches\\_fiscales\\_et\\_sociales\\_071010.pdf](http://www.ccomptes.fr/fr/CPO/documents/divers/Rapport_de_synthese_Entreprises_et_niches_fiscales_et_sociales_071010.pdf)

[www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/janvier-2013-la-retroactivite-fiscale-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.135573.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/janvier-2013-la-retroactivite-fiscale-dans-la-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel.135573.html)

[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/tax\\_cooperation/fiscalis\\_programme/fiscalis2013/index\\_fr.html](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/tax_cooperation/fiscalis_programme/fiscalis2013/index_fr.html)

<http://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/cid23182/cir-et-c.i.i.-liste-des-organismes-experts-bureaux-de-style-et-stylistes-agrees.html>

<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/ctmanual/CTM08232.html>

[http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/11/14/optimisation-fiscale-les-pratiques-de-starbucks-et-des-pays-bas-decortiquees\\_4523935\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/11/14/optimisation-fiscale-les-pratiques-de-starbucks-et-des-pays-bas-decortiquees_4523935_3234.html)

[http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/luxleaks-de-l-optimisation-a-l-evasion-fiscale-au-luxembourg\\_1619588.html](http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/luxleaks-de-l-optimisation-a-l-evasion-fiscale-au-luxembourg_1619588.html)

[http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/panama-papers-scandale-d-evasion-fiscale\\_1779101.html](http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/panama-papers-scandale-d-evasion-fiscale_1779101.html)

[http://www.lexpress.fr/culture/cinema/depardieu-l-exil-fiscal\\_1200513.html](http://www.lexpress.fr/culture/cinema/depardieu-l-exil-fiscal_1200513.html)

[http://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/le-brexit\\_1683736.html](http://www.lexpress.fr/actualite/monde/europe/le-brexit_1683736.html)

<http://ibfd.org>

<http://www.impots.gouv.fr/portal/dgi/public/statistiques?espId=-4&pageId=statistiques&sfid=450>

<http://www.ktmine.com/>

<http://observatoire-du-cir.fr/media/chiffres-du-cir-2012-creance-cir-nombre-declarants-se-stabilisent-dispositif-arrive-maturite/>

<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

<http://www.oecd.org/fr/presse/les-recettes-fiscales-continuent-de-croitre-dans-la-zone-de-l-ocde.htm>

<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/>

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/foreign-investor-currency-exchange-restrictions>

[www.pwc.lu/en/press-articles/2011/l-assiette-commune-consolidee-pour-l-impot-sur-les-societes.jhtml#\\_ftn82.](http://www.pwc.lu/en/press-articles/2011/l-assiette-commune-consolidee-pour-l-impot-sur-les-societes.jhtml#_ftn82)

<http://www.SEC.gov/edgar.shtml>

<http://stats.oecd.org//Index.aspx?QueryId=58204>

[www.oecf.org/taxation](http://www.oecf.org/taxation)

<http://taxsummaries.pwc.com/uk/taxsummaries/wwts.nsf/ID/Luxembourg-Corporate-Group-taxation>

<http://www.ubs.com/prices&earnings>

[http://unctad.org/fr/Docs/rmt2011\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/Docs/rmt2011_fr.pdf)

# TABLE DES MATIERES

Sommaire .....	2
Dictionnaire des acronymes .....	3
Introduction.....	8
§I) L'impôt, source de tous les mots ?.....	13
A) Une histoire complexe .....	13
B) Le nécessaire respect des libertés individuelles.....	17
§II) L'impôt : un outil de gestion pour les entreprises, mais également un outil stratégique pour l'Etat .....	20
A) L'impôt : un instrument de politique étatique.....	20
B) L'impôt : un outil de gestion pour les entreprises.....	22
§III) Optimisation, évasion et fraude : un malheureux amalgame.....	28
Partie I : Optimisation, évasion et fraude fiscales : une clarification nécessaire.....	33
Titre I : Une frontière difficile à appréhender.....	35
Chapitre I : La fraude fiscale : une notion à deux visages .....	36
Section I : Le cadre juridique de la fraude fiscale .....	38
Sous-section I : La mise en œuvre des poursuites .....	38
§I) Les comportements sanctionnés.....	38
A) La lettre du texte .....	39
1°) L'élément matériel de la fraude .....	40
2°) L'élément intentionnel de la fraude .....	41
B) Les différentes formes du délit de fraude fiscale.....	42
1°) L'omission volontaire de déclaration dans les délais prescrits.....	43

2°) La dissimulation de sommes assujetties à l'impôt.....	46
3°) L'organisation d'insolvabilité et les autres comportements frauduleux..	48
§II) L'ouverture de la procédure pénale .....	50
A) La mise en œuvre des poursuites .....	50
1°) Un accord préalable de la Commission des infractions fiscales .....	51
2°) Un nombre de dossiers en augmentation .....	53
3°) Les récents scandales fiscaux et financiers, une motivation supplémentaire pour les pouvoirs publics dans le renforcement de la lutte contre la fraude fiscale .....	56
B) Le cas particulier de la procédure d'enquête fiscale .....	58
Sous-section II : Les sanctions de la fraude .....	60
§I) La sanction de la fraude fiscale .....	61
A) Une nécessaire décision de justice préalable .....	61
B) Des sanctions applicables aux personnes physiques mais également aux personnes morales .....	62
§II) Un alourdissement des sanctions dans le cadre d'une politique globale de préservation des recettes fiscales .....	63
Section II : Un phénomène touchant en particulier la TVA .....	66
§I) Le fonctionnement de la TVA, à l'origine de la fraude .....	66
§II) Une fraude massive reposant sur des schémas complexes .....	69
A) Une fraude importante qui peine à être ralentie.....	69
B) Le mécanisme dit du « <i>carrousel</i> ».....	71
Chapitre II : L'optimisation : une pratique à géométrie variable.....	75
Section I : Une pratique difficile à cerner, mais centrale pour les entreprises.....	77

Sous-section I : Une difficile distinction avec l'évasion fiscale .....	78
§I) Une définition difficile à cerner dans le cadre de l'économie mondialisée .....	78
A) Une jurisprudence reconnaissant un droit à l'optimisation fiscale .....	78
B) La position des instances internationales .....	83
§II) Une remise en cause de certains principes républicains .....	85
A) L'impôt confiscatoire, un concept aux contours difficiles.....	85
1°) La notion d'impôt confiscatoire.....	85
2°) La réaction des Etats contre le caractère confiscatoire de l'impôt.....	87
B) La protection des droits des contribuables par les textes fondamentaux .....	90
Sous-section II : L'impôt : un outil de gestion pour les entreprises .....	93
§I) Les sources du besoin d'optimisation fiscale.....	94
A) Une nécessité contextuelle et structurelle pour les entreprises .....	94
B) Une optimisation fiscale parfois encouragée par la loi .....	97
§II) L'impôt : un outil de gouvernance pour les entreprises.....	98
A) Une adaptation nécessaire au contexte économique globalisé .....	99
B) La gestion des risques fiscaux.....	101
1°) Un risque inhérent au contexte économique et législatif.....	101
2°) Un risque présent tout au long de l'existence de la société .....	102
Section II : La sanction des décisions abusives : de l'acte anormal de gestion à l'abus de droit.....	105
Sous-section I : La sanction des actes abusifs .....	107
§I) L'identification des comportements illicites .....	108
A) Tentative de distinction entre les différents comportements .....	109
1°) Le rejet d'une distinction binaire basée sur la légalité des comportements .....	109
2°) La question de l'acceptabilité des comportements .....	111

B)	La distinction par le biais du caractère artificiel des comportements .....	112
1°)	Une substance nécessaire pour valider certains schémas d'optimisation .....	113
2°)	La sanction des opérations ayant un but exclusivement fiscal.....	116
§II)	Une remise en cause du principe de liberté de gestion .....	117
A)	La sanction des décisions de gestion .. .....	119
1°)	L'acte anormal de gestion .....	119
2°)	La théorie du risque manifestement excessif.....	124
B)	La sanction des décisions fiscales .....	127
1°)	Les différentes branches de l'abus de droit.....	131
1)	L'abus de droit par simulation.....	131
2)	L'abus de droit par fraude à la loi.....	132
2°)	L'abus de droit, perspectives communautaires .....	134
3°)	La procédure de l'abus de droit.....	137
Sous-section II : Les principales hypothèses d'application de l'abus de droit et tentatives de réformes .....		
		141
§I)	L'abus de droit : hypothèses d'application .....	141
A)	L'hypothèse historique du montage « <i>coquillard</i> » .....	142
B)	Des applications à tous les impôts et taxes .....	148
1°)	L'abus de droit et l'imposition sur les sociétés.....	148
2°)	L'abus de droit et les bénéfices industriels et commerciaux .....	153
C)	La procédure de rescrit, une manière d'éviter la qualification d'abus de droit .....	154
§II)	Une volonté de réforme pour le moment avortée .....	158
A)	La réforme de l'abus de droit en droit fiscal français .....	158
B)	Une jurisprudence constitutionnelle favorable à la préservation des droits et libertés fondamentaux.....	161
Titre II : Une prise de conscience globale caractérisée par d'importants changements législatifs .....		
		166

Chapitre I : L'évolution des législations françaises et européennes .....	169
Section I : Une législation française de plus en plus stricte.....	171
Sous-section I : L'influence des travaux parlementaires .....	172
§I) Une réponse à l'inadéquation de la loi fiscale avec le comportement des entreprises : les rapports Dominati-Bocquet et Muet-Woerth .....	173
A) Un état des lieux des dispositifs actuels.....	173
1°) Les dispositifs limitant la déduction des charges financières .....	174
1) Le dispositif Carrez.....	176
2) Le mécanisme de lutte contre la sous-capitalisation.....	177
3) Le dispositif Charasse .....	182
4) Le plafonnement général de déduction des charges financières .....	183
2°) Les dispositifs limitant l'implantation de sociétés à l'étranger et l'évasion de capitaux hors de France.....	184
1) L'article 209 B du CGI et les bénéficiaires en provenance de sociétés implantées dans des pays à fiscalité privilégiée.....	188
2) L'article 238 bis-0I et le transfert d'actifs hors de France.....	193
3) L'article 57 du CGI et le transfert indirect de bénéfices à l'étranger .....	195
B) L'influence des rapports Dominati-Bocquet et Woerth-Muet sur l'évolution de la législation anti-abus .....	198
1°) Les solutions envisagées par le rapport Dominati-Bocquet.....	199
1) Un nécessaire renforcement des dispositifs législatifs actuels .....	199
2) La nécessité de développer la transparence .....	200
3) Le nécessaire développement d'une fiscalité européenne .....	201
4) Les propositions du rapport .....	202
2°) Le rapport Woerth-Muet, conclusion d'un long travail sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international .....	206
1) Les sources des comportements abusifs .....	207
2) Les solutions envisagées .....	209
§II) Le rapport Colin et Collin, une mise en lumière des déficits de la loi fiscale dans le cadre d'une économie numérique et mondialisée.....	211

Sous-section II : Les mécanismes adoptés depuis l'entrée en vigueur de la loi contre la fraude et la grande délinquance financière .....	216
§I) Un durcissement général de la législation fiscale .....	216
A) La loi contre la fraude et la grande délinquance financière, une avancée majeure dans la lutte contre les comportements déviants .....	217
B) Les dispositifs mis en place à partir de la loi de finances pour 2014.....	218
1°) La présentation d'une comptabilité analytique .....	218
2°) L'encadrement de la déductibilité des intérêts versés à des entités liées	219
3°) De nouvelles obligations en matière de prix de transfert.....	222
4°) La modification du régime mère-fille .....	224
§II) Un mécanisme novateur inspiré des pays anglo-saxons, la relation de confiance..	226
A) Les approches retenues dans les territoires anglo-saxons.....	228
B) La mise en place de la relation de confiance en France.....	231
Section II : L'UE, un acteur majeur de la lutte contre les comportements abusifs.....	234
§I) Les bases d'un environnement fiscal unifié .....	235
A) Le Code de conduite, une résolution politique visant à mettre fin à la concurrence dommageable.....	235
1°) Les prémices du Code de conduite .....	236
2°) Le contenu du Code de conduite.....	238
B) Le contentieux des aides d'Etat : une nouvelle approche contraignante de la Commission européenne .....	241
1°) La procédure d'autorisation des aides d'Etat.....	243
2°) La typologie des aides d'Etat .....	244
3°) Les spécificités des aides fiscales .....	245
4°) La procédure de récupération des aides d'Etat .....	247
§II) La législation européenne anti-abus.....	252
A) L'origine de la législation anti-abus .....	253
B) La révision de la directive mère-fille : un pas important dans la lutte contre les comportements abusifs.....	256



1°) Le contexte de la réforme.....	256
2°) Le contenu de la réforme .....	257
C) Le projet de directive ACCISS, point de départ d'une harmonisation fiscale communautaire.....	260
1°) Le champ d'application du dispositif.....	261
2°) Le calcul de l'assiette fiscale .....	262
3°) La répartition de la matière imposable.....	263
 Chapitre II : Les mécanismes anti-abus internationaux.....	 269
 Section I : Les pratiques abusives : un phénomène mondial nécessitant une réponse globale.....	 271
 Sous-section I : La réponse des Etats à l'érosion des bases d'imposition du fait du développement des comportements abusifs.....	 273
 §I) Les mécanismes anti-abus mis en place par les Etats membres de l'UE .....	 273
A) Les mécanismes anti-abus britanniques : un modèle européen ? .....	273
1°) La norme générale anti-abus au Royaume-Uni.....	274
2°) Les mesures anti-abus spécifiques au Royaume-Uni.....	276
3°) L'obligation de divulgation des schémas d'optimisation .....	277
4°) La sanction des cas de fraude au Royaume-Uni .....	279
B) Les mécanismes mis en place dans les autres pays de l'Union .....	279
1°) Les mécanismes applicables au Luxembourg.....	280
2°) Les mécanismes anti-abus allemands .....	281
3°) Les mécanismes anti-abus belges .....	283
4°) Les mécanismes anti-abus hollandais .....	285
5°) Les mécanismes anti-abus italiens .....	286
6°) Les mécanismes anti-abus espagnols.....	288
 §II) Les mécanismes mis en place par les Etats tiers.....	 288
A) Les Etats-Unis : une puissance économique sans GAAR.....	289
B) La Chine : un géant à la norme anti-abus très récente .....	292

Sous-section II : Les mécanismes internationaux de lutte contre les comportements abusifs .....	293
§I) L'échange de renseignement : un moyen de lutte contre la perte de recettes fiscales privilégié par la France .....	293
A) La promotion de l'échange de renseignements en France : un réseau conventionnel particulièrement développé .....	294
1°) L'échange d'informations : une pratique ancienne.....	295
2°) Le cas des accords sur l'échange de renseignements en matière fiscale (AER).....	299
B) Le cas particulier de l'échange d'informations avec l'UE.....	302
§II) Les clauses anti-abus dans les conventions fiscales .....	307
A) Les dispositions « classiques » visant à limiter les abus .....	307
1°) Les notions de résident, d'établissement stable et de revenus .....	307
2°) La notion de bénéficiaire effectif.....	308
3°) Le cas des entreprises associées.....	312
B) Les dispositions plus spécifiques des conventions fiscales .....	312
1°) Les exclusions ponctuelles des avantages des conventions .....	313
2°) Les exclusions plus générales .....	313
Section II : L'OCDE : un acteur majeur de la lutte contre les pratiques fiscales dommageables.....	317
§I) La naissance du rapport BEPS .....	318
A) Le BEPS : une compilation de longues années de travaux au sein de l'OCDE .....	318
1°) L'origine du rapport de 2011 sur la transparence fiscale.....	319
2°) Le contenu du rapport de 2011 sur la transparence fiscale .....	320
B) L'influence de ces travaux sur le BEPS .....	322
1°) Les indicateurs de l'érosion des bases d'imposition .....	322
2°) Les réflexions sur la modification du cadre fiscal mondial .....	324
3°) Les principales problématiques identifiées par le BEPS .....	324
1) L'économie numérique, le principal défi fiscal du 21 <sup>ème</sup> siècle.....	325

2) Le contrôle de l'utilisation des dispositifs hybrides .....	326
3) La prise en compte de la substance et de la transparence dans les pratiques fiscales dommageables .....	328
4) L'abus de convention fiscale .....	328
5) L'utilisation abusive des prix de transfert.....	330
6) Le recours abusif à l'endettement .....	330
7) La problématique des SEC et des établissements stables .....	331
8) La lutte contre l'évasion fiscale et les pratiques fiscales dommageables .....	333
§II) Le contenu du BEPS .....	333
A) La problématique de l'économie numérique .....	334
B) La problématique des instruments et entités hybrides .....	336
C) Les pratiques dommageables confrontées à la transparence et à la substance économique .....	337
D) L'utilisation abusive des conventions fiscales.....	339
E) L'utilisation abusive des prix de transfert.....	341
Partie II : Les mécanismes d'optimisation utilisés par les entreprises.....	346
Titre I : L'optimisation structurelle et juridique de l'entreprise d'un point de vue fiscal .....	350
Chapitre I : Les mécanismes fiscaux favorisant les relations entre entités liées .....	352
Section I : Le régime mère-fille : des conditions d'accès de plus en plus contraignantes .....	353
§I) Les principales caractéristiques du régime mère-fille.....	354
A) Les conditions d'application du régime .....	355
1°) Un régime optionnel applicable aux sociétés à l'IS dans les conditions de droit commun .....	356
2°) Les conditions particulières pour l'application du dispositif.....	359
B) L'intérêt du régime mère-fille.....	362

§II) Les problématiques liées à l'application du régime mère-fille.....	365
A) L'abus du régime mère-fille.....	365
1°) La problématique de la substance .....	366
2°) L'hypothèse des montages coquillards .....	368
B) Le régime mère-fille : perspectives internationales .....	369
1°) La nécessité d'une politique internationale raisonnée .....	369
2°) Les difficultés liées à l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques ...	371
1) La problématique des abandons de créances à des filiales étrangères	371
2) L'interprétation du régime mère-fille français à la lumière de la	
directive de 1990 .....	375
 Section II : Le régime de l'intégration fiscale .....	 377
 §I) Les caractéristiques de l'intégration fiscale .....	 378
A) Les conditions préalables à la mise en place de l'intégration fiscale .....	379
1°) Les conditions liées aux sociétés intégrées et intégrantes.....	379
2°) Le fonctionnement de la consolidation .....	385
1) Les conséquences de l'option sur les résultats individuels.....	385
2) L'ajustement du résultat brut d'ensemble.....	387
3) La détermination de la plus ou moins-value nette à long terme	
d'ensemble .....	393
4) L'imposition du résultat d'ensemble .....	393
B) Les spécificités de l'intégration fiscale horizontale.....	396
1°) L'origine du mécanisme.....	396
2°) Les conditions liées au statut des sociétés membres du périmètre .....	397
3°) Les retraitements effectués dans le cadre du calcul du résultat d'ensemble	
.....	399
1) Le traitement des subventions intragroupe .....	399
2) Les rectifications liées au périmètre de l'intégration fiscale horizontale	
.....	400
 §II) La gestion et l'optimisation de l'intégration fiscale .....	 401
A) La mise en place d'une convention de répartition de la charge fiscale .....	402
1°) La répartition de l'impôt sur les sociétés .....	402

1) Les différentes formes de convention d'intégration .....	402
2) Les conséquences fiscales de la convention d'intégration.....	404
2°) La répartition des autres composantes de l'impôt.....	405
B) Des solutions plus spécifiques d'optimisation et les difficultés rencontrées	406
1°) L'optimisation de l'intégration fiscale.....	406
2°) Des difficultés pratiques nécessitant une attention particulière.....	409
Chapitre II : L'optimisation des flux interentreprises.....	413
Section I : L'optimisation fiscale par le biais des prix de transfert .....	414
§I) Les prix de transfert : un outil d'optimisation nécessaire aux échanges internationaux .....	416
A) Les prix de transfert : principales caractéristiques.....	417
1°) La nature des services rendus entre entités liées.....	417
2°) Le montant de la facturation .....	421
3°) La pratique de la facturation et sa justification .....	430
B) Les pistes d'optimisation retenues par les contribuables.....	434
§II) Les prix de transfert : un outil d'optimisation fiscale mais également de transfert de bénéfices .....	438
A) Une manipulation des prix de transfert facilitée par l'avènement de la nouvelle économie.....	439
1°) La manipulation du prix des actifs corporels.....	440
2°) La manipulation des prestations de service et des actifs incorporels.....	441
3°) Les obligations déclaratives, une limitation de la manipulation des prix de transfert .....	442
B) Un contentieux important d'illustrer permettant d'illustrer la stratégie des administrations fiscales.....	451
1°) Les prix de transfert : un contentieux varié et complexe .....	451
2°) La démarche de l'administration dans la remise en cause des prix de transfert .....	455
3°) Comparaisons internationales du contentieux prix de transfert.....	462
Section II : L'optimisation du financement et de la TVA .....	464

Sous-section I : l'optimisation de la composante financière .....	465
§I) La gestion de la trésorerie : un mécanisme d'optimisation fiscale à l'usage des groupes multinationaux.....	465
A) La centralisation de la trésorerie : un environnement juridique et fiscal à risque.....	466
1°) Le périmètre de la centralisation de la trésorerie .....	466
2°) L'environnement fiscal de la convention de trésorerie .....	469
3°) La centralisation : exemples de réglementations étrangères.....	471
B) Les différents contrats de centralisation de trésorerie.....	472
1°) Les distinctions entre le système des intérêts notionnels et le système ZBA .....	473
2°) La mise en place d'un contrat de capitalisation .....	476
3°) Les réflexions préalables à l'option pour la centralisation de la trésorerie .....	479
§II) L'optimisation du financement des acquisitions de l'entreprise.....	483
A) L'utilisation de la location financière : un formidable outil de financement pour les entreprises .....	483
1°) L'utilisation du crédit-bail immobilier.....	484
2°) Le crédit-bail au regard de l'IS et de la TVA .....	489
B) L'optimisation des placements financiers de l'entreprise.....	491
1°) L'imposition des différents produits .....	492
2°) L'imposition de la cession des titres .....	493
Sous-section II : L'optimisation des holdings et de la TVA.....	497
§I) L'optimisation fiscale des sociétés holdings.....	497
A) L'utilisation d'une société holding : quelques précautions d'usage .....	497
1°) Les difficultés liées à l'absence de régime fiscal particulier .....	498
2°) L'utilisation des holdings dans le cadre des schémas d'optimisation fiscale .....	502
1) La structuration de l'opération .....	504
2) Les aspects fiscaux du montage.....	505

B)	L'optimisation de la TVA.....	507
1°)	Le droit à déduction des holdings : une mise en conformité avec la jurisprudence communautaire.....	507
2°)	La déduction de la TVA sur les frais d'acquisition .....	509
§II)	La consolidation du paiement de la TVA .....	511
A)	Le champ d'application du mécanisme de consolidation de la TVA .....	511
B)	Le fonctionnement de la consolidation .....	513
Titre II : L'optimisation du développement de l'entreprise.....		516
Chapitre I : Le développement fiscal territorial et structurel de l'entreprise.....		518
Section I : Les mécanismes structurels et statutaires incitatifs .....		522
§I)	Les régimes influençant la structure fiscale de l'entreprise .....	522
A)	Le régime du bénéfice mondial : un fabuleux dispositif d'optimisation aujourd'hui disparu .....	522
B)	L'utilisation des déficits depuis la fin du BMC .....	525
1°)	La détermination du déficit reportable.....	526
2°)	L'option pour une méthode de report : une question d'opportunité .....	528
1)	Le mécanisme de report en avant des déficits .....	528
2)	Le mécanisme de report en arrière ou « <i>carry-back</i> » .....	531
§II)	Les régimes fiscaux favorables à certaines activités ou implantations.....	533
A)	Les dispositifs incitant la création d'entreprises.....	533
1°)	Le dispositif des entreprises nouvelles de l'article 44 sexies du CGI....	534
1)	La création et les caractéristiques de l'entreprise .....	535
2)	La nature et la création de l'activité.....	537
3)	Le caractère nouveau de l'activité .....	540
4)	Les avantages fiscaux liés au dispositif .....	542
2°)	Le régime des jeunes entreprises innovantes (JEI) .....	544
1)	La qualification de JEI .....	544
2)	Les allègements d'impôts liés au statut de JEI ou de JEU.....	546
B)	Le mécanisme incitatif des zones franches urbaines .....	547

1°) Les principales caractéristiques du mécanisme des ZFU.....	548
2°) Le calcul de l'avantage fiscal.....	554
Section II : Les crédits d'impôts : un outil permettant d'attirer les investisseurs.....	555
§I) Le CIR : un outil de promotion de la recherche et développement.....	556
A) Les principales caractéristiques du CIR.....	558
1°) L'histoire et le fonctionnement du CIR .....	558
1) La création et l'évolution du CIR .....	558
2) Les principales caractéristiques du CIR.....	560
2°) La notion de dépenses de recherche dans le cadre du CIR .....	563
B) Détermination et utilisation du crédit d'impôt.....	566
§II) Le CICE : une arme de promotion de la compétitivité des entreprises .....	569
A) Le champ d'application du CICE .....	570
1°) Les entreprises et activités éligibles au dispositif .....	570
2°) Les salariés concernés par le dispositif+.....	572
B) La détermination et l'utilisation du crédit d'impôt .....	573
1°) La détermination du CICE .....	573
2°) L'utilisation du crédit d'impôt .....	574
Chapitre II : L'optimisation fiscale des restructurations et des cessions .....	579
Section I : Transformation et transfert de siège .....	583
§I) Les conséquences fiscales de la transformation de l'entreprise.....	583
A) Les diverses hypothèses de transformation des structures.....	584
1°) Les hypothèses de changement de la forme sociale.....	585
1) La transformation d'une société en une société d'une autre forme ...	585
2) La transformation d'une société en une autre forme de structure.....	588
2°) Les hypothèses de changement de régime fiscal et d'activité .....	592
1) Les conséquences pratiques du changement de régime fiscal .....	592
2) Les conséquences pratiques du changement d'activité.....	594
B) Les conséquences de la cessation d'entreprise .....	599



1°) Le principe de l'imposition immédiate .....	599
2°) Le régime d'atténuation conditionnelle .....	603
§II) Les transferts de siège et d'actifs à l'étranger.....	607
A) Les problématiques liées aux transferts de sièges sociaux .....	607
1°) Les transferts de sociétés implantées en France.....	608
2°) Les conséquences du transfert d'une société étrangère vers la France ou vers un autre Etat et ses conséquences pour les établissements stables.....	614
B) L'option pour le statut de société européenne : un outil encore non abouti	617
1°) La société européenne : présentation du dispositif .....	617
2°) Le fonctionnement de la société européenne .....	619
1) Les conditions d'application du régime de la société européenne.....	619
2) Le bilan de l'utilisation de la société européenne .....	622
C) L'utilisation des paradis fiscaux: une pratique courante dans le milieu des affaires.....	624
1°) L'utilisation des paradis fiscaux par les contribuables .....	624
2°) L'utilisation des réseaux conventionnels : le principal outil d'accès à ces Etats ou territoire.....	632
3°) Le « <i>treaty shopping</i> » : une autre utilisation des avantages conventionnels .....	634
Section II : Les regroupements et les cessions.....	642
§I) L'optimisation fiscale des restructurations .....	643
A) Les différents mécanismes de restructuration.....	645
1°) Fusions et dissolution sans liquidation .....	646
1) Des opérations pouvant bénéficier d'un régime de faveur .....	646
2) L'influence du droit européen.....	650
2°) Les scissions.....	652
3°) Les apports partiels d'actif.....	654
B) Les points d'attention fiscaux des opérations de restructuration .....	658
1°) Les principales problématiques fiscales liées aux fusions.....	658
1) Les points d'attention liés à l'application du régime de faveur .....	659
2) La problématique de la gestion des déficits .....	660
3) L'existence éventuelle d'un mali technique .....	661

4) La problématique des fusions rapides.....	662
2°) L'application du régime de faveur aux autres opérations de restructuration .....	663
§II) Les dispositifs incitatifs facilitant la reprise de sociétés.....	665
A) Les mécanismes liés à la cession d'entreprise .....	665
1°) L'optimisation de la cession d'entreprise .....	666
1) L'imposition de la plus-value .....	667
2) La gestion des garanties de passifs .....	673
3) Le fait générateur du déclenchement de l'imposition.....	674
2°) Les autres dispositifs légaux favorisant la cession des PME.....	675
1) Le mécanisme de l'article 151 septies du CGI .....	675
2) L'exonération des plus-values professionnelles des entrepreneurs individuels imposés à l'IR.....	677
3) Le mécanisme de l'article 238 quindecies du CGI .....	678
4) Le mécanisme du pacte Dutreil.....	679
B) La reprise d'entreprises en difficultés : un dispositif favorisant la reprise « externe » finalement très peu utilisé .....	681
1°) Les avantages liés à la prise de contrôle de la société en difficultés .....	681
2°) L'article 44 septies du CGI : un dispositif de faveur finalement très peu utilisé.....	682
3°) Les avantages fiscaux liés au dispositif de reprise des entreprises en difficultés .....	687
Conclusion .....	691
Bibliographie.....	696
Table des matières.....	752
Index .....	768

# INDEX

## A

Abus de droit,  
Abus de droit, 25, 47, 97, 100 et s.,  
134 et s., 142 et s., 153 et s., 172.,  
185 et s., (procédure), 194 et s.,  
(montages coquillards) 201 et s.,  
(IS), 201 et s., (BIC), 217 et s.,  
(tentative de réforme), 540 (régime  
mère-fille, 684, 754.  
Fraude à la loi, 138, 172, 180, 182 et  
s., (perspectives communautaires).  
Simulation, 138, 178 et s., 204, 430,  
908, 958.  
Acte anormal de gestion, 22, 23, 134,  
160 et s., 550, 605, 683.  
Aides d'Etat, 212, 229, 348 et s.  
Allemagne, 81, 113, 123, 326, 330,  
359, 411 et s.  
Amortissement, 375, 426, 577, 614,  
695, 736 et s., 849.  
Apport partiel d'actif, 532, 616, 773,  
876, 880, 902, 924, 978, 980 et s.  
Assiette commune consolidée (projet de  
directive), 372 et s.  
Autriche, 367, 933.

## B

Belgique, 65, 229, 351, 415 et s., 437,  
717 954.

Bénéfice mondial consolidé, 554, 795 et  
s.

## C

Cession de PME,  
Art. 151 septies du CGI, 919, 1011 et  
s.  
Art. 238 quindecies du CGI, 1013 et  
s.  
Pacte Dutreil, 1015 et s.  
Charges financières,  
Limitation du droit à déduction 240 et  
s.  
Dispositif Carrez, 242 et s.  
Dispositif Charasse, 254 et s.  
Plafonnement général de  
déduction, 255 et s.  
Sous-capitalisation, 244 et s., 578,  
682, 708.  
Chine, 428 et s.  
Code de conduite, 342 et s., 363, 365.  
Commission des infractions fiscales, 59,  
61 et s.  
Common law, 430, 958.  
Compétence (répartition des), 295, 360,  
363, 366, 476, 947.  
Comptabilité analytique (obligation de  
présentation), 312 et s., 335, 669.

Conseil Constitutionnel, (garant des droits et libertés fondamentaux) 111, 113, 117 et s., 220 et s.

Consolidation,

Intégration fiscale, 507 et s., 566 et s.

TVA, 775 et s.

Conventions,

Conventions internationales (284, 292, 306, 431 et s., 445 et s.

Convention internationale, (abus de traité), 296, 301, 484 et s., 501 et s., 945 et s.

Création d'entreprise

Régime de faveur

Art. 44 sexies du CGI, 813 et s.

Jeunes entreprises innovantes, 828 et s.

Zones franches, 835 et s.

Crédit d'impôt,

Crédit d'impôt compétitivité emploi, 865 et s.

Crédit d'impôt recherche, 848 et s.

## D

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 13, 55, 111 et s., 221.

Doubles impositions, 9, 197, 198, 271, 296.

Droit dérivé

Directive fusion, 224, 930, 944, 974, 978.

Directive mère-fille, 224, 369 et s., 521, 529, 543 et s.

## E

Entreprise en difficulté

Reprise d'entreprise en difficulté

Art. 44 septies du CGI, 1016 et s.

Espagne, 331, 422 et s., 709 et s., 925.

Etablissement stable, 213, 243, 270 et s., 306, 455, 489 et s.

Etat ou territoire non coopératif, 68 et s., 259, 268 et s., 276 et s., 292 et s. 432 et s., 440, 547, 680 et s.

Etats-Unis, 66, 203, 233, 326, 334, 425 et s., 502.

Bénéfices en provenance de pays à fiscalité privilégiée, 265 et s.

Transfert indirect de bénéfices à l'étranger, 186, 273 et s., 276 et s., 298.

Evasion fiscale, 26 et s., 90 et s., 104 et s., 141 et s.

## F

Filiales, (régime mère-fille français), 522 et s.

Fiscalité privilégiée (Etat ou territoire à), 265 et s., 946 et s.

Fraude fiscale, 28 et s., 37 et s., 76 et s.

Fusion, 969 et s., 984 et s.

## G

### Gestion de la trésorerie

Convention de trésorerie, 700 et s.,  
714 et s.

### Groupes de sociétés

intérêt de groupe, 164 et s. 587.

## H

Harmonisation, 372 et s. (ACCIS).

Holding, 150 et s., 202 et s., 541 et s.,  
757 et s.

Hollande, 229, 326, 329, 418 et s.

## I

Immobilisations, 375 et s., 577 et s.,  
926.

### Impôt

#### Fiscalité indirecte

Droits d'accises, 376, 657.

Taxe sur la valeur ajoutée, 53 et s.,  
62, 79 et s., 305 et s., 495, 741 et  
s., 770 et s.

#### Imposition (principe),

Territorialité et mondialité, 476,  
801.

Intégration fiscale, 166, 184, 554 et s.

(régime français), 586 et s.

(horizontale), 598 et s. (convention

d'intégration), 610 et s.

(optimisation).

Intérêt de l'entreprise, 23, 157, 161, et  
s., 274.

Intérêt social, 604 et s., 632, 697.

Italie, 420 et s.

## L

Liberté de gestion (Principe), 22 et s.,

96, 135, 157 et s.

### Libertés fondamentales

Liberté d'établissement, 184, 263,  
267, 276, 285, 565, 587, 801, 924,  
930, et s., 944.

Libertés de circulation, 184, 263, 267,  
285, 304, 544, 966.

Location financière, 732 et s.

Luxembourg, 65 et s., 81, 150, 174, 184,  
198, 229, 304 et s., 350 et s., 367, 408  
et s.

## O

OCDE, 106 et s., 146, 435 et s., 446 et  
s., 463 et s.

Rapport BEPS, 466 et s.

## P

Pacte social, 867, 887, 894.

Paquet fiscal, 346, 1031.

Pays Baltes

Lituanie, Estonie, Lituanie, 376.  
Pères fondateurs, 441.  
Pertes, 20, 164, 166, 195, 198, 256, 567  
611, 683, 750 et s., 796, 801.  
Petites et moyennes entreprises, 81, 212  
(procédure de rescrit), 495, 525, 583,  
676, 828, 838, 848, 853 et s.  
Pologne, 367, 642.  
Procédure de rescrit, 209 et s.  
Processus d'adoption des normes  
communautaires, 295, 340, 359, 366,  
295, 340, 359, 366, 907.

## R

Rapport Neumarck, 345.  
Rapport parlementaire  
Rapport Muet-Woerth, 294 et s.  
Rapport Bocquet, 29, 238 et s.  
Rapport Collin et Colin, 302 et s.  
Rapport Ruding, 345.  
Réciprocité, 441  
Règles anti-abus  
GAAR britannique, 291, 396 et s.  
TAAR britannique, 402.  
Relation de confiance, 324 et s.  
Résident, 447 et s.  
Retenue à la source, 261, 271, 279, 306,  
322, 409, 436, 448, 450 et s., 494 et s.

521, 657, 693, 706 et s. 717 et s., 693,  
706.

Risque manifestement excessif (théorie  
du), 23, 166 et s.

Royaume-Uni, 5, 123, 133, 289 et s. 326  
et s., 394 et s.

Rullings, 65, 317, 655.

## S

Scission, 531, 562, 574, 773, 880, 902,  
976 et s.

Société européenne, 932 et s.

Sociétés étrangères contrôlées (SEC),  
149, 363, 420, 488 et s.

Souveraineté

Souveraineté fiscale, 231, 353, 441,  
509.

Souveraineté nationale, 5, 80, 331,  
342, 364, 503, 532, 932, 1030.

Substance, 68, 78, 149 et s., 541 et s.

Substance over form, 426

## T

Traité sur le fonctionnement de l'Union  
européenne, 184, 267, 276, 353, 362,  
924, 930 et s.

Transfert de siège, 578, 882 et s.