

GROUPES DE SOCIÉTÉS

Chronique d'actualité

Prix de transfert

- > **Cadre juridique français et international – Principes OCDE** - Selon l'analyse présentée par l'OCDE le 13 février 2020, l'effet combiné des réformes proposées dans le cadre des Piliers 1 et 2 pourrait représenter 4 % des recettes de l'impôt sur les sociétés au niveau mondial, soit 100 milliards de dollars par an (V. § 1).
- > Une analyse basée sur les données financières de 100 groupes multinationaux donne des indications sur les impacts par pays de la réallocation d'une partie des droits d'imposition aux juridictions du marché, selon la proposition OCDE de réforme de la fiscalité internationale au titre du Pilier 1 (V. § 7).
- > L'OCDE publie ses instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières, qui sont incorporées dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert (principalement dans un nouveau chapitre X). D'une façon générale, l'OCDE exige une analyse complète des relations commerciales et financières entre les parties impliquées dans la transaction. Une telle analyse doit considérer les options réalistes envisageables à la fois pour l'emprunteur et le prêteur (V. § 15).
- > **Principes et méthodes – Actualité internationale** - L'Irlande modifie sa réglementation sur les prix de transfert à compter du 1^{er} janvier 2020 (V. § 26).

Intégration et consolidation fiscales

- > L'administration fiscale a publié ses commentaires sur la réforme du régime d'intégration fiscale introduite par la loi de finances pour 2019, qui avait pour but de prévenir le risque d'incompatibilité avec le droit de l'UE de certaines règles favorables aux groupes intégrés et

de tenir compte des conséquences du Brexit pour les groupes français. Nous revenons sur les commentaires intéressant la fiscalité internationale, relatifs au taux de détention du capital des sociétés établies hors de France, à la quote-part de frais et charges au taux de 1 %, aux sorties et cessations de groupe, ainsi qu'à l'impact du retrait d'un État de l'UE ou de l'EEE (V. § 33).

- > Le TA de Montreuil fait application de la jurisprudence *Sopra Steria* à la mère d'un groupe fiscalement intégré demandant la neutralisation de la quote-part de frais et charges (QPFC) correspondant aux dividendes versés par des filiales résidentes d'un État membre de l'UE. Il juge que pour apprécier si les filiales européennes distributrices auraient été objectivement éligibles au régime de l'intégration fiscale si elles avaient été résidentes fiscales françaises, le taux de détention des filiales par la mère doit être apprécié sans tenir compte des participations croisées entre deux sociétés dans lesquelles la société mère détient une participation. Seules les détentions indirectes par l'intermédiaire de sociétés elles-mêmes détenues à 95% peuvent être retenues (V. § 39).

Réorganisations

- > **Transfert du siège de direction effective d'une société** - La CJUE juge, dans l'hypothèse d'un transfert du siège de direction effective d'une société dans un État membre autre que celui de sa constitution, sans transfert de son siège statutaire, que la liberté d'établissement ne s'oppose pas à une législation interdisant le transfert des pertes constatées dans l'État membre du siège statutaire dans l'État membre du siège de direction effective (V. § 45).

Prix de transfert



Eric LESPRIT
Avocat associé, Taj, Société d'avocats,
une entité du réseau Deloitte



Alberto PLUVIANO
Président, SATIS RES Consulting



Emmanuel LLINARES
Managing Director, NERA Economic Consulting



AVEC LA PARTICIPATION DE :
Amanda PLETZ
Directeur associée au sein
de la pratique prix de transfert,
NERA Economic Consulting

Cadre juridique français et international

Principes OCDE et ONU

1. Prix de transfert - Principes OCDE – Analyse d'impact des réformes proposées de la fiscalité internationale - Selon l'analyse présentée par l'OCDE le 13 février 2020, l'effet combiné des réformes proposées dans le cadre des Piliers 1 et 2 pourrait représenter 4 % des recettes de l'impôt sur les sociétés au niveau mondial, soit 100 milliards de dollars par an.

OCDE, communiqué 13 févr. 2020

2. Dans un bref communiqué du 17 mars 2020, l'OCDE souligne qu'en dépit des difficultés liées à la crise sanitaire du COVID-19, son Secrétariat travaille à plein régime au projet de réforme de la fiscalité internationale pour répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. L'objectif est de promouvoir un accord politique en vue de la réunion du Cadre inclusif sur le BEPS (associant 137 pays membres et non-membres de l'OCDE sur un plan d'égalité) les 1^{er} et 2 juillet à Berlin.

Le projet de réforme repose sur deux piliers :

- Pilier 1, dont l'objectif principal est de réallouer une partie des droits d'imposition aux juridictions du marché, indépendamment du critère de présence physique ;
- Pilier 2, dont l'objectif principal est d'assurer que les entreprises multinationales soient soumises à un niveau minimum d'imposition.

Les réunions de consultation publique sur les Piliers 1^{er} et 2^{ème} (respectivement en novembre et décembre 2019) ont mis en évidence la complexité des thèmes et les incertitudes qui

subsistent quant aux solutions possibles. Dans ce contexte, la première estimation officielle des impacts était très attendue, non seulement pour permettre une appréciation des enjeux, mais aussi parce que le débat technique ne peut progresser sur le plan conceptuel sans évaluation de ses effets, s'agissant d'une réforme nécessitant un consensus politique au niveau mondial.

3. L'analyse d'impact a été présentée le 13 février dans une vidéo conférence de l'OCDE, accompagnée d'une présentation de 26 pages. La retransmission de la vidéo conférence et une copie de la présentation sont disponibles sur le site de l'OCDE, ainsi que l'annexe sur la méthodologie et les données utilisées : cette annexe de sept pages ne donne toutefois pas tous les détails de la méthodologie. L'analyse OCDE s'appuie sur des hypothèses préliminaires, pouvant changer en fonction de l'évolution des travaux et des possibilités d'accord politique.

Les principales conclusions de l'OCDE sont les suivantes :

- le gain en termes de recettes mondiales d'impôt sur les sociétés pourrait atteindre 100 milliards de dollars par an³ ;
- l'augmentation de recettes serait globalement homogène pour les pays à haut, moyen et faible revenu⁴ ;
- les réformes proposées devraient conduire à une diminution significative des transferts de bénéfices par les entreprises multinationales.

La présentation ne chiffre pas la répartition entre les deux Piliers des 100 milliards de recettes attendues, mais les graphiques indiquent clairement que l'essentiel proviendrait du Pilier 2 : une analyse des graphiques conduit à estimer l'impact du Pilier 1 entre 8 et 18 milliards de dollars. Cela peut paraître peu, compte tenu du vif débat sur les solutions aux problèmes soulevés par la numérisation de

³ La présentation OCDE ne précise pas l'année de référence des données utilisées, mais les commentaires pendant la vidéo conférence laissent entendre qu'il s'agit de l'année 2016, qui permet de s'appuyer sur des données complètes et homogènes.

⁴ Les pays à haut revenu sont définis comme ceux qui ont un PIB par habitant supérieur à 12 000 USD ; moyen = entre 1 000 et 12 000 USD ; faible = moins de 1 000 USD.

¹ Pour le Pilier 1, v. nos commentaires in FI 1-2020, n° 4, § 1.

² Pour le Pilier 2, v. FI 1-2020, n° 9, § 8.

l'économie, pour le moment plutôt concentré sur le Pilier 1 ; la raison en est vraisemblablement que l'objectif du Pilier 1 est la redistribution d'une partie de la base taxable vers les pays de marché, l'augmentation des recettes mondiales étant seulement due aux différences de taux d'imposition. L'OCDE n'a malheureusement pas donné d'estimation des flux d'un pays à l'autre : l'analyse des graphiques montre que les groupes de pays à moyen et faible revenu auraient un gain de recettes fiscales plus important, en pourcentage, par rapport aux pays à haut revenu. On peut donc supposer que certains pays à haut revenu pourraient connaître un solde négatif de base taxable et une perte nette de recettes fiscales liés au Pilier 1⁵.

Au niveau de groupes de pays, seuls les « *investment hubs* »⁶ seraient largement perdants en termes de recettes fiscales.

Les deux paragraphes suivants décrivent, pour chaque Pilier, ce que la présentation OCDE permet de comprendre sur la méthode d'évaluation utilisée.

4. Pilier 1 - L'estimation des impacts du Pilier 1 est limitée au « Montant A » (attribuant à la juridiction du marché une fraction du bénéfice résiduel présumé)⁷. Dans cette estimation, l'hypothèse est que le Montant A s'applique seulement aux groupes multinationaux dont le bénéfice net mondial dépasse le seuil du 10%⁸ du chiffre d'affaires : tout bénéfice au-delà de 10% est considéré comme bénéfice résiduel, et 20% de ce montant représente le Montant A. Le secteur financier et celui des matières premières sont exclus du calcul.

L'annexe à la présentation de l'OCDE précise que le bénéfice résiduel mondial est estimé à partir des données de plus de 27 000 groupes multinationaux, contenues dans des bases de données financières⁹. La formule utilisée est la suivante¹⁰ : pour chaque pays, a été calculée la différence entre le pourcentage des ventes des multinationales dans un pays (« CAP% »), et le pourcentage de bénéfice résiduel attribué à ce même pays¹¹ (« BRP% ») ; cette différence, multipliée par le Montant A (20% du bénéfice résiduel) au niveau mondial, multiplié par le taux d'imposition du pays (« Taux

ISp »), donne l'estimation de l'impact pour le pays en termes de recettes d'impôt sur les sociétés :

$$\text{Montant Am} \times (\text{CAP\%} - \text{BRp\%}) \times \text{Taux ISp} = \text{impact ISp}$$

L'OCDE précise que plus que la moitié des profits redistribués proviennent de 100 groupes multinationaux.

5. Pilier 2 - L'estimation des impacts liés au Pilier 2 repose sur l'hypothèse que les bénéfices actuellement imposés à des taux inférieurs à 12,5% subiront une imposition supplémentaire pour les porter au taux minimum de 12,5%.

La formule utilisée est la suivante : différence entre le taux minimum et le taux d'imposition effectif sur les bénéfices faiblement imposés (« TIFm% ») ; cette différence, multipliée par le montant de bénéfices mondiaux faiblement imposés (« BFIIm »), multiplié par la quote-part du pays dans le chiffre d'affaires mondial auquel le Pilier 2 s'appliquera (« P2CAP% »), donne l'estimation de l'impact pour le pays en termes de recettes d'impôt sur les sociétés¹² :

$$\text{BFIIm} \times (12,5\% - \text{TIFm\%}) \times \text{P2CAP\%} = \text{impact ISp}$$

Faute de plus amples détails, la formule utilisée est plus difficile à interpréter que celle du Pilier 1.

6. L'analyse OCDE couvre aussi les effets des réformes proposées sur le coût des investissements, avec pour conclusion que ces effets devraient être minimales dans la plupart des pays. Selon l'OCDE, ces réformes atténueraient l'influence du taux de l'impôt sur les sociétés sur les décisions relatives à la destination des investissements.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Depuis le 13 février 2020, date de la vidéo conférence, le monde a été bouleversé et on peut s'interroger sur tous ces efforts pour des réformes *a priori* à impacts faibles à court terme, notamment s'agissant du Pilier 1, en raison de la probable diminution des bénéfices résiduels.

Le communiqué de l'OCDE du 17 mars, selon lequel les équipes travaillent sans relâche, laisse sous-entendre que si une période de crise économique devait s'en suivre, il serait encore plus important, politiquement et médiatiquement, de rassurer en montrant que les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie ont été traités, prévenant ainsi, autant que possible, les mesures unilatérales des États. Dans ce contexte, il est souhaitable que toutes les parties prenantes restent attentives et apportent au débat leurs contributions pratiques pour faciliter le démarrage simple et progressif des règles nouvelles.

A. PLUVIANO ■

5 L'OCDE estime l'impact du Pilier 2 plus favorable pour les pays à haut revenu et donc une augmentation de recettes globalement homogène pour les groupes de pays à haut, moyen et faible revenu : cela n'exclut pas, pour les pays à haut revenu notamment, des résultats par pays différents de la moyenne.

6 « *Investment Hubs* » sont définis dans la présentation OCDE comme les pays avec investissements directs de l'étranger supérieurs à 150% du PIB : ils représentent un groupe séparé par rapport aux trois groupes de pays à haut, moyen et faible revenu.

7 L'analyse OCDE ne considère pas les impacts éventuels pour les montants B (rémunération fixe des fonctions de commercialisation et de distribution « routinières » exercées dans la juridiction du marché) et C (attribution d'un bénéfice supplémentaire dès lors que les fonctions exercées dans la juridiction vont au-delà des activités rémunérées au titre du montant B).

8 Une estimation à 20% est aussi présentée, mais dans ce cas les impacts sont réduits : un tel scénario est donc peu probable.

9 En particulier : ORBIS et World scope.

10 « m » = mondial ; « p » = pays.

11 Plusieurs sources de données sont mentionnées pour cette étape, y compris des données consolidées des déclaration pays par pays.

12 La présentation précise aussi que deux options de calcul ont été testées : « *global blending* » ou « *jurisdiction blending* » ; la dernière est celle utilisée pour l'estimation présentée.

7. Prix de transfert - Principes OCDE – Analyse d'impact pour des grands groupes multinationaux des propositions OCDE au titre du Pilier 1 - Une analyse basée sur les données financières de 100 groupes multinationaux donne des indications sur les impacts par pays de la réallocation d'une partie des droits d'imposition aux juridictions du marché, selon la proposition OCDE de réforme de la fiscalité internationale au titre du Pilier 1.

8. L'analyse d'impact présentée par l'OCDE le 13 février n'inclut pas de détail en-deçà des groupes de pays (pays à haut, moyen ou faible revenu, et « *investment hubs* ») (V. § 1).

Pour ce qui concerne le Pilier 1, l'OCDE estime l'impact à environ 8 à 18 milliards de dollars d'augmentation des recettes mondiales d'impôt sur les sociétés : cette information ne permet pas de quantifier les flux d'un pays à l'autre. Ces flux représentent pourtant un élément essentiel du Pilier 1, dont l'objectif principal est la redistribution d'une partie de la base taxable vers les pays de marché (indépendamment du critère de présence physique) : il est possible que, dans certains cas, ces flux représentent des montants importants sans nécessairement générer une augmentation significative de recettes au niveau mondial. Tel serait le cas si la redistribution d'une partie de la base taxable a lieu entre pays avec des taux d'imposition similaires.

9. L'OCDE n'a pas donné de calendrier pour les mises à jour de son analyse. En attendant, une analyse partielle sur une centaine de grands groupes multinationaux est possible, en s'appuyant sur les données mises à disposition du public par l'OCDE depuis juillet 2019 dans sa base de données ADIMA-100.

Cette base de données inclut le détail pour 2016¹³ de tous les principaux postes de bilan et de compte de résultats de 100 grands groupes multinationaux, sélectionnés pour leur très grande dimension et leur caractère international.

10. Cet article se concentre sur l'estimation des « Montant A » pour les groupes dont le bénéfice net mondial est supérieur à 10% du chiffre d'affaires (seuil présumé d'applicabilité du Montant A). Ces montants sont présentés par pays et par secteur d'activité.

Le Pilier 1 présente le Montant A comme un nouveau droit à imposer pour les juridictions de marché, calculé (sur la base d'une formule) comme une fraction du bénéfice résiduel présumé. Estimer le Montant A permet donc de quantifier, pour chaque groupe multinational, le montant théorique de base imposable à transférer : le montant réel sera moins important parce que le chiffre d'affaires du groupe dans le pays du siège n'entraîne pas de transfert de base imposable. En dépit de cet écueil, l'étude donne un ordre de grandeur des effets pour les groupes multinationaux et pour les pays.

13 La même année a été utilisée par l'OCDE pour l'analyse présentée le 13 février (V. *supra* note 3).

11. La première étape de l'analyse est l'exclusion des secteurs hors champs (financier et matières premières) et des groupes dont les bénéfices ne dépassent pas 10% du chiffre d'affaires. Le tableau ci-dessous résume le nombre de groupes, et les valeurs cumulées de chiffre d'affaires (CA) et bénéfice net avant impôts (BN) en milliards de dollars.

	Nombre	CA	BN	BN %
ADIMA 100	100	9 878	727	7,4%
Groupes concernés*	79	7 741	653	8,4%
Bénéfices > 10%	24	2 012	371	18,4%
- dont États-Unis	16	1 396	277	19,9%
- dont Suisse	3	191	34	17,7%
- dont autres pays**	5	425	60	14,1%

* Groupes restants après exclusion du secteur financier et des matières premières.

** Un groupe multinational pour chacun de pays suivants : Corée, Pays Bas, Allemagne, Japon et Inde.

12. Dans la deuxième étape, le Montant A est calculé pour chacun des 24 groupes dont les bénéfices dépassent 10% du chiffre d'affaires, selon l'hypothèse dévoilée dans la présentation OCDE du 13 février :

- bénéfice résiduel = la partie du bénéfice avant impôt supérieur à 10% du chiffre d'affaires ;
- Montant A = 20% du bénéfice résiduel.

Les tableaux ci-dessous montrent (en milliards de dollars) les résultats par secteur et par pays des 24 groupes¹⁴ dont le bénéfice dépasse le seuil de 10% :

États-Unis				
Secteur	CA	BN	BN %	Montant A
Informatique	565.4	137.8	24%	16.3
Pharmacie	189.8	41.4	22%	4.5
Télécom	370.2	55.2	15%	3.6
Autres	270.3	43.0	16%	3.2
TOTAL	1395.7	277.4	20%	27.6

Parmi les 16 groupes américains, 6 sont dans le secteur des produits et services informatiques, 3 dans la pharmacie, 3 dans les télécommunications et 4 dans d'autres secteurs.

Suisse				
Secteur	CA	BN	BN %	Montant A
Pharmacie	99.9	21.0	21%	2.2
Alimentaire	90.8	12.7	14%	0.7
TOTAL	190.7	33.7	18%	2.9

Parmi les groupes suisses, 2 sont dans le secteur pharmaceutique et un dans l'alimentaire.

14 Les informations contenues dans la base de données ADIMA sont publiques, mais temporairement indisponibles sur le site de l'OCDE (en phase de transition vers un échantillon élargi à 500 groupes). La version de cette base utilisée par l'auteur pour réaliser la présente analyse d'impact est néanmoins disponible sur le site internet de la revue.

Autres pays				
Pays	CA	BN	BN %	Montant A
Corée	173,9	26,5	15%	1,8
Pays Bas	58,3	8,3	14%	0,5
Allemagne	38,7	5,3	14%	0,3
Japon	105,1	14,1	13%	0,7
Inde	49,2	6,0	12%	0,2
TOTAL	425,2	60,1	14%	3,5
Les 5 groupes multinationaux dans les autres pays opèrent dans des secteurs différents.				

13. Avant de commenter ces données, il convient de souligner les **limites de cette analyse** :

- elle couvre seulement 100 groupes, quand l'OCDE en a identifié 27 000 pour son analyse présentée le 13 février. Cependant, l'OCDE estime que plus de la moitié des profits redistribués proviennent de 100 groupes multinationaux : les 24 ci-dessus étant parmi les plus grands, leur impact devrait être significatif ;

- elle suit l'hypothèse (vraisemblablement destinée à évoluer) selon laquelle le Montant A est entièrement généré par le pays du siège du groupe multinational : L'OCDE a, semble-t-il, adopté cette hypothèse parce que les travaux techniques n'ont pas encore pu couvrir cette problématique. Il est pourtant clair que dans certains groupes les actifs ou contributions à l'origine du profit résiduel pourraient être en partie situés dans des filiales étrangères du groupe, qui, conceptuellement, devraient partiellement contribuer aux flux de Montant A vers les pays de marché ;

- comme indiqué précédemment, on ne dispose pas des détails permettant d'estimer, pour chaque groupe, le Montant A lié au chiffre d'affaires dans le pays du siège, ne générant pas de transfert de base taxable. En outre, chaque pays bénéficiera d'un flux positif de base taxable pour les Montants A liés aux ventes de groupes étrangers dans le pays : ces flux sont impossibles à estimer avec les données disponibles.

14. Malgré ses limites, l'analyse permet d'esquisser les **impacts de la réforme proposée par l'OCDE pour les différents pays**.

- > Pour les **États-Unis**, on constate que les groupes américains avec des bénéfices supérieurs à 10% sont largement majoritaires parmi les grands groupes ; leur rentabilité moyenne est aussi plus élevée. Si le monde se limitait à cet échantillon, on pourrait aisément prédire un impact négatif en termes de base taxable comme résultat de :

- flux importants de Montant A vers l'étranger, générés par les 16 groupes américains, même si d'un montant plus faible que celui calculé dans le tableau ci-dessus, à cause des ventes de ces groupes dans leur pays ;

- flux modérés de Montant A en provenance de l'étranger, liés aux ventes des groupes étrangers aux États-Unis, parce que les groupes étrangers qui se qualifient pour dégager un Montant A sont moins nombreux et moins profitables.

- > Pour la **Suisse**, on peut supposer un impact négatif, d'ampleur incertaine à raison de :

- flux importants de Montant A vers l'étranger, compte tenu du fait que le chiffre d'affaires des trois groupes suisses dans leur pays devrait être limité ;

- flux significatifs de Montant A en provenance de l'étranger, notamment des États-Unis, mais modéré par la taille relativement petite du pays (haut revenu, mais peu d'habitants).

- > Pour les **autres pays**, les données disponibles ne sont pas significatives, mais permettent quelques hypothèses :

- certains grands pays à haut revenu pourraient connaître un certain équilibre entre les flux de Montant A vers l'étranger et ceux en provenance de l'étranger, grâce à la taille importante de leur marché intérieur ;

- certains pays à faible revenu pourraient connaître des flux positifs, en provenance de l'étranger, mais assez modérés à cause de la petite taille de leur marché ;

- certains petits pays à haut revenu pourraient connaître un scénario similaire à celui de la Suisse, notamment ceux fortement innovants.

- > La **France** compte 5 groupes parmi les 100 répertoriés dans la base de données ADIMA : ces groupes ont tous une rentabilité inférieure à 10%. En revanche, il existe des groupes français plus profitables mais moins importants en taille. Cela pourrait amener à un résultat relativement équilibré pour la France, conformément à une estimation publiée par le Conseil d'Analyse Economique en novembre 2019¹⁵.

A. PLUVIANO ■

15. Prix de transfert - Principes OCDE – Transactions financières - L'OCDE publie ses instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières, qui sont incorporées dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert (principalement dans un nouveau chapitre X). D'une façon générale, l'OCDE exige une analyse complète des relations commerciales et financières entre les parties impliquées dans la transaction. Une telle analyse doit considérer les options réalistes envisageables à la fois pour l'emprunteur et le prêteur.

OCDE, communiqué, 11 févr. 2020

Instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières, Cadre inclusif sur le BEPS, actions 4, 8-10, févr. 2020

16. Dans l'approche proposée, qui s'inscrit dans le prolongement d'un projet soumis à consultation publique en 2018¹⁶, l'OCDE souligne la nécessité d'un cadre analytique pour documenter les transactions financières, notamment

15 V. nos commentaires de cette note in FI 1-2020, n° 4, § 8.

16 V. nos commentaires in FI 1-2019, n° 4, § 11.

en ce qui concerne la délimitation des transactions. Cela signifie que pour toutes les transactions financières, une analyse détaillée des relations commerciales et financières entre les parties est nécessaire - en particulier les fonctions exercées, les risques assumés et les actifs détenus. Un autre point important soulevé par l'OCDE est qu'elle considère la conduite effective des parties à la transaction comme le fait essentiel, par opposition aux termes des accords écrits.

Certains des principaux points abordés dans les instructions de l'OCDE sont présentés ci-dessous.

17. Délimitation précise des transactions financières

- Le contribuable doit analyser et documenter les caractéristiques d'une transaction contrôlée (par exemple, la qualification d'une transaction en tant qu'emprunt plutôt que fonds propres). Cette évaluation doit être basée sur les conditions et modalités d'une transaction financière (c'est-à-dire par exemple la présence ou l'absence de date fixe de remboursement, l'obligation de payer des intérêts, la capacité du bénéficiaire des fonds à obtenir un prêt auprès d'établissements de crédit non liés ou encore l'incapacité du débiteur présumé de rembourser à la date d'échéance ou d'obtenir un report).

L'OCDE souligne en outre la nécessité d'identifier les relations commerciales ou financières et les circonstances économiques de la transaction. Il faut pour cela évaluer toutes les options réalistes qui s'offrent aux deux parties à la transaction. Un autre aspect important est la prise en compte des circonstances économiques. Celle-ci doit être effectuée conformément aux critères de comparabilité, décrits au chapitre 1 des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert.

18. Fonctions de trésorerie - L'OCDE reconnaît que le financement intragroupe est une activité complexe et importante qui rend le financement d'une entreprise multinationale aussi efficace que possible. Cependant, les instructions de l'OCDE se réfèrent au chapitre VII concernant les services des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert lorsque les fonctions exercées par la trésorerie sont des fonctions support. Toutefois, dans les cas où la trésorerie remplit des fonctions plus complexes, l'OCDE autorise une rémunération plus élevée, en fonction du niveau de prise de risque et de la décision stratégique prise au niveau de la trésorerie.

19. Prêts intra-groupe - Les instructions soulignent que, lors de l'évaluation de prêts intragroupes, il faut tenir compte à la fois du point de vue du prêteur et de celui de l'emprunteur. Cela concerne en particulier les risques pris par les deux parties. Du point de vue du prêteur, cela nécessite une évaluation de la solvabilité de l'emprunteur, une évaluation du montant du prêt et de ses conditions. Du point de vue de l'emprunteur, ce dernier cherchera la solution la plus rentable, compte tenu de sa stratégie commerciale.

20. Notations de crédit - En ce qui concerne l'utilisation des notations de crédit, le principal point soulevé par l'OCDE est que les outils financiers publiquement accessibles pour

estimer les notations de crédits peuvent ne pas être suffisants, en raison par exemple des données sur lesquels ils reposent. L'OCDE reconnaît que les notations publiques comportent généralement des éléments à la fois quantitatifs et qualitatifs. Si des outils synthétiques de notations de crédit sont utilisés dans des transactions contrôlées, les contribuables devraient s'attendre à devoir démontrer la cohérence entre les notations obtenues à l'aide de ces outils et celles communiquées par les agences de notation de crédit indépendantes.

21. Soutien implicite - En ce qui concerne l'effet de l'appartenance à un groupe, les instructions de l'OCDE énoncent que l'entité emprunteuse ne doit généralement pas payer pour le soutien implicite reçu. Cependant, l'OCDE ne considère pas qu'une filiale est toujours soutenue par son groupe, mais que le niveau de soutien dépend de la nature de la filiale. La prise en compte et le niveau du soutien implicite dépend d'aspects tels que son importance stratégique, son intégration opérationnelle, les impacts sur la réputation, l'historique du groupe en termes de soutien aux filiales, entre autres facteurs.

22. Détermination du taux d'intérêt de pleine concurrence - L'OCDE examine plusieurs approches pour déterminer le taux d'intérêt de pleine concurrence et exprime une légère préférence pour la méthode des comparables de marché, compte tenu de la disponibilité des données.

L'OCDE explique en outre que les avis des banques ne sont pas considérés comme des preuves de conditions de pleine concurrence, car ils ne constituent pas une offre réelle de prêt et ne sont donc pas représentatifs des conditions de transactions réelles.

REMARQUE : Ce texte de l'OCDE est à rapprocher de la jurisprudence française récente sur la limitation de déductibilité des intérêts (CGI, art. 212), et en particulier la décision *Wheelabrator Group* du Conseil d'État¹⁷. Dans cette décision, le Conseil d'État a considéré qu'il pouvait être pertinent, dans le cadre d'analyses de détermination de taux d'intérêt de pleine concurrence, d'utiliser des données du marché obligataire et a reconnu la pertinence de la prise en compte de la notation de crédit. Les instructions de l'OCDE sont globalement cohérentes avec cette décision.

23. Gestion de trésorerie - L'OCDE explique que lorsqu'il n'y a pas de mise en commun physique de fonds, le gestionnaire de trésorerie peut généralement être considéré comme n'exerçant que des fonctions minimales (le cas échéant) et n'a donc droit qu'à une rémunération limitée. Dans les cas de *cash pooling* physique, il peut exister des situations dans lesquelles l'entité responsable de la gestion centralisée de la trésorerie a plus de fonctions, ce qui peut entraîner une rémunération plus élevée. Dans ce cas, cette entité doit avoir la substance nécessaire pour négocier avec les banques extérieures et fixer les taux d'intérêt, ainsi que la capacité financière à supporter

17 CE, avis, 10 juill. 2019, n° 429426, *Wheelabrator Group*, concl. K. Ciavaldini : FI 4-2019, n° 5.3.1, comm. M. Seraille.

les risques, s'ils devaient se matérialiser. Toutefois, l'OCDE ne précise pas comment répartir les avantages liés à la centralisation de la trésorerie.

24. Garanties financières - Les instructions de l'OCDE examinent plusieurs méthodes de tarification des garanties, telles que la méthode des comparables de marché, la méthode du rendement, la méthode du coût (perte à laquelle le garant peut s'attendre) et d'autres méthodes. Le point clé est que l'emprunteur ne paiera pas pour une garantie s'il ne s'attend pas à obtenir un avantage en retour. Compte tenu de la prise en compte du soutien implicite, la garantie pourrait n'être qu'une formalisation d'un soutien implicite. Un emprunteur ne serait pas disposé à payer une commission de garantie dans de telles situations. Enfin, l'OCDE reconnaît qu'il est important de prendre en compte la corrélation entre le garant et l'entreprise emprunteuse lors de l'évaluation de l'avantage obtenu par une garantie.

25. Assurance captive - Plusieurs méthodes sont discutées concernant les primes d'assurance versées entre parties liées. Les instructions de l'OCDE soulignent que le point essentiel est la question de savoir si un risque existe et, dans ce cas, si un transfert de risque vers l'assureur captif a eu lieu. Les instructions reconnaissent également la pertinence de la partie IV du rapport sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables dans ce contexte.

E. LLINARES et A. PLETZ ■

Principes et méthodes

Actualité internationale

26. Prix de transfert - Irlande - L'Irlande modifie sa réglementation sur les prix de transfert à compter du 1^{er} janvier 2020.

Number 45 of 2019. Irish Finance Act 2019, Pt. 1. S.27, 835HB. (2)(a)

27. En février 2019 – à la suite de la publication en 2017 des Principes directeurs de l'OCDE en matière de prix de transfert (TPG) et de l'examen indépendant (Coffey Review) signalant la nécessité d'une réforme¹⁸ -, le ministère irlandais des finances avait ouvert une consultation publique sur l'orientation que devrait prendre sa réglementation en matière de prix de transfert.

18 Coffey S, 2017, Review of Ireland's Corporation Tax Code Presented to the Minister for Finance and Public Expenditure and Reform.

Les règles irlandaises en matière de prix de transfert étaient prévues par la partie 35A de la loi consolidée de 1997 sur les impôts, et s'inspirait des Principes directeurs de l'OCDE en matière de prix de transfert de 2010¹⁹. Les changements des règles de prix de transfert, qui se traduisent par le remplacement de certains articles dans la partie 35A de la loi de 1997, ont finalement été acceptés par le président irlandais le 22 décembre 2019²⁰ et mis en œuvre dans la loi de finances 2019, avec effet au 1^{er} janvier 2020²¹.

28. Les principaux changements de la législation irlandaise résultent de l'adoption des TPG de 2017, de certains documents publiés dans le contexte du projet BEPS, et de certaines orientations supplémentaires²² :

- instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche relative aux actifs incorporels difficiles à valoriser, publiées par l'OCDE le 21 juin 2018²³ ;
- directives révisées sur l'application de la méthode transactionnelle de partage des bénéfices, publiées par l'OCDE le 21 juin 2018²⁴ ; et
- les orientations supplémentaires publiées par l'OCDE à la date de l'adoption de la loi de finances 2019 ou après cette date, pouvant être désignées par décret ministériel²⁵.

29. Les changements par rapport à la législation précédemment en vigueur comprennent :

- l'introduction d'une obligation de préparer la documentation du « Masterfile » pour les groupes dont le CA consolidé dépasse 250 millions d'euros et un « local file » pour les groupes dont le CA consolidé dépasse 50 millions d'euros respectivement pour le revenu consolidé annuel du groupe²⁶ ;
- l'introduction d'une date limite pour la préparation de la documentation « prix de transfert », en accord avec la date limite de dépôt de la déclaration d'impôt sur les sociétés irlandaises²⁷ ;
- l'extension des règles relatives aux prix de transfert aux transactions non commerciales²⁸ ;
- la suppression des droits acquis pour les transactions antérieures au 1^{er} juillet 2010²⁹ ;
- l'application des règles de prix de transfert aux cessions d'actifs lorsque la valeur marchande de l'actif dépasse 25 millions d'euros³⁰ ;
- l'accent explicite mis sur la substance des relations commerciales et financières dans une transaction, qui étend la

19 OECD, 2017, Ireland Transfer Pricing Country Profile.

20 2020, President of Ireland, 2019 Legislation.

21 Number 45 of 2019. Irish Finance Act 2019, Pt. 1. S.27, 835HB. (2)(a).

22 *Ibidem*, 835D. (1)(a)-(c).

23 FI 1-2019, n° 4, § 5, comm. A. Pluviano.

24 FI 1-2019, n° 4, § 1, comm. A. Pluviano.

25 La réglementation irlandaise prévoit ainsi d'ores et déjà son évolution future en fonction des instructions à venir de l'OCDE, étant précisé qu'à la date de l'adoption de la loi de finances 2019, elle était à jour des instructions publiées.

26 *Ibid.*, 835G. (1).

27 *Ibid.*, 835G. (5)(a).

28 *Ibid.*, 835E. (1)-(3).

29 *Ibid.*, 835HB. (5)(a).

30 *Ibid.*, 835HA. (1).

possibilité pour les autorités fiscales de requalifier les transactions dans lesquelles les agissements des parties ne sont pas conformes au principe de pleine concurrence tel que précisé par l'OCDE³¹ ; et

- application des règles de prix de transfert aux entreprises moyennes pour les transactions dont le montant est supérieur à 1 million d'euros (et 25 millions d'euros pour les transactions portant sur les actifs)³².

30. Enfin, des modifications ont été apportées aux **sanc-tions** spécifiques aux prix de transfert :

- une amende de 4 000 € pour défaut de production de la documentation relative aux prix de transfert dans le délai légal de 30 jours suivant une demande écrite de l'administration³³ ; et

- pour les entités dont la taille est telle qu'elles sont soumises aux exigences relatives à la documentation locale/Masterfile, une amende de 25 000 € pour défaut de soumission de ces documents dans le délai légal de 30 jours, plus 100 € pour chaque jour supplémentaire³⁴.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'un des principaux changements réglementaires implique que les contribuables effectuant des **transactions « non commerciales » (« non trading »)** relèveront pour la première fois du champ d'application des lois irlandaises sur les prix de transfert. Cet élargissement peut signifier que des transactions telles que les prêts intra-groupe ou les contrats de licence présentant des caractéristiques « non commerciales », ne peuvent plus être exemptées. Si les contribuables n'auront plus besoin de distinguer les transactions « commerciales » et « non commerciales », ils devront veiller à ce que ces transactions non commerciales répondent aux exigences de la nouvelle législation sur les prix de transfert.

Un autre niveau de complexité est ajouté dans le cas où **les transactions en vigueur ne sont plus soumises à la protection des accords conclus précédemment** avec l'administration irlandaise (notion de « *grandfathering* »), ou **lorsqu'elles atteignent certains seuils de matérialité**. Dans ce cas, il est probable qu'une nouvelle analyse fonctionnelle et un exercice de benchmarking soient nécessaires, ce qui n'était pas le cas auparavant. Parallèlement, un examen des transactions non commerciales pourrait être nécessaire afin de s'assurer qu'elles sont conformes aux TPG de l'OCDE de 2017. En outre, les nouvelles exigences en matière de **documentation** signifient que les Masterfile et Local File peuvent être demandés par les autorités fiscales irlandaises. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de joindre ces documents à la déclaration d'impôt, les contribuables devront s'assurer que ces documents sont prêts au moment du dépôt de la déclaration d'impôt sur

31 *Ibid.*, 835C. (5)(a)-(b).

32 *Ibid.*, 835F. (5)(a)(b).

33 Number 45 of 2019. Irish Finance Act 2019, Pt. 1. S.27, 835G. (6)(a). La pénalité de 4 000 € sera principalement appliquée dans les cas où une entreprise moyenne n'aura pas fourni de documents prix de transfert au fisc irlandais dans le délai légal de 30 jours. Elle peut également être appliquée dans les cas où des informations supplémentaires sont demandées en plus de la documentation locale/Masterfile.

34 *Ibidem*, 835G. (6)(b).

les sociétés. Comme indiqué ci-dessus, ces documents doivent être communiqués aux autorités fiscales dans les 30 jours qui suivent une demande écrite de leur part, faute de quoi les pénalités décrites ci-dessus seront appliquées.

E. LLINARES et A. PLETZ ■

Documentation

31. À NOTER

> **Prix de transfert – Documentation – Déclaration pays-par-pays (BEPS, action 13) - Consultation publique de l'OCDE en vue d'un réexamen** - Le Cadre inclusif sur le BEPS a invité les contribuables à soumettre leurs observations concernant le réexamen du standard minimum de l'action 13 du BEPS de 2020, lequel porterait notamment sur les questions suivantes :

- l'opportunité de modifier le contenu des déclarations pays par pays afin d'exiger la communication de données différentes ou supplémentaires ;

- le caractère approprié du seuil de chiffre d'affaires applicable ;

- l'efficacité des dispositifs de soumission et de diffusion ;

- le déploiement du dispositif de mise en œuvre de l'action 13 du BEPS.

Le Cadre inclusif a sollicité des commentaires sur tous les aspects du rapport sur l'action 13 du BEPS, mais plus particulièrement sur les questions soulevées dans son document de consultation. Les commentaires du public, qui pouvaient être adressés jusqu'au 6 mars 2020, ont été publiés le 9 mars par l'OCDE. La réunion de consultation publique, prévue le 17 mars 2020, a été annulée en raison du Covid-19.

OCDE, communiqués, 6 févr. et 6 mars 2020

Contrôle et contentieux internes

32. À NOTER

> **Prix de transfert - Contrepartie tirée de l'avantage consenti à une autre société - Preuve** - La Cour administrative de Douai rappelle les conditions dans lesquelles les sociétés peuvent mettre en échec l'approche des services de vérification lors de la mise en œuvre de l'article 57 du CGI. La contrepartie tirée de l'avantage consenti à une autre société du même groupe doit être démontrée avec précision.

CAA Douai, 4^e ch., n° 17 oct. 2019, n° 17DA02329, Min. c/Zarges Tubasca Holding (V. annexe 1)

Une société française, la société Zarges Tubesca Holding, agissant en tant que « société holding animatrice » de son groupe, n'a pas refacturé à sa filiale hongroise des dépenses correspondant à des prestations de management de transition (*interim management*) mis en place en vue d'assurer l'organisation industrielle de cette dernière.

À l'issue d'une vérification de comptabilité, cette société holding a fait l'objet de rehaussements en matière d'impôt sur les sociétés et de cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, sur le fondement de l'article 57 du CGI.

La société a saisi le Tribunal administratif d'Amiens afin d'obtenir notamment la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés. Dans son jugement du 7 décembre 2017, le tribunal a accueilli les demandes qui lui étaient présentées, considérant que la société avait renversé la présomption de transfert indirect de bénéfices en justifiant d'une contrepartie favorable à sa propre exploitation. Après avoir caractérisé l'existence d'un lien de dépendance juridique entre la société française et sa filiale hongroise, le tribunal a en effet estimé que les dépenses de management de transition n'avaient pas été exposées dans l'intérêt exclusif de la filiale hongroise. Selon lui, le management de transition était justifié par une « logique industrielle » et s'inscrivait « dans le cadre d'un projet de restructuration interne du groupe ». Or, la société française jouait ainsi un rôle de « holding animatrice qui, par essence, a vocation à participer activement à la conduite de la politique du groupe et au contrôle des filiales en rendant [...] des services spécifiques ». Le tribunal a ainsi considéré que les dépenses avaient également été exposées dans l'intérêt de la société française.

Après un rappel du cadre législatif et jurisprudentiel, nous analyserons la décision rendue en appel dans la présente affaire.

Un cadre d'analyse balisé par la loi et complété par le juge - Les éléments de preuve attendus lors de la mise en œuvre de l'article 57 du CGI sont détaillés par la jurisprudence³⁵. L'administration fiscale doit d'abord apporter la preuve de l'existence de liens de dépendance entre la société française et la société étrangère³⁶, puis de l'existence d'un avantage procuré par la société française à la société étrangère, afin de se prévaloir de la présomption de transfert indirect de bénéfices. Le contribuable peut alors la renverser en apportant à son tour la preuve de l'existence de contreparties équivalentes accordées en échange de cet avantage.

Pour démontrer l'existence de contreparties, la société française peut invoquer des nécessités commerciales réelles³⁷, la conclusion d'affaires³⁸, des intérêts financiers et commerciaux propres³⁹ ou encore une gestion commerciale normale dans l'intérêt de sa propre exploitation⁴⁰. L'article 57 est ainsi proche du mécanisme de l'acte anormal de gestion qui recourt à la notion d'intérêt propre d'une société⁴¹. Si la société parvient à démontrer qu'elle a consenti un

avantage dans l'intérêt de sa propre exploitation, une contrepartie se trouve effectivement caractérisée et le transfert indirect de bénéfices ne pourra plus être présumé.

L'autonomie juridique de la personne morale considérée est cruciale puisque l'intérêt de cette dernière ne peut se confondre avec celui du groupe auquel elle appartient. Un avantage consenti à une société étrangère par une société française dans l'intérêt exclusif du groupe serait ainsi qualifié de transfert indirect de bénéfices sur le fondement de l'article 57 du CGI, faute de contrepartie pour cette dernière. Le Conseil d'État a ainsi clairement indiqué que, pour renverser la présomption de transfert indirect de bénéfices, la société française doit justifier d'un intérêt propre à accorder l'avantage en cause à la société étrangère, intérêt qui ne se confond pas avec l'intérêt du groupe, même s'il s'agit d'un groupe fiscalement intégré⁴². Les notions d'intérêt propre et d'intérêt du groupe peuvent toutefois se rejoindre, l'appartenance au groupe de la société qui consent l'avantage étant ainsi reconnue comme une condition de sa pérennité⁴³.

Des éléments de justification étayés et précis doivent être apportés - Dans l'affaire *Zarges Tubesca Holding*, le Ministre de l'action et des comptes publics a interjeté appel du jugement. Dans son arrêt du 17 octobre 2019, la Cour administrative d'appel de Douai a estimé, au contraire du Tribunal administratif d'Amiens, que la société française n'établissait pas en quoi les prestations de management de transition lui procuraient « une contrepartie favorable dans le cadre de ses missions d'animation qui lui incombent à la tête du groupe ». La cour a retenu qu'elle ne démontrait pas que ces prestations procédaient d'une « étude stratégique préalable à la réorganisation de sa filiale » et n'étaient pas de simples « prestations d'assistance à la mise en œuvre, au seul bénéfice de cette filiale, d'orientations de réorganisations d'ores et déjà fixées ». Tout naturellement, la présomption de transfert indirect de bénéfices n'ayant pu être renversée par la société française, les rehaussements prononcés par l'administration fiscale ont été considérés comme correctement fondés.

Par cet arrêt, la cour aborde principalement deux points de la présomption de transfert indirect de bénéfices. Elle examine tout d'abord la notion d'intérêt propre de la société française, afin de déterminer l'éventuelle existence d'une contrepartie à l'avantage procuré. Elle évoque ensuite implicitement la manière dont le contribuable peut apporter les éléments de preuve de cette contrepartie.

> Notion d'intérêt propre de la société française - La jurisprudence s'est déjà prononcée sur la prise en charge de dépenses par une société française à l'aune de l'article 57 du CGI et de la notion d'intérêt propre d'une société⁴⁴. Par exemple, dans l'affaire *Office Dépôt BS*⁴⁵, la prise en charge par une société française d'une fraction des frais d'un audit, commandé par sa société mère américaine, constituait bien un transfert indirect de bénéfices, dès lors que la société française ne justifiait pas que la prise en charge de ces frais était motivée par son intérêt propre. Cet audit avait en effet été réalisé en application du

35 CE, 16 mars 2016, n° 373372, Sté Amycel France : Lebon T. ; RJF 2016 n° 514, concl. F. Aladjidi C 514, chron. V. Labrune ; Dr. fisc. 2016, n° 49, comm. 639, note C. Silberstein et L. Nguyen-Lapierre. - CE, 7 nov. 2005, n° 266436 et 266438, Min. c/ Sté Cap Gemini : RJF 2006 n° 17, concl. E. Glaser p. 11.

36 Sauf lorsque cette dernière est établie dans un État ou territoire à fiscalité privilégiée ou dans un État ou territoire non coopératif.

37 BOI-BIC-BASE-80-20, 18 févr. 2014, § 370.

38 CE, 13 avr. 1964, n° 56173.

39 CE, 13 janv. 1967, n° 68139.

40 CE, plén., 30 mars 1987, n° 52754, SA Labo Industries : Rec. p. 114 ; RJF 1987 n° 489, concl. B. Martin Laprade p. 262.

41 BOI-BIC-BASE-80-20, 18 févr. 2014, § 370.

42 CE, 28 avr. 2006, n° 277572, Sté SEEEE. - CE, 18 mars 1994, n° 68799-70814, SA Sovemarco Europe.

43 CE, 21 juin 1995, n° 132531, SA Sofige.

44 V. par ex. CE, plén., 27 juil. 1988, n° 50020, SARL Boutique 2M : RJF 1988 n° 1139, concl. O. Fouquet p. 577. - CE, 10 mars 2006, n° 263183, Sept. - CE, 28 avr. 2006, n° 278738, Min. c/ Sté Atys France : RJF 2006 n° 837 ; BDCF 2006 n° 84, concl. F. Séners. - TA Melun, 20 oct. 2017, n° 1407098, Geberit.

45 CE, 13 déc. 2017, n° 387975, Sté Office Dépôt Participations France et n° 387969, Sté Office Dépôt Business Solutions : RJF 2018 n° 252, concl. E. Bokdam-Tognetti C 252.

droit américain, dans le but de respecter les obligations juridiques à la charge de la société-mère américaine. Le rapporteur public soulignait qu'« *il y a fort à penser [...] que la filiale n'aurait jamais, si elle avait agi en entreprise indépendante, commandé pour elle-même un tel audit* »⁴⁶. La prise en charge par une société française d'une dépense incombant normalement à une société étrangère constitue ainsi naturellement un transfert indirect de bénéfices.

Dans l'affaire *Zarges Tubesca Holding*, la cour a repris un raisonnement similaire, en considérant que les prestations de management de transition ont été réalisées « *au seul bénéfice* » de la filiale hongroise et non dans l'intérêt de la société française. Quand bien même l'organisation industrielle de la filiale hongroise s'inscrivait dans l'intérêt du groupe, la société française n'ayant reçu aucune contrepartie favorable propre en échange de ces prestations, le transfert indirect de bénéfices se trouvait bien caractérisé.

> **Preuve** - En outre, la profondeur des éléments de preuve est un élément d'importance. Dans l'affaire *Office Dépôt BS* précitée, la société française s'était contentée de soutenir, « *dans des termes généraux, que la mise en place d'outils de contrôle interne participe à la bonne gestion de l'entreprise et que la législation financière américaine permet de renforcer la position concurrentielle de la société* ». Dans l'affaire

46 E. Bokdam-Tognetti, concl. ss CE, 13 déc. 2017, n° 387969, Office Dépôt BS, préc.

Zarges Tubesca Holding, tel est également le reproche adressé par la Cour de Douai à la société française lorsque, pour justifier l'absence de refacturation des dépenses de management de transition, elle se contente d'évoquer son rôle de société « *holding animatrice* » dans l'organisation industrielle de sa filiale hongroise. Afin de renverser la présomption, la société aurait dû démontrer précisément que ces prestations procédaient d'une étude stratégique préalable à la réorganisation de la filiale hongroise susceptible de lui procurer une contrepartie favorable dans le cadre de ses missions d'animation.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette position de la Cour administrative d'appel de Douai vient rappeler les conditions précises dans lesquelles la présomption de transfert de bénéfices peut être renversée. **La société doit illustrer, par des exemples concrets, son intérêt propre à supporter une charge. Elle ne peut se contenter de descriptions génériques.** En préparant l'argumentaire au soutien de leur position, d'aucuns se souviendront de la recommandation du Rapporteur public Emilie Bokdam-Tognetti, dans ses conclusions sous l'arrêt *Office Dépôt BS* précité, indiquant que la démonstration par le contribuable de l'existence de contreparties « *ne peut résulter uniquement de propos généraux et vagues [...] : le contribuable doit apporter quelques éléments propres à sa situation ou à son besoin* ».

E. LESPRIT ■

Intégration et consolidation fiscales - Réorganisations



Vincent AGULHON
Avocat associé,
Darrois Villey Maillot Brochier



Nicolas de BOYNES
Avocat associé,
Sullivan & Cromwell LLP



Charles MÉNARD
Avocat associé,
EY Société d'Avocats

Intégration et consolidation fiscales

33. Intégration fiscale – Réforme par la loi de finances pour 2019 - Taux de détention du capital des sociétés établies hors de France - Quote-part de frais et charges au taux de 1 % - Sorties et cessations de groupe - Impact du retrait d'un État de l'UE ou de l'EEE - L'administration fiscale a publié ses commentaires sur la réforme du régime d'intégration fiscale introduite par la loi de finances pour 2019, qui avait pour but de prévenir le risque d'incompatibilité avec le droit de l'UE de certaines règles favorables aux groupes intégrés et de tenir compte des

conséquences du Brexit pour les groupes français. Nous revenons sur les commentaires administratifs intéressants la fiscalité internationale, relatifs au taux de détention du capital des sociétés établies hors de France, à la quote-part de frais et charges au taux de 1 %, aux sorties et cessations de groupe, ainsi qu'à l'impact du retrait d'un État de l'UE ou de l'EEE.

BOI-IS-GPE-10-20-10, 15 avr. 2020, § 10. - BOI-IS-GPE-10-30-50, 15 avr. 2020, § 90. - BOI-IS-BASE-10-10-10-10, 15 avr. 2020, § 1. - BOI-IS-BASE-10-10-20, 15 avr. 2020, § 160. - BOI-IS-BASE-10-15, 15 avr. 2020, § 50. - BOI-IS-GPE-40-10, 15 avr. 2020, § 107. - BOI-IS-GPE-50-60-40, 15 avr. 2020

◇ Modalités de calcul du taux de détention du capital des sociétés établies hors de France

34. Concernant la condition tenant à la non-détention d'une société mère à 95% par une autre société soumise à l'IS, l'administration admettait que les actions auto-détenues ne soient pas prises en compte et a étendu cette tolérance aux actions d'auto-contrôle⁴⁷. Les mêmes règles sont prévues pour les « entités mères non résidentes », i.e. les sociétés étrangères faitières d'un groupe horizontal⁴⁸. Il est ainsi fait abstraction des actions auto-détenues dans les conditions prévues par une « réglementation étrangère équivalente » à celle prévue aux articles L. 225-207 à L. 225-217 du code de commerce, qui prévoient notamment qu'une société peut détenir au maximum 10% de ses actions et ce, dans un nombre limité de cas (attribution d'actions gratuites, opération de croissance externe, contrat de liquidité, etc.). Il faut également faire abstraction des actions d'auto-contrôle, dont les droits de vote ne peuvent pas être exercés en application d'une « réglementation étrangère équivalente » à celle prévue à l'article L. 233-31 du code de commerce. Cet article prive de droit de vote les actions possédées par une ou plusieurs sociétés dont la société distributrice détient directement ou indirectement le contrôle.

Cette tolérance pour le calcul du taux de détention s'applique également pour la **détermination du taux de quote-part de frais et charges** (QPFC) applicable aux distributions provenant de sociétés étrangères détenues à 95% au moins⁴⁹.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette tolérance n'est applicable que sous réserve que la réglementation étrangère soit « équivalente » à la réglementation française. On suppose que l'administration vérifiera seulement si ces actions sont bien privées de droit de vote selon la réglementation locale et ne s'attardera pas sur les autres dispositions du code de commerce.⁵⁰ Si une directive européenne encadre les conditions dans lesquelles une société de capitaux peut racheter ses propres actions⁵¹, une certaine liberté est malgré tout laissée aux États membres et il subsistera nécessairement des différences mineures entre les droits locaux et le régime prévu par le code de commerce, qui ne devraient pas empêcher la tolérance de s'appliquer.

◇ Application de la quote-part de frais et charges au taux de 1 % sur les produits de participation versés par une société établie hors de France

35. En application des articles 216 et 223 B du CGI, les produits de participation versés par une société établie hors de

France, qu'ils relèvent ou non du régime mère-fille, peuvent bénéficier, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2019, d'une QPFC au taux réduit de 1% si la société qui perçoit ces produits n'est pas membre d'un groupe, mais remplirait, avec la société distributrice, les conditions qui leur permettraient, si cette dernière était établie en France, de constituer un groupe intégré. Toutefois, le taux de la quote-part demeure fixé à 5% lorsque la société qui perçoit les produits de participations n'est pas membre d'un groupe uniquement du fait de l'absence des options et des accords à formuler.

Dans un cadre transfrontalier, la société qui perçoit les dividendes est tenue d'appliquer une quote-part de 5% (i) lorsqu'elle est détenue par une société étrangère « *Papillon* » qui n'a pas donné son accord pour faire partie du groupe ou (ii) lorsqu'elle pourrait former un groupe intégré horizontal avec une société sœur française mais que la société étrangère les détenant n'a pas donné son accord pour qu'un tel groupe soit formé⁵².

◇ Les sorties et cessations de groupe

36. Depuis la loi de finances pour 2019, la transformation d'un groupe vertical en groupe horizontal ou inversement n'entraîne pas la cessation du groupe⁵³. Cette modification avait notamment pour but d'atténuer les conséquences du Brexit pour les groupes intégrés horizontaux détenus par une entité mère non-résidente anglaise. Elle ne règle cependant pas tous les problèmes. Par exemple, dans l'hypothèse où une entité mère anglaise détient deux filiales françaises intégrées possédant elles-mêmes des sous-filiales intégrées, seules la société mère du groupe intégré (une des filiales) et ses filiales pourront continuer le groupe. La deuxième filiale, membre du groupe uniquement du fait de sa détention par l'entité mère anglaise, ne pourra plus faire partie du groupe en l'absence de liens capitalistiques avec la première filiale, société mère du groupe, et entrainera donc dans sa sortie ses sous-filiales. Bien que la deuxième filiale puisse se constituer tête d'un nouveau groupe intégré vertical avec ses filiales, elle devra néanmoins subir toutes les réintégrations liées à sa sortie du groupe intégré horizontal ainsi que celles liées à la sortie de ses filiales⁵⁴. Il aurait donc été souhaitable que les commentaires administratifs tolèrent que ce deuxième groupe puisse exister immédiatement afin d'éviter les réintégrations liées à la sortie du groupe intégré horizontal de cette filiale et de ses sous-filiales.

37. Par ailleurs, en application de l'article 223 S du CGI, la société mère peut être absorbée par une société membre du groupe sans que cela emporte cessation du groupe si l'opération est placée sous le régime de faveur de l'article 210-0 A du CGI. Les commentaires administratifs indiquent que ces dispositions s'appliquent à l'absorption de la société mère par une société étrangère « *Papillon* », par l'entité mère non résidente

47 BOI-IS-GPE-10-20-10, 15 avr. 2020, § 10.

48 BOI-IS-GPE-10-30-50, 15 avr. 2020, § 90.

49 BOI-IS-BASE-10-10-10-10, 15 avr. 2020, § 1. - BOI-IS-BASE-10-10-20, 15 avr. 2020, § 160.

50 V. ci-dessous TA Montreuil, 7 nov. 2019, n° 1806097 et 1806098, Sté Axa pour une appréciation rigoureuse des différences entre le droit français et le droit étranger applicable (V. § 39).

51 Dir. (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil, 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés.

52 BOI-IS-BASE-10-15, 15 avr. 2020, § 50.

53 V. FI 1-2019, n° 4, § 44.

54 P. Fumenier, Aménagement du régime de l'intégration fiscale : Dr. fisc. 2019, n° 1-2, comm. 36.

détenant la mère dans le cas d'une intégration horizontale ou par une société étrangère du même groupe (société étrangère par l'intermédiaire duquel l'entité mère non résidente détient le capital de la société française intégrée horizontalement), à la condition que ces opérations soient soumises à un régime fiscal « comparable » à celui prévu à l'article 210 A du CGI⁵⁵. La référence à un régime « comparable » à celui prévu à l'article 210 A du CGI est difficile à saisir car ces opérations devraient en principe être soumises à l'article 210 A lui-même dans la mesure où il s'agit de fusions transfrontalières dans lesquelles la société absorbée est une société française (ou une société étrangère ayant un établissement stable en France). En tout état de cause, ces opérations ne déclencheront pas les réintégrations liées à la cession du groupe.

◆ Impact du retrait de l'UE ou de l'EEE de l'État dans lequel est établie une société participant au chaînage capitalistique d'un groupe fiscal

38. En application de l'article 223 L, 6, k du CGI, les sociétés établies dans un État se retirant de l'UE ou de l'EEE conservent, jusqu'à la clôture de l'exercice en cours lors du retrait, leur qualité d'entité mère non résidente, de société intermédiaire ou de société étrangère⁵⁶. Les réintégrations prévues aux articles 223 F et 223 R et consécutives à la perte de cette qualité doivent néanmoins être incluses dans le résultat d'ensemble de l'exercice au cours duquel le retrait de l'État est survenu. Les groupes ont ensuite la possibilité, sous conditions, de substituer une nouvelle entité mère non résidente⁵⁷.

L'administration précise que cette substitution d'entité étrangère ne peut pas avoir lieu dès l'exercice du retrait de l'État de l'UE ou de l'accord sur l'EEE, mais seulement à compter de l'exercice suivant, l'entité étrangère historique étant réputée remplir les conditions d'éligibilité jusqu'au dernier jour de l'exercice au cours duquel survient le retrait de l'État de l'UE ou de l'accord sur l'EEE⁵⁸.

N. de BOYNES ■

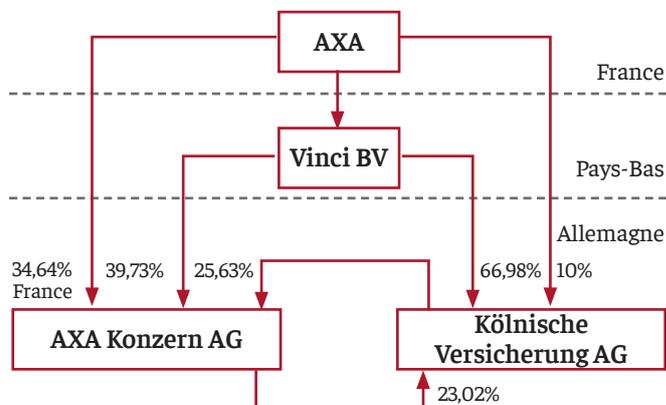
39. Intégration fiscale - Taux de détention des filiales - Participations croisées - Auto-détention -

Le TA de Montreuil fait application de la jurisprudence *Sopra Steria* à la mère d'un groupe fiscalement intégré demandant la neutralisation de la quote-part de frais et charges (QPFC) correspondant aux dividendes versés par des filiales résidentes d'un État membre de l'UE. Il juge que pour apprécier si les filiales européennes distributrices auraient été objectivement éligibles au régime de l'intégration fiscale si elles avaient été résidentes fiscales françaises, le taux de détention des filiales par la mère

doit être apprécié sans tenir compte des participations croisées entre deux sociétés dans lesquelles la société mère détient une participation. Seules les détentions indirectes par l'intermédiaire de sociétés elles-mêmes détenues à 95% peuvent être retenues.

TA Montreuil, 1^{re} ch., 7 nov. 2019, n° 1806097 et 1806098, Sté Axa, concl. C. Noël (V. annexe 2)

40. La société Axa, détenant deux filiales allemandes en partie directement et en partie indirectement par l'intermédiaire d'une société néerlandaise contrôlée à 100%, entendait se prévaloir de la jurisprudence *Groupe Steria*⁵⁹ afin de neutraliser la quote-part de frais et charges normalement attachée aux dividendes reçus directement de ces filiales entre 2011 et 2015. Elle considérait en effet que leurs modalités de détention auraient permis qu'elles optent pour rejoindre son groupe d'intégration fiscale si elles avaient été établies en France. Les deux filiales allemandes étant liées entre elles par des participations croisées qui, bien que conformes à la loi commerciale allemande, excédaient le niveau admis de 10 % pour de telles participations croisées entre sociétés françaises⁶⁰, l'administration fiscale a toutefois refusé de faire droit à la réclamation formulée par Axa. Elle objectait en effet que la détention des deux filiales allemandes n'atteignait pas le seuil de 95% requis d'une filiale française pour laquelle puisse exercer l'option pour le régime de groupe.



41. Suivant les conclusions de son rapporteur public (reproduites en annexe), le Tribunal administratif de Montreuil rejette la requête d'Axa et admet l'argumentation développée par l'administration fiscale. Le tribunal note que les participations réciproques représentant respectivement 25,63% et 23,02% du capital de chacune des deux filiales les conduisent à détenir chacune indirectement 5,9% de son propre capital. Faisant ensuite une application rigoureuse du mode de calcul des participations indirectes visé à l'article 46 quater O ZF de l'annexe III au CGI, il détermine que le taux de détention par Axa de la société Axa Konzern AG s'établissait à 94,1% (34,64% directement, 39,73% au travers de Vinci BV

55 BOI-IS-GPE-40-10, 15 avr. 2020, § 107.

56 V. FI 1-2019, n° 4, § 42.

57 V. FI 1-2019, n° 4, § 43.

58 BOI-IS-GPE-50-60-40, 15 avr. 2020.

59 CJUE, 2 sept. 2015, C-386/14, Groupe Steria.

60 C. com., art. L. 233-29, al. 1^{er}.

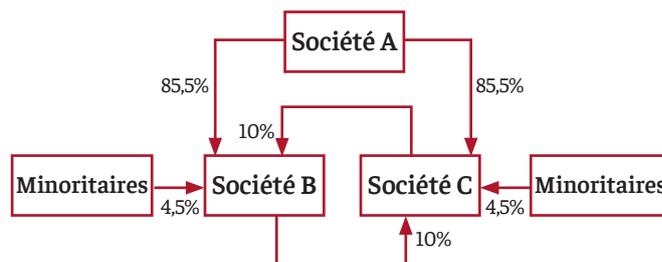
et 19,73% par l'intermédiaire de la Kölnische Versicherung AG [soit $(66,98\%+10\%)*25,63\%$]. Selon la même méthode de calcul, le taux de détention par Axa de la société Kölnische Versicherung AG s'établit lui aussi à 94,1% (10% directement, 66,98% au travers de Vinci BV et 17,12% par l'intermédiaire de Axa Konzern AG [soit $(34,64\% + 39,73\%)*23,02\%$]). Ce résultat découle directement du refus du tribunal de neutraliser les effets des participations croisées : en effet la structure de détention ne fait apparaître aucun actionnaire minoritaire n'appartenant pas au groupe (Vinci BV, elle-même établie dans l'UE et détenue à 100% remplit les conditions objectives, autres que de nationalité, pour rejoindre le groupe d'intégration fiscale d'Axa).

42. On ne peut certes qu'acquiescer au fait que la doctrine administrative qui permet de faire abstraction des titres auto-détenus pour calculer le niveau de participation n'était pas juridiquement opposable à l'administration sur le fondement de l'article L. 80 A du LPF dans la mesure où elle vise une situation juridique différente des participations croisées de l'espèce. Mais si l'on admet de considérer que l'établissement d'un seuil de participation élevé de 95% vise, depuis l'origine, à éviter que le régime d'intégration fiscale et sa logique de « globalisation » ne soient pollués par la présence au capital des filiales d'actionnaires minoritaires en trop grande proportion, la structure de détention des filiales allemandes d'Axa respectait parfaitement cet objectif. La logique retenue par l'administration pour déterminer la prise en compte des actions auto-détenues aurait ainsi pu être aisément étendue aux participations croisées par une interprétation de la loi pouvant se prévaloir de sa logique et de son objet.

Surtout, le jugement exprime un autre argument étonnant : considérant que la loi commerciale allemande autorise des participations croisées d'un niveau supérieur au plafond de 10% prévu à l'article L. 233-29, al. 1 du code de commerce pour les sociétés par actions françaises, il en déduit qu'admettre de façon générale de neutraliser les participations croisées, quel que soit leur niveau, aurait pour effet de permettre l'intégration fiscale des filiales étrangères présentant de telles structures de capital dans des conditions plus favorables ou « laxistes » que des filiales françaises. Il en résulterait une sorte de « discrimination à rebours » qu'il conviendrait d'éviter non pas en assurant un traitement aussi favorable aux filiales françaises, ce qui est impossible faute de pouvoir écarter l'application du code de commerce, mais en retenant de la loi fiscale une interprétation défavorable aux structures de participations croisées. Ce raisonnement peine à convaincre : le droit commercial allemand et la structure de détention qu'il autorise constituent une situation factuelle à laquelle il convient d'appliquer les principes du régime français d'intégration fiscale au regard des critères légaux, de leur objet et de leur logique. À cet égard, on voit bien à l'étude de la structure de détention du groupe Axa que ni le contrôle, direct ou indirect, des deux filiales allemandes par la société mère française, ni le niveau de participation d'actionnaires minoritaires (en l'occurrence inexistant) ne sont impactés par le pourcentage des participations croisées, que celui-ci reste inférieur à 10% conformément au droit français, ou lui

soit supérieur comme l'autorise la loi allemande.

Par ailleurs, l'absence de neutralisation des participations croisées ne resterait pas sans effet néfaste sur des situations purement domestiques. Si l'on considère la structure de détention suivante, ne mettant en cause que des sociétés françaises, les filiales B et C ne pourront pas rejoindre le groupe d'intégration fiscale de la société mère A si les participations réciproques entre B et C ne sont pas neutralisées, alors même que la participation d'actionnaires minoritaires hors groupe demeure inférieure à 5%.



43. La position de l'administration fiscale dans l'affaire Axa, favorablement accueillie par le Tribunal administratif de Montreuil, nous semble donc excessivement rigoureuse et mérite à notre sens un nouvel examen⁶¹, qui pourrait utilement étendre la solution de tempérament retenue pour les cas d'auto-détention en faisant application d'une interprétation raisonnable de la loi.

V. AGULHON ■

44. À NOTER

> **Intégration fiscale - Groupe déficitaire - Crédits d'impôts attachés aux revenus de source étrangère d'une filiale** - Le Conseil d'État refuse de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC invoquant une rupture d'égalité, au regard de l'imputation de crédits d'impôts attachés à des revenus de source étrangère, entre la filiale d'un groupe intégré fiscalement et déficitaire et une société imposée séparément.

CE, 8^e ch., 13 déc. 2019, n° 430523, Sté Faurecia (V. annexe 3)

Par une décision du 27 juin 2016⁶², le Conseil d'État avait refusé à la société Faurecia la restitution de crédits d'impôt correspondant aux retenues à la source sur intérêts et redevances que diverses sociétés de son groupe fiscalement intégré avaient supportées à l'étranger dans les années 2006 à 2010, et qu'elle n'avait pas pu imputer en raison du fait que le résultat d'ensemble du groupe au titre des exercices en cause était déficitaire. Le principe de la restitution des crédits d'impôts non imputables avait ainsi été écarté par le juge, conformément à la position traditionnelle de l'administration fiscale, tant sur le fondement du droit interne que sur celui des diverses conventions fiscales internationales applicables à l'espèce. L'argument tiré d'une atteinte au droit de propriété, invoqué par le

61 Un appel ayant été interjeté, l'affaire sera examinée par la Cour administrative d'appel de Versailles.

62 CE, 27 juin 2016, n° 388984 et 392534, SA Faurecia : RJF 2016, n° 871, concl. E. Crépey.

contribuable sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, avait également été écarté, au motif que ni la loi nationale ni les conventions fiscales n'instituant un droit à restitution des crédits d'impôt, il ne disposait d'aucun droit de créance susceptible d'être protégé à ce titre.

Faisant preuve d'une belle constance, motivée à l'évidence par la double imposition économique « inter-temporelle »⁶³ que lui fait subir la solution retenue par cette première décision, la société Faurecia a sollicité à nouveau la restitution de crédits d'impôt perçus au titre des exercices ultérieurs (2011 à 2013) en soulevant, en complément des précédents, un **nouvel argument tiré des particularités de sa situation de société mère d'un groupe d'intégration fiscale**. En appel de cette seconde procédure contentieuse, la société requérante soutenait notamment que le montant du crédit d'impôt devait s'apprécier au niveau de celle des sociétés du groupe qui avait perçu le revenu de source étrangère qui en était porteur, sans que la situation déficitaire du résultat d'ensemble puisse affecter ultérieurement ce crédit. Son attention avait peut-être été attirée sur un passage des conclusions sous l'arrêt précité de 2016, dans lequel Edouard Crépey relevait que l'option pour l'intégration fiscale, en ce qu'elle concentrait les résultats individuels des sociétés du groupe en un seul résultat déficitaire, avait pour effet de rendre systématique la perte des crédits d'impôt étrangers du groupe. Cet argument ayant été balayé par la CAA de Versailles dans son arrêt du 5 mars 2019⁶⁴, Faurecia a fait évoluer son argumentation en cassation en invoquant, cette fois, une rupture d'égalité entre sociétés individuellement bénéficiaires et percevant des revenus étrangers porteurs de crédits d'impôts selon qu'elles appartiennent ou non à un groupe d'intégration fiscale déficitaire. En effet une telle société peut imputer les crédits d'impôts si elle reste imposable séparément alors que ceux-ci tombent en non-valeur si elle appartient à un tel groupe fiscal déficitaire. C'est donc sous la forme d'une QPC que la société articulait ce nouvel argument devant le Conseil d'État, invoquant à la fois une atteinte à l'égalité devant la loi (article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) et au droit de propriété (articles 12 et 17 de la même Déclaration).

Las, la Haute assemblée refuse de reconnaître une quelconque **discrimination**. Considérant la situation de la société mère du groupe d'intégration, le Conseil d'État note que toutes les sociétés têtes de groupes placées dans la même situation reçoivent un traitement fiscal identique et que les groupes bénéficiaires et déficitaires, n'étant pas dans des situations similaires, peuvent être traités différemment sans que soit rompue l'égalité devant la loi. Surtout, appréciant dans un second temps la situation d'une filiale bénéficiaire percevant des revenus étrangers porteurs de crédit d'impôt, le Conseil d'État estime que la différence de traitement fiscal auquel elle est soumise, selon qu'elle appartient ou non à un groupe d'intégration fiscale déficitaire, n'est que la conséquence directe de l'option pour le régime de groupe auquel la filiale a consenti en en connaissant les effets. Il refuse donc de transmettre la QPC, la question n'étant pas nouvelle et ne présentant pas un caractère sérieux. Le refus de transmission de la QPC se double d'un refus d'admission du pourvoi au titre des arguments que Faurecia persistait à invoquer sur le terrain de la loi nationale et des conventions fiscales.

63 Selon l'expression du rapporteur public, Edouard Crépey.

64 CAA Versailles, 5 mars 2019, n° 16VE03453.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ayant également fermé la porte à la solution alternative consistant à autoriser les sociétés à reporter en avant l'utilisation des crédits d'impôts attachés à des revenus étrangers perçus en période déficitaire pour les imputer sur les bénéfices du premier exercice bénéficiaire suivant⁶⁵, **la double imposition « inter-temporelle » semble malheureusement devoir perdurer. Elle constitue manifestement un handicap pour les groupes français exportateurs de savoir-faire dont les revenus étrangers consistent essentiellement en redevances de la propriété intellectuelle.**

Pour ceux de ces groupes français déficitaires dont une part importante des revenus en cause provient d'autres États membres de l'Union européenne, **il reste toutefois possible d'invoquer la jurisprudence Sofina de la CJUE**⁶⁶ pour demander que l'application des retenues à la source dans les pays en cause soit suspendue jusqu'à ce qu'ils redeviennent bénéficiaires ou que lesdites retenues leur soient temporairement restituées, de façon symétrique à la procédure de restitution temporaire des retenues à la source françaises subies par des sociétés européennes déficitaires instituée par l'article 42 de la loi de finances pour 2020⁶⁷.

V. AGULHON ■

> Intégration fiscale - Intégration horizontale - Demande de constitution pour la période antérieure au 1^{er} janvier 2014 - Production de l'accord de chacune des sociétés comprises dans le périmètre - Le Conseil d'État refuse l'admission du pourvoi contre l'arrêt CAA Versailles, 15 nov. 2018, n° 15VE00728, SAS TUI France, commenté dans ces colonnes, qui avait confirmé la possibilité de constituer une intégration fiscale horizontale pour un exercice antérieur à celui de l'entrée en vigueur de la 2^e loi de finances rectificative pour 2014, mais l'avait refusée au cas d'espèce faute de production de l'accord de l'ensemble des sociétés membres du groupe dont l'intégration fiscale horizontale était sollicitée.

CE, 3^e ch., (na), 27 déc. 2019, n° 427073, Sté TUI France

Dans un arrêt du 12 juin 2014⁶⁸, la CJUE a indiqué que les articles 49 TFUE et 54 TFUE s'opposent à une législation d'un État membre en vertu de laquelle un régime d'entité fiscale unique est accordé à une société mère résidente qui détient des filiales résidentes, mais est exclu pour des sociétés sœurs résidentes dont la société mère commune n'a pas son siège dans cet État membre et n'y dispose pas d'un établissement stable. L'incompatibilité du régime néerlandais d'entité fiscale unique valant tout autant pour le régime de l'intégration

65 CE, 26 juin 2017, n° 406437, Sté BPCE. - CC, 28 sept. 2017, n° 2017-654 QPC, BPCE. Pour une réflexion générale sur les crédits d'impôt d'origine étrangère, v. G. Blanluet, Les crédits d'impôt d'origine étrangère, ces malaimés : FI 3-2019, n° 01.

66 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, Sofina SA, Rebelco SA et Sidro SA, concl. M. Wathelet : FI 1-2019, n° 2, § 14 et n° 5, § 6.

67 L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 42 : FI 1-2020, n° 5, § 5. - V. égal. G. Blanluet, Revenus des sociétés étrangères déficitaires : nouveau dispositif, nouvelles questions : FI 1-2020, n° 01.

68 CJUE, 12 juin 2014, C-39/13, C-40/13 et C-41/13, SCA Group Holding BV et a.

fiscale, la 2^e loi de finances rectificative pour 2014⁶⁹ a autorisé pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2014 l'intégration des sous-filiales françaises détenues à plus de 95 %, conjointement par deux ou plusieurs filiales françaises d'une entité mère non résidente.

Par une décision *Sté BPD France* du 27 mars 2019⁷⁰, le Conseil d'État a confirmé que l'administration ne peut refuser une option exercée pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la 2^e loi de finances rectificative pour 2014, motif pris que la société exerçant l'option n'a pas rempli, à la date de sa demande, les obligations formelles que requiert la constitution d'un groupe d'intégration sous le régime de droit commun, en l'espèce la production de l'accord de chacune des sociétés comprises dans le périmètre. Le Conseil d'État a précisé que la société peut produire, à la demande de l'administration, et au plus tard devant le juge de l'impôt, les accords des sociétés candidates à l'intégration.

Au cas d'espèce, le Conseil d'État a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles⁷¹ ayant jugé qu'en présence d'une demande visant à réunir dans une intégration horizontale unique deux groupes verticaux intégrés distincts, la société demanderesse devait fournir l'accord exprès de toutes les filiales incluses dans le nouveau périmètre, sans exception.

Dans cette affaire, l'EURL Lodges & Montain Hotels (LMH) était, au titre de l'exercice clos le 30 septembre 2009, membre d'un groupe d'intégration fiscale à la tête duquel se trouvait la société First Choice France, laquelle a été ultérieurement absorbée par la SA Touraventure, devenue la SAS TUI France, qui était elle-même à la tête de son propre groupe fiscalement intégré.

À la suite d'une vérification de comptabilité, l'administration a rehaussé le résultat individuel de l'EURL LMH puis a majoré le résultat d'ensemble déclaré par la société First Choice France, en qualité de société mère du groupe. Cette dernière ayant été absorbée par la SAS TUI France, les cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés ont été notifiées à la société absorbante.

En première instance, la société avait contesté sans succès le bien-fondé du rehaussement⁷². En appel, la société s'était prévalu, à titre subsidiaire, du fait que le résultat d'ensemble du groupe à la tête duquel était la société First Choice était indument majoré dès lors que cette dernière aurait dû pouvoir imputer sur celui-ci le déficit d'ensemble du groupe à la tête duquel se trouvait la société TUI France dans le cadre de la constitution d'un groupe horizontal, sauf à méconnaître l'arrêt *SCA Group Holding BV* de la CJUE, précité.

Conformément aux principes dégagés par le Conseil d'État dans la décision *Min. c/SAS Sodisac* du 25 octobre 2017⁷³, la cour a confirmé la possibilité de constituer une intégration fiscale horizontale pour un exercice antérieur à celui de l'entrée en vigueur de la 2^e loi de finances rectificative pour 2014, sous réserve que la société satisfasse aux conditions formelles auxquelles une telle intégration est subordonnée.

À cette fin, la société doit en particulier justifier, au plus tard devant le juge de l'impôt, de l'accord exprès de toutes les sociétés

dont les résultats propres doivent être pris en compte pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe horizontal à constituer.

Appliquant cette règle au cas d'espèce, la cour a rejeté la demande de la société requérante en constatant que :

- la production de l'accord des sociétés têtes de groupe ne suffisait pas à celles-ci pour bénéficier d'une intégration fiscale horizontale ;
- la société aurait dû produire l'accord de l'ensemble des sociétés membres du groupe dont l'intégration fiscale horizontale était sollicitée ;
- la société n'apportait pas la preuve de difficultés excessives pour établir l'accord exprès de l'ensemble des sociétés du groupe dont l'intégration fiscale horizontale était sollicitée.

Par sa décision du 27 décembre 2019, le Conseil d'État n'a donc pas admis le pourvoi dirigé contre cet arrêt.

C. MÉNARD ■

Réorganisations

45. Transfert du siège de direction effective d'une société dans un État membre autre que celui de sa constitution – Absence de transfert du siège statutaire – Législation interdisant le transfert des pertes - Liberté d'établissement – La CJUE juge, dans l'hypothèse d'un transfert du siège de direction effective d'une société dans un État membre autre que celui de sa constitution, sans transfert de son siège statutaire, que la liberté d'établissement ne s'oppose pas à une législation interdisant le transfert des pertes constatées dans l'État membre du siège statutaire dans l'État membre du siège de direction effective.

CJUE, 4^e ch., 27 févr. 2020, C-405/18, Aures Holdings a.s., concl. J. Kokott (V. annexe 4)

46. Les faits à l'origine du litige peuvent être ainsi résumés.

Le 1^{er} janvier 2009, la société Aures a transféré son siège de direction effective des Pays-Bas vers la République tchèque où elle disposait d'une succursale depuis le 1^{er} janvier 2008 par l'intermédiaire de laquelle elle exerçait toutes ses activités. En raison de ce transfert, Aures a également transféré sa résidence fiscale des Pays-Bas vers la République tchèque, à la même date.

En revanche, Aures a conservé son siège statutaire et son inscription au registre du commerce à Amsterdam (Pays-Bas) et a continué ainsi à être régie par le droit néerlandais.

Compte tenu du transfert de sa résidence fiscale, Aures a demandé à l'administration fiscale tchèque de pouvoir déduire de l'assiette de l'impôt sur les sociétés dont elle était redevable

69 L. n° 2014-1655, 29 déc. 2014.

70 CE, 27 mars 2019, n° 415817, *Sté BPD France*, concl. K. Ciavaldini : FI 2-2019, n° 4, § 24.

71 CAA Versailles, 15 nov. 2018, n° 15VE00728, *SAS TUI France* : FI 1-2019, n° 4, § 46.

72 TA Montreuil, 30 déc. 2014, n° 1307731, *SAS TUI France*.

73 CE, 25 oct. 2017, n° 394413, *Min. c/SAS Sodisac*.

au titre de l'exercice 2012 la perte qu'elle avait subie aux Pays-Bas au titre de l'exercice 2007. L'administration fiscale tchèque a refusé de faire droit à sa demande dans la mesure où le report en avant des pertes en vertu du droit national ne concerne que les pertes constatées à raison d'activités imposables en République tchèque.

Le litige a *in fine* été porté devant la Cour suprême administrative tchèque, qui a saisi la CJUE des deux questions préjudicielles suivantes :

- le transfert du siège de direction d'une société d'un État membre vers un autre État membre relève-t-il de la liberté d'établissement (art. 49 TFUE) ?

- dans l'affirmative, une législation nationale qui s'oppose à ce que la société qui transfère son siège de direction puisse faire valoir les pertes qu'elle a subies dans un autre État membre antérieurement à ce transfert est-elle contraire à la liberté d'établissement ?

Sept États, dont la France, sont intervenus à l'instance, en plus de la République tchèque.

◆ Première question sur l'applicabilité de la liberté d'établissement

47. Le point de savoir si le simple transfert du siège de direction d'une société d'un État membre vers un autre État membre relève de la liberté d'établissement visée à l'article 49 TFUE a été rapidement tranché par la Cour de justice.

En effet, elle a déjà jugé que la liberté d'établissement englobe le droit de transférer le principal établissement d'une société dans un autre État membre⁷⁴. En outre et surtout, il est acquis qu'une société constituée selon le droit d'un État membre, qui transfère son siège de direction effective dans un autre État membre, sans que ce transfert de siège affecte sa qualité de société du premier État membre, peut se prévaloir de l'article 49 TFUE aux fins de mettre en cause la légalité d'une imposition mise à sa charge, par le premier État membre, à l'occasion dudit transfert de siège⁷⁵. Le point 28 de l'arrêt commenté étend la solution retenue dans l'arrêt *National Grid Indus* à la contestation du refus opposé par l'autre État membre au report des pertes antérieures audit transfert subies dans le premier État membre.

La réponse à la seconde question a donné lieu à des développements plus importants.

◆ Seconde question sur la contrariété à la liberté d'établissement

48. Il s'agissait de déterminer si la liberté d'établissement s'oppose à une réglementation nationale de l'État membre B qui ne permet pas à une entité qui transfère le lieu où elle exerce son activité économique ou son siège de direction de l'État membre A à l'État membre B, de faire valoir une perte fiscale subie dans l'État membre A avant le transfert.

⁷⁴ CJUE, 25 oct. 2017, C106/16, *Polbud – Wykonawstwo*, pts 32. - CJUE, 27 févr. 2019, C563/17, *Associação Peço a Palavra e.a.*, pt 62.

⁷⁵ CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, C371/10, *National Grid Indus*, pt 33.

Avant de répondre à cette question, la Cour a pris soin de rappeler au point 32 que « *le traité ne garantit pas à une société relevant de l'article 54 TFUE que le transfert de son siège de direction effective d'un État membre dans un autre soit neutre en matière d'imposition* » et en déduit que « *La liberté d'établissement ne saurait donc être comprise en ce sens qu'un État membre soit obligé d'établir ses règles fiscales en fonction de celles d'un autre État membre afin de garantir, dans toutes les situations, une imposition qui efface toute disparité découlant des réglementations fiscales nationales (arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C371/10, EU:C:2011:785, point 62 et jurisprudence citée)* ».

Elle a également confirmé (pt 33) que la possibilité offerte par le droit d'un État membre à une société résidente de reporter en avant les pertes qu'elle a subies antérieurement dans cet État membre au cours d'une période d'imposition donnée, afin que ces pertes soient déduites du bénéfice imposable réalisé par une telle société au cours de périodes d'imposition ultérieures, constitue un avantage fiscal.

Conformément au raisonnement à mener pour déterminer si le refus d'accorder cet avantage fiscal constitue une entrave à la liberté d'établissement des sociétés, il faut qu'il en résulte une différence de traitement au détriment des sociétés qui exercent cette liberté, que la différence de traitement concerne des situations objectivement comparables et qu'elle ne soit pas justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ou non proportionnée à cet objectif⁷⁶.

49. La constatation d'une différence de traitement - L'existence d'une différence de traitement ne faisait pas de doute dès lors que la réglementation tchèque en litige est réservée aux sociétés résidentes ayant subi des pertes nationales et qu'elle a été refusée à la société Aures, au motif que la perte fiscale qu'elle entendait déduire avait été constatée au cours d'un exercice précédent aux Pays-Bas. Il en résulte que la législation tchèque prive les sociétés qui transfèrent leur siège d'un autre État membre vers la République tchèque de la possibilité d'obtenir la prise en compte des pertes qu'elles ont subies antérieurement à l'étranger et institue ainsi une inégalité de traitement par rapport aux sociétés qui transfèrent leur siège à l'intérieur de la République tchèque.

Toutefois, cette différence de traitement peut être compatible avec la liberté d'établissement si elle concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou si elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général⁷⁷.

50. L'absence de comparabilité des situations - Selon la jurisprudence de la Cour, la comparabilité d'une situation transfrontalière avec une situation interne doit être examinée en tenant compte de l'objectif poursuivi par les dispositions nationales en cause⁷⁸.

⁷⁶ CJUE, gde ch., 12 déc. 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, pt 67. - CJUE, 25 févr. 2010, C-337/08, *X Holding*, pt 20. - CJUE, 4 juill. 2018, C-28/17, *NN*, pt 18.

⁷⁷ CJUE, 17 juill. 2014, C48/13, *Nordea Bank Danmark*, pt 23. - CJUE, 17 déc. 2015, C388/14, *Timac Agro Deutschland*, pt 26.

⁷⁸ CJUE, 12 juin 2018, C650/16, *Bevola et Jens W. Trock*, pt 32.

En l'espèce, la Cour considère que l'impossibilité d'imputer en République tchèque des pertes subies antérieurement aux Pays-Bas tend à préserver la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres et à prévenir les risques de double déduction des pertes (pt 38). Au regard de ces objectifs, elle en déduit que ne se trouvent pas, en principe, dans une situation comparable une société résidente d'un État membre qui a subi des pertes dans celui-ci et une société qui a transféré son siège de direction effective et, partant, sa résidence fiscale dans cet État membre après avoir subi des pertes pendant une période d'imposition au cours de laquelle elle était résidente fiscale d'un autre État membre, sans avoir aucune présence dans le premier État membre (pt 39).

À cet égard, en soulignant que la société Aures ne disposait pas d'un établissement stable en République tchèque au moment où elle a constaté les pertes litigieuses, **la Cour prend soin de distinguer la situation en cause de celle qui a donné lieu à l'arrêt *Bevola*** précité. Au point 44, elle rappelle ainsi que la situation d'une société résidente détenant un établissement non-résident qui a cessé toute activité, et dont les pertes n'ont pas pu et ne peuvent plus être déduites de son bénéfice imposable dans l'État membre où il exerçait son activité, n'est pas différente de celle d'une société résidente détenant un établissement stable résident, au regard de l'objectif de prévention de la double déduction des pertes, alors même que les situations de ces deux sociétés ne sont, en principe, pas comparables⁷⁹. À l'inverse, elle relève que

79 CJUE, 12 juin 2018, C650/16, *Bevola* et Jens W. Trock, préc., pts 37 et 38. – V. à propos de cet arrêt V. Renoux et A. Damas, *Déduction des pertes définitives des filiales européennes au sein de l'intégration fiscale : genèse et perspective* : FI 4-2019, n° 3.2.

la société Aures a subi des pertes au titre de l'année 2007 aux Pays-Bas, au cours d'une période d'imposition pendant laquelle tant son siège statutaire que son siège de direction effective se trouvaient dans cet État membre et alors qu'elle n'avait pas encore créé d'établissement stable en République tchèque. Dès lors, les pertes fiscales, d'un côté, et les bénéfices sur lesquels elles pourraient être imputées, de l'autre, relèvent de la compétence fiscale de deux États membres différents.

À l'instar de l'avocat général, la Cour a aussi souligné qu'admettre la thèse de la société Aures, à savoir l'extension de la jurisprudence *Bevola* aux hypothèses de transfert de siège, pourrait se traduire par un conflit avec sa jurisprudence en matière d'imposition à la sortie.

En effet, il a déjà été jugé que la possibilité pour l'État membre d'origine d'une société, constituée en vertu du droit de cet État membre et ayant procédé au transfert de son siège de direction effective dans un autre État membre, de taxer les plus-values latentes afférentes de cette société à raison du transfert ne contrevient pas à la liberté d'établissement⁸⁰. Par symétrie, l'État membre vers lequel le transfert a été effectué ne peut donc être tenu d'admettre la déduction des pertes fiscales constatées avant ce transfert. Cette conclusion apparaît logique puisque l'assiette imposable à raison du transfert pourra justement être atténuée dans la plupart des cas par l'imputation des pertes reportables constatées dans l'État de sortie.

C. MÉNARD ■

80 CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, C371/10, *National Grid Indus*, préc., pts 59 et 64.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CAA Douai, 4^e ch., 17 oct. 2019, n° 17DA02329, Min. c/ SAS Zarges Tubasca Holding

Annexe 2 : TA Montreuil, 1^{er} ch., 7 nov. 2019, n° 1806097 et 1806098, n° 430523, Sté Axa, concl. C. Noël

Annexe 3 : CE, 8^e ch., 13 déc. 2019, n° 430523, Sté Faurecia

Annexe 4 : CJUE, 4^e ch., 27 févr. 2020, C405/18, AURES Holdings a.s., concl. J. Kokott

