



ARTICLE 12

Réforme du régime fiscal

Des sociétés de personnes

Rapport Marini LDF2011 sénat

I. LA COMPLEXITÉ ET LES LIMITES DU RÉGIME FISCAL DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES.....	2
A. TRANSPARENCE, OPACITÉ ET « TRANSLUCIDITÉ » FISCALES.....	2
1. Les concepts traditionnels d'opacité et de transparence	2
2. La translucidité de droit commun des sociétés de personnes.....	2
B. LES PRINCIPES DE DÉTERMINATION ET D'IMPOSITION DU RÉSULTAT	3
1. La détermination du régime d'imposition du résultat.....	3
2. La répartition du résultat et l'imposition des associés	5
C. LES FAILLES DU RÉGIME FISCAL DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES.....	6
1. Les « frottements fiscaux » en droit interne	6
2. Les « frottements fiscaux » en droit international	7
3. Les facultés d'optimisation en droit interne et à l'international	9
D. LES RÉGIMES APPLICABLES DANS LES PRINCIPAUX PAYS	11
II. LES PRINCIPES ET LE CHAMP DE LA RÉFORME PROPOSÉE.....	13
A. LA « TRANSPARENCE RATIONALISÉE »	13
B. LES PRINCIPES ET LE CHAMP DE LA RÉFORME.....	14
C. LA NEUTRALISATION DE LA THÉORIE DU BILAN.....	15
D. UNE MEILLEURE INTÉGRATION DES RÉGIMES PROPRES À L'IS.....	16
1. L'application par transparence des régimes mère-fille et du long terme	16
2. L'éligibilité à l'intégration fiscale par transparence « pure »	17
E. UNE MEILLEURE COMPATIBILITÉ AVEC LES DROITS ÉTRANGERS ET CONVENTIONNEL.....	18
1. Un nouveau principe d'équivalence qui ne s'applique pas aux Etats et territoires non coopératifs.....	18
2. L'appréciation de la territorialité et la reconnaissance des SdP étrangères.....	19
III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE.....	20
IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES	23

Commentaire : le présent article propose de refondre le régime fiscal des sociétés de personnes, dont les résultats sont imposés entre les mains des associés, en faisant évoluer le régime actuel de « translucidité » vers une plus grande transparence, et en le rapprochant ainsi des concepts usuellement appliqués à l'étranger et par les conventions fiscales. Il prévoit également de neutraliser certains effets optimisants de la « théorie du bilan » et permet l'application de certains régimes favorables aux associés personnes morales d'entités transparentes.

I. LA COMPLEXITÉ ET LES LIMITES DU RÉGIME FISCAL DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

A. TRANSPARENCE, OPACITÉ ET « TRANSLUCIDITÉ » FISCALES

1. Les concepts traditionnels d'opacité et de transparence

Une société de personnes est une société dans laquelle il existe un fort *intuitu personae*, c'est-à-dire constituée en considération de la personne des associés. La cession ou la transmission des parts sociales n'est généralement **pas libre** mais soumise à des conditions, en particulier l'agrément des autres associés, et la responsabilité des associés sur le passif de la société peut être **illimitée**, solidairement ou à proportion de leur participation dans le capital social. Les sociétés de personnes (SdP) se distinguent ainsi des **sociétés de capitaux**. Les sociétés civiles de droit commun, les sociétés en nom collectif, les sociétés en participation et les sociétés créées de fait sont ainsi des SdP, tandis que les sociétés anonymes sont des sociétés de capitaux.

La typologie fiscale diffère cependant de celle juridique. Sur le plan fiscal, on distingue ainsi habituellement les sociétés « **opaques** » et « **transparentes** » selon leur assujettissement à l'impôt sur les sociétés (IS) et qu'elles disposent ou non de la personnalité fiscale. Les sociétés soumises à l'IS, qui disposent de la personnalité juridique et fiscale et dont les associés ne sont imposés que sur l'accroissement de leur patrimoine et à raison des dividendes qu'ils perçoivent, sont ainsi opaques et imposées en leur nom propre. Les sociétés transparentes sont celles dont les associés sont réputés appréhender directement les actifs et revenus.

Ce concept de transparence, familier des droits étrangers et en particulier du droit anglo-saxon avec les « *partnerships* », **trouve cependant peu de traductions en France. Seules les sociétés de copropriété immobilière et de multipropriété**, régies par les articles 8 *bis* et 1655 *ter*^{63(*)} du code général des impôts (CGI), **relèvent ainsi de la transparence « pure »**. Ces sociétés n'ont ainsi pas de personnalité fiscale distincte de celle de leurs membres et les associés de ces sociétés sont imposés comme s'ils étaient directement propriétaires des locaux à raison de leurs droits sociaux. En outre cette transparence fiscale ne s'applique qu'aux impôts directs, droits d'enregistrement et à la taxe de publicité foncière ; les autres impôts font l'objet d'une déclaration propre à la société.

2. La translucidité de droit commun des sociétés de personnes

Le régime fiscal des sociétés de personnes est donc en général celui de la « **translucidité** », ou pour reprendre la typologie du professeur Maurice Cozian, de la « semi-transparence^{64(*)} » : **les SdP (au sens fiscal) demeurent des sujets fiscaux** et sont donc notamment soumises à des obligations déclaratives, **mais ne sont pas les redevables de l'impôt** dû sur le résultat. Les associés sont ainsi personnellement soumis à l'impôt sur le revenu (IR) ou à l'IS (lorsqu'ils sont des personnes morales soumises à l'IS) pour la part des bénéfices sociaux, distribués ou mis en réserve, correspondant à leurs droits dans la SdP.

Ces sociétés translucides sont en grande partie régies par les **articles 8** (introduit dès 1917) à **8 quinquies du CGI**. Le régime fiscal des SdP procède cependant d'un grand nombre d'articles et accorde une large place à l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle, dont il résulte un **édifice hautement complexe**.

Le régime de transparence concerne essentiellement des sociétés de personnes au sens du droit des sociétés, mais certaines **sociétés de capitaux** - normalement opaques et imposées à l'IS - peuvent dans certaines conditions opter temporairement pour ce régime fiscal et l'imposition à l'IR⁶⁵(*) . *A contrario*, **certains groupements et la plupart des SdP**⁶⁶(*) **peuvent**, dans les conditions prévues par les articles 206 et 239 du CGI, **opter pour le régime fiscal des sociétés de capitaux** et l'imposition à l'IS. L'option est irrévocable et doit être notifiée à l'administration fiscale avant la fin du troisième mois du premier exercice d'application.

La transparence concerne ainsi les formes sociales suivantes :

- les sociétés en nom collectif ;
- les sociétés en commandite simple pour les seuls commandités ;
- les sociétés civiles, sociétés civiles de moyens, sociétés civiles de construction et sociétés civiles professionnelles ;
- les sociétés en participation, sociétés de fait et indivisions constitutives d'une société de fait ;
- certaines sociétés de capitaux : les sociétés à responsabilité limitée (SARL) « de famille » et les sociétés anonymes et sociétés par actions simplifiées lorsqu'elles ont opté pour le régime fiscal des SdP (transparence et imposition à l'IR) dans les conditions prévues par l'article 239 *bis* AB du CGI ;
- les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée dont l'associé unique est une personne physique ;
- les exploitations agricoles à responsabilité limitée et divers groupements agricoles ;
- les groupements d'intérêt économique et les groupements d'intérêt public ;
- les groupements de coopération sanitaire et de coopération sociale et médico-sociale ;
- les copropriétés de navires ;
- et diverses sociétés immobilières.

B. LES PRINCIPES DE DÉTERMINATION ET D'IMPOSITION DU RÉSULTAT

L'imposition selon le mécanisme de semi-transparence ou de transparence implique trois étapes complexes, compte tenu de l'interdépendance de la société et de ses associés et des régimes distincts auxquels sont éventuellement soumis ces derniers.

1. La détermination du régime d'imposition du résultat

En application des dispositions de l'article 238 *bis* K du CGI, la détermination du régime d'imposition de la quote-part de résultat réalisée par une SdP dépend de la nature de l'activité et du montant des recettes de la SdP, et dans certains cas de la nature et du montant des recettes de l'associé.

Ainsi, lorsque les parts de la SdP sont détenues par des personnes physiques, par une entreprise exerçant une activité BNC ou par une entreprise soumise au régime du « micro BIC », la quote-part de résultat revenant à l'associé est déterminée **en fonction de l'activité et du montant des recettes de la SdP**.

En revanche, lorsque les droits sociaux de la SdP sont inscrits à l'actif d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole dont les résultats sont imposables de plein droit selon un régime réel d'imposition, ou d'une personne morale passible de l'IS, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée **selon les règles applicables à l'associé**^{67(*)}, quelle que soit l'activité de la SdP, indépendamment du fait que cette activité soit accessoire ou non à celle de l'associé.

Un **dispositif anti-abus** (deuxième alinéa du I de l'article 238 *bis* K du CGI), introduit en 1991, est prévu dans le cas où les droits sociaux de la SdP sont inscrits à l'actif d'une société ou d'un groupement agricole qui ne relève pas de plein droit d'un régime réel d'imposition, ou d'une SdP de gestion patrimoniale susceptible de faire « écran ». Dans ces deux cas, la part de bénéfice de la SdP est déterminée **selon les règles applicables en matière d'IS**, sauf exception.

Cette détermination du résultat peut se révéler très complexe puisque la SdP peut comprendre des associés relevant des deux cas de figure et de différents régimes, mais aussi exercer concomitamment des activités professionnelles relevant de différentes catégories. Ces situations impliquent des **règles de rattachement et d'« attraction fiscale » des revenus**, prévues par les articles 75 et 155 du CGI. Ainsi :

- une activité BA ou BNC exercée **dans le prolongement direct** d'une activité BIC relève des règles applicables aux BIC ;

- une activité BIC ou BNC **réputée accessoire** - c'est-à-dire générant des recettes inférieures à 30 % des recettes globales et à 50 000 euros - à une activité BA peut relever sur option des règles BA ;

- en revanche, une activité BIC ou BA **directement liée** à une activité BNC et exercée dans son prolongement n'est en principe pas rattachée à la catégorie des BNC. Toutefois, la doctrine administrative (notamment l'instruction 5-E-3-04 du 18 août 2004) prévoit cette possibilité sous certaines conditions.

Lorsque la SdP exerce à la fois des **activités professionnelles et patrimoniales**, les revenus patrimoniaux sont imposés selon des modalités spécifiques :

- les SdP qui ont une activité BNC ne retiennent dans le résultat professionnel que les revenus et les charges issus des actifs ayant un lien étroit avec l'activité ;

- les SdP qui ont une activité relevant des BA ou BIC peuvent inclure dans les revenus professionnels les revenus des actifs mobiliers ou immobiliers inscrits à leur bilan et déduire les charges y afférentes, par assimilation et en application de la « **théorie du bilan** », construction jurisprudentielle née de l'interprétation du 2 de l'article 38 du code général des impôts, relatif à la détermination du bénéfice imposable^{68(*)}.

La théorie du bilan

Les **entrepreneurs individuels** soumis à un régime réel d'imposition et relevant des BIC ou des BA, peuvent librement inscrire à l'actif de leur bilan l'ensemble de leurs biens, qu'ils soient ou non affectés à l'exercice de leur activité. Ce principe cardinal de **liberté d'affectation comptable**, communément appelé « théorie du bilan », résulte d'une jurisprudence ancienne et constante du Conseil d'Etat (CE, 24 mai 1967). Il permet à l'entrepreneur individuel de **choisir le régime fiscal d'un bien non utilisé par nature à son activité**.

Les conséquences fiscales en sont importantes puisque l'écriture comptable, et non pas la nature du bien, détermine le régime fiscal applicable. Cette liberté demeure naturellement encadrée par les principes du droit comptable et la notion d'acte anormal de gestion.

L'affectation d'un bien ou immeuble au patrimoine professionnel permet ainsi la déduction des charges de propriété, telles que les amortissements et intérêts d'emprunt, et l'application du régime des plus-values et moins-values professionnelles en cas de cession du bien, qui peut s'avérer plus favorable que le régime des plus-values des particuliers compte tenu des différents dispositifs d'exonération des plus-values professionnelles.

Cette liberté d'affectation existe également pour les sociétés de personnes. Elle se conjugue à la faculté pour l'associé personne physique qui exerce par ailleurs une activité en propre, de pouvoir inscrire ses parts à l'actif de son bilan, ce qui lui permet de rattacher sa quote-part de bénéfice dans la SdP à son bénéfice professionnel (BA ou BIC) et de l'imposer comme tel, quelle que soit la nature de l'activité de la société.

Des **faits générateurs distincts** (date de réalisation, fin de l'année civile ou clôture de l'exercice fiscal) sont également prévus selon les cédules de l'impôt sur le revenu et peuvent coexister au sein d'une même structure. Dans ce cas :

- lorsqu'une SdP exerce une activité BNC et perçoit par ailleurs des revenus patrimoniaux, dès lors que la théorie du bilan ne s'applique pas aux activités non commerciales, les revenus relevant de cédules distinctes et les faits générateurs doivent être traités distinctement ;

- lorsqu'une SdP exerce une activité BIC et perçoit des RCM, la règle favorable de « l'extourne » (*cf. infra*) permet de distinguer les RCM du BIC, y compris pour les faits générateurs.

2. La répartition du résultat et l'imposition des associés

L'intégralité du résultat, qu'il soit ou non distribué, est **répartie entre les associés** au prorata de leurs droits, sous réserve d'aménagements conventionnels, en intégrant les rémunérations et avantages particuliers accordés à chaque associé par la société.

Les résultats réalisés par la SdP sont enfin **imposés entre les mains de chacun des associés**, selon les règles qui lui sont propres et diffèrent selon qu'il s'agit d'un exploitant individuel relevant des BIC, des BNC ou des BA, d'une personne physique agissant en tant que simple apporteur de capitaux (associé passif) ou exerçant son activité professionnelle au sein de la société (associé actif), ou encore d'une société soumise à l'IS. La quote-part de résultats imposables peut faire l'objet de retraitements, en particulier la déduction de charges personnellement exposées pour les associés personnes morales et les associés actifs, puis est intégrée aux revenus personnels de l'associé.

Les règles de « tunnellation » propres à chaque cédule de l'IR s'appliquent - sauf conversion de certains bénéficiaires par application de la théorie du bilan -, et la règle de l'extourne permet

d'imposer les RCM de la société dans la catégorie des RCM et non pas dans celle des BA ou des BIC. Des exonérations sont le cas échéant appliquées et l'impôt est liquidé.

C. LES FAILLES DU RÉGIME FISCAL DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

La complexité et l'originalité du régime fiscal des SdP, ainsi que sa faible compatibilité avec certains régimes dérogatoires propres à l'IS qu'acquittent les associés sociétés de capitaux et avec le droit conventionnel ou le droit applicable aux entités transparentes étrangères, conduisent à des **situations non souhaitées de « frottements fiscaux » ou au contraire d'optimisation et de double exonération de revenus.**

1. Les « frottements fiscaux » en droit interne

a) En matière d'impôt sur les sociétés

En application du régime des SdP, la quote-part de bénéfices revenant à un associé soumis à l'IS est déterminée selon les règles afférentes à cet impôt. Toutefois, **certaines règles de l'IS ne sont pas applicables**, dès lors que les SdP, même détenues par des associés soumis à l'IS, ne sont pas elles-mêmes placées dans le champ de cet impôt. Ainsi en est-il :

- du **régime des sociétés mères**, auquel les dividendes reçus par une SdP ne sont pas éligibles, quand bien même le résultat de la SdP serait imposé à l'IS dans le chef de personnes morales soumises à cet impôt ;

- du **régime d'imposition prévu à l'article 210 E** du code général des impôts, au taux réduit de 19 %, des plus-values réalisées lors de la cession d'actifs immobiliers à certaines sociétés foncières^{69(*)} (SIIC, SPPICAV ou leurs filiales) ;

- du **régime des groupes intégrés** prévu aux articles 223 A à 223 U. Il en résulte notamment, d'une part, qu'il n'est pas possible d'inclure dans un groupe les filiales détenues à au moins 95 % par l'intermédiaire d'une société de personnes, et d'autre part, que les quotes-parts de résultats imposées dans le chef d'associés soumis à l'IS ne peuvent pas bénéficier des mesures de neutralisation propres au régime de groupe, alors même que ces quotes-parts de résultats peuvent inclure des éléments ayant pour origine une filiale intégrée.

b) Des obstacles à la constitution de fiducies sûretés

Le régime fiscal de la fiducie s'inspire des règles applicables aux sociétés de personnes, dans le sens de la **transparence** fiscale puisque les revenus sont imposables au nom du constituant.

Dès lors, il résulte directement des règles exposées ci-dessus que la mise en fiducie de titres fait face à de réels **obstacles**. C'est en particulier le cas de la fiducie « **sûreté** », lorsque le constituant place en fiducie les titres de l'une de ses filiales de façon à garantir un emprunt, tout en conservant en vertu du contrat de fiducie le contrôle de sa filiale (droits de vote) et les droits financiers (droit à dividendes).

Alors même que la constitution de la fiducie-sûreté n'entraîne en pratique aucun changement dans les relations entre la société mère et sa filiale, **les dividendes perçus à raison de ces titres ne peuvent plus bénéficier du régime mère-filles** et la filiale ne peut plus être membre du groupe d'intégration fiscale formé par la mère.

c) L'absence de régime spécifique pour les fusions de sociétés de personnes

Les sociétés imposables à l'IS bénéficient d'un **régime spécial des fusions, scissions et apports partiels** d'actifs, prévu à l'article 210 A du code général des impôts. Les opérations sont considérées comme intercalaires, de sorte que le régime permet de ne pas imposer les plus-values réalisées sur des actifs non amortissables, d'imposer de manière étalée celles sur des actifs amortissables, et de surseoir à l'imposition de la plus-value constatée à raison de l'échange de titres des associés.

Sauf dans le cas des restructurations des sociétés civiles professionnelles (article 151 *octies* A), un tel régime n'existe pas pour les SdP, sauf à ce qu'elles optent pour leur assujettissement à l'IS. En conséquence, les restructurations de SdP entraînent **l'imposition immédiate des plus-values latentes sur l'ensemble des actifs**, alors même que ces restructurations ne génèrent aucune liquidité permettant à l'actionnaire de s'acquitter de cet impôt.

d) L'impossibilité pratique d'opter pour l'atténuation conditionnelle

Le changement d'activité ou d'objet social d'une société relevant du régime des SdP ou soumise à l'IS entraîne en principe les conséquences de la cessation d'entreprise, avec taxation de l'ensemble des plus-values latentes. Toutefois, **il est possible de surseoir à cette imposition par le dispositif dit de « l'atténuation conditionnelle »**, à la double condition que les écritures comptables ne soient pas modifiées et que l'imposition de ces plus-values demeure possible dans le nouveau régime fiscal.

Or l'existence de certains régimes d'exonération, d'abattement ou de taxation au taux de 0 %, à l'IS (par exemple pour les cessions de titres de participation) ou à l'IR (abattements pour durée de détention, exonération pour départ à la retraite), rend impossible la taxation ultérieure des plus-values dans de nombreuses situations. L'option pour l'atténuation conditionnelle ne peut donc être exercée et la taxation des plus-values latentes est immédiate.

Ce frottement fiscal est de nature à **dissuader certaines restructurations** qui prennent la forme d'un changement de forme juridique et de régime fiscal.

2. Les « frottements fiscaux » en droit international

a) La situation d'origine

Le traitement fiscal à accorder aux revenus provenant ou versés à des entités étrangères est déterminé, en France comme dans les autres Etats, en **analysant les similitudes de ces entités avec les entités comparables au plan interne**. Ce principe d'assimilation conduit la plupart des Etats à assimiler les entités qualifiées de transparentes à l'étranger aux entités transparentes existant dans leur droit interne.

Cependant lorsque la conception française de la translucidité prévaut, la technique de l'assimilation **aboutit à considérer la SdP étrangère, et non ses associés, comme bénéficiaire du revenu**. La jurisprudence née des arrêts du Conseil d'Etat « *Société Kingroup Inc.* » du 4 avril 1997 (n° 144211), et « *Hubertus AG* » du 9 février 2000 (n° 178389) a ainsi confirmé que **la SdP française a la personnalité fiscale et est le sujet d'imposition**, ce qui implique une taxation en France de ses membres, qu'ils soient ou non résidents fiscaux, à hauteur de leur quote-part des résultats de l'exploitation.

L'arrêt « *Société Kingroup Inc.* » du 4 avril 1997

Une société canadienne, Kingroup, était membre d'un groupement d'intérêt économique qui percevait des redevances de source française. L'administration fiscale française a assujéti la société à l'IS à raison de sa participation dans le GIE pour la part de ses bénéfices correspondant à l'activité exercée en France. Kingroup a saisi la justice française en faisant valoir que le GIE était une société translucide et était donc fiscalement réputé ne pas exister. Kingroup demandait ainsi à bénéficier des dispositions de la convention franco-canadienne en matière d'impôt sur le revenu, comme si elle avait perçu directement les revenus.

Le Conseil d'Etat a cependant donné raison à l'administration fiscale, en considérant que les sociétés ou groupements soumis en France au régime des sociétés de personnes ont une **personnalité fiscale distincte de celle de leurs associés**. Ces entités constituent donc des sujets d'imposition dès lors qu'elles sont considérées comme des résidentes fiscales. Il en résulte que les bénéfices tirés de l'exploitation de leurs activités exercées en France sont

imposables en France, entre les mains des membres de l'entité, à proportion de leurs droits dans celle-ci, et ce **même s'ils sont non résidents**.

Cette conception de la société de personnes n'a pas d'équivalent chez nos partenaires étrangers. Il peut en résulter des situations de **double imposition**, dans la mesure où un même revenu peut être imposé une première fois dans le chef de la SdP et une seconde fois dans celui de ses associés.

Or **les conventions fiscales ne peuvent contribuer à éliminer ces doubles impositions**. Leur bénéfice est, en effet, réservé aux résidents, effectivement soumis à l'impôt au plan national. Dès lors, en présence d'une SdP étrangère dont la France ne reconnaît pas la transparence, ni la société, ni ses associés ne peuvent bénéficier des conventions fiscales d'éviction de la double imposition : la première parce qu'elle n'est pas soumise à l'impôt, les seconds parce qu'ils ne perçoivent les revenus que de manière indirecte.

Cette situation, qui peut aussi inciter à mettre en place des schémas de double exonération (*cf. infra*), peut être illustrée par l'exemple suivant. Une personne physique, résidente française et associée d'une SdP étrangère transparente non assujettie à l'impôt à son niveau, perçoit un dividende de source française par l'intermédiaire de cette société. Dans un premier temps, le versement du dividende à la SdP étrangère fait l'objet de la **retenue à la source de 25 %** prévue par l'article 119 *bis* du CGI, sans application des taux conventionnels de retenue à la source. Dans un second temps, **l'associé français est soumis à l'IR**, dans la catégorie des RCM, sur le revenu qu'il perçoit de l'entité étrangère, sans possibilité d'imputer la retenue à la source d'amont.

b) Les aménagements apportés

Ce régime a été aménagé à la marge afin que les **revenus versés à ou provenant de SdP étrangères** bénéficient des avantages conventionnels. On peut distinguer trois étapes :

- le Conseil d'Etat a admis, dans une **décision « Diebold Courtage » du 13 octobre 1999**, la transparence fiscale d'une **SdP étrangère**, dans le contexte de l'application de la convention fiscale franco-néerlandaise aux revenus de source française perçus par un résident néerlandais au travers d'une société néerlandaise dénuée de personnalité juridique ;

- la transparence des « *partnerships* » a ensuite été reconnue dans le cadre de **nouvelles conventions** ou d'avenants signés avec l'Australie le 20 juin 2006, le Japon le 12 janvier 2007, le Royaume-Uni le 19 juin 2008 et les Etats-Unis le 13 janvier 2009 ;

- **l'instruction fiscale 4 H-5-07 du 29 mars 2007** a enfin reconnu, sous certaines conditions, l'éligibilité des associés non-résidents d'une SdP étrangère aux avantages conventionnels s'agissant des dividendes, intérêts et redevances de source française.

L'instruction fiscale BOI 4 H-5-07 du 29 mars 2007

Par une décision « *Diebold Courtage* » du 13 octobre 1999, le Conseil d'Etat a accepté de rechercher si les associés d'une société de personnes néerlandaise, dépourvue de la personnalité juridique et fiscalement transparente, avaient la qualité de résidents des Pays-Bas et pouvaient, à ce titre, bénéficier des dispositions de la convention fiscale franco-néerlandaise au titre des redevances perçues *via* la société de personnes.

A la lumière de cette décision, lorsqu'une société de personnes est considérée comme fiscalement transparente dans l'Etat où elle est constituée, **l'administration fiscale française accepte désormais, sous certaines conditions** et aux fins d'application des conventions fiscales à certains revenus de source française (dividendes, intérêts et redevances), **de tirer les conséquences de ce caractère transparent**, y compris lorsque

la société est dotée de la personnalité morale.

Ainsi, lorsque ces revenus de source française bénéficient à des associés non-résidents de France d'une société de personnes étrangère, les associés sont éligibles au bénéfice de la convention fiscale s'ils sont résidents d'un Etat avec lequel la France a conclu une convention comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale et si la société de personnes étrangère transparente est elle-même située dans un Etat avec lequel la France a conclu une convention comportant une telle clause.

Lorsque cette dernière condition est satisfaite, la transparence fiscale de la société de personnes étrangère est également admise pour l'application des retenues à la source et du prélèvement forfaitaire obligatoire aux dividendes, redevances et intérêts de source française qui bénéficient à ses associés résidents de France.

Le traitement des autres revenus n'est pas affecté par cette instruction. Sous réserve de stipulations conventionnelles spécifiques, elle n'inclut pas les OPCVM, les fonds de pension, ni les structures ou arrangements tels que les fondations de famille et les trusts.

Source : page de présentation de l'instruction fiscale

En revanche, des situations de double imposition peuvent encore se présenter pour :

- les associés **non résidents** d'une SdP **française** sur des revenus de source étrangère qui ne font que transiter par cette SdP, ou d'une SdP étrangère sur des revenus non passifs (ou des revenus passifs non couverts par une convention) de source française ;

- inversement, les associés **résidents** d'une SdP **étrangère** sur des revenus de source française, ou des revenus de source étrangère qui transitent par la SdP sans imputation de la retenue à la source pratiquée par l'Etat d'origine.

Les modalités d'imposition sur le territoire français et le traitement conventionnel n'ont pu être adaptés, car ils ne peuvent se concevoir de manière indépendante des modalités d'imposition des revenus transitant par une SdP française. **Le caractère limité de ces ouvertures tient à la difficulté de reconnaître les effets d'un régime étranger qui n'a pas d'équivalent dans notre droit interne, et justifie donc une réforme globale.**

3. Les facultés d'optimisation en droit interne et à l'international

a) En droit interne

Compte tenu de son caractère optionnel, **la théorie du bilan (cf. supra) induit par nature des comportements optimisants** puisque le contribuable peut décider d'inscrire à son patrimoine professionnel un bien qui n'est pas utile à son activité, au seul motif que la fiscalité résultant de ce choix s'avère plus avantageuse. Il en est notamment ainsi pour les **biens purement patrimoniaux**, tels que les immeubles, véhicules ou valeurs mobilières sans aucun rapport avec l'activité de l'entreprise.

En pratique, l'administration fiscale ne peut déterminer, à partir des déclarations, les biens que les entrepreneurs individuels inscrivent à leur actif et qui bénéficient, du fait de cette « fiction », d'un avantage fiscal. Quand bien même ces biens seraient identifiés dans la déclaration, **l'administration fiscale ne serait pas en mesure d'apprécier l'avantage fiscal obtenu par l'entreprise**, car il implique de comparer la fiscalité professionnelle appliquée au bien à la fiscalité patrimoniale et ce, sur toute la période de détention du bien dans le patrimoine professionnel, c'est-à-dire jusqu'à son éventuelle cession.

De même, **la théorie du bilan permet de « dénaturer » et « détunnelliser » des revenus** par imposition de la quote-part de résultat d'une SdP filiale dans la catégorie des

BIC, quand bien même les revenus de la SdP n'auraient pas cette nature. L'effet peut être très optimisant lorsque cette dénaturation conduit à **transformer un déficit BA**, dont le montant imputable sur le revenu global est limité, **en déficit BIC dont l'imputabilité n'est pas limitée**, conformément à la jurisprudence « *Laffort* » du 7 août 2008.

L'arrêt Laffort du 7 août 2008

Un couple était propriétaire d'une SARL soumise à l'IR, qui exerçait une activité de marchand de biens. Celle-ci détenait des parts dans une société civile agricole et dans une société civile d'exploitation agricole qui toutes deux exploitaient un domaine viticole. Les deux sociétés agricoles avaient réalisé des résultats déficitaires. La SARL a donc déclaré dans la catégorie des BIC un résultat intégrant celui qu'elle avait tiré de ses propres activités de marchand de biens et celui correspondant à sa quote-part dans le capital des deux sociétés civiles. L'administration fiscale a remis en cause l'imputation des déficits agricoles sur le revenu global du couple propriétaire de la SARL. **Elle a ainsi opposé aux contribuables l'article 156 du CGI**, qui prévoit que ne peuvent être imputés sur le revenu global les déficits provenant d'exploitations agricoles lorsque le total des revenus nets d'autres sources excède un seuil déterminé qui, en l'espèce, était dépassé.

Le Conseil d'Etat a cependant donné raison aux contribuables en considérant que « *dès lors que les parts détenues dans des sociétés sont inscrites au bilan d'une société ayant une activité commerciale, imposable dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux, les revenus liés à la détention de ces parts relèvent de la catégorie des BIC et sont déterminés selon les règles applicables aux bénéfices réalisés par l'entreprise qui détient ces droits* ».

Ainsi l'article 156 du CGI ne pouvait être opposé aux contribuables et le résultat déficitaire des entreprises pouvait au contraire être imputé sans limitation sur le revenu global des associés.

La **règle doctrinale dite de « l'extourne »**, liée à la théorie du bilan, peut également faciliter les optimisations. Les RCM perçus par une SdP sont inclus dans le résultat de la société et imposés dans le chef des associés. Lorsque la société exerce une activité relevant des BIC ou des BA, ces revenus devraient en principe être imposés en tant que BIC ou BA, en application de la théorie du bilan. La règle de l'extourne permet toutefois aux associés personnes physiques de **déqualifier ces revenus pour qu'ils soient imposés dans la catégorie des RCM**. Ce régime peut être très favorable, car les **charges financières** liées à ces revenus (pour l'acquisition ou la conservation de titres) ne sont pas soumises au parallélisme de l'extourne et demeurent **déductibles** du revenu, dans la catégorie des BIC ou des BA.

La réforme entend mettre fin à cette incohérence avec la suppression de la théorie du bilan (*cf. infra*).

De même, les **époux coexploitants** dans une entreprise individuelle ou dans une SdP dont l'activité relève des BA bénéficient d'un régime favorable. Ils sont en effet assimilés à **deux associés distincts** pour l'appréciation des seuils de chiffre d'affaires retenus dans le régime d'exonération des plus-values professionnelles, prévu à l'article 151 *septies* du CGI. Cette interprétation optimisante n'apparaît pas cohérente au regard des règles concernant les autres catégories d'entrepreneurs individuels ; la réforme propose donc d'y remédier.

b) Dans un environnement international

En l'état actuel du droit, les SdP étrangères transparentes dont la responsabilité des associés est limitée sont assimilées en France à des sociétés de capitaux, donc « opaques ». Les revenus de source non française perçus par les **associés résidents de France** de telles sociétés sont imposés en France dans la catégorie des revenus de valeurs mobilières émises

hors de France et revenus assimilés, en application du 2° de l'article 120 du CGI. Ces revenus ne sont cependant imposés que lorsqu'ils sont **effectivement appréhendés par l'associé**.

En l'absence de reversement par la structure étrangère à ses associés, les revenus de ces sociétés de personnes ne sont donc pas imposés en France. Compte tenu du régime de transparence fiscale qui leur est applicable, ces revenus ne sont pas non plus imposés dans l'Etat de constitution de celles-ci lorsqu'ils ne s'y rattachent pas à l'activité d'un établissement stable de leurs associés. **Ces revenus peuvent donc bénéficier d'une double exonération.**

L'inflexion plus marquée vers un régime de transparence, telle que prévue par la réforme, doit permettre de ne plus subordonner l'imposition de ces revenus à une décision de distribution par la structure étrangère au profit des associés. Elle conduit à imposer les associés résidents de France, dès la perception des revenus par la SdP étrangère, dès lors que ces revenus seront **réputés appréhendés directement par les associés à cette même date**. Les revenus seront donc imposés même s'ils ne sont pas effectivement versés aux associés résidents, mettant fin à des situations potentielles de double exonération.

D. LES RÉGIMES APPLICABLES DANS LES PRINCIPAUX PAYS

Ainsi que l'expose l'encadré ci-après, les régimes applicables chez certains des principaux partenaires économiques de la France présentent des similitudes, en particulier la transparence fiscale généralement reconnue aux sociétés de personnes et le principe d'une déclaration distincte de ces sociétés.

Régime des sociétés de personnes applicable en Allemagne, en Belgique, aux Etats-Unis, en Italie, au Luxembourg et au Royaume-Uni

1 - Allemagne

Les sociétés de personnes allemandes n'ont pas de personnalité morale et sont fiscalement transparentes. Chaque associé est donc imposé sur la part de bénéfice qui lui revient et est redevable à ce titre de l'impôt. Ces règles concernent :

- la société civile (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*) ;
- la société en nom collectif (*Offene Handelsgesellschaft*) ;
- la société en commandite simple (*Kommandit Gesellschaft*). La *Kommandit Gesellschaft* est une société à commandite simple fiscalement transparente, possédant des associés commandités, personnellement et indéfiniment responsables, et des associés commanditaires, responsables à hauteur de leurs apports ;
- la société tacite (*Stille Gesellschaft*).

2 - Belgique

Les sociétés dépourvues de personnalité juridique (sociétés civiles et sociétés dites « momentanées ») sont **transparentes**.

Le droit fiscal belge détermine les modalités de l'imposition suivant la nature de l'activité sociale et la limitation de la responsabilité des associés. Ainsi, si les associés d'une société civile réalisent un apport immobilier, l'absence de personnalité juridique a pour conséquence que les associés restent propriétaires de l'immeuble. Les revenus restent donc, en fonction de leur source, des revenus fonciers imposés en tant que tels entre les mains des associés.

3 - Etats-Unis

Jusqu'en 1995, les services fiscaux américains devaient procéder à l'étude des statuts et des

modalités de fonctionnement des entités domestiques comme étrangères afin de déterminer si celles-ci devaient être considérées, pour l'application de l'impôt américain, comme des entités opaques (sociétés de capitaux) ou transparentes (« *partnerships* » et « *S corporations* »).

Les entités qui se déclaraient transparentes pouvaient ainsi être requalifiées par les services de l'IRS et être imposées comme des sociétés de capitaux dès lors qu'elles en présentaient les caractéristiques et remplissaient au moins trois des quatre conditions suivantes : une existence continue, une direction centralisée, une responsabilité limitée aux actifs et une libre-transférabilité des titres.

L'administration a néanmoins constaté que les critères énoncés devenaient inopérants dès lors que de nombreux Etats fédérés permettaient désormais aux *partnerships* et autres entités constituées de fait de posséder des caractéristiques jusqu'à présent réservées aux sociétés de capitaux.

Cette distinction a donc été supprimée au profit d'une simple **option** pour un statut ou un autre.

S'agissant des entités **américaines**, le principe est le suivant : l'option est ouverte aux entités non dotées de la personnalité morale qui ont au moins deux associés et dont l'objectif est de réaliser des bénéfices et de les partager. Une telle entité peut opter pour un régime de société de capitaux dès lors qu'elle déclare remplir au moins trois des quatre conditions déjà énoncées. Certaines entités conservent cependant la forme qui leur est donnée par la loi : les *partnerships cotés* sont ainsi imposables comme des sociétés de capitaux.

Si une entité opte pour un régime fiscal donné, elle ne pourra opter pour un traitement différent avant un délai de soixante mois à compter de la date de prise d'effet de l'option initiale.

Les entreprises ayant un associé unique ne peuvent être assimilées à des *partnerships*. Si elles ne présentent pas les caractéristiques des sociétés de capitaux, elles peuvent opter pour le régime fiscal des sociétés de capitaux ; à défaut elles ne sont pas regardées comme indépendantes de la personne qui les exploite.

En ce qui concerne les entités **étrangères**, certaines entités sont automatiquement considérées comme des sociétés de capitaux ; ce sont celles dont la forme est reprise sur une liste établie par l'IRS dans sa *Regulation* §301.7701-2(b) (8) (Tel est le cas des SA françaises notamment). En revanche, **les entités qui ont adopté une forme non reprise dans cette liste peuvent opter pour une imposition en tant que *partnership* ou société de capitaux**. Les entités étrangères dont tous les membres ont une responsabilité limitée sont généralement considérées comme des sociétés de capitaux ; celles dont l'un ou plusieurs membres ont une responsabilité illimitée sont généralement considérées comme des *partnerships*.

Plus précisément, le ***limited partnership***, qui rassemble des « *limited partners* » et des « *general partners* », **bénéficie, sauf option contraire, de la transparence fiscale, même pour la part revenant aux « *limited partners* ».** **La *limited liability company* constitue, quant à elle, une exception à ces principes** : il s'agit d'un *limited partnership* dans lequel il n'y a que des associés dont la responsabilité est limitée à leurs apports et qui bénéficie néanmoins de la transparence fiscale.

Lorsque l'option pour le régime de la transparence fiscale est levée, l'entité est transparente et n'est pas redevable de l'impôt en tant que tel. Elle est toutefois soumise à une **obligation déclarative** et le total du revenu imposable est calculé à son niveau (déclaration K). Les revenus de l'entité, de même que les plus-values, pertes et crédits sont ensuite répartis entre les membres à la fin de chaque année fiscale en fonction de leurs parts respectives. Cette

répartition figure sur une annexe de la déclaration (déclaration K1), une copie étant transmise à chaque associé.

4 - Italie

Les sociétés de personnes sont la société simple (*Società semplice*), la société en nom collectif (*Società in nome collettivo*) et la société en commandite simple (*Società in accomandita semplice*).

Bien que les sociétés de personnes soient dépourvues de la personnalité juridique, elles sont tenues de respecter les obligations comptables et déclaratives. Elles doivent établir une déclaration de revenus et déterminer la quote-part de revenus attribuée à chaque associé. **Seul l'associé de la société de personnes est redevable de l'impôt.**

5 - Luxembourg

Les sociétés de personnes - soit les sociétés en nom collectif (SENC), les sociétés en commandite simple (SCS), les sociétés coopératives et les sociétés civiles (SC) - n'ont pas la personnalité juridique et sont fiscalement **transparentes**. Elles effectuent une déclaration fiscale qui indique le revenu total réalisé par la société. Ensuite, elles communiquent à chaque associé le montant de sa quote-part individuelle dans une déclaration séparée. L'impôt est alors établi au nom de chaque associé.

6 - Royaume-Uni

Les sociétés de personnes (*ordinary partnerships*, sociétés en nom collectif, *limited partnerships*, sociétés en commandite simple...) sont fiscalement transparentes, **y compris les *limited liability partnerships*** (très fréquents dans les secteurs du conseil et de la finance), bien que la responsabilité des membres soit limitée à leurs apports.

Ces sociétés ont l'obligation d'établir une déclaration de revenus qui permet de déterminer le bénéfice imposable et d'attribuer à chaque associé sa quote-part de bénéfice. Chaque associé sera imposé sur sa quote-part de bénéfice et est redevable, à ce titre, de l'impôt.

Source : direction de la législation fiscale

II. LES PRINCIPES ET LE CHAMP DE LA RÉFORME PROPOSÉE

A. LA « TRANSPARENCE RATIONALISÉE »

Compte tenu des « frottements fiscaux » et des optimisations créées par l'actuel régime fiscal des sociétés de personnes, le Gouvernement a souhaité présenter une réforme ambitieuse tendant à le refondre. Les évaluations préalables annexées au présent projet de loi de finances rectificative indiquent que trois options étaient ouvertes pour conduire cette réforme :

- généraliser **l'impôt sur les sociétés aux SdP (opacité fiscale)** : le Gouvernement n'a pas souhaité la retenir du fait « **de conséquences fiscales lourdes pour certaines formes d'exploitation ou d'investissement fondées sur l'appréhension par les associés des résultats imposables de la société** ». Il cite notamment l'exemple des associés personnes physiques qui exploitent leur activité professionnelle au travers d'une SdP (professions libérales, agriculteurs, etc.) ;

- opter pour la « **transparence pure** » **des SdP** : là encore, cette option a été abandonnée pour une **raison de principe** et une **raison pratique**. D'une part, la transparence revient à nier la personnalité juridique de la SdP et la relative autonomie dont peuvent jouir certaines d'entre elles par rapport à leurs associés. D'autre part, cette solution serait un facteur d'une lourdeur administrative en termes de déclarations fiscales puisque chaque associé devrait alors effectuer une déclaration de résultat en lieu et place de la SdP. Le contrôle fiscal en

serait considérablement alourdi puisqu'il nécessiterait de contrôler chaque associé pour obtenir la vision globale de l'activité de la SdP ;

- le Gouvernement a donc **opté pour une « transparence rationalisée »**. Elle consiste à **« conserver les acquis du principe de la translucidité fiscale, tout en rapprochant cette translucidité du concept de transparence. Cette option est certes complexe mais elle permet de préserver les schémas d'exploitation ou d'investissements actuels et d'éliminer dans une large mesure les principales difficultés actuellement identifiées au titre du régime des [SdP], ces difficultés étant liées à une application trop limitée et incohérente de la translucidité »**.

A ce titre, certaines parties prenantes à la consultation publique organisée en mai 2010 ont **regretté que le régime proposé ne participe pas d'un rapprochement exact avec les régimes existant dans d'autres Etats fondés sur la transparence fiscale**. Le Gouvernement estime que la réforme proposée aboutit à **« un traitement équivalent, les divergences relevant essentiellement des obligations déclaratives »**.

Au final, le régime proposé par le Gouvernement n'est pas nécessairement plus simple - loin de là - mais il serait **plus lisible pour les investisseurs étrangers**, car conceptuellement plus proche des régimes qu'ils connaissent.

B. LES PRINCIPES ET LE CHAMP DE LA RÉFORME

Le nouvel article 239-0 B du CGI proposé dans le texte initial du Gouvernement établit le **principe de la transparence** des SdP et dispose que **« les opérations d'une entité transparente sont réputées avoir été réalisées, à proportion de ses droits dans l'entité, par chacun des associés, y compris lorsque l'entité est établie à l'étranger »**.

L'**impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés** sont seuls concernés par la réforme.

Celle-ci s'applique aux mêmes sociétés que celles relevant de l'actuel régime de translucidité. En revanche, le texte proposé **visé également les fiducies et les indivisions** ainsi que les **« sociétés et entités étrangères bénéficiant dans leur Etat [...] d'un régime juridique et d'un régime fiscal équivalents »** à ceux des entités françaises visées par le texte, toutefois **« pour les revenus, bénéfiques ou plus-values de source française, cette disposition n'est applicable qu'aux sociétés et entités constituées dans un Etat membre de l'Union européenne ou un Etat [...] ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et n'étant pas non coopératif »**.

Les principes de la transparence sont donc transposés aux associés non résidents de SdP françaises ou d'associés résidents de sociétés étrangères.

Schématiquement, **le présent article a deux objets** :

- **lever les difficultés créées par le régime actuel** (non application du régime des sociétés mères ou de l'intégration fiscale, double imposition, double exonération, etc.) ;
- **supprimer les facultés d'optimisation ouvertes par le droit existant**.

Ces deux piliers **ont vocation, d'après le Gouvernement, à s'équilibrer en termes budgétaires**. Le premier serait **coûteux et profiterait surtout à des associés non résidents** pour lesquels l'attractivité du territoire serait renforcée. Le second serait **vertueux et pénaliserait d'abord les associés résidents**.

Néanmoins, **aucun élément chiffré n'a pu être établi**, le Gouvernement reconnaissant que les données déclaratives actuelles des SdP ne permettent pas d'extrapoler les conséquences budgétaires de la réforme.

C. LA NEUTRALISATION DE LA THÉORIE DU BILAN

La théorie du bilan exposée plus haut s'accorde avec **un principe de liberté d'affectation comptable**, que le professeur Maurice Cozian qualifie de « **principe de pagaille** » tant il a permis « *d'autoriser des choix cocasses, contraires à la nature des choses* ». Ainsi, un entrepreneur exerçant son art dans la fabrication et la vente en gros d'appareils électriques a pu inscrire à son bilan l'achat d'un navire destiné à l'exploration pétrolière (les charges afférentes à l'armement du navire étant prises en charge par l'entreprise réduisant d'autant son bénéfice imposable)^{70(*)}.

Le Gouvernement entend revenir sur ce principe d'affectation comptable de sorte qu'un déficit BIC ne puisse être imputé que sur un bénéfice BIC, un déficit foncier sur un bénéfice foncier et de même pour les autres types de revenus. Il s'agit de **renforcer la règle de la « tunnelisation »** : un **déficit s'impute sur un bénéfice de même nature**.

En soi, cette correction de la théorie du bilan est **indépendante** de la réforme du régime fiscal des SdP puisqu'elle **concerne tous les entrepreneurs individuels**. Elle ne fait que **rétroagir sur les associés de SdP**, dont l'activité principale serait différente de celle de la SdP (par exemple, un commerçant retirant un revenu foncier d'une SCI).

Ainsi, le projet de texte initial proposé par le Gouvernement consolide le droit applicable en la matière en intégrant notamment des éléments de jurisprudence et de doctrine administrative. Le B et les 1° et 2° du C du présent article ont été repris à l'identique par l'Assemblée nationale et constituent le I, II et III du présent article dans la version transmise au Sénat.

Le I du présent article (B du I dans le texte du Gouvernement) refond l'article 155 du CGI qui prévoit que lorsqu'une entreprise relevant des BIC étend son activité à des opérations relevant des BA ou des BNC, il en est tenu compte pour la détermination des BIC. La documentation de base de l'administration fiscale rappelle que « *l'article 155 trouve à s'appliquer dès lors que les opérations agricoles ou non commerciales - effectuées à titre **complémentaire ou accessoire** - peuvent être considérées comme **une simple extension de l'activité industrielle ou commerciale**. En d'autres termes, cette disposition n'est applicable qu'aux contribuables qui se livrent à des opérations relevant en principe de catégories différentes mais **constituant, en fait, l'exploitation d'une seule et même entreprise** dans laquelle l'objet industriel et commercial est prédominant* ». Le présent article **ajoute une réciprocité pour une entreprise relevant des BNC et étendant son activité à des BA ou des BIC** (nouveau 2 du I de l'article 155 du CGI).

Hormis ces cas, ne peuvent désormais entrer dans le calcul du bénéfice net de l'entreprise que les éléments qui se rattachent effectivement à l'activité professionnelle. Celle-ci est définie par le nouveau IV de l'article 155 : l'exercice à titre professionnel implique « **la participation personnelle, directe et continue à l'accomplissement des actes nécessaires à l'activité** »^{71(*)}.

Ainsi, l'ensemble des produits et des charges ne se rattachant pas à l'activité exercée à titre professionnel sont neutralisés dans le calcul du bénéfice net de l'entreprise, à l'exception de ceux pris en compte pour la détermination des plus-values et des moins-values de cession d'un élément de l'actif immobilisé.

Le nouvel article 155 du CGI prévoit des dispositions *ad hoc* pour l'application des articles 39 *duodecies* à 39 *novodecies* du CGI relatifs au régime fiscal des plus-values et des moins-values.

Le prix de cession d'un actif est réputé égal à la somme de son prix de cession réel, pondéré par sa durée d'utilisation aux fins de l'activité professionnelle par rapport à la durée d'appartenance au patrimoine professionnel, et de sa valeur d'origine, pondérée par sa durée

d'utilisation à des fins autres que l'activité professionnelle par rapport à durée d'appartenance au patrimoine professionnel.

Ainsi, le droit tel qu'il résulte du présent article ne fait que corriger les conséquences fiscales de l'imputation au bilan comptable d'un actif ne participant pas de l'activité professionnelle. Un entrepreneur sera toujours libre d'inscrire à son bilan un bien relevant de son patrimoine personnel mais il n'en retirera pas un gain fiscal.

Toutefois, le Gouvernement a entendu **conserver une tolérance** de sorte que les **revenus patrimoniaux** puissent continuer à être **assimilé à un revenu BIC ou BA tant qu'ils n'excèdent pas 5 % de l'ensemble des revenus**, ou 10 % si la condition des 5 % était remplie lors de l'exercice précédent.

Le seuil de 5 % oblige à appréhender tous les revenus au même moment alors les plus-values s'apprécient à la date de leur réalisation, les revenus de capitaux mobiliers à la date de leur perception et les revenus fonciers à la fin de l'année. Le Gouvernement a donc fait le choix **de retenir la clôture de l'exercice ou de la période d'imposition pour savoir si des cédules patrimoniales doivent être identifiées en tant que telles**. Concrètement, cela emporte un **décalage dans le temps de l'imposition** mais l'identité du redevable n'est pas modifiée puisque chaque associé resterait imposé en fonction de **sa présence au nom dans la SdP au moment de la perception des revenus** (ou de la réalisation de la plus-value).

Pour les entreprises ou les SdP exerçant une activité BIC ou BA (sans revenus patrimoniaux) ou purement patrimoniale, les règles actuelles ne changent pas.

Par coordination, le présent article modifie les articles 151 *septies*, 76 A, 151 *octies* B et 156 du CGI (nouveaux II et III de l'article tel qu'il résulte du texte adopté par l'Assemblée nationale).

Ces dispositions sont **applicables aux exercices et périodes d'imposition ouverts à compter du 1^{er} janvier 2012**.

D. UNE MEILLEURE INTÉGRATION DES RÉGIMES PROPRES À L'IS

1. L'application par transparence des régimes mère-fille et du long terme

Le renforcement de la transparence des SdP conduit à accorder aux associés d'une SdP imposés à l'IS, au titre de leurs participations détenues par l'intermédiaire de cette société (et qui seront désormais réputées détenues directement par le redevable de l'IS), le bénéfice de certains régimes de faveur propres à cet impôt et dont ils sont aujourd'hui exclus (*cf. supra*). Cette extension résulte essentiellement des principes généraux du nouvel article 239-0 B, sans qu'il soit nécessaire de modifier les régimes existants.

En premier lieu, les dividendes reçus par la SdP et inclus dans le résultat appréhendé par les associés relevant de l'IS pourront bénéficier du **régime mère-fille**, soit l'exonération des dividendes et produits nets afférents à une participation d'au moins 5 % et détenue depuis plus de deux ans dans le capital de la société distributrice. **La SdP ne fera donc plus « écran »** entre cette dernière et l'actionnaire par l'intermédiaire de la SdP.

Le montant des charges pris en compte dans la quote-part, plafonnée à 5 % et venant en déduction des dividendes exonérés, est égal à la somme des charges exposées par l'associé et par la SdP, au prorata de sa participation. De même, le régime s'applique sous réserve du respect des conditions posées à l'article 145 du CGI quant à la forme des titres détenus, au seuil de participation et à la durée de détention, désormais appréciés par transparence. Ainsi :

- de façon logique, le **seuil de détention** de 5 % est déterminé en ajoutant aux titres détenus directement par l'associé ceux détenus *via* la SdP et en multipliant le taux de détention de l'associé dans la SdP par le taux de détention de celle-ci dans la filiale distributrice ;

- la **durée de détention** de deux ans est appréciée en retenant la date la plus récente entre la date d'acquisition des titres de la SdP par l'associé et la date d'acquisition des titres de la filiale par la SdP.

En second lieu, le bénéfice du **taux réduit de 19 % pour l'imposition des plus-values de certaines cessions d'actifs immobiliers**^{72(*)}, prévu à l'article 210 E et actuellement réservé aux sociétés soumises à l'IS, sera ouvert aux cessions réalisées par les SdP, à raison de la quote-part de plus-value revenant aux associés soumis à l'impôt sur les sociétés.

De même, un associé relevant de l'IS pourra bénéficier du régime des plus ou moins-values à long terme prévu par l'article 219 du code général des impôts, en particulier l'imposition au taux réduit de 15 % de certaines plus-values et l'exonération de celles nées de la cession de **titres de participation** par la SdP, s'il remplit par transparence les conditions d'application. Les conditions d'appréciation des titres (seuil et durée) sont de même nature que celles des participations éligibles au régime mère-fille.

Il convient toutefois de souligner que le bénéfice de l'exonération ou du taux réduit d'imposition des plus-values à long terme a en pratique **déjà été étendue par voie doctrinale** (BOI 4 B-1-08 du 4 avril 2008) aux sociétés ou groupements dont les résultats sont imposés selon le régime des SdP, pour la fraction qui revient à leurs associés ou membres relevant de l'IS.

2. L'éligibilité à l'intégration fiscale par transparence « pure »

En tant qu'elles ne relèvent pas du champ d'application de l'IS, les SdP ne peuvent bénéficier du **régime spécial des fusions**, prévus par les articles 210 A à 210 C du CGI, ni de celui de **l'intégration fiscale**, codifié aux articles 223 A à 223 U du CGI, y compris lorsqu'elles sont entièrement détenues par des associés eux-mêmes passibles de l'IS.

La réforme maintiendrait le critère d'éligibilité au régime spécial des fusions, réservé aux opérations entre sociétés passibles de l'IS. **Une SdP peut toutefois opter pour l'IS** (de manière irrévocable) **en vue d'appliquer ce régime**.

De même, une SdP n'ayant pas opté pour l'IS ni une filiale détenue par l'intermédiaire d'une SdP ne peuvent être membres d'un groupe fiscal, et les produits et opérations transitant par une SdP^{73(*)} ne peuvent faire l'objet des mesures de « neutralisation » et de « déneutralisation » propres au régime de groupe. Une société détenue à plus de 95 % par une société non soumise à l'IS, en particulier une SdP, peut toutefois se constituer mère d'un sous-groupe.

Poursuivant la logique de la transparence, le E du I du présent article aménage le régime d'intégration fiscale (articles 223 A, 223 B, 223 D, 223 F, 223 I, 223 L et 223 Q du CGI) afin de **permettre l'interposition d'une entité transparente dans la constitution d'un groupe** entre la société mère qui la détient et les filiales soumises à l'IS que cette SdP détient. L'« *entité transparente interposée* » n'est cependant **pas considérée comme membre du groupe** en tant qu'elle n'est pas imposée à l'IS. La démarche appliquée est ainsi analogue à celle mise en oeuvre par l'article 33 de la dernière loi de finances rectificative pour 2009^{74(*)} pour les sociétés intermédiaires étrangères, dans le cadre de la légalisation de la jurisprudence^{75(*)} « *Société Papillon* ».

Les principales modifications proposées par le E du I sont les suivantes :

- seules peuvent être qualifiées d'entités transparentes interposées les entités soumises au régime défini par les nouveaux articles 239-0 A à 239-0 E (*cf. supra*), qui ont porté à la connaissance de l'administration fiscale **l'identité et l'adresse de leurs associés** ;

- dans une logique de « pure » transparence dans la remontée de la quote-part, **le seuil de droit commun de 95 % ne s'applique pas à la détention d'une entité transparente**

interposée, qui doit être **intégralement détenue**^{76(*)} et de manière continue par la société mère. La détention peut être directe, ou indirecte par l'intermédiaire de sociétés du groupe, de sociétés intermédiaires non membres du groupe ou d'une autre ETI, dès lors que l'ETI est détenue à 100 % par la société ou entité interposée ;

- par cohérence, la règle d'alignement des dates d'ouverture et de clôture des exercices des sociétés membres du groupe est étendue aux ETI (comme elle l'avait été aux sociétés intermédiaires) ;

- la clause anti-abus dite « amendement Charasse^{77(*)} » est aménagée pour limiter dans le résultat de la société mère, par transparence, la déductibilité des intérêts correspondant à l'acquisition par la société mère des titres d'une filiale intégrée auprès d'une ETI qu'elle détient, ou de l'ETI elle-même ;

- les mesures de retraitement des plus et moins-values à long terme sont également étendues, afin d'appliquer la « neutralisation » en cas de cession à une ETI de titres d'une société du groupe par une autre société du groupe, et la « déneutralisation » en cas de sortie du groupe d'une société détenue par une ETI.

E. UNE MEILLEURE COMPATIBILITÉ AVEC LES DROITS ÉTRANGERS ET CONVENTIONNEL

1. Un nouveau principe d'équivalence qui ne s'applique pas aux Etats et territoires non coopératifs

Un des principaux objectifs de la réforme, découlant de l'inflexion vers la transparence, est d'assurer une meilleure compatibilité du régime fiscal des SdP avec le droit en vigueur dans d'autres Etats et les conventions fiscales, afin de limiter ou réduire les frottements fiscaux lors de l'imposition d'associés non résidents de SdP françaises ou d'associés résidents de SdP étrangères. Le renforcement de la lisibilité et de la sécurité juridiques du régime fiscal devrait assurer une **plus grande attractivité des SdP françaises aux yeux des investisseurs étrangers**, auxquels la France ne peut aujourd'hui accorder le traitement fiscal qu'ils sollicitent.

Le principe cardinal de la réforme, qui consiste à ne considérer les SdP comme des sujets fiscaux qu'au regard de la détermination d'un résultat et du respect d'obligations déclaratives, est décliné au niveau international et conduit donc à **abandonner la jurisprudence « Société Kingroup »** de 1997, évoquée plus haut.

Plusieurs dispositions permettent ainsi de limiter les possibilités de double imposition ou de double exonération, sauf en cas de flux avec des Etats et territoires non coopératifs^{78(*)} (ETNC).

En premier lieu, le 5° du 1 du nouvel article 239-0 A du code général des impôts, qui établit la liste des entités transparentes, consacre ainsi un **principe d'équivalence et de réciprocité** entre le droit français et les droits étrangers. Sont donc assimilées à des entités transparentes les « *sociétés et entités de droit étranger bénéficiant dans leur Etat ou territoire d'un régime juridique et d'un régime fiscal équivalents* » à ceux de droit français. Pour les revenus, bénéfices et plus-values de source française, **le champ de l'équivalence est cantonné aux Etats et territoires coopératifs**, soit les Etats membres de l'Union européenne et ceux « *ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales* », selon l'expression consacrée.

De même, le 1 du I du nouvel article 239-0 B **étend le principe de transparence**, c'est-à-dire le fait que les opérations de l'entité soient réputées réalisées par chacun de ses associés à proportion de leurs droits, **aux entités établies à l'étranger**.

Inversement, le I du nouvel article 239-0 E prévoit, au titre des exceptions au régime de transparence, que **la transparence de l'entité française n'est reconnue que si elle l'est également dans l'Etat de l'associé non résident**. Sont ainsi considérés comme relevant du régime d'opacité, et donc soumis à l'IS au nom de l'entité transparente :

- la part des bénéfices correspondant aux droits des associés qui sont domiciliés ou établis dans un Etat ou territoire **qui ne reconnaît pas l'entité comme transparente**, dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un ETNC ;
- les revenus, bénéfices et plus-values revenant à une entité transparente française, indépendamment de l'Etat de résidence des associés, et **provenant d'un ETNC**.

2. L'appréciation de la territorialité et la reconnaissance des SdP étrangères

Ces modifications du droit interne n'appellent heureusement pas de révision des conventions fiscales, qui seront interprétées sur le fondement de ces évolutions, pas plus qu'elles ne requièrent de règles propres aux entités transparentes en matière de **territorialité**, ce qui garantit une meilleure compatibilité avec le droit conventionnel existant.

Compte tenu de la transparence des SdP, les règles de territorialité seront déterminées **au regard de la qualité et de la situation de leurs associés**, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, françaises ou étrangères, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une définition spécifique de l'établissement stable. Les résultats de l'entité transparente seront ainsi soumis :

- à l'imposition des revenus mondiaux, lorsque l'associé est une personne physique située en France ;
- ou à l'imposition des seuls résultats des établissements français, si l'associé est une personne morale française soumise à l'IS.

Une limite est cependant prévue en cas d'interposition de plusieurs SdP françaises ou étrangères, par application de règles d'assiette en fonction de l'activité de la société et du taux d'imposition le plus élevé, sauf à ce que l'associé révèle sa qualité de résident dans un Etat ayant signé une convention avec la France, et bénéficie alors d'un régime plus favorable.

La caractérisation éventuelle d'un établissement stable implique de distinguer les **SdP « opérationnelles »**, quelle que soit l'activité proprement dite (commerciale, non commerciale, ou agricole), des **SdP purement « patrimoniales »**, par exemple des sociétés holdings ou foncières, dont l'activité ne caractérise généralement pas un établissement stable.

Cette distinction apparaît d'autant plus nécessaire au regard du droit conventionnel que le droit interne ne met en oeuvre la notion d'établissement stable que pour les règles de territorialité de l'IS, alors que **les conventions y recourent plus largement** en se fondant sur la notion d'entreprise, prévue par l'article 5 du modèle de convention de l'OCDE. Elle inclurait donc aussi bien les activités relevant de l'IS que celles relevant de l'IR dans la catégorie des BIC, voire des BNC.

En présence de flux d'origine étrangère transitant par une SdP française avant de bénéficier *in fine* à un associé étranger, l'imposition ne s'appliquera **qu'aux revenus objectivement rattachables à l'activité de la SdP française**, réputée constituer un établissement stable en France de cet associé étranger. Par transparence, l'associé non résident ne sera donc pas imposé si les revenus qu'il perçoit ne font que transiter par la SdP française.

Par ailleurs, le critère principal de reconnaissance d'une SdP étrangère, afin de lui appliquer un traitement fiscal similaire à celui des SdP françaises, résidera, par analogie avec les

précisions données dans l'instruction fiscale du 29 mars 2007 (*cf. supra*), dans ses **caractéristiques fiscales locales** : les revenus de source française transitant par la SdP étrangère doivent être fiscalement considérés comme des revenus de ses associés, tant dans l'Etat de résidence de la SdP que dans celui de ses associés. Ce principe devrait permettre de résoudre la plupart des frottements fiscaux à l'international, les autres critères prévus dans l'instruction pouvant être mis en oeuvre pour l'application des dispositions conventionnelles.

III. LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

A l'initiative de notre collègue député Gilles Carrez, rapporteur général, l'Assemblée nationale a adopté, avec un **avis de sagesse du Gouvernement**, un amendement tendant à ne conserver que les dispositions relatives à la **neutralisation des effets fiscaux de la théorie du bilan**, prévues aux articles 151 *septies* et 155 du code général des impôts.

A cette exception près, **l'ensemble des autres dispositions mentionnées ci-dessus ont été supprimées** pour les raisons présentées par le rapporteur général de l'Assemblée nationale lors de l'examen du présent article (*cf. extrait des débats ci-dessous*).

En revanche, le IV du texte adopté par l'Assemblée nationale demande qu'un **rapport** soit remis au Parlement avant le **30 avril 2011** présentant « *les **différentes options** d'une nécessaire modernisation du régime fiscal des sociétés de personnes et entités assimilées **garantissant, a minima, une stabilité du coût par rapport à celui du régime fiscal actuel de semi-transparence** ».*

Le rapport devra en particulier comporter les cinq points suivants :

- l'utilisation par les personnes morales et les personnes physiques de chaque catégorie d'entités bénéficiant du régime fiscal de la semi-transparence, en précisant **le rôle que joue la fiscalité dans leur constitution et le coût budgétaire associé** ;
- les **conséquences**, notamment budgétaires, du passage de la semi-transparence à **l'opacité fiscale** lorsqu'au moins un des associés est soumis à l'impôt sur les sociétés ;
- les **conséquences** qui résulteraient pour les associés de la disparition des SdP en tant que sujet fiscal (**transparence « pure »**), notamment en termes de modalités déclaratives, de recouvrement et de contrôle ;
- les **choix opérés par nos principaux partenaires européens** en matière de transparence des SdP, **ainsi que le traitement fiscal des revenus et flux en lien avec des personnes ou entités étrangères** et les gains d'éventuelles évolutions en termes budgétaires et économiques ;
- une **estimation du coût afférent à l'application aux associés de SdP des avantages suivants** : réductions et crédits d'impôt sur le revenu, crédits d'impôt sur les sociétés, régimes des plus-values à long terme à l'IR et à l'IS (y compris les titres de participation), régime fiscal des sociétés mères, régime de l'intégration fiscale et abattements et taux réduits applicables aux immeubles. Le rapport devra indiquer ce qui, en droit et en fait, **justifie ou justifierait leur application**.

Extraits des débats à l'Assemblée nationale, le 8 décembre 2010

M. Gilles Carrez, rapporteur général. « *L'article 12 vaut la peine qu'on s'y attarde quelques instants [...]*

« *Cet article, d'une complexité effroyable, sur lequel l'administration travaille, nous a-t-elle dit, depuis quatre ans, nous a été présenté dans les conditions que vous savez. Je les ai évoquées hier soir ; inutile d'y revenir. Il a fallu travailler d'arrache-pied pour essayer de*

comprendre.

« Notre premier réflexe, comme l'a souligné Pierre-Alain Muet, a été de le rejeter, d'autant qu'il n'était assorti d'aucune étude d'impact. Cependant, en regardant de plus près, nous nous sommes rendu compte qu'il avait **deux volets bien distincts** : l'un qui améliore le dispositif, concernant les personnes assujetties à l'impôt sur le revenu, c'est-à-dire les particuliers et les entreprises individuelles, qui peuvent déclarer différentes catégories de revenus - bénéfiques agricoles, bénéfiques industriels et commerciaux, bénéfiques non commerciaux ou revenus de capitaux mobiliers ; l'autre relatif aux personnes morales, qui, elles, sont assujetties à l'impôt sur les sociétés.

« Dans le premier volet, **il n'est pas proposé une réforme de la fiscalité des sociétés de personnes, mais, en fait, une réforme de ce qu'on appelle la théorie du bilan**, c'est-à-dire la possibilité, pour un entrepreneur individuel, un artisan par exemple, assujetti aux BIC, d'inscrire à son actif un bien n'ayant aucune relation avec son activité professionnelle. Imaginons qu'il inscrive à son actif un bateau. S'il l'a acheté à crédit et a donc des frais financiers ou s'il l'exploite et que cela génère des pertes, il peut imputer les charges et les pertes directement sur son revenu professionnel.

« Depuis une quinzaine d'années, sous les différentes majorités d'ailleurs, avec deux grandes étapes, 1995-1996 puis 1999-2000, nous avons essayé de renforcer le principe de tunnellation, celui selon lequel on ne peut imputer des déficits ou des bénéfices que sur la même catégorie de revenus. Il n'est ainsi possible d'imputer des déficits fonciers que sur des bénéfices fonciers. Il subsiste toutefois une petite tolérance puisque l'on peut imputer des déficits sur le revenu global, par exemple sur son revenu salarial, à hauteur de 10 700 euros au plus, montant qui n'a d'ailleurs pas bougé depuis très longtemps. C'est la règle de tunnellation. Si je fais un déficit industriel et commercial dans le cadre d'une activité professionnelle, je ne peux l'imputer que sur le bénéfice industriel et commercial que je réalise dans le cadre d'une autre activité.

Ce n'est pas son volet principal, **mais l'article 12 comporte quelques pages qui renforcent le principe de tunnellation** et qui, de ce fait - puisque l'on corrige la théorie du bilan - ont un impact sur les sociétés de personnes parce que, par symétrie ou par miroir, la modification qui va dans le sens de la tunnellation des revenus de l'entrepreneur individuel assujetti à l'impôt sur le revenu va s'appliquer aussi dès lors qu'il est associé, par exemple, dans une société en nom collectif. C'est une bonne chose et, à la suite d'un long travail et d'un long débat en commission des finances, **nous vous proposons de conserver cette partie de l'article.**

« **Sur le second volet, les choses sont beaucoup plus incertaines.** Si l'on adoptait les mesures proposées, des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés pourraient **combinaison des avantages de la société de personnes avec ceux de régimes favorables**, dont je me refuse à dire que ce sont des niches, mais qui sont des régimes dérogatoires, tels le régime mère-fille, le régime d'intégration fiscale ou l'exonération des plus-values de cession des titres de participation.

« Dans le cas d'une société de personnes, les personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés peuvent remonter sur leurs résultats la totalité du déficit. Si je veux remonter un dividende d'une filiale que je détiens à plus de 5 %, je ne serai bien sûr pas imposé sur ce dividende puisque le bénéfice a déjà été imposé au niveau de la filiale, mais j'aurai à payer une quote-part de 5 %. Si je passe par une société de personnes, il n'y a pas de quote-part. Si je veux intégrer un déficit en le consolidant sur un bénéfice, ce n'est possible dans le cas d'un groupe ayant plusieurs filiales, une qui est déficitaire et une qui est bénéficiaire, qu'à condition que je sois en régime d'intégration fiscale et que je détienne ces filiales à 95 % au moins. Ce n'est pas le cas pour les sociétés de personnes.

« **J'ai donc demandé au ministère de me fournir les études d'impact** pour voir ce que pourrait donner la combinaison des avantages liés aux sociétés de personnes avec ceux de ces différents régimes. Le conseil des impôts, qui nous a remis son rapport début octobre, a chiffré le coût du régime mère-fille à une trentaine de milliards d'euros et celui du régime d'intégration fiscale à une vingtaine de milliards.

« Quant à l'exonération des titres de participation, son coût est chiffré en régime de croisière à 8 milliards d'euros. Ce sont des dispositifs qui représentent à eux seuls des dizaines de milliards. La combinaison avec les avantages de la société de personnes ne risque-t-elle pas de dynamiser ces différentes modalités dérogatoires au calcul de l'impôt ?

« On avait mal évalué, il y a quelques années, le coût de l'exonération des titres de participation. Je rappelle, parce que je souhaite que le débat soit le plus serein possible, qu'un tel régime avait été proposé dès 2001. Je ne dis pas qu'il aurait été adopté mais il avait été proposé. C'était l'époque où Renault avait monté une société holding, ainsi qu'EADS, à Amsterdam, parce qu'ils ne pouvaient pas faire autrement pour faire circuler leurs participations. Le problème, c'est que l'on n'avait pas fait d'étude d'impact avant de l'adopter en 2004 et que le coût a été très supérieur à ce qui avait été prévu. Il ne faudrait pas que les choses se reproduisent, d'où la nécessité absolue d'avoir des études d'impact.

« **L'administration n'a pas été en mesure de nous en fournir** et je vous proposerai, dans l'amendement de la commission des finances, d'adopter les mesures permettant de renforcer le principe de tunnellation, qui vont dans le bon sens, pour les particuliers entrepreneurs individuels et donc, par conséquent, dans les sociétés de personnes, pour les associés entrepreneurs individuels ou particuliers ; et, pour le second volet, qui concerne les personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés, de **demandeur un rapport au Gouvernement** pour fin mars ou début avril qui nous permettra de traiter éventuellement cette question dans le cadre du collectif du mois de juin. Cela me semble être la solution la plus sage et aussi, monsieur le ministre, celle qui correspond le mieux à votre souci de maintenir les recettes au niveau où elles sont aujourd'hui. [...]

M. Charles de Courson. « Cela fait quatre ans que le Gouvernement travaille sur ce texte, et il est tout de même assez intéressant de lire l'évaluation préalable, qui fait quinze pages. Je vais formuler deux remarques, monsieur le ministre.

« La première porte sur la forme.

« L'incidence budgétaire de la réforme n'est pas chiffrable.

« Nous ne pouvons l'accepter dans la mesure où, comme l'a rappelé le rapporteur général, il est sûr que cela aura un coût sur la partie personne morale, car cela revient à faire sortir le 5 % de l'assiette. Il faudrait au moins avoir un ordre de grandeur mais nous ne sommes pas dans une situation qui nous le permette. D'où la position sage de la commission, adoptée à l'unanimité : sortir cette partie du dispositif.

« Enfin, je ne résiste pas au plaisir de rappeler quels étaient les choix implicites dans cette réforme importante.

En tout et pour tout, **trois options étaient possibles**. En ce qui concerne la première, la généralisation de l'IS, tout le monde comprend que ce n'était pas une bonne solution. Le choix portait donc en réalité sur le passage de la « translucidité » fiscale à la transparence totale ou à la transparence rationalisée. C'est cette dernière qu'a choisie le Gouvernement, mais **je m'interroge**, monsieur le ministre, **sur la raison pour laquelle il n'a pas choisi la transparence totale**. [...]

« Je cite l'argument employé contre celle-ci : « Elle ne serait qu'apparente du point de vue fiscal puisqu'elle ne viserait que les impôts autres que l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les

sociétés pour lequel la transparence n'est généralement pas reconnue. » *Monsieur le ministre, pourquoi ne pas étendre la transparence ? Pourquoi ne pas aller jusqu'au bout ? [...]*

M. Jérôme Cahuzac, président de la commission des finances. « *Je souscris aux différents propos qui viennent d'être tenus. Le consensus sur l'amendement du rapporteur général, que je crois très satisfaisant, ne devrait pas poser de problème. Adoptons ce qui peut l'être et expertisons le reste ; nous sommes aujourd'hui dans l'ignorance des conséquences que ces dispositions pourraient comporter. [...]*

M. François Baroin, ministre. « *Au fond, c'est assez simple.*

« *Tout d'abord, je remercie le rapporteur général et la commission d'avoir trouvé le juste équilibre entre le besoin d'avancer dans la lutte contre l'optimisation par les particuliers et la nécessité de prendre du temps, par le dépôt d'un rapport, pour évaluer précisément les besoins de la lutte contre l'optimisation par les entreprises.*

« *En ce qui concerne la transparence, nous sommes fondés à nous interroger sur la réalité de la double imposition dans les cas où un associé est traité comme une entreprise. Il existe, dans ces situations, des éléments d'injustice qui peuvent parfois nous éloigner des objectifs d'équité fiscale, lesquels visent à renforcer l'attractivité et nécessitent une simplification du régime, une harmonisation de notre droit par rapport à l'étranger, ainsi qu'une suppression des cas de double imposition.*

« *Dans la transparence totale, le contrôle est effectué sur chacun des associés. Dans la transparence rationalisée - qui était le point d'équilibre proposé par le Gouvernement -, c'est la société qui est contrôlée ; cela était plus simple. À l'évidence, au vu de nos débats, nous avons besoin d'un peu de temps. J'indique donc dès à présent que le Gouvernement est défavorable aux amendements de suppression mais il donnera un avis de sagesse à l'amendement d'équilibre proposé par le rapporteur général. [...]*

IV. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Votre rapporteur général ne peut que constater que la réforme ici proposée est de grande ampleur. Elle entend apporter des solutions à des difficultés identifiées depuis longtemps, liées à un régime hybride des SdP dont la logique est ancienne et paraît désormais déphasée et incohérente avec une économie internationalisée. Elle s'inscrit dans la continuité de réflexions, échanges et consultations entre l'administration et les praticiens, mais **auxquels le Parlement n'a pas été associé**. Celui-ci dispose donc de quelques jours ou semaines pour comprendre et se forger une opinion sur un dispositif qui a requis plusieurs mois, voire des années d'arbitrages.

Le choix d'une « transparence rationalisée » et limitée à l'imposition directe du résultat paraît de prime abord pertinent. Il constitue un **compromis** entre plusieurs objectifs légitimes :

- le **maintien de la consistance juridique et économique** comme la capacité de contrôle de l'administration, la SdP demeurant soumise à des obligations déclaratives et de détermination du résultat ;

- **l'amélioration de la lisibilité et de la compréhension** du régime des SdP, en droit interne - notamment par la validation législative de certains acquis jurisprudentiels et doctrinaux, la création d'un chapitre *ad hoc* du code général des impôts dédié au « régime fiscal des entités transparentes » et l'introduction d'un principe de quasi-transparence des opérations réalisées par la SdP - et surtout au regard du droit et des pratiques en vigueur dans d'autres Etats ;

- une **meilleure « fluidité fiscale »** en cas de chaîne d'interposition de SdP (notamment dans un groupe fiscal) et de transformation ou restructuration d'une SdP (par l'adaptation des régimes de report et d'atténuation conditionnelle) ;

- la **limitation des optimisations** résultant de la théorie du bilan ou des incompatibilités avec le droit conventionnel ;

- **le renforcement de la compétitivité et de la sécurité juridique** de notre droit fiscal, qui procède des orientations précédentes et se traduit par la légalisation d'un principe de reconnaissance de la transparence d'entités étrangères et la prise en compte de la nature des revenus transitant par une SdP française et qui bénéficient *in fine* à un associé étranger.

Ainsi que l'a très bien exposé notre collègue député Gilles Carrez lors de l'examen du présent article à l'Assemblée nationale (*cf.* encadré *supra*), la réforme ne modifie cependant pas de fond en comble le régime fiscal des SdP et **n'aboutit pas à un ensemble beaucoup plus simple**, notamment s'agissant de l'appréciation de la qualité d'associé en fonction de la nature continue ou ponctuelle des opérations, ou des exceptions et dérogations au principe de transparence.

Son équilibre est également d'une autre nature, considérant ses deux principaux volets, qui sont plus ou moins liés à l'évolution vers la transparence : d'une part, la neutralisation des effets de la théorie du bilan (qui concerne plus particulièrement les associés personnes physiques), et d'autre part, une diminution des contraintes des associés imposés à l'IS, du fait de l'accès au régime mère-fille, d'une application plus souple de l'intégration fiscale et de la confirmation du bénéficiaire du régime du long terme, qui sont de nature à permettre d'éviter certains reclassements de titres intra-groupe.

Ces orientations ont nécessairement un impact budgétaire : positive s'agissant de la neutralisation de la théorie du bilan et des différentes mesures anti-abus reprises par l'Assemblée nationale, et un coût potentiellement élevé pour l'extension aux associés d'entités transparentes des régimes mère-fille et de groupe. Si le Gouvernement présente cet impact comme globalement neutre, force est de constater que le rapport d'évaluation joint au présent projet de loi de finances rectificative, qui expose davantage la philosophie et les principales orientations de la réforme que son impact économique et financier, ne se montre guère précis sur ce point. **On ne peut donc s'en tenir à une appréciation approximative des conséquences budgétaires de cette réforme.**

Des zones d'ombre subsistent également sur l'absence de modification de certaines dispositions ou l'articulation du nouveau dispositif avec des régimes tels que la lutte contre la sous-capitalisation ou la déductibilité des abandons de créances. Enfin, l'inscription de cet article en loi de finances rectificative (alors qu'il était initialement projeté en loi de finances initiale) laisse une impression d'« ardente obligation ».

Cette apparente urgence est cependant infondée car le régime actuel a perduré malgré des décennies d'incertitudes et de critiques et des années de réflexion et projets. De même, l'application prévue pour les exercices et périodes d'imposition **ouverts à compter du 1^{er} janvier 2012**, si elle n'est pas sans contradiction avec l'examen en loi de finances rectificative, permet d'envisager un report de l'examen de la réforme à 2011 sans porter préjudice aux nombreux acteurs concernés. De fait, leurs associations et instances représentatives ne se sont guère manifestées auprès de votre rapporteur général pour défendre l'urgence supposée de cette réforme.

En tout état de cause, **les conditions d'examen d'une loi de finances rectificative de fin d'année ne sont pas propices** à l'élaboration d'une analyse éclairée, approfondie et apaisée d'une réforme aussi complexe, ni ne permettent de disposer de la pleine connaissance de ses risques budgétaires éventuels.

Dans ces conditions, **votre rapporteur général préconise de s'en tenir au texte adopté à l'Assemblée nationale**, qui présente deux avantages notables :

- il conserve des dispositions opportunes du présent article, tendant à neutraliser les effets de la théorie du bilan et donc à préserver les finances publiques ;
- en sollicitant un rapport détaillé du Gouvernement avant le 30 avril 2011, donc avant la date d'application projetée pour la réforme, il permet au Parlement de porter une appréciation en pleine connaissance de cause, en particulier sur les conséquences budgétaires du régime actuel, de l'option de l'opacité fiscale et de l'application de certains avantages fiscaux.

Il émet le souhait qu'à la lumière de ces éléments, il soit possible au Parlement de **prendre une décision à l'occasion de la loi de finances rectificative prévue pour juin 2011** et destinée prioritairement à traiter de la fiscalité du patrimoine et des revenus du patrimoine, et considère que le régime fiscal des sociétés de personnes appartient largement à ce domaine.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.