



Les conséquences de la définition des ETNC sur la fiscalité internationale française

Article 22 de la loi de finances rectificative pour 2009

La tribune sur la définition des ETNC

A- Sur la non déductibilité des charges (art.238 A CGI).....	2
Régime de droit commun	2
Régime concernant les ETNC (art.22 §Q)	2
B Sur l'imposition à raison des leurs droits sur les entités détenues dans des pays à fiscalité privilégiée (art.123 bis).....	3
Régime de droit commun	3
Les modifications 2010 (art.22§ E)	4
C Sur la retenue à la source sur les rémunérations versées à des non-résidents (art. 182 A et B).....	5
Régime de droit commun	5
Régime pour les ETNC (art.22 § J-K)	5
D Sur la retenue à la source sur les revenus de capitaux mobiliers (119 bis)	6
Le régime antérieur	6
Le régime des ETNC (art.22 § L).....	6
E Sur le prélèvement forfaitaire sur les produits de placement à revenu fixe (art.125 A)..	7
Le régime antérieur	7
Le nouveau régime (art.22 § F et G).....	8
F Sur la modification du régime de plus values	8
Sur l'imposition des plus ou moins-values à long terme issues d'un ETNC (art.219 I modifié par art.22 §P)	8
Sur le régime des plus values immobilières et mobilières (art.22§ R , S°et T).....	9
G Sur les versements de rémunérations pour services rendus (non modifié)	9
H Sur l'article 209 B, cœur du dispositif de lutte contre l'évasion fiscale	9
Régime antérieur.....	9
Le régime ETNC (art.22 §O).....	11
I Sur le régime des sociétés mères et filiales.....	12
Le régime ETNC.....	13

L'article 238-0 A introduit par l'article de la loi de finance rectificative 2009 propose **une véritable innovation**, à savoir **la définition, dans le droit français, des Etats et territoires non coopératifs (ETNC)**, auxquels peut s'appliquer des dispositions législatives et fiscales spécifiques, dispositions qui font l'objet de tribunes séparées.

A cette fin, le législateur définit la notion d'Etat ou de territoire non coopératif, durcit le régime fiscal applicable aux transactions réalisées avec de tels Etats ou territoires, refuse le bénéfice du régime des sociétés mères et filiales à raison de distributions faites par des entités qui y sont situées et accroît la transparence des transactions au sein des groupes internationaux.

Une tribune EFI commente la définition des ETNC.

Cette définition est incorporée dans de nombreuses dispositions spécifiques du CGI afin de compléter le dispositif français de lutte contre la fraude fiscale internationale dont les **principales** sont analysées ci dessous

Les dates d'entrée en vigueur sont prévues à l'article 22 § VII

A- Sur la non déductibilité des charges (art.238 A CGI)

Régime de droit commun

Aux termes de l'article 238 A §1 et §3 du code général des impôts précité, les sommes payées ou dues par une personne physique ou morale, établie en France au profit de personnes physiques ou morales domiciliées ou établies dans un Etat où elles bénéficient d'une fiscalité privilégiée, ainsi que les versements réalisés sur un compte bancaire tenu par un organisme financier établi dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée, ne sont admises en charges déductibles qu'à la condition pour le débiteur de prouver que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent un caractère ni anormal ni exagéré.

Sont précisément citées les « *intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services* ».

La charge de la preuve revient donc au contribuable pour ce qui concerne le caractère réel, ni anormal ni exagéré des opérations qu'ils financent dans les Etats ou territoires considérés. En revanche, c'est bien à l'administration fiscale qu'il revient de démontrer que cet Etat ou territoire applique au contribuable en question une fiscalité privilégiée par rapport à celle qu'il aurait subie en France.

Régime concernant les ETNC (art.22 §Q)

Disposition applicable aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2011

[L'article 238 A du code général des impôts](#) a été aménagé de façon à instaurer un régime spécifique aux ETNC au regard de la déductibilité des sommes qui y sont versés par des personnes physiques ou morales domiciliées ou établies en France.

Le nouvel article pose le principe de la non déductibilité de toute charge payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-O A,

« Toutefois, les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, à l'exception de ceux dus au titre d'emprunts conclus avant le 1^{er} mars 2010 ou conclus à compter de cette date mais assimilables à ces derniers, ainsi que les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services, payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-O A, ne sont pas admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt, sauf si le débiteur apporte la preuve mentionnée au premier alinéa et démontre que les opérations auxquelles correspondent les dépenses ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans un État ou territoire non coopératif. » ;

le texte a donc durcit la nature de la preuve que doit apporter le contribuable pour procéder à la déduction des charges concernées : outre la réalité des opérations correspondant aux dépenses ainsi que leur caractère ni anormal ni exagéré (c'est-à-dire le dispositif actuel, s'appliquant aux pays non ETNC), le contribuable doit également prouver qu'elles ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans un ETNC. En d'autres termes, le contribuable doit prouver qu'il n'y a pas d'intention d'évasion, ni dans l'objet, ni dans les conséquences.

Le législateur a complété l'article 54 *quater* du code général des impôts.

Actuellement, cet article dispose que les entreprises doivent fournir le relevé de leurs frais généraux à l'appui de la déclaration de leurs résultats, dès lors que leur montant dépasse un plancher fixé par arrêté. Il est ajouté à cette déclaration le relevé détaillé des dépenses relevant du deuxième alinéa de l'article 238 A, c'est-à-dire des dépenses effectuées dans les ETNC.

B Sur l'imposition à raison des leurs droits sur les entités détenues dans des pays à fiscalité privilégiée (art.123 bis)

Régime de droit commun

L'article 123 *bis* du code général des impôts¹ établit le principe de l'imposition en France des revenus acquis à une personne physique au titre de ses droits, représentant une détention d'au moins 10 %, sur les bénéfices ou les résultats non distribués par des entités juridiques² établies dans un Etat ou un territoire où elles bénéficient d'un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A précité, lorsque l'actif ou les biens de ladite entité sont

¹ ssu de l'article 101 de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999

² L'article 123 bis vise les personnes morales, les organismes, les fiducies ou les institutions comparables.

principalement constitués de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants. Il s'agit donc de l'équivalent, pour les personnes physiques, des dispositions applicables aux entreprises du fait de l'article 209 B du même code, évoqué ci-dessous.

L'article 123 *bis* précise que le résultat bénéficiaire ou les revenus positifs de la personne morale sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de la personne physique résidente de France dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement.

D'autre part, pour l'application de cet article, le montant du revenu de capitaux mobiliers de la personne physique est déterminé par application aux résultats imposables retraités de l'entité, du pourcentage des droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une chaîne de participation dans cette structure. Ce revenu doit figurer dans la déclaration d'ensemble après déduction éventuelle de l'impôt étranger³. La personne physique est également assujettie au titre du revenu de capitaux mobiliers en cause aux prélèvements sociaux.

Les modifications 2010 (art.22 E)

L'article 123 *bis* du code général des impôts, relatif à l'imposition des personnes à raison de leurs droits sur les entreprises qu'elles détiennent à l'étranger, quand leur participation dans lesdites entités dépasse 10 % a été modifié.

L'objectif poursuivi est double :

- d'une part, assurer la compatibilité de cet article avec le droit européen, sur le modèle des dispositions de l'article 209 B du même code, applicables aux sociétés soumises à l'IS ;
- d'autre part, introduire des dispositions spécifiques lorsqu'une entité détenue par un contribuable français est établie dans un ETNC.

La loi nouvelle a établi un principe de non imposition lorsque l'entité est établie dans un Etat de la Communauté européenne, sauf si l'exploitation ou la détention des actions, parts, droits financiers ou droits de vote, constitue un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française. Il s'agit là de dispositions miroirs par rapport à ce qui existe, pour les entreprises soumises à l'IS, du fait du II de l'article 209 B précité.

Enfin, aux termes du texte voté , la condition de 10 % de détention impliquant l'imposition en France est présumée satisfaite lorsque la personne physique a transféré des biens ou droits à une entité juridique située dans un ETNC au sens de l'article 238-0 A.

Il reviendra donc au contribuable de prouver que sa participation dans l'entité concernée est inférieure à 10 % pour éviter cette imposition.

³ A condition que celui-ci soit comparable à l'impôt sur les sociétés français.

C Sur la retenue à la source sur les rémunérations versées à des non-résidents (art. 182 A et B)

Régime de droit commun

Les articles 182 A, 182 A *bis* et 182 B du code général des impôts définissent l'imposition d'une retenue à la source payée par le débiteur à plusieurs catégories de revenus :

- les salaires, pensions et rentes viagères de source française servis à des personnes qui ne sont pas fiscalement domiciliées en France. Selon le niveau des revenus, le III de l'article 182 A fixe des taux de 0, 12 et 20 % ;
- les revenus non salariaux versés à des bénéficiaires n'ayant pas en France d'installation professionnelle permanente en rémunération des activités professionnelles relevant de la catégorie des bénéfices non commerciaux. Aux termes du II de l'article 182 B, le taux applicable s'élève à 33 1/3 % ;
- les produits perçus par les inventeurs ou au titre de droits d'auteur ou par les obtenteurs de nouvelles variétés végétales ou les produits de la propriété industrielle ou commerciale et droits assimilés, lorsque les bénéficiaires n'ont pas en France d'installation professionnelle permanente. Le taux applicable s'élève à 33 1/3 % ;
- les sommes payées en rémunérations de prestations de toute nature fournies ou utilisées en France à des bénéficiaires n'ayant pas en France d'installation professionnelle permanente, là aussi à un taux de 33 1/3 % ;
- les salaires ou toutes sommes payés à raison des prestations sportives fournies ou utilisées en France à des bénéficiaires n'ayant pas en France d'installation professionnelle permanente, pour un taux réduit de 15 % ;
- les salaires ou toutes sommes payés à raison des prestations artistiques fournies ou utilisées en France à des bénéficiaires n'ayant pas en France d'installation professionnelle permanente, là aussi à un taux de 15 %.

Régime pour les ETNC (art.22 § J-K)

Applicable à compter du 1^{er} mars 2010

Le taux de la retenue est porté à 50% de la somme brute versée sauf s'il s'agit de salaires

L'article 182 A *bis* est complété par VI ainsi rédigé :

« VI. – Le taux de la retenue est porté à 50 % pour les sommes, autres que les salaires, versées à des personnes domiciliées ou établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A, sauf si le débiteur apporte la preuve que ces sommes correspondent à des opérations réelles qui ont principalement un

objet et un effet autres que de permettre leur localisation dans un État ou territoire non coopératif. » ;

L'article 182 B est complété par un III ainsi rédigé :

« III. – Le taux de la retenue est porté à 50 % :

« *a*) Lorsque les sommes et produits mentionnés aux *a* et *b* du I sont payés à des personnes domiciliées ou établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A ;

« *b*) Lorsque les sommes, autres que les salaires, mentionnées aux *c* et *d* du I sont payées à des personnes domiciliées ou établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A, sauf si le débiteur apporte la preuve que ces sommes correspondent à des opérations réelles qui ont principalement un objet et un effet autres que de permettre leur localisation dans un État ou territoire non coopératif. »

D Sur la retenue à la source sur les revenus de capitaux mobiliers (119 bis)

Le régime antérieur

L'article 119 *bis* § 2 du code général des impôts prévoit que les revenus distribués par une société française, à des personnes physiques ou morales non résidentes, font l'objet d'une retenue à la source. Le montant de la retenue à la source est fixé à l'article 187 du même code, sous réserve des conventions internationales, à :

- 18 % pour les dividendes et distributions assimilées perçus par des personnes physiques domiciliées dans un Etat membre de la Communauté européenne ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE) ayant signé avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale ;

- 25 % dans les autres cas.

Le régime des ETNC (art.22 § L)

Applicable à compter du 1^{er} mars 2010

L'article 187 du code général des impôts a été modifié de façon à instaurer un nouveau taux de retenue à la source de 50 % applicable aux revenus du 2 de l'article 119 *bis* précité⁴, dès lors que ces produits sont payés dans un ETNC au sens du nouvel article 238-0 A du même code,

Ces nouvelles dispositions entreront en vigueur à compter du 1^{er} mars 2010.

⁴ C'est-à-dire les revenus distribués par une société française, à des personnes physiques ou morales non résidentes.

E Sur le prélèvement forfaitaire sur les produits de placement à revenu fixe (art.125 A)

Le régime antérieur

a) La règle générale

Selon les dispositions du III de l'article 125 A du code général des impôts, un prélèvement forfaitaire est appliqué sur les produits de placement à revenu fixe dont le débiteur est établi ou domicilié en France, s'ils sont encaissés par des personnes n'ayant pas en France leur domicile fiscal ou leur siège social. Cette rédaction couvre donc à la fois le champ des personnes physiques et des sociétés.

Les taux applicables sont les taux de droit commun, énumérés au III *bis* du même article, la règle générale étant celle du taux de 18 %.

Le II de l'article 125-0 A du même code définit le régime spécifique applicable aux produits des bons ou contrats de capitalisation, c'est-à-dire de l'assurance-vie. Le taux du prélèvement est fixé à 60 % lorsque le bénéficiaire ne révèle pas son identité ou son domicile fiscal ou, dans le cas contraire :

- à 35 % lorsque la durée du contrat a été inférieure à quatre ans ;
- à 15 % lorsque cette durée a été égale ou supérieure à quatre ans⁵⁸([C](#)).

b) Les exceptions et les exonérations

Toutefois, la règle définie ci-dessus admet diverses exceptions.

Ainsi, d'une part, plusieurs conventions internationales dont la France est partie définissent des taux réduits de prélèvement, voire des exonérations⁵⁹([C](#)).

D'autre part, divers types de produits sont exonérés. Tel est ainsi le cas :

- des obligations et titres participatifs, titres de créances négociables parts de fonds communs de créances ou de titrisation et les produits exonérés d'impôt sur le revenu ;
- des produits de certains emprunts contractés à l'étranger par des personnes morales françaises ou des fonds communs de créances ou de titrisation français (aux termes de l'article 131 *quater* du code général des impôts).

Au bout du compte, outre les bons ou contrats de capitalisation, les produits réellement frappés par le prélèvement sont les boni de liquidation des fonds communs de titrisation et les intérêts des créances non assimilables à des emprunts⁵.

^{5 60} Par exemple les intérêts consécutifs au différé de paiement d'une vente, les intérêts des comptes courants d'associés et les intérêts moratoires se rattachant à une créance.

Le nouveau régime (art.22 §F et G)

Applicable à compter du 1^{er} mars 2010

Le présent article crée une évolution sensible du droit en la matière, en ne distinguant plus, comme actuellement, le régime applicable en fonction de la nature du revenu ou produits, mais uniquement du caractère coopératif ou non de l'Etat ou territoire de destination.

a) Sur les produits de bons ou contrats de capitalisation visés à [l'article 125-0 A e](#)

Le prélèvement mentionné est obligatoirement applicable aux produits lorsque ceux-ci bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou qui ne sont pas établies en France.

Le taux du prélèvement est fixé à 50 %, quelle que soit la durée du contrat, lorsque les produits bénéficient à des personnes qui ont leur domicile fiscal ou qui sont établies dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. » ;

b) Sur les produits de placements à revenu fixe. Article 125 A

Le prélèvement est obligatoirement applicable aux revenus et produits mentionnés aux I et II, dont le débiteur est établi ou domicilié en France et qui sont payés hors de France, dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A, sauf si le débiteur démontre que les opérations auxquelles correspondent ces revenus et produits ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces revenus et produits dans un État ou territoire non coopératif. » ;

Son montant est de 50%

F Sur la modification du régime de plus values

Sur l'imposition des plus ou moins-values à long terme issues d'un ETNC (art.219 I modifié par art.22 §P)

Disposition applicable aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2011

Le législateur a exclu, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2011, l'application du régime des plus ou moins-values à long terme en cas de cession de titres de sociétés établies dans un ETNC. Sont ainsi concernées les plus-values imposées à l'impôt sur le revenu au taux de 16 % ainsi que celles afférentes aux titres de participation, exonérées d'IS sous réserve d'une quote-part de frais et charges de 5 % (imposée au taux normal). Les plus-values correspondantes sont donc imposées au taux normal de l'IR ou de l'IS.

Sur le régime des plus values immobilières et mobilières (art.22§ R , S°et T)

Applicable à compter du 1^{er} mars 2010

Les articles 244 *bis*A et 244 *bis*B du code général des impôts ont été modifiés afin d'appliquer une majoration à 50 % de la retenue à la source pour les plus-values réalisées par les résidents établis dans des ETNC.ce à compter du 1^{er} mars 2010

Le taux du prélèvement tant sur les plus value immobilières que mobilières est porté à 50%

G Sur les versements de rémunérations pour services rendus (non modifié)

Je rappelle l'article 155 A qui n'a pas été modifié.

Il vise à lutter contre les montages ayant pour but la perception de sommes *via* des sociétés interposées (« sociétés écrans ») afin de les faire échapper à l'impôt français. Cet article prévoit l'imposition en France des sommes perçues par une personne physique ou morale établie hors de France en rémunération de services rendus par un ou plusieurs prestataires établis en France lorsque :

- ces derniers contrôlent directement ou indirectement la personne qui perçoit la rémunération des services ;
- ou lorsqu'ils n'établissent pas que le bénéficiaire exerce, de manière prépondérante, une activité industrielle ou commerciale autre que la prestation de services.

Cette imposition peut « *en tout état de cause* » être mise en oeuvre lorsque la personne qui perçoit la rémunération est établie dans un pays ou territoire à fiscalité privilégiée.

H Sur l'article 209 B, cœur du dispositif de lutte contre l'évasion fiscale

Régime antérieur

L'article 209 B, réformé par l'article 104 de la loi de finances pour 2005 pour garantir sa conformité au droit conventionnel et communautaire, entend dissuader les montages par lesquels une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés (IS) localise tout ou partie de ses bénéfices dans une entité juridique qu'elle détient ou une entreprise qu'elle exploite, établie dans un Etat ou territoire étranger à fiscalité privilégiée. Les termes d' « *entité juridique* » permettent de couvrir un champ très large, soit toute personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable.

En revanche lorsque cette entité est établie dans un Etat membre de l'Union européenne, le régime ne s'applique que si la détention ou l'exploitation de l'entité est regardée comme constitutive « *d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française* », conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes⁶. Les implantations communautaires sont donc *de facto* quasiment préservées, dans la mesure où il est généralement très difficile de rapporter la preuve de ce caractère artificiel.

Ce type de dispositif n'est naturellement pas propre à la France et des pays tels que l'Allemagne, l'Espagne, le Royaume-Uni ou les Etats-Unis appliquent des régimes équivalents.

Les bénéfices ou revenus actifs réalisés par une telle entité sont ainsi, dans certaines conditions de détention directe (plus de la moitié des actions, parts, droits financiers ou droits de vote) ou indirecte, réputés constituer des revenus de capitaux mobiliers de la personne morale établie en France. Une « clause de sauvegarde » est toutefois prévue puisque les bénéfices et revenus positifs de l'entité provenant d'une « *activité industrielle ou commerciale effective* » bénéficient d'une présomption de non-applicabilité.

Une dérogation à cette clause est prévue si l'un ou l'autre des deux seuils suivants est franchi :

- un seuil de « revenus passifs » : si les bénéfices de l'entité étrangère proviennent pour plus de 20 % de la gestion, du maintien ou de l'accroissement de titres, participations, créances ou actifs analogues pour son propre compte ou pour celui d'entreprises appartenant à un groupe avec lequel la personne morale établie en France entretient des relations de contrôle ou de dépendance. Le même seuil s'applique à la cession ou la concession de droits incorporels relatifs à la propriété industrielle, littéraire ou artistique ;

- un seuil de « prestations intra-groupe » : si ces bénéfices proviennent pour plus de la moitié, des opérations ci-dessus et de la fourniture de prestations de services internes, y compris financiers, à un groupe d'entreprises avec lequel la personne morale établie en France entretient des relations de contrôle ou de dépendance.

La présomption est toutefois restaurée si la personne morale établie en France démontre que les opérations de l'entité étrangère ont principalement un effet autre que de permettre la localisation de bénéfices dans un Etat ou territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié.

Lorsque les produits ou revenus de l'entreprise ou de l'entité juridique comprennent des dividendes, intérêts ou redevances qui proviennent d'un Etat ou territoire tiers, les retenues à la source qui ont été réalisées sont imputables sur l'IS dû en France dans la proportion des droits détenus dans l'entité. Cette imputation est toutefois logiquement subordonnée à la condition que ces produits proviennent d'un Etat ou territoire coopératif.

L'article 209 B, comme l'article 123 *bis* mentionné *supra*, comporte également des obligations déclaratives spécifiques.

⁶ En particulier l'arrêt « Cadbury Schweppes plc » du 12 décembre 2006.

L'article 52 de la loi de finances rectificative pour 2008 du 30 décembre 2008 a porté le délai de reprise à dix ans en cas de non-respect de ces obligations.

Le nombre de contrôles réalisés sur le fondement de cet article est relativement stable mais porte sur des montants croissants : 14 contrôles en 2005 (portant sur un montant global de 13,06 millions d'euros), 6 contrôles en 2006 (38,1 millions d'euros), 13 contrôles en 2007 (60,3 millions d'euros) et 14 contrôles sur les neuf premiers mois de 2008 (75,4 millions d'euros, dont plus des trois quarts sur deux dossiers relatifs à des implantations à Hong Kong et Jersey).

Le régime ETNC (art.22 §0)

Le dispositif de lutte contre l'évasion fiscale dans les pays à fiscalité privilégiée, prévu par l'article 209 B du code général des impôts (*cf. supra*), est substantiellement modifié pour tirer les conséquences de la création d'une liste nationale des Etats et territoires non coopératifs.

Ces nouvelles dispositions s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2010.

Le 1^o renforce les conditions d'imputation sur l'IS acquitté en France des retenues à la source opérées sur les dividendes, intérêts ou redevances perçus par une entreprise ou entité juridique sise à l'étranger qui verse des produits à la personne morale assujettie en France. Il prévoit ainsi que l'imputation n'est possible que si ces dividendes, intérêts et redevances proviennent de France ou d'un Etat ou territoire (les territoires n'étant pas visés dans l'actuelle rédaction) qui n'est pas considéré comme non coopératif au sens du nouvel article 238-0 A, précité.

Ainsi qu'il a été expliqué plus haut, cette condition est plus stricte que la seule présence d'une clause d'assistance administrative en vue de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, puisqu'elle tient compte de la réalité de l'échange d'informations et non pas du seul fondement juridique ni des seuls cas visés par la convention.

La condition supplémentaire relative à l'existence d'une convention d'élimination des doubles impositions en matière d'imposition sur les revenus avec le pays ou territoire considéré est logiquement maintenue, eu égard à la situation traitée.

Les 2^o et 3^o réorganisent et modifient les dispositions relatives à la « clause de sauvegarde » (existence d'une activité industrielle ou commerciale effective) pour prévoir de nouvelles restrictions en cas d'établissement dans un pays ou territoire non coopératif.

L'article 209 B III sur son premier alinéa, relatif à la non-imposition en cas d'activité industrielle ou commerciale effective est recentré

. Les actuels deuxième, troisième et quatrième alinéas, qui constituent une dérogation à la clause de sauvegarde et tendent donc au rétablissement de l'imposition des bénéficiaires et revenus positifs, sont regroupés dans un nouveau III *bis*. Leur rédaction est également modifiée pour établir une distinction en fonction du caractère coopératif ou non (au sens du nouvel article 238-0-A) de l'Etat ou du territoire d'implantation de l'entreprise ou de l'entité juridique. Les bénéficiaires ou revenus positifs transférés sont ainsi imposables :

- lorsque l'entreprise ou l'entité juridique est établie ou constituée dans un Etat ne relevant pas de la nouvelle liste française, mais que les seuils actuels (*cf. supra*) de revenus passifs ou de prestations intra-groupe sont franchis, soit respectivement 20 % et 50 %. Les alinéas afférents à ces seuils sont repris dans leur rédaction actuelle ;

- en cas d'établissement dans un ETNC, si la personne morale établie en France ne peut démontrer que les bénéfices ou revenus n'excèdent pas les deux seuils précités. Il y a donc renversement de la charge de la preuve en présence d'une telle implantation, et cette preuve du non-franchissement de ces seuils vient conditionner le bénéfice de la clause de sauvegarde mentionnée *supra*.

Un 209 B III *ter* reprend la « clause générale » de non-imposition qui figure actuellement dans le b du III de l'article 209 B pour l'appliquer au nouveau III *bis*. Si les seuils précités sont franchis, la personne morale française n'est pas imposée dès lors qu'elle démontre que les opérations de l'entreprise ou de l'entité juridique étrangère n'ont pas « *pour objet principal* » de permettre la localisation de ses bénéfices dans un Etat ou territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié.

La « clause de sauvegarde » sur le caractère effectif et prépondérant de l'activité industrielle et commerciale exercée par l'entité liée a été maintenue pour préserver les facultés des entreprises françaises de conquérir de nouveaux marchés et de participer à des appels d'offres ; il est en revanche logique que la preuve de cette activité incombe à la société lorsque les transactions ont lieu dans un ETNC.

I Sur le régime des sociétés mères et filiales

Le régime fiscal des sociétés mères, qui remonte à 1920 et est défini aux articles 145, 146 et 216 du code général des impôts, est accordé sur option et tend à prévenir le risque de double imposition des dividendes provenant des filiales, quel que soit leur Etat d'implantation. Il prévoit ainsi la déductibilité, dans le bénéfice net de la société mère imposée en France, des dividendes et produits nets reçus de ses filiales, sous déduction d'une quote-part pour frais et charges de 5 %.

Ce régime est applicable aux sociétés et autres organismes soumis à l'IS au taux normal en France, quelle que soit leur nationalité, et qui détiennent des participations dans des filiales françaises ou étrangères, remplissant les trois conditions suivantes :

- les titres de participation doivent revêtir la forme nominative ou être déposés dans un établissement désigné par l'administration ;

- les titres de participation doivent représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice - ce pourcentage s'appréciant à la date de mise en paiement des produits de la participation -, ou, pour les groupes bancaires mutualistes, lorsque le montant de la participation est supérieur ou égal à 22,8 millions d'euros. Ce régime se révèle donc favorable et dérogatoire à la conception de la relation entre une société mère et sa filiale en droit commercial, qui se fonde sur la notion de contrôle (direct ou indirect) ou sur une participation supérieure ou égale à la moitié du capital ;

- enfin les titres doivent avoir été conservés pendant un délai de deux ans. En cas de non-respect du délai de conservation, la société participante est tenue de verser au Trésor une somme égale au montant de l'impôt dont elle a été exonérée indûment, majoré de l'intérêt de retard.

Les produits nets déductibles sont non seulement les dividendes régulièrement distribués, mais encore les bonis de liquidation, les distributions de réserve, les avances considérées comme distribuées ou les intérêts excédentaires de comptes courants d'associés. Sont en revanche exclus les jetons de présence, les produits d'obligations, les distributions irrégulières (en application d'une jurisprudence du Conseil d'Etat du 6 juin 1984) et les revenus occultes.

L'article 39 de la loi de finances rectificative pour 2005 du 30 décembre 2005 a apporté plusieurs assouplissements à ce régime, avec une simplification des conditions formelles de détention des titres⁷, la possibilité d'appliquer ce régime dès la première année de détention des titres, une meilleure neutralité des opérations de restructuration placées sous le régime de faveur des fusions de l'article 210 A du code général des impôts, et l'extension de son champ d'application aux titres dépourvus de droits de vote⁸ tels que les actions de préférence.

Le régime ETNC (art.22 § I)

Disposition applicable aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2011

L'article 145 §6 du code général des impôts, relatif aux exclusions du régime des sociétés mères et filiales, a été modifié par paragraphe un j relatif aux produits des titres d'une société établie dans un Etat ou territoire non coopératif au sens du nouvel article 238-0-

Les sociétés imposées en France ne pourront donc plus déduire de leur bénéfice imposable les produits perçus de leurs filiales (au sens fiscal) établies dans un Etat ou territoire figurant sur la « liste française ».

Conclusion de la commission des finances du sénat

Il faut cependant être conscient des limites du dispositif proposé, qui ne concerne que les flux directs entre la France et les ETNC. Dès lors, il pourrait être contourné par un transit *via* des pays tiers. Mais, loin d'empêcher l'action au niveau national, ces limites doivent être une incitation à encourager nos partenaires (singulièrement ceux du G 20) à suivre la même voie. Il est clair que seule une action coordonnée d'un grand nombre de pays, dont les principales économies du monde, peut aboutir à la disparition des « trous noirs » de la finance mondiale.

⁷ L'obligation de souscrire l'engagement de détention de deux ans a été supprimée pour les titres de participation non souscrits à l'émission. L'obligation de détention des titres pendant au moins deux ans a cependant été maintenue et étendue aux titres souscrits à l'émission.

⁸ Dès lors que la société détient au moins 5 % du capital et des droits de vote de la société émettrice.