

Opinion | Budget 2019 : la lutte contre l'évasion fiscale n'est pas un permis de tuer

La transposition des directives européennes est un art dont la mauvaise exécution peut s'avérer coûteuse pour les finances publiques. Celle de la directive ATAD contre l'évasion fiscale dans le budget 2019 n'échappe pas à cette règle.

Le gouvernement s'est engagé à plusieurs reprises à mettre fin à la sur-transposition des directives européennes (c'est-à-dire leur transposition dans des normes nationales plus contraignantes), au point d'y consacrer un projet de loi spécifique. Nos gouvernants semblent toutefois bien en peine de tenir cet engagement face au totem de la lutte contre l'évasion fiscale, comme l'illustre la transposition en cours de la directive dite "ATAD" (pour anti tax avoidance directive).

Celle-ci prévoit notamment l'instauration d'un dispositif européen harmonisé de limitation de la déductibilité des charges financières engagées par les entreprises, visant à réduire les transferts de bénéfices par le biais d'un endettement excessif. L'application de ce nouveau régime pouvait être reportée à 2024, mais la France a finalement décidé d'anticiper sa transposition à l'occasion du projet de loi de finances pour 2019... non sans se heurter à certains écueils.

Les fragilités de la loi fiscale peuvent coûter cher à l'État

Le dispositif européen prévoit de limiter la déductibilité des intérêts versés par les entreprises à 30 % du montant de leur EBITDA (ou, si ce seuil est supérieur, à un montant de trois millions d'euros). Si l'introduction de cette nouvelle règle s'accompagne d'un toilettage fort bienvenu d'autres dispositifs de limitation de déductibilité des intérêts, on peut toutefois regretter qu'elle semble se faire dans une précipitation qui n'est pas sans générer d'inquiétantes fragilités au regard du droit de l'UE. Il serait pourtant particulièrement dangereux de ne pas prendre en compte ce problème dans un contexte où le coût budgétaire des contentieux fiscaux perdus par l'administration a considérablement augmenté ces dernières années (environ 6,52 milliards d'euros de restitutions opérées en 2017 et 5,31 milliards en 2018).

Une "clause de sauvegarde" qui ne suit pas les prescriptions de la directive

La France a opportunément décidé de faire usage de la possibilité que lui laissait la directive ATAD d'intégrer une clause de sauvegarde qui autorise les sociétés à déduire l'intégralité de leurs charges financières lorsqu'elles peuvent démontrer qu'elles ne sont pas plus endettées que le groupe comptable consolidé auquel elles appartiennent. Le gouvernement a cependant décidé de restreindre arbitrairement la portée de cette clause en accordant seulement une déduction supplémentaire de 75 % des charges financières qui dépasseraient le plafond de 30 % d'EBITDA alors que la directive ATAD autorise la déduction de l'ensemble de ces charges. Or, si elle laisse les États membres libres d'introduire ou non une telle clause de sauvegarde, la directive ne semble toutefois pas laisser de marge de manoeuvre pour en moduler les effets une fois ce choix acté.

La perspective d'une discrimination dangereuse pour les finances publiques

Outre cette première difficulté, la directive ATAD offre également aux États membres la possibilité d'utiliser des règles ciblées pour lutter contre l'endettement entre sociétés d'un même groupe. Tirant parti de cette opportunité, la France a choisi de recycler une partie de ses règles actuelles de sous-capitalisation, selon un dispositif qui prévoit d'abaisser la déductibilité des charges financières à 10 % du montant de l'EBITDA lorsque la société est plus endettée que le groupe mondial auquel elle appartient.

Lorsque cette société est membre d'un groupe d'intégration fiscale français, la comparaison se fait entre l'endettement de ce groupe d'intégration fiscale et celui du groupe mondial. Dans ce cas, les dettes qui existent entre les sociétés membres du groupe français ne sont évidemment pas prises en compte pour apprécier l'endettement de ce groupe. Si cette approche a le mérite de la cohérence, elle exclut de facto l'ensemble des dettes contractées auprès de sociétés européennes "intégrables", c'est-à-dire de sociétés qui auraient pu faire partie dudit groupe d'intégration fiscale si elles avaient été localisées en France.

Ce mécanisme pourrait toutefois heurter de front la liberté d'établissement protégée par les traités européens dans la mesure où il discriminerait les financements provenant de sociétés européennes "intégrables" par rapport aux financements issus de sociétés françaises intégrées. Cette discrimination n'est pas sans rappeler celle qui a valu à la France de se faire condamner à l'occasion de l'arrêt Steria rendu en 2015 par la CJUE, et dont le coût pour l'État dépasse le milliard d'euros. Elle mérite d'autant plus d'attention que les juges européens ont condamné les Pays-Bas en février 2018 au motif que leur régime d'intégration fiscale désavantageait les financements intragroupes européens.

Malgré l'interpellation de certains députés lors des débats parlementaires, le Gouvernement a semblé jusqu'à présent faire la sourde oreille aux avertissements sur l'incompatibilité de ce nouveau dispositif de sous-capitalisation avec la liberté d'établissement. Néanmoins, face à de tels enjeux budgétaires et de crédibilité politique, ne faudrait-il pas y réfléchir à deux fois avant d'adopter ce dispositif en l'état ?

Par Benjamin Homo, Nicolas Vergnet et Louis Nayberg, cabinet Mayer Brown.