

LA FISCALITÉ DES INTERMÉDIAIRES FINANCIERS

CYRILLE DAVID*

Il existe deux façons de cerner la notion équivoque d'intermédiaire financier. La première modalité est de donner une liste d'intermédiaires financiers, laquelle est plus ou moins longue : par exemple sont des intermédiaires financiers les banques, les établissements du secteur bancaire à statut légal spécial, les établissements financiers, des organismes comme le Crédit national et la Caisse des dépôts et consignations, les sociétés de développement régional, les compagnies d'assurances¹. Mais sont également inclus dans cette notion par d'autres auteurs les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)², les sociétés de capital-risque³, les sociétés de crédit-bail, les sociétés d'affacturage, les sociétés d'investissement fermées, les établissements de gestion de portefeuilles de valeurs mobilières⁴, les compagnies, sociétés ou holdings financiers⁵, les courtiers et agents d'assurances, les services financiers de la Poste, les fonds communs de créance, les sociétés de Bourse, les agents des marchés interbancaires etc.. L'inconvénient de cette méthode est qu'elle aboutit nécessairement à une énumération incomplète puisque la finance est en perpétuelle évolution et que de nouveaux intermédiaires seront nécessairement créés lorsque leur intervention se révélera nécessaire.

129

Aussi peut-on compléter cette première méthode par une seconde qui caractérise les intermédiaires financiers par leur rôle. En quoi consiste ce

* Professeur à l'Université de Paris IX-Dauphine

Je remercie pour le temps qu'ils m'ont consacré et les informations qu'ils m'ont communiqué MM. Bertout, Bollon, Martin-Laprade, Paultre de Lamotte, Pontin Piéri et Mme Montel. Je suis naturellement seul responsable des opinions émises.

1 Dictionnaire fiduciaire-financier V° Intermédiaire financier, La Villeguérin, 1988.

2 En ce sens J. O. Héroult et F. Portier, Dix ans d'intermédiation financière en France, cette Revue 16/1991 p. 63, 65.

3 M. Castel et Y. Ullmo, La nouvelle intermédiation cette Revue 16/1991 p. 41, 44.

4 art. 99 de la loi n° 84/46 du 24/1/1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit : sont soumis à cette loi - les établissements qui ont pour activité principale de gérer pour le compte de leur clientèle des portefeuilles de valeurs mobilières en recevant à cet effet des fonds assortis d'un mandat de gestion, ou d'apporter leur concours au placement de telles valeurs en se portant du croire.

5 J. L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire (Dalloz 1990). V. par ex. l'article 72 de la loi n° 84/46 du 24/1/1984 : « les compagnies financières sont des sociétés commerciales qui ont pour activité principale de prendre et de gérer des participations ... et qui contrôlent plusieurs établissements de crédit dont au moins une banque ».

rôle ? Il est principalement d'assurer l'ajustement de l'offre et de la demande de capitaux, en transformant éventuellement les dettes et créances des agents non financiers (transformation qui peut porter sur les échéances, les taux ou les risques) ou en mutualisant les risques (cas des compagnies d'assurances ou des OPCVM). Ce rôle classique d'intermédiaire financier joue sur le plan interne et s'est beaucoup internationalisé, mais il entraîne une concurrence aujourd'hui accrue du fait de la déréglementation. Outre ce rôle proprement financier et étroitement lié à lui, les intermédiaires financiers peuvent jouer un rôle de conseil ou de courtier (en particulier dans les activités d'ingénierie financière) ou accomplir des opérations pour leur propre compte (dans le cas par ex. des banques ou des holdings)⁶ : on peut alors hésiter à les considérer encore à tous égards comme de véritables *intermédiaires financiers* (le droit fiscal reconnaît en tout cas que ce rôle est distinct de ce qui entraîne un régime propre du point de vue TVA). Cette multiplicité d'intermédiaires financiers se caractérise par une grande diversité du point de vue économique, financier et juridique : de brèves indications seront données sur cette diversité, qui n'exclut cependant pas certains traits communs. En raison du réalisme fiscal, cette diversité devrait entraîner un régime fiscal lui aussi diversifié : ne serait-il pas opportun pourtant d'harmoniser dans une certaine mesure les règles fiscales applicables à ces multiples intermédiaires financiers de façon à éviter de créer entre eux des distorsions d'autant plus mal supportées que la déréglementation récente met souvent ces intermédiaires financiers en concurrence ? Une seconde raison de tenter de rapprocher les régimes fiscaux est que la neutralité fiscale (toujours prônée mais à laquelle il existe tant d'exceptions résultant du passé) paraît devoir s'imposer à plus ou moins long terme sur le plan international et surtout sur le plan communautaire entre intermédiaires financiers appartenant à une catégorie déterminée (par exemple les établissements financiers ou les sociétés d'assurance). Or les catégories existant dans chaque Etat membre ne correspondent pas totalement⁷ : l'harmonisation minima imposée dans le cadre communautaire exigera donc certaines modifications des règles existant dans chaque Etat pour les divers intermédiaires financiers à la fois sur les plans financiers, juridiques et fiscaux.

⁶ V. sur ce point J.F. Le petit, *Comportement des agents financiers*, Encyclopédie de Gestion dirigée par P. Joffre et Y. Simon t.2, p.318, 336 (Economica 1988).

⁷ Par ex. l'intermédiation financière au Royaume-Uni recoupe pour une large part l'intermédiation financière en France, mais les formes et l'importance respective des divers intermédiaires financiers sont assez différentes : v. par ex. sur ce point l'article de M. Auzon sur l'intermédiation financière au Royaume-Uni, *Cahiers Français* n° 224 p.53 et s. (1986) et l'ouvrage en deux volumes de G.A. Penn, A.M. Shea, and A. Arora *The law relating to domestic banking and the law and practice of international Banking* (Sweet and Maxwell (1987)).
Mêmes observations pour l'intermédiation financière en Allemagne : la même division existe entre compagnies d'assurances et en pratique il existe des différences importantes entre banques même si légalement elles sont en principe soumises aux mêmes règles.

Diversité ou harmonisation de leurs régimes financiers et juridiques ?

a) *La diversité des intermédiaires financiers* se manifeste à de multiples égards : seront seulement mentionnés certains d'entre eux.

- première cause de diversité : *l'importance économique variable* de chaque intermédiaire financier (v. sur ce point le rapport annuel du Conseil National du Crédit). L'internationalisation croissante et la déréglementation poussée des opérations et agents financiers conduit à une concurrence accrue entre eux pour accroître leurs parts de marché, ce qui conduit à des innovations financières multiples dans les produits offerts⁸.

- deuxième cause de diversité : les *règles de gestion financière* suivies par les divers intermédiaires financiers sont fort différentes. Il faut d'abord distinguer selon que l'intermédiaire concerné fait ou non appel au public : dans ce second cas (de beaucoup le plus important), des règles impératives seront fixées de façon à protéger les intérêts des déposants aussi bien en France que dans les Etats étrangers. Mais ces règles varient selon l'intermédiaire financier envisagé : par exemple les règles de gestion technique et financière des sociétés d'assurances varient dans une mesure importante selon que l'on se trouve en présence d'une assurance-vie ou d'une assurance-dommages⁹. De même les organismes d'investissement en valeurs mobilières ont une plus grande liberté d'action dans le cas où il s'agit de sociétés fermées que d'OPCVM. Les divergences s'accroissent naturellement lorsque sont pris en compte les intermédiaires financiers étrangers dont un certain nombre placent déjà leurs produits en France¹⁰.

- troisième cause de diversité : les formes juridiques revêtues par ces intermédiaires financiers sont très variables. Dans la majorité des cas il s'agira de sociétés de droit français, le plus souvent des sociétés par actions¹¹. Mais des formes autres peuvent souvent coexister avec cette forme habituelle, qu'il s'agisse de sociétés d'assurances mutuelles, de clubs d'investissement, de sociétés civiles de gestion de portefeuille ou même de conseillers indépendants n'ayant pas choisi de forme sociale¹². La diversité

131

⁸ En ce sens J.F. Lepetit, *Comportement des agents financiers* p.319-320.

⁹ V. *Traité de droit des assurances sous la direction de J. Bigot* n° 570 et s. (LGDJ 1992).

¹⁰ Que ce soit des OPCVM étrangers (essentiellement anglais ou luxembourgeois pour le moment), des banques étrangères (allemandes, anglaises ou américaines...), des sociétés d'assurances étrangères ou de prétendues sociétés d'investissement offrant par voie de presse de prétendus produits miracles qui peuvent conduire à la perte entière des fonds.

¹¹ Le choix de la forme sociale était limitée par la loi du 13/6/1941 pour les banques, mais la loi du 24/1/1984 art.1 exige aujourd'hui seulement que l'activité d'établissement de crédit soit exercée par une personne morale. Toutefois le Comité des établissements de crédit se voit reconnaître (art. 15, al. 2 de la loi) le droit de vérifier l'adéquation de la forme juridique de l'entreprise à l'activité d'établissement de crédit.

¹² La profession de conseiller en gestion de patrimoine ne fait pour le moment en France l'objet d'aucune réglementation : *Investir Magazine* n°982 p.72 du 14/11/1992

des formes juridiques possibles est accrue par la possibilité pour des organismes étrangers d'exercer leur activité en France, sous forme par exemple d'*unit trusts* ou d'*investment trusts* anglais ou de *Spezialfonds* allemands¹³.

- quatrième cause de diversité : *les types d'opérations* réalisées par les intermédiaires financiers pour leurs clients ou éventuellement pour leur propre compte *sont multiples*. Il faut d'abord distinguer selon qu'il s'agit d'opérations internes ou internationales. L'une des difficultés majeures à cet égard est de savoir quand une opération financière acquiert ou non une couleur internationale. Les hésitations tiennent à la fois au caractère purement scriptural de nombreuses opérations financières portant sur des transferts de monnaie qui s'opèrent aujourd'hui par virement informatique ou sur des transferts de titres sociaux qui peuvent eux aussi être dématérialisés¹⁴. La localisation précise de ces actifs incorporels est d'autant plus incertaine qu'ils paraissent parfois largement indépendants de tout Etat (cas des europlacements) ou même purement abstraits (cas des gains réalisés sur un marché à terme ou à option d'instruments financiers)¹⁵, et qu'au surplus ils font parfois l'objet de transmissions permanentes à travers le monde entier (cas du global trading).

132

Il faut ensuite distinguer, pour les opérations internes, quel intermédiaire financier les réalise, étant donné que ses pouvoirs et la nature de l'opération réalisée dépendront largement de la raison pour laquelle il est intervenu et des contraintes auxquelles il doit se soumettre¹⁶. De ce fait les conséquences juridiques, financières et fiscales de l'opération financière interne ou internationale accomplie sont très différentes selon qu'il s'agit d'un contrat d'affacturage portant sur des créances à recouvrer aux Etats-Unis, d'un contrat de crédit-bail conclu avec un preneur allemand, de l'acquisition d'actions italiennes par l'intermédiaire d'une société de Bourse française pour le compte d'un ménage français, ou de la vente par une entreprise française d'un contrat à terme portant sur le DM allemand et souscrit par elle sur le LIFFE anglais.

- une dernière cause de diversité et d'incertitude provient de ce que les dernières années ont vu se multiplier les *innovations financières*, principalement en matière de titres mixtes et de nouveaux instruments de gestion des risques (rendus nécessaires par l'instabilité des taux d'intérêt, des cours

13 Sur les *unit trusts* et *investment trusts*, v. par ex. *Tolley's Tax Planning* 1992 vol. 2 p. 1 091. Sur les *Spezialfonds* allemands v. l'article de H. Hauselmann, *Zur Bilanzierung von Investmentanteilen, ins besondere von Anteilen an Spezialfonds*, *Betriebsberater* 1992 p. 312.

14 Ce qui est le cas en France pour les seules valeurs mobilières (loi du 30/12/1981 art. 94-II). Sur les multiples problèmes juridiques soulevés par la dématérialisation, v. Y. Guyon *Droit des Affaires* t. 1 n° 728 et la BG citée (*Economica* 1992 7è ed.).

15 Sur lesquels les banques ont souvent un rôle actif.

16 Il faut distinguer selon que l'intermédiaire fait ou non appel au public, et selon qu'il est une banque, une compagnie d'assurances ou un organisme de placement.

du change ou de la valeur des portefeuilles mobiliers ou immobiliers). Il en découle une multiplicité d'instruments financiers nouveaux dont les régimes financiers, juridiques et fiscaux sont assez incertains ce qui rend la recherche d'une éventuelle harmonisation difficile à réussir.

b) *Les traits communs* harmonisés ou susceptibles d'harmonisation existent cependant pour ces divers intermédiaires financiers et instruments financiers qu'ils utilisent aujourd'hui.

Un premier trait commun vient de ce que ces multiples organismes sont à la fois des intermédiaires et des opérateurs en matière financière. En tant qu'intermédiaires, ils remplissent une fonction d'entremise caractéristique du commerce (par opposition à l'industrie). Quant à leur caractère financier, il est difficile à cerner de façon précise, étant donné la diversification des activités et la dérégulation on paraît aller vers un certain rapprochement et/ou une concurrence accrue entre eux, mais dans quelle mesure ?

Un second trait commun provient de ce qu'il existe, pour tous les intermédiaires financiers faisant appel au public, un compromis aujourd'hui partout changeant entre le souci traditionnel d'un contrôle étroit par l'Etat et un effort de déréglementation qui s'est manifesté en France comme dans bien d'autres Etats. Les contrôles exercés sur ces intermédiaires et les règles de gestion qui leur sont imposées n'ont certes pas entièrement disparu mais ils se sont atténués de façon sensible depuis quelques années, et sont d'autant plus difficiles à exercer que l'activité de ces intermédiaires s'est développée sur le plan international. Cette internationalisation leur permet éventuellement de jouer sur la divergence des législations et pratiques, mais leur rend aussi plus difficile la maîtrise des risques qu'ils doivent affronter. De là une montée des risques aboutissant dans des cas extrêmes à des excès regrettables¹⁷, mais peu surprenants. La dérégulation n'est pas sans dangers, spécialement en matière financière... Un nouvel équilibre reste donc aujourd'hui à trouver entre la protection du public et la liberté de gestion nécessaire des intermédiaires financiers. Cet équilibre devra être nuancé et souple, et tenir compte en particulier de la diversité des intermédiaires financiers et des Etats dans lesquels ils sont établis ou interviennent¹⁸. Une harmonisation *minima* des règles en vigueur dans les divers Etats membres de la CE sera sans doute souhaitable si l'on veut que la libre circulation des capitaux puisse être mise en oeuvre dans des conditions satisfaisantes. Peut-on déjà songer à une harmonisation sur le plan fiscal, qui dépend le plus directement des Etats ?

¹⁷ V. par ex. le scandale qui a soulevé une grosse émotion en Angleterre des fonds de pension Maxwell, ou le scandale de la BCCI.

¹⁸ Etant donné les principes en vigueur dans la Communauté européenne de libre circulation des capitaux (Directive CE n° 88/361 du 24/6/1988) et de libre établissement des établissements de crédit, sociétés d'assurances et OPCVM (multiples Directives).

3) Diversité ou harmonisation de leurs régimes fiscaux ?

La fiscalité applicable aux intermédiaires financiers revêt des formes multiples, comme sont diverses les opérations qu'ils réalisent, les formes qu'ils empruntent et le domaine dans lequel ils interviennent (*supra* n° 2).

Dans le cadre limité de cette étude, il n'est pas question d'exposer les impôts pesant sur les multiples intermédiaires financiers possibles ou sur les opérations variées qu'ils peuvent réaliser. J'insisterai plutôt sur deux points importants : existe-t-il d'abord des divergences importantes de taxation selon l'Etat auquel se rattache l'intermédiaire financier ou l'opération d'intermédiation ? La réponse permettra de savoir si l'intermédiation financière est fiscalement pénalisée ou au contraire avantagée en France par rapport à la fiscalité applicable dans d'autres Etats (spécialement d'autres Etats membres de la Communauté). Une seconde question est étroitement liée à la première : existe-t-il ou non une uniformité de traitement fiscal entre les divers intermédiaires financiers soumis à la loi fiscale française ? La question est aujourd'hui importante étant donné l'évolution constatée dans l'exercice de cette profession.

Traditionnellement les intermédiaires étaient le plus souvent assez spécialisés chacun dans une activité déterminée (assurance-dommages-assurance-vie, banque, OPCVM, remisier...), soumise à une réglementation proliférante et contraignante, qui restreignait fortement le libre jeu du marché. La dérégulation et l'internationalisation ont profondément modifié les conditions d'exercice de l'intermédiation financière à trois égards. D'abord il s'est développé à côté des intermédiaires financiers traditionnels et réglementés, une nouvelle forme d'intermédiation, celle des organismes de marché financier¹⁹ : leur existence s'explique par la nécessité de gérer les risques importants de taux de change et de liquidité, mais ils sont souvent étroitement liés aux intermédiaires existants²⁰. Ensuite la concurrence s'est développée non seulement inter-banque mais aussi entre banques et autres intermédiaires financiers²¹, cette concurrence pouvant d'ailleurs aboutir parfois à des rapprochements ou des accords comme le montre le phénomène nouveau de bancassurance. Enfin cette évolution a diversifié et étendu le rôle des intermédiaires financiers, en atténuant les cloisonnements rigides qui les séparaient : par exemple banques et compagnies d'assurances offrent des produits de capitalisation à leurs clients, et leur proposent soit de gérer les fonds qu'ils leur confient soit de se borner à leur donner des conseils rémunérés comme peut le faire tout conseil financier (rôle de prestation de services). De même la distinction entre les

19 En ce sens M. Castel et Y. Ullmo, *La nouvelle intermédiation* REF 16/1991.41,52.

20 De nombreuses banques ont acquis des sociétés de Bourse qui interviennent sur le MATIF et peuvent même être teneurs de marché.

21 J.F. Lepetit, *Comportement des agents financiers* op. cit. p. 319 et s.

opérations effectuées par les intermédiaires financiers en tant qu'intermédiaires et pour leur compte propre est souvent fuyante (dans le cas par exemple de portage durable d'opérations de réméré sur obligations ou de création d'OPCVM garantis).

Cette évolution des pratiques financières incite à se demander si la fiscalité des intermédiaires financiers doit toujours être ou non comme une fiscalité à eux spécifique ou s'il faudrait plutôt s'efforcer aujourd'hui de gommer dans la mesure du possible les différences fiscales séparant intermédiaires financiers et entreprises autres. Ces différences sont nombreuses en France mais ont une portée très variable : par exemple tous les intermédiaires financiers bénéficient en principe d'une exonération en matière de TVA dont il est douteux qu'elle soit vraiment favorable ; de même tous sont soumis à des contributions exceptionnelles variées en matière d'impôts directs et tous participent au contrôle de l'impôt et au paiement de l'impôt par le biais d'obligations déclaratives étendues et de retenues à la source ou de prélèvements libératoires qu'ils doivent opérer sur les comptes de leurs clients. Par contre l'uniformité de traitement fiscal est abandonnée en ce qui concerne certaines taxes spéciales (exigées seulement de certains intermédiaires financiers : par ex. la taxe sur les assurances) ou parfois pour calculer l'assiette imposable en matière d'impôt sur les sociétés. Le bien-fondé de ce particularisme fiscal restreint à certains intermédiaires financiers mérite d'être remis en question, dans la mesure où il est à la fois contraire au principe de neutralité fiscale et à l'évolution financière tendant à rapprocher et à déréguler les conditions d'exercice des multiples professions d'intermédiaire financier.

135

Il l'est surtout lorsqu'il se révèle défavorable aux intermédiaires financiers imposables en France par rapport à ce que serait leur régime fiscal dans d'autres Etats de la Communauté. De nombreuses divergences subsistent en effet entre les Etats membres de la Communauté européenne en ce qui concerne l'imposition des intermédiaires financiers, malgré les principes de libre circulation des capitaux et de libre établissement ou de libre prestation des services qui entrent peu à peu en application. Ces divergences se marquent à la fois pour les impôts indirects et les impôts directs applicables aux intermédiaires financiers. - par exemple les taux de la taxe d'assurances (contribution indirecte) sont élevés en France pour les assurances-dommages alors que nous avons au contraire un régime favorable pour les cotisations d'assurance-vie.

- au contraire une certaine harmonisation a été réalisée en matière de TVA par la 6   Directive TVA du 17 mai 1977 art. 13 qui exonère en principe de TVA les opérations financières. Mais la portée de cette exonération reste dans une certaine mesure variable selon les Etats considérés, et surtout ses inconvénients sont beaucoup plus marqués en France (du fait que les

intermédiaires financiers exonérés sont pour cette raison passible d'une taxe sur les salaires élevée. Les divergences subsistent donc également sur ce point entre Etats membres de la CE pour les impôts indirects imposés à leurs intermédiaires financiers.

- de même en matière d'impôts directs, les taux de l'impôt sur les sociétés sont encore différents selon les Etats membres de la Communauté européenne, même s'ils ont fait l'objet de rapprochements importants dans le sens d'une diminution depuis quelques années. Mais des différences importantes subsistent encore pour le calcul de l'assiette imposable des entreprises (*v. sur ce point le récent rapport Ruding remis à la Commission des Communautés en février 1992*) et pour les règles de territorialité applicables aux entreprises.

Ces nombreuses divergences se révèlent-elles défavorables aux intermédiaires financiers établis en France et dans quelles mesures ? Les intermédiaires financiers français déplorent souvent le régime fiscal peu avantageux qui leur est réservé à tel ou tel égard. Mais s'agit-il là d'une véritable surimposition ou n'est-elle pas compensée par d'autres mesures rétablissant un équilibre nécessaire du point de vue communautaire ? Il n'est pas douteux que les discriminations fiscales sont aussi condamnables au regard du droit communautaire pour les intermédiaires financiers comme pour tout ressortissant communautaire. Mais ne doit-on pas aller plus loin et condamner également les distorsions de concurrence dues à la fiscalité, qui inciteraient à recourir par exemple à un intermédiaire financier anglais ou néerlandais plutôt qu'à un intermédiaire français ? Les divergences fiscales sont assez nombreuses en la matière pour que la question soit posée. On retracera rapidement le régime fiscal des intermédiaires financiers en matière de TVA (I), d'impôts directs (II) et de contrôle et paiement de l'impôt (III) avant de proposer une réponse.

Mais on exclura la fiscalité applicable au client pour les produits offerts qui lui sont offerts par les intermédiaires financiers.

I - TVA applicable aux intermédiaires financiers

En principe la TVA frappe depuis 1979 toutes les livraisons de biens meubles et les prestations de services effectuées à titre onéreux (art. 256 du CGI). Mais l'article 261-C exonère expressément de TVA deux catégories d'opérations financières :

- certaines opérations bancaires et financières énumérées de façon d'ailleurs large ;
- les opérations d'assurance et de réassurance ainsi que les prestations de services afférentes à ces opérations effectuées par les courtiers et intermédiaires d'assurances.

Cette exonération résulte de la 6^e Directive CE n° 77/388 du 17/5/1977 art. 13 qui a été transposée en France par la loi n° 78/1240 du 29/12/1978. Sa portée exacte soulève des difficultés nombreuses en ce qui concerne les intermédiaires financiers aussi bien sur le plan interne que sur le plan international (A). J'en évoquerai quelques-unes en examinant si les intermédiaires financiers sont ou non soumis à un traitement discriminatoire de ce point de vue, à la fois sur le plan interne et sur le plan international. La question mérite d'autant plus d'être évoquée que l'exonération de TVA entraîne des inconvénients particulièrement importants en France pour ses bénéficiaires (B).

A) Portée de l'exonération

La distinction des opérations imposables et des opérations exonérées dans le domaine interne.

Cette exonération paraît applicable à certaines opérations bancaires et financières et à toutes les opérations d'assurance et de réassurances. Sa portée varie ainsi selon la nature de l'opération accomplie : il faut pour la préciser définir ce que sont ces trois catégories d'opérations. Une distinction paraît devoir être opérée entre opérations bancaires ou opérations d'assurance d'une part (qui peuvent être effectuées en France seulement par des organismes agréés) et opérations financières (en principe librement réalisables par toute personne en France, au moins en l'absence d'appel au public). Toutefois cette distinction perd de son importance avec le principe communautaire de libre établissement et surtout de libre prestation de services applicable à ces trois catégories d'opérations.

137

- la portée de l'exonération pour les *opérations bancaires* : les opérations exonérées sont en principe limitativement énumérées par l'article 261-C-1° et doivent être fiscalement interprétées de façon restrictive. Elles recouvrent les rémunérations perçues à l'occasion de quatre catégories d'opérations :

- les opérations d'octroi, de négociation ou de gestion de crédits directs, ce qui entraîne exonération des intérêts et rémunérations assimilées (diverses commissions) ou non assimilées mais accessoires (frais de dossier de prêt). L'exonération s'applique aux cessions de crédits entre établissements financiers qui doivent être considérées comme des opérations de refinancement ou de négociation de crédits opérées par l'établissement qui les a octroyés²². Elle s'applique aussi aux commissions perçues par des concessionnaires automobiles qui transmettent aux établissements finan-

²² En ce sens instruction 21/3/1984, 3 L 2/84.

ciers les demandes de crédit pour l'acquisition de véhicules²³. Par contre cette exonération n'est pas applicable aux rémunérations perçues par les personnes effectuant à titre d'intermédiaire des opérations de gestion de crédit pour le compte de tiers prêteurs²⁴ ni aux prêts liés à des ventes à crédit imposables²⁵ ni enfin aux commissions versées au banquier chef de file d'un pool bancaire²⁶.

- les opérations de crédit indirect par l'octroi de garanties : « négociation et prise en charge d'engagements de cautionnement, d'autres sûretés et garanties ainsi que la gestion de garanties effectuée par celui qui a octroyé les crédits ». Sont ainsi exonérées les commissions de caution, d'aval, mais non les rémunérations perçues par des intermédiaires pour les services rendus dans l'octroi de garanties.

- les opérations y compris la négociation concernant les dépôts de fonds, comptes courants, paiements, virements, créances, chèques et autres effets de commerce, à l'exception du recouvrement des créances. Par exemple, sont en principe exonérées les rémunérations perçues par les sociétés d'affacturage ou les commissions pour service de caisse.

- les opérations, autres que celles de garde ou de gestion, portant sur certains titres (actions, parts de société, obligations et autres titres sauf titres représentatifs de marchandises ou titres conférant la propriété ou possession d'un immeuble).

138

Ces opérations peuvent être exonérées à titre d'opérations bancaires ou le cas échéant d'opérations financières. Dans le premier cas il est probable (mais non certain) que la banque devra être régulièrement autorisée à exercer son activité en France et que l'opération accomplie soit régulière pour invoquer cette exonération : le problème risque de surgir pour les banques étrangères cherchant à s'implanter en France ou surtout à exercer leur activité en France sans contrôle possible de la part des autorités publiques (cas de la BCCI par exemple dont les actionnaires français étaient cependant peu nombreux).

- la portée de l'exonération paraît plus large pour les *compagnies d'assurances* : puisque toutes les opérations d'assurance ou de réassurance sont visées par l'article 261-C-2° du CGI. En leur consacrant un texte spécial le législateur paraît en faire une catégorie particulière, différente des opérations financières ou bancaires visées par ailleurs ; mais la nature de l'opération d'assurances n'est pas définie du point de vue fiscal ; elle

23 Lettre du SLF à la CSNCRA du 19/5/1980.

24 Instr. 31/1/1979, BODGI 3 L 1/79. Doc. Adm. 3 L 511 n° 2, 1984.

25 Rép. Dbinmin, JOAN 18/2/1980, p. 587, n° 22798. Doc. Adm. 3 L 511, n° 2, 1984.

26 Doc. Adm 3 L 5121 n° 2, 1984.

paraît parfois comprise très largement (par exemple les opérations de capitalisation menées par une compagnie d'assurances sont considérées comme opérations d'assurance alors même qu'il n'y a alors aucune mutualisation) mais il existe beaucoup d'incertitudes sur ce point, ce qui entraîne des solutions contradictoires ^(infra note 28). La même exonération joue aussi pour toutes les opérations des courtiers ou autres intermédiaires d'assurances ²⁷. Elle ne s'applique pas par contre en principe aux prestations de services non caractéristiques d'une activité d'assurances, rendues par les mêmes personnes (par exemple la mise à la disposition de services juridiques, l'activité de conseil en patrimoine ou même d'après l'Administration fiscale la gestion de portefeuille ou de polices complémentaires par une société d'assurances) ²⁸. Cette limite paraît justifiée par les principes généraux (ces prestations ne constituent pas des opérations d'assurances, sauf peut-être dans la mesure où elles en seraient l'accessoire) ; elle montre le souci de l'Administration d'éviter des discriminations non imposées par les textes entre intermédiaires financiers. Toutefois cette réintroduction des principes généraux pour déterminer la portée de l'exonération soulève de nombreuses difficultés d'autant que diverses tolérances administratives étendent en la matière le champ de l'exonération à des opérations qui ne sont pas des opérations d'assurances ²⁹.

- les mêmes difficultés sont constatées pour les *opérations financières résiduelles*, qui ne sont pas des opérations bancaires ou d'assurance .

Elles doivent en principe être elles aussi exonérées, mais seulement dans les mêmes conditions que les opérations bancaires, sauf texte contraire. Par exemple paraissent exonérées, sans texte exprès les sociétés d'affacturage, dans la mesure où elles consentent des crédits aux sociétés clientes (mais elles ne devraient pas l'être pour les services de recouvrement ou de garantie qu'elles offrent aussi). De même sont expressément exonérés, à titre d'opérations bancaires ou financières, mais en vertu d'un texte spécial qui va au-delà des exonérations prévues, « la gestion de fonds communs de placement et de fonds communs de créances » (art 261-C-1° f du CGI) qui

²⁷ L'Administration fiscale limite cette catégorie aux intermédiaires expressément visés par le Code des assurances. Elle en refuse l'extension à un GIE même s'il est constitué entre assureurs.

²⁸ Ce qui est discutable dans ce dernier cas. (mais en quoi consiste la gestion ?). Le comble de l'incertitude est atteint pour les assurances-dépannages que l'Administration soumet ou non à la TVA suivant semble-t-il l'option exercée alors même que les compagnies d'assurances se voient en principe refuser le bénéfice de toute option *infra* note 37 bis.

²⁹ Par exemple exonération de TVA pour les rémunérations perçues par les compagnies d'assurances de la part des régimes d'assurance-maladie sur le service de recouvrement des primes de véhicules à moteur : instr. 5/2/1971, BODGI 7 P 1/71.

auraient au contraire dues être normalement imposables³⁰ ; rien n'est dit au contraire des SICAV ou de fonds comparables étrangers (*unit trusts*, *investments trusts* ou fonds luxembourgeois) qui pourraient s'établir ou faire des opérations en France en France. Au contraire sont obligatoirement passibles de la TVA les sociétés de crédit-bail mobilier³¹, puisqu'elles réalisent des locations de biens d'équipement, matériel ou outillage non comprises dans les exonérations prévues en faveur des opérations financières (peu importe qu'elles aient ce caractère étant accomplies par des établissements financiers : art. 1 loi 217/1 966).

On constate de *multiples différences de traitement selon les établissements financiers considérés du point de vue de leur assujettissement à la TVA* ; ces différences s'expliquent par la portée limitée des exonérations prévues ; elles paraissent cohérentes et prévisibles, même si elles aboutissent à une trop grande complexité. Plus critiquable est sans doute l'assujettissement d'opérations de crédit consenties à des clients par des entreprises industrielles et commerciales sous prétexte qu'elles sont l'accessoire d'opérations industrielles et commerciales passibles de la TVA : cette solution aboutit à une discrimination, au détriment de ces entreprises, qui est pourtant contraire à la raison d'être de la TVA (neutralité entre les opérateurs).

140

La distinction des opérations imposables et des opérations non imposables ou exonérées dans le domaine international

En principe seules sont éventuellement imposables en France les opérations financières dont le fait générateur s'est produit en France.

On sait que ce fait générateur varie selon que les opérations accomplies sont des livraisons de meubles corporels (art. 258 CGI, qui transpose l'article 8 de la 6^e Directive du 17/511977) ou des prestations de services (art. 259 et s. qui transpose l'article 9 de la 6^e Directive).

Toutes les opérations bancaires et financières (y compris les opérations d'assurance) sont des prestations de services immatérielles³² (à la seule exception des opérations de change manuel réalisées par une banque en France). Les règles de territorialité applicables dépendent cumulativement de trois facteurs et peuvent être résumées comme suit :

³⁰ Puisque cette gestion ne figure pas au nombre des opérations financières expressément exonérées supra. La même exonération devrait sans doute être étendue aux organismes comparables établis dans d'autres Etats de la Communauté pour respecter le principe communautaire de non-discrimination. Quant aux SICAV, elles ont la personnalité morale si bien qu'elles se gèrent elles-mêmes ; les opérations par elles effectuées sont des opérations sur titres de ce fait expressément exonérées.

³¹ Instr. 31/1/1979, Doc. Adm. 3 L 5122 n°1,1984. Par contre les sociétés de crédit bail immobilier sont imposables seulement sur option.

³² Doc. Adm. 3 L 52, n° 7, 1984. Cette solution paraît compatible avec l'article 6 de la 6^e Directive.

Tableau des règles de territorialité applicables aux opérations bancaires ou financières

Lieu d'établissement du prestataire France	Lieu d'établissement et qualité du bénéficiaire	Opération faite ou non en France	Article du CGI
	Bénéficiaire établi en France - pas assujetti à TVA	oui	259
	assujetti à TVA	oui	259
	Bénéficiaire établi dans un Etat membre CE - pas assujetti TVA	oui	259
	- assujetti TVA	non	259 B
	Bénéficiaire établi hors CE ³³	non	259 B
Autre Etat membre CE	Bénéficiaire établi en France - pas assujetti à TVA	non	259 B
	- assujetti TVA	oui	259
Hors CE	Bénéficiaire établi en France - pas assujetti à TVA service utilisé en France	oui	259 C
	service utilisé hors de France	non	259
	- assujetti TVA	oui	259 B

141

Conséquences pratiques : pour qu'une opération bancaire, financière ou d'assurance soit imposable à la TVA française, il faut d'abord qu'elle soit localisée en France en fonction des critères qui viennent d'être rappelés ; il faut ensuite qu'elle y soit imposable et qu'il ne s'agisse donc pas d'une opération exonérée. Par exemple dans le cas où l'opération réalisée est imposable dans un autre Etat, les cas d'imposition et d'exonération seront fixés par ce seul Etat.

Sur ce point la 6^e Directive CE du 17/5/1977 a largement mais non totalement, unifié les règles dans le cadre de la Communauté européenne. Les divergences substantives sont peu importantes en ce qui concerne les exonérations car le texte de la 6^e Directive art. 13 est impératif en ce qui concerne les exonérations à appliquer aux opérations, bancaires, financières ou d'assurance. Par contre ces divergences restent importantes entre Etats membres en ce qui concerne les taux d'imposition (dans les cas où ces

33 Monaco fait partie de la CE d'après l'Administration fiscale

opérations sont assujetties) et surtout les cas d'option. Les divergences concernent par là surtout les inconvénients de l'exonération TVA et les moyens d'y remédier.

Les inconvénients de l'exonération TVA et les moyens d'y remédier

1) Leur exonération de TVA entraîne deux inconvénients découlent pour les intermédiaires financiers établis en France.

- premier inconvénient : *réduction du prorata de déduction.*

Cet inconvénient a une *portée générale* : il est commun à tous les intermédiaires financiers et existe dans tous les États membres. Il tient à ce que la TVA payée par un intermédiaire financier sur ses achats de stocks, services ou d'immobilisations pour les besoins de l'exploitation est déductible seulement dans la mesure où ces biens acquis ont donné lieu à des opérations imposables ou assimilées (règle du pourcentage de déduction ou prorata, édictée par l'article 214 annexe II du CGI). Or la majeure partie des rémunérations perçues par une banque, une compagnie d'assurance ou tout autre intermédiaire financier sont exonérées de TVA. Il en résulte que leur prorata de déduction sera réduit : il varie le plus souvent entre 20% et 30% maximum pour la plupart des banques, est inférieur pour les compagnies d'assurances (0 % pour l'assurance-vie, 10 % environ pour l'IARD) et peut même être égal à 0 % pour les intermédiaires qui exercent uniquement une activité exonérée. Ce faible prorata a des inconvénients sérieux car il diminue la TVA déductible sur les dépenses d'investissement et de fonctionnement importantes découlant en particulier de l'informatisation (les seules dépenses de fonctionnement représenteraient jusqu'à 20% des frais généraux dans certains établissements bancaires). Divers remèdes peuvent être utilisés pour réduire les inconvénients du prorata.

• un second inconvénient est propre aux intermédiaires financiers établis en France. Toute entreprise non assujettie pour au moins 90% de son chiffre d'affaires à la TVA est passible d'une *taxe sur les salaires élevée*. L'assiette de cette taxe, propre à la France et à la Belgique, est le montant brut des rémunérations dues aux salariés à concurrence du contre-prorata³⁴. Son taux varie entre 4,25 % et 13,80 % selon l'importance de la rémunération versée (cette rémunération est souvent élevée chez les intermédiaires financiers). La taxe sur les salaires est d'un poids important en France pour ces intermédiaires, et elle accroît leur charge fiscale par rapport à la charge supportée par les intermédiaires établis dans d'autres

³⁴ Une banque dont le prorata est de 30% a un contre-prorata de 70%.

Etats de la Communauté³⁵ : cette discrimination est depuis longtemps regrettée. Il est indispensable qu'elle soit rapidement supprimée, malgré le poids important de cette taxe (32.900 millions en 1990) et bien qu'elle paraisse être un impôt direct (non expressément prohibé par le Traité de Rome) ; elle encourage en effet une délocalisation des intermédiaires financiers pourtant redoutée par les autorités publiques.

2) Comment remédier à ces inconvénients ?

Les moyens de diminuer la taxe sur les salaires sont peu nombreux, tant qu'elle subsiste. La substitution aux salariés de professionnels indépendants ne paraît guère possible à moins de transformer complètement l'organisation de l'établissement financier ; une autre solution pourrait être de réduire le nombre de salariés travaillant en France pour les remplacer par des salariés travaillant dans d'autres Etats de la Communauté. Mais il est douteux qu'une telle évolution soit souhaitable pour le développement de l'intermédiaire.

Les moyens d'augmenter le prorata de déduction de la TVA sont plus nombreux. On peut en distinguer deux groupes distincts.

a) modifier les conditions d'exploitation de façon à augmenter le montant des recettes passibles de TVA réalisées par des intermédiaires financiers.

Par exemple une filiale distincte sera créée dans laquelle seront regroupés les services (en particulier les services informatiques) offerts à l'ensemble des membres du groupe. Cette filiale facture la TVA pour ces services non financiers qu'elle offre aux autres sociétés du groupe. Elle est donc intégralement passible de la TVA pour les tâches qu'elle assure, et peut en conséquence intégralement déduire la TVA qu'elle acquitte lors de l'acquisition ou pour le fonctionnement du matériel qu'elle utilise. Certes les autres sociétés du groupe doivent elles-mêmes payer la TVA à cette filiale, sans pouvoir la déduire (puisque le matériel informatique loué sera utilisé pour des opérations financières exonérées). Mais ce procédé présente l'avantage de permettre la déduction intégrale et immédiate de la TVA afférente au matériel informatique (ou tout autre matériel) utilisé sans que la rémunération payée à la filiale sorte du groupe (la TVA payée au Trésor en sortira cependant)³⁶.

Un second moyen consiste à développer l'activité de l'intermédiaire financier français à l'étranger. Les opérations de crédit ou d'assurances (exonérées de TVA en France) ouvrent en effet droit à déduction dans les

³⁵ *cp. la taxe professionnelle en Allemagne a souvent une base imposable plus élevée pour les banques (pas de déduction des intérêts sur des emprunts à long terme).*

³⁶ *Un autre procédé peut être employé (il l'est par certaines sociétés d'assurances) : créer un groupement de fait entre les sociétés intéressées du groupe, à qui les prestations informatiques ne seront pas facturées.*

mêmes conditions que si elles étaient soumises à la TVA, dans la mesure où elles ont été rendues à des personnes domiciliées en dehors de la Communauté (ou concernent des exportations de biens à destination d'Etats situés en dehors de la Communauté : art. 271-4 du CGI). Ces opérations sont donc assimilées du point de vue des droits à déduction à des opérations passibles de TVA, bien qu'elles n'aient pas donné lieu à paiement de TVA par l'entreprise établie en France. Elles augmentent donc le prorata de déduction de façon intéressante, mais supposent évidemment un développement en cours de l'implantation internationale sous des formes spéciales.

Un troisième moyen est plus simple et correspond en outre au développement en cours de l'activité des intermédiaires financiers. Il consiste pour eux à sortir de leur domaine d'intervention proprement financier en proposant des services divers à la clientèle (en particulier des montages pour des opérations financières compliquées telles des rachats d'entreprise, des offres publiques, des préparations de succession ou sans doute des émissions de titres sortant de l'ordinaire). Les rémunérations perçues pour ces activités extrafinancières de services sont passibles de TVA en France car elles ne font pas partie des exonérations limitativement énumérées. Cet assujettissement n'a pas d'inconvénient majeur dans la mesure où ces services sont facturés à des entreprises qui pourront déduire la TVA à elles facturée ; il permet surtout d'augmenter le prorata de déduction de l'intermédiaire financier poursuivant à la fois des activités financières traditionnelles et ces activités extra-financières nouvelles. La limite entre activités financières obligatoirement exonérées et activités extra-financières obligatoirement passibles de TVA n'est d'ailleurs souvent pas facile à tracer³⁷. Pour que le prorata de déduction puisse être ainsi augmenté, la rémunération d'une activité extra-financière non exonérée est en tout cas nécessaire ce qui exclut toute possibilité de déduction pour les holdings purement financiers par exemple³⁸.

Ces trois moyens supposent toujours une modification des conditions d'exploitation aboutissant à développer des activités extra-financières non exonérées. Il y a alors simple option juridique exercée par l'intermédiaire financier qui est conforme aux principes de droit commun et peut être exercée sans aucune limite (autres toutefois que celles résultant de la réglementation souvent tatillonne, encore applicable à certains intermédiaires, spécialement les compagnies d'assurance supra n° 2). L'augmen-

37 Exemple : le fait pour un banquier de conseiller l'acquisition de tel titre à un client est-il une activité extra-financière distincte des opérations sur titres (exonérées de TVA) ? Il semble qu'on l'admette pourvu que ce conseil soit rémunéré à la suite d'un mandat de gestion (ou même par une simple commission qui ne soit pas considérée comme un simple accessoire de l'opération exonérée ?).

38 En ce sens Cour Justice des Communautés 2016/1991 aff. 60/90, R/JF 10/91.761 n° 1324 Polysar Investments Netherlande BV.

tation du prorata de déduction peut aussi résulter d'une simple option fiscale exercée par le contribuable.

b) Certains textes offrent aux intermédiaires financiers une *option* fiscale (qui doit résulter d'un texte exprès car elle déroge à l'égalité des contribuables placés dans la même situation) : ils peuvent soumettre certaines de leurs recettes financières à la TVA .

Cette option leur permet d'augmenter leur prorata de déduction sans avoir d'inconvénients pour leurs clients dans la mesure où ceux-ci sont des entreprises pouvant déduire la TVA qui leur est facturée. Le seul point à examiner ici est de savoir dans quels cas et au bénéfice de quels intermédiaires financiers l'option fiscale est ouverte.

En France l'option des intermédiaires financiers pour la TVA est prévue par les articles 261-C du CGI et 70 *sexies* et *septies* de l'annexe 111 dans des cas limités. L'option est d'abord possible seulement pour les opérations relevant d'activités bancaires ou financières ou qui se rattachent spécifiquement au commerce des valeurs et de l'argent (auxquelles l'article 70 septies paraît assimiler les opérations de crédit-bail). Ces opérations ne sont pas définies ni énumérées ce qui entraîne beaucoup d'incertitudes³⁹. Sont automatiquement considérées comme activités bancaires ou financières les activités exercées par les établissements de crédit, les sociétés de bourse, changeurs, escompteurs ou remisiers⁴⁰. Lorsque ces activités sont exercées par d'autres personnes (par exemple des sociétés de crédit-bail ou des conseils financiers) elles seront financières seulement si elles constituent l'activité principale de ces personnes⁴¹. Sont par exemple susceptibles d'option les opérations de crédit mais seulement en ce qui concerne les recettes autres que les intérêts ou rémunérations assimilées (art. 260-C-5° du CGI) ou les opérations sur valeurs mobilières⁴². Dans

145

39 En particulier les opérations d'assurance sont-elles des opérations financières pouvant donner lieu à option ? L'Administration le refuse sans texte exprès, semble-t-il de façon générale. Ce refus général aboutit à considérer que les sociétés d'assurances ne font pas d'opérations financières ou plutôt ont une activité financière de nature spéciale. Sur le plan des principes, le bien-fondé et même la légalité de ce refus sont douteux, d'autant qu'une discrimination est ainsi créée contre les sociétés d'assurance sans que les textes soient clairs sur ce point.

40 Cette présomption peut-elle être renversée ? L'administration fiscale n'a pas pris expressément parti sur ce point mais il semble qu'elle l'admette. Par exemple une banque dont l'activité est principalement une activité de conseil financier (comme ce peut être le cas de certaines banques d'affaires) n'exerce sans doute pas à ce titre une activité bancaire ou financière et est donc obligatoirement passible de la TVA pour les conseils qu'elle fait rémunérer.

41 Est principale pour l'Administration fiscale l'activité procurant à l'intermédiaire ses recettes principales (Doc. Adm. 3 L 5132 n° 7 et s., 1984) ; par contre le Conseil d'Etat paraît aussi tenir compte du bénéfice tiré des différentes activités : CE 31/10/1979 req. 13838, RJF 12/1980.420 n° 705.

42 Mais seulement dans certains cas. Par exemple sont passibles d'option les profits réalisés lors de la vente de titres acquis en vertu d'un contrat de prise ferme ; mais non les frais et commissions perçus lors de l'émission d'actions de SICAV, ni les opérations de garde ou de gestion de valeurs mobilières (ces dernières sont imposables de plein droit).

l'ensemble les cas d'option provoquent de nombreuses incertitudes et paraissent aboutir souvent à des différences de traitement entre établissements financiers dont la portée exacte est d'ailleurs difficile à saisir⁴³. Ils paraissent surtout dans l'ensemble limités en France (ce qui est conforme aux principes généraux en vertu desquels les opérations fiscales doivent être restrictivement interprétés).

Y a-t-il à cet égard des divergences importantes entre Etats de la Communauté ? L'article 13 de la Directive du 171511977 autorise seulement les divers Etats membres à introduire ou maintenir dans leurs législations respectives des possibilités d'option en faveur des intermédiaires financiers sans les y obliger. Or l'attitude des divers Etats membres est de ce point de vue fort différente : certains Etats (par ex. le Royaume-Uni) n'ont prévu aucune possibilité d'option dans leur législation ; d'autres au contraire se montrent assez larges (par exemple l'Allemagne ou la Belgique)⁴⁴. Il en découle des divergences de traitement qui peuvent être importantes selon la loi fiscale applicable à l'établissement financier, même dans le cadre communautaire.

Conclusion : au regard de la TVA, la situation des intermédiaires financiers établis en France est peu favorable étant donné les inconvénients importants de l'exonération dont ils bénéficient, l'importance de la taxe sur les salaires et les possibilités réduites d'option qu'ils peuvent exercer. Les inconvénients en matière de TVA peuvent être réduits par certains intermédiaires de façon importante mais non par tous. La situation actuelle est dans l'ensemble peu favorable à l'établissement en France malgré l'harmonisation de l'assiette de la TVA.

146

II : Impôts directs dûs

- par les intermédiaires financiers

Trois types d'impôts directs peuvent être dûs par les intermédiaires financiers en France : l'impôt sur les bénéfices (impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés), des contributions directes exceptionnelles (qui leur sont propres -contribution exceptionnelle des institutions financières- ou non -contribution sociale de solidarité-), enfin la taxe sur les salaires (déjà examinée).

Ces impôts ont pour trait commun d'être prélevés sur des gains financiers réalisés par des intermédiaires financiers. Par là ils diffèrent des impôts directs dûs par les clients des intermédiaires financiers à la suite d'opéra-

⁴³ Par ex. les compagnies d'assurances n'ont en fait pas les mêmes possibilités d'option que les banques, du fait que les opérations par elles effectuées sont moins diverses.

⁴⁴ En Allemagne l'option d'une banque pour la TVA est possible si le crédit est consenti à un emprunteur assujéti à la TVA, même sur les intérêts.

tions financières, les clients pouvant être des ménages ou des entreprises. Le régime fiscal de ces gains ne sera pas évoqué malgré son influence évidente sur la faveur avec laquelle les clients perçoivent les placements auprès d'intermédiaires financiers. Les gains réalisés par les intermédiaires financiers eux-mêmes se caractérisent par leur diversité qui dépend en partie d'ailleurs de l'intermédiaire financier considéré.

Les divers intermédiaires perçoivent ou peuvent percevoir trois catégories de recettes (provenant dans chaque cas d'opérations internes ou internationales). Ils perçoivent d'abord toujours des recettes provenant de leur intervention à titre d'intermédiaire (intérêts perçus par les établissements financiers sur les crédits accordés aux clients commissions multiples perçues par divers intermédiaires financiers établissements financiers, OPCVM- sur divers services rendus aux clients -par exemple commissions sur les transactions sur valeurs mobilières effectuées par les clients, commissions de gestion ou de tenue de compte....., primes d'assurance rémunérant une tâche d'intermédiaire remplie par les sociétés d'assurances). En second lieu ces intermédiaires disposent souvent d'actifs importants (dans le cas des banques, des compagnies d'assurances ou des OPCVM ou sociétés d'investissement) ; ils les placeront en devant souvent (mais pas dans tous les cas) respecter des règles impératives qui poursuivent divers objectifs : sauvegarder la liquidité des placements (dans le cas des banques, compagnies d'assurances ou OPCVM), ou la solvabilité de l'intermédiaire (ratio Cooke pour les banques, règles de division des risques pour les compagnies d'assurances ou les OPCVM..)⁴⁵ : recettes nettes tirées de ces placements rentreront normalement dans la base d'imposition. Enfin les intermédiaires peuvent éventuellement faire des opérations pour leur compte propre, parfois difficiles d'ailleurs à distinguer de leurs opérations d'intermédiaire⁴⁶ ; cette troisième catégorie d'opérations leur rapportera aussi des recettes à inclure dans la base d'imposition. La diversité des recettes acquises par l'intermédiaire financier dépend en partie du type d'intermédiaire envisagé, mais aussi des activités qu'il exerce ou cherche à développer⁴⁷.

⁴⁵ Ces règles impératives sont multiples pour les compagnies d'assurances en particulier en ce qui concerne les types de placements autorisés (v. les articles 332-2 et s. du Code des assurances qui ont été assouplis par le décret n° 90/981 du 5/11/1990) ; elles sont aussi nombreuses pour les OPCVM (v. les articles 2 à 5 du décret n° 89/623 du 6/19/1989) ; par contre les banques paraissent disposer d'une plus large liberté dans le choix de leurs placements..

⁴⁶ Par exemple les ventes à réméré d'obligations faites par les banques ou OPCVM sont-elles des ventes pour compte propre ou à titre d'intermédiaire ? Même incertitude pour les opérations de portage

Même incertitude pour l'activité de conseil financier qui est le plus souvent liée à une activité d'intermédiaire.

⁴⁷ Développement de l'activité d'ingénierie financière aussi bien pour les banques que les compagnies d'assurances ou les sociétés d'investissement (mais non les OPCVM).

Cette diversité des recettes financières va entraîner une diversité inévitable en matière d'impôts directs. Les régimes fiscaux applicables aux divers produits financiers sont en effet fort différents selon le type de produit envisagé : distinctions des titres de créance et des titres d'associé, des revenus et des plus-values, des gains réalisés en France ou à l'étranger, sur des marchés organisés ou non etc....

Cette diversité des régimes fiscaux applicables aux produits ou charges financiers de façon générale va normalement être constatée aussi pour les gains ou charges encourus par des intermédiaires financiers (sans que ceux-ci puissent d'ailleurs toujours librement choisir le type d'activité ou de recettes qu'ils souhaitent développer)⁴⁸. Les divergences fiscales paraissent devoir l'emporter du point de vue des impôts directs sur l'uniformité de traitement, même quand l'intermédiaire est établi en France et réalise uniquement des opérations en France ; *a fortiori* ces disparités vont-elles s'accroître lorsqu'un élément international est introduit dans le tableau (l'intermédiaire français réalise des opérations à l'étranger - par ex. achat d'actions américaines ou swaps de devises à Londres- ou l'intermédiaire est établi à l'étranger et réalise des opérations en France - *Unit trust* britannique recueillant des souscriptions de résidents français ou compagnie d'assurances allemande assurant une société française contre des pertes subies lors d'un transport entre les deux Etats).

148

Ces divergences paraissent être d'autant plus importantes que le débiteur de l'impôt est variable en France selon sa forme juridique et le type d'activité qu'il poursuit. Par exemple les sociétés de capitaux sont en principe soumises à l'impôt sur les sociétés en France y compris lorsque ce sont des intermédiaires financiers ; mais les SICAV en sont expressément exonérées (art. 208-1° bis A du CGI) et les fonds communs de placement ou de créances sont soumis à un régime particulier du fait qu'ils n'ont pas la personnalité morale.

Cette diversité concerne le principe de l'imposition de l'intermédiaire financier : joue-t-elle aussi pour la détermination des produits imposables (A) et des charges déductibles et du poids de l'impôt (B) ? J'examinerai ces deux questions tour à tour en recherchant l'importance des divergences fiscales entre intermédiaires financiers d'abord, entre intermédiaires financiers et autres entreprises d'autre part et enfin entre intermédiaires financiers français et étrangers.

⁴⁸ La réglementation des placements des compagnies d'assurances est étroitement réglementée par les articles R 332-2 et s. du Code des assurances (modifiés et assouplis par le décret n° 90/961 du 5/11/1990) dans la mesure où il s'agit d'éléments d'actif admis en représentation des engagements réglementés. De même la réglementation des placements d'OPCVM doit respecter à la fois le décret n° 89/623 du 6/19/1989 et les statuts (qui spécialisent souvent l'organisme dans tel ou tel type de placements - par ex. OPCVM d'obligations internationales ou de fonds indiciels). Par contre les placements des banques et des intermédiaires financiers ne faisant pas appel au public disposent d'une liberté plus grande, parfois même totale.

A) Divergences pour le régime fiscal applicable aux produits bruts imposables des intermédiaires financiers

On vient de rappeler la diversité des produits pouvant être encaissés par les intermédiaires financiers français. Il va en découler une certaine diversité fiscale dans le régime d'imposition, qui dépendra en particulier de trois facteurs : le type et la forme juridique de l'intermédiaire bénéficiant de ces produits, la source française ou étrangère du produit encaissé (avec des problèmes de crédits d'impôt ou avoir fiscal éventuels), la nature du produit (dividendes, intérêts, plus-values, gains sur les marchés à terme...). Se contente-t-on d'appliquer pour chacun de ces produits les règles fiscales de droit commun ou existe-t-il des règles fiscales spéciales tenant au fait que le bénéficiaire du produit est un intermédiaire financier ? Le principe dont il faut partir est que le régime d'imposition obéit aux règles de droit commun de la fiscalité des entreprises⁴⁹. Mais à ce principe sont apportées un certain nombre d'exceptions par lesquelles est reconnue une certaine spécificité fiscale aux produits imposables des intermédiaires financiers. Ce particularisme joue à la fois en l'absence de tout élément étranger (a) et aussi en présence d'un élément étranger (b).

a) *en l'absence de tout élément étranger*, le particularisme fiscal des produits bénéficiant à un intermédiaire financier est de portée très variable selon l'intermédiaire considéré.

149

Le particularisme fiscal des intermédiaires financiers est évident pour les SICAV qui bénéficient d'une exonération expresse d'IS «pour les bénéfices réalisés dans le cadre de leur objet légal» (art. 208-1^obis A du CGI). Cette exonération a été maintenue en 1990 alors que les SICAV se voyaient offrir la possibilité de capitaliser leurs bénéfices évitant ainsi à leurs membres toute imposition (car ils sont imposables seulement en cas de distribution) ou réduisant leur impôt (en substituant une plus-value de cession des titres au régime moins favorable des revenus de capitaux mobiliers). Elle vient cependant d'être réduite pour les seuls associés-entreprises de la majorité des SICAV qui deviennent depuis 1993 imposables sur la plus-value latente des titres de SICAV qu'elles détiennent (art. 14-1 de la Loi de finances pour 1993).

Cette spécificité fiscale des intermédiaires financiers est également reconnue au bénéfice des compagnies d'assurances, mais dans des cas limités et seulement pour certains produits financiers qui leur sont dûs. Par

⁴⁹ L'uniformité d'imposition n'est d'ailleurs pas totale même dans ce cas puisque bénéficiaire et produits peuvent être différents. Par exemple des intérêts d'obligations françaises ne feront pas l'objet de la même imposition selon qu'ils sont perçus par une banque française ou étrangère, ou par une SICAV française, un Unit trust britannique ou un fonds allemand.

exemple des règles spéciales d'imposition sont expressément édictées pour les titres d'OPCVM qu'elles peuvent détenir⁵⁰ ou pour la date d'imposition des gains résultant de la souscription ou de l'acquisition acquis par des entreprises d'assurance et de capitalisation de titres de créance divers pour un prix différent de leur prix de remboursement⁵¹.

Ce particularisme fiscal existe aussi pour les banques et établissements de crédit dans un certain nombre d'hypothèses. Il peut provenir de trois sources. Tantôt il provient de textes exprès applicables à ces seuls organismes⁵². Tantôt le régime spécial concerne des opérations financières dans lesquelles interviennent en pratique toujours (mais pas seulement) des banques⁵³. Tantôt enfin ce particularisme fiscal des banques est reconnu par les tribunaux en application de principes de droit commun. Ce sera en particulier le cas lorsque le prêt est consenti par une banque ou un holding de trésorerie à un autre membre du groupe : le prêteur pourra parfois offrir un taux d'intérêt lui laissant un profit inférieur au profit normal en raison de ses liens étroits avec l'emprunteur et sans doute du fait qu'il est un intermédiaire financier de type particulier⁵⁴.

La spécificité fiscale des intermédiaires financiers paraît dans l'ensemble limitée par rapport au régime applicable à l'ensemble des autres entreprises, ce que l'on a pu regretter (car l'autonomie de la sphère financière ne serait pas ainsi suffisamment reconnue du point de vue fiscal)⁵⁵. Il faut

150

50 art. 14-I de la LF pour 1993 insérant un nouvel article 209-0 A dans le CGI : l'évaluation des à la fin de chaque exercice des titres d'OPCVM détenus par des entreprises n'est pas applicable aux entreprises régies par le Code des assurances (car celles-ci auraient pu pratiquer une provision déductible fiscalement qui aurait annulé l'imposition prévue par la nouvelle mesure (infra n° 18).

51 Art. 57 de la LF pour 1993 qui met les règles fiscales en harmonie avec les règles comptables applicables aux entreprises d'assurances (décret n° 91/1419 du 28/12/1991).

52 Ils portent sur

- les titres de transaction (art. 38 bis A du CGI) - les titres à coupon zéro ou à coupon unique (art. 38 bis B du CGI)

53 C'est par exemple le cas pour

- les swaps de devises (art. 38-6-2bis du CGI).

- ou le régime particulier des primes de remboursement (article 238 septies B du CGI applicable aussi aux ménages) la prime est imposable par annuités, avant même qu'elle ne soit perçue lorsqu'elle excède 10% du nominal ou du prix d'acquisition du droit au remboursement. L'article 14 de la loi de finances pour 1993 étend ce régime au cas où le remboursement est indexé : la valeur de remboursement à prendre en considération à la fin de chaque exercice devra tenir compte de l'évolution de l'index ; pourtant c'est seulement un gain latent qui va ainsi être imposé du point de vue fiscal alors qu'il n'est pas pris en compte du point de vue comptable. Une nouvelle distorsion est ainsi créée entre fiscalité et comptabilité, très gênante en pratique.

54 V. sur ce point CE 15/2/1978, req. 4413, RJF 4/78.115 n° 149 avec la chronique M.D. Hagelsteen RJF 5/78 p.146 et s. En dehors de ce cas, le taux d'intérêt normal qui peut être fixé par le banquier peut-il être différent de celui qui serait compris par un prêteur non professionnel ? Il faut sans doute l'admettre à la fois à la hausse (le banquier tire son profit des crédits consentis) et même à la baisse (le banquier doit pouvoir soigner un client important ou en situation difficile). C'est reconnaître fiscalement le particularisme fiscal attaché à la profession d'intermédiaire financier.

55 V. l'article de J.P. Le Gall JCP éd. E 1990.11.15934 n° 1, Le régime fiscal de la rémunération du crédit bancaire aux entreprises

toutefois nuancer cette constatation : car de nombreuses opérations financières de gestion des risques sont soumises à un régime fiscal particulier, et comportent le plus souvent au moins un intermédiaire financier comme partenaire (cas des opérations de gestion des risques de taux de change ou de liquidité conclues sur des marchés organisés ou non organisés). Elles comportent souvent un élément étranger : aussi les aborderai-je à propos de ce second type d'opérations.

Il reste toutefois une dernière question avant de le faire : la spécificité fiscale limitée des intermédiaires financiers en France est-elle un trait qui nous est propre ou se constate-t-elle aussi dans les autres Etats de la Communauté européenne ? et surtout le régime fiscal qui leur est applicable du point de vue des impôts directs est-il plus ou moins avantageux que le régime en vigueur en France ? En Grande-Bretagne, la spécificité fiscale des intermédiaires financiers ne paraît guère plus marquée qu'elle ne l'est en France⁵⁶ mais leur régime fiscal y paraît à certains égards plus avantageux que le régime français surtout dans le domaine international).

En Allemagne, le régime fiscal applicable aux intermédiaires financiers paraît dans le cadre interne quasi-identique au régime applicable aux entreprises non financières (cette identité de principe étant renforcée par le principe constitutionnel d'égalité de traitement). Cette identité de régime paraît aussi vérifiée pour les opérations financières comportant un élément étranger.

151

b) en présence d'un élément étranger, le particularisme fiscal applicable aux produits dont bénéficient les intermédiaires financiers est-il plus marqué ?

Du fait de cet élément étranger, le produit (revenu ou plus-value) cesse d'être purement interne et acquiert un caractère international à des degrés d'ailleurs variés. Le développement des opérations internationales est fréquent pour les opérations financières actuelles, même si ces opérations ont toujours existé⁵⁷.

Du point de vue de la technique financière, les opérations internationales présentent de nombreuses particularités⁵⁸. *A fortiori* en est-il de même du point de vue fiscal : du fait que deux Etats au moins sont alors en cause, l'imposition des produits financiers internationaux suppose une répartition de l'impôt entre les Etats intéressés qui est souvent loin d'être aisée. De là des *risques* de double imposition ou *d'évasion fiscale internationale*

56 V. sur ce point G.A. Penn, A.M. Shea, and A.Arora, *The law relating to domestic banking, Sweet and Maxwell 1987* ou Ch.Fitzgibbon and M.Walton, *Taxation and Banking, Sweet and Maxwell 1990*.

57 v.Ch.Kindleberger, *Histoire financière de l'Europe occidentale (Economica 1986)*.

58 V.Y. Simon, *Techniques financières internationales, Economica 1991*

contre lesquels de multiples conventions fiscales internationales ont été conclues⁵⁹, qui ne parviennent d'ailleurs pas toujours à atteindre leurs objectifs.

Une première difficulté est de savoir quand une opération financière est internationale. De multiples critères sont possibles sur ce point⁶⁰. Pour ne prendre que cet exemple, l'émission par une entreprise française d'un emprunt obligataire en euro-dollars, en euro-francs ou en ECUS doit-elle être considérée comme une opération internationale, même si les euro-obligations sont émises à Paris et les souscripteurs sont résidents français ? Une réponse affirmative à cette question entraînera un régime fiscal différent, qui sera dans ce cas peu avantageux pour le contribuable⁶¹, mais lui permettra le plus souvent de réduire sa charge fiscale. Cette diminution pourra être opérée en toute légalité, le contribuable utilisant à son profit les divergences entre systèmes fiscaux⁶² ; mais elle pourra aussi résulter des difficultés particulières de contrôle rencontrées en matière internationale par les Administrations fiscales.

Une fois retenu le caractère international du produit financier en cause⁶³, son régime fiscal va se différencier du régime applicable à un produit purement interne. Ce sera évidemment le cas lorsque les intérêts ou dividendes sont perçus par un non-résident et échappent de ce fait en principe aux impôts directs français. Ils seront alors, sauf exonération, passibles d'une retenue à la source à des taux variables ; le bénéficiaire pourra aussi être pénalisé par la non transmission à la société-mère étrangère de l'avoir fiscal français en principe attaché aux dividendes distribués par la filiale française. Même lorsque le produit financier international perçu par un intermédiaire financier français est passible des impôts directs français, le régime fiscal applicable ne sera pas absolument identique au régime applicable au même produit financier purement

152

59 La France a conclu environ 80 conventions.

60 V. par ex. sur ce point mon article concernant « la fiscalité internationale des instruments financiers (problèmes actuels) » n° 30, Travaux du Comité français de droit international privé 1993 (à publier)

61 Par exemple probablement pas d'abattement ni de prélèvement libératoire sur les intérêts versés aux ménages résidents dans la mesure où ces euro-obligations sont indexées sur une devise étrangère, ce qui est loin d'être certain et paraît d'ailleurs contraire à la Directive communautaire du 241611988 instaurant la libre circulation des capitaux.

62 Sur l'importance de ces divergences fiscales en matière d'instruments financiers, même entre Etats membres de la Communauté européenne, v. l'ouvrage publié sous ma direction sur La fiscalité des instruments financiers utilisés par les entreprises dans la Communauté européenne, Nouvelles éditions fiduciaires 1991.

Pour une application particulière en matière d'OPCVM, v. l'article intéressant de J.L. Pierre, Etude comparative de la fiscalité des OPCVM en France et dans divers pays européens, Revue de droit bancaire et de la Bourse n° 28/1991 p. 207 et s.

63 Souvent douteux : v. par exemple les contrats d'assurances multi-devises aujourd'hui proposés par diverses compagnies françaises : Epargner décembre 1992 p. 34.

interne. Supposons par exemple des dividendes distribués par une société allemande à un holding financier français qui détient 60 % de son capital, ou des produits d'obligations participantes versés par une société anglaise à un OPCVM français ou des gains réalisés par une banque française sur le marché des options de Chicago sans qu'elle ait d'établissement stable aux Etats-Unis. L'avoir fiscal britannique ne sera pas transmis au holding français dans le premier exemple (article 9-5 convention franco-britannique), les produits d'obligations participantes ne sont pas considérés comme des intérêts en Angleterre et ne sont pas déductibles de la base imposable de la société anglaise (alors que ce sont des intérêts du point de vue français), enfin les gains réalisés sur le marché financier de Chicago paraissent être imposables en France bien qu'ils aient une source américaine (la solution étant probablement différente si la banque française avait un établissement stable aux Etats-Unis : v. les articles 6-8, 12-1 et 22-1 de la convention Etats-Unis-France).

Ces divergences de fiscalité sont nombreuses sur le plan international, même avec les autres Etats de la Communauté (a), ce qui risque à la fois de favoriser l'évasion fiscale et d'entraîner une surimposition des intermédiaires financiers français. Le particularisme des intermédiaires financiers se manifeste cependant surtout sur le plan de la fiscalité internationale par des difficultés importantes pour localiser les opérations et profits réalisés par les intermédiaires financiers (b).

153

a) les divergences fiscales avec les autres Etats de la Communauté risquent-elles d'entraîner une sur-imposition des intermédiaires financiers français ?

Un premier exemple de divergence fiscale se constate pour les contrats financiers de gestion des risques. En France ils sont soumis à une réglementation fiscale différente selon qu'ils sont ou non traités sur un marché organisé. Cette distinction n'existe dans aucun des autres Etats de la Communauté, ce qui entraîne de multiples différences pour la date à laquelle les gains latents deviennent imposables⁶⁴, ou le régime des pertes. Un swap de devises (contrat financier) peut aussi être conclu auprès d'une banque française (ou étrangère) par une société française emprunteur en dollars pour se protéger contre une éventuelle hausse du dollar (contrat de couverture). Les règles fiscales françaises applicables à ce contrat de couverture sont peu nettes, mais paraissent souvent différentes des règles

⁶⁴ Les profits latents sont en principe imposables immédiatement sur le MATIF et d'après l'Administration sur les contrats à terme ou à option portant sur des devises (art. 38-6-1° du CGI). Ceci crée une distorsion fâcheuse entre règles fiscales et règles comptables : v. sur ce point l'ouvrage publié sous ma direction sur « la fiscalité des instruments financiers des entreprises dans la Communauté européenne », Nouvelles éditions fiduciaires 1991.

en vigueur à l'étranger : il existe en effet en France une séparation entre contrat financier (le swap) et contrat sous-jacent (l'emprunt en dollars), séparation qui est beaucoup moins accentuée dans les autres Etats (Grande-Bretagne, Etats-Unis ou Allemagne). Ces divergences peuvent entraîner une sur-imposition fâcheuse des intermédiaires financiers français par rapport à leurs homologues étrangers⁶⁵.

Un second exemple de divergences fiscales concerne les valeurs mobilières composées. Supposons une SICAV française détenant des obligations à bon de souscription d'actions allemandes. La valeur du bon doit être immédiatement inscrite à l'actif du bilan en Allemagne mais probablement pas en France⁶⁶. De ce fait aucune charge ne paraît pouvoir être déduite ni même aucune provision fiscalement déductible pratiquée, même lorsque la valeur de ce bon diminue tant qu'il n'est pas périmé. La règle fiscale française est ici peu avantageuse pour la SICAV détentrice du bon.

Un troisième exemple est fourni par l'article 209 B du CGI français. Ce texte quasi-répressif permet à l'Administration fiscale française d'imposer les bénéfices réalisés par un organisme situé dans un paradis fiscal⁶⁷ et non distribués par celui-ci, lorsqu'une entreprise française détient au moins 10% de son capital (ou de ses droits de vote). Ce texte déroge au principe de territorialité de l'impôt édicté par l'article 209 pour les sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés en France. Il prévoit une imposition séparée de l'entreprise française proportionnellement à sa quote-part dans les bénéfices sociaux non distribués réalisés à l'étranger. Cette imposition séparée est distincte des autres résultats de l'entreprise française. Il sera donc impossible de compenser éventuellement cet impôt édicté par l'article 209 B et une perte subie en France, même dans le cas où l'entreprise française bénéficie du régime d'intégration ou de consolidation fiscales⁶⁸. Lorsqu'une banque française utilise une société des Antilles néerlandaises pour réaliser une opération financière internationale, elle sera donc imposée en vertu de l'article 209 B sur les profits réalisés par cette société, sans pouvoir réduire ces profits en les compensant avec des pertes subies dans d'autres

⁶⁵ Par exemple une banque va émettre en décembre 1993 un emprunt obligataire de cinq ans. Elle craint une hausse des taux contre laquelle elle se couvre en vendant des contrats MATIF. Le gain réalisé sur cette vente est imposable intégralement au dénouement du contrat (en décembre 1993 soit imposition au titre de l'exercice 1993) alors que la perte subie sur l'emprunt (du fait de la hausse du taux d'intérêt) devra être fiscalement étalée sur cinq ans.

⁶⁶ *Mémento comptable* F. Lefebvre 1992 n° 2135-2 : les bons ont une valeur nulle lors de la souscription, solution aussi retenue par une lettre du SLF du 18/12/1981.

⁶⁷ Cet organisme peut depuis 1993 être un simple établissement, cas fréquent pour les banques et compagnies d'assurances pour leur permettre de respecter le ratio Cooke.

⁶⁸ A la différence de l'intégration fiscale qui n'intègre pas les succursales ou filiales étrangères, le bénéfice consolidé est un régime d'exception à portée mondiale qui doit être accordé par l'Administration (article 209^{quinquies} du CGI 5 et ne paraît pas l'avoir été pour le moment à des groupes purement financiers (mais seulement à une dizaine de groupes en 1992).

Etats ou même en France. Cette règle fiscale est quasi-répressive en ce qu'elle compartimente étroitement les résultats imposables en vertu de l'article 209B. Elle est peu réaliste spécialement pour les intermédiaires financiers (dont elle méconnaît la spécificité) en refusant de globaliser leurs résultats malgré le caractère international et souvent mondial des opérations financières. Il serait sans doute souhaitable de l'assouplir spécialement pour les intermédiaires financiers, un tel compartimentage étant à la fois propre à la législation française et contraire à la nature internationale des opérations financières. Ce caractère international soulève parfois des problèmes aigus de localisation du profit.

b) le particularisme fiscal des intermédiaires financiers s'exprime surtout par *les difficultés* souvent importantes qu'éprouve l'Administration fiscale à *localiser* l'opération dans laquelle est intervenu l'intermédiaire financier et à déterminer si le gain a ou non une source française⁶⁹.

La première difficulté (déjà rencontrée avec les euro-placements est de savoir si le gain est international ou non. La solution est d'autant plus difficile que le critère à retenir est incertain et qu'il peut même varier selon la question fiscale à résoudre⁷⁰. En outre l'Administration fiscale française ne peut pas toujours déterminer qui sont les bénéficiaires du gain en cause⁷¹.

La seconde difficulté surgit aujourd'hui avec le global trading. Cette pratique récente consiste, pour un groupe qui peut être financier à conclure des transactions boursières ou financières sur une base mondiale en faisant successivement intervenir divers opérateurs connaissant chacun son marché de façon à ce que les meilleures opportunités possibles soient saisies sur l'actif financier en cause. La difficulté est de répartir les résultats entre les différents Etats où sont intervenues les transactions. La complexité du problème vient de ce que ces transactions sont réalisées dans quatre ou cinq centres simultanément (New-York, Paris, Singapour et Sydney) par voie informatique et laissent souvent peu de traces. Il est de ce fait difficile d'abord de localiser la source du profit global et ensuite de le répartir entre les différents centres car chacun d'entre eux est en contact permanent avec

155

69 A la même idée se rattachent les nombreux textes (non spécifiques aux intermédiaires financiers) posant des présomptions de transferts de bénéfices à l'étranger pour faciliter la preuve difficile à apporter par l'Administration et éviter la délocalisation. (art. 57, 238 A, 209 B). Ces textes s'appliquent aux intermédiaires financiers comme à toute entreprise et permettent d'éviter la délocalisation artificielle de profits normalement imposables en France : ils provoquent souvent des conflits avec les Etats étrangers dans lesquels ces bénéfices français ont été soi-disant artificiellement transférés.

70 v. J.P. Le Gall, *La fiscalité internationale des euro-crédits in Les Eurocrédits, Litec 1981*

71 Par ex. dans les euro-émissions réalisées à Luxembourg, les souscripteurs peuvent conserver l'anonymat si bien qu'il est impossible pour l'Administration de déterminer directement la proportion de résidents français ayant souscrit : en ce sens J.L. Herrenschmidt, *Encyclopédie de Gestion* V° *Dérégulation financière internationale*.

les autres auxquels il fournit des informations pour que le groupe tire le meilleur parti de son implantation mondiale. Le gain global réalisé résulte d'une coopération constante des différents centres dont l'autonomie peut varier de façon importante⁷². Pour le moment, aucune règle fiscale nouvelle ne paraît avoir été posée pour résoudre ce type de problème : les solutions paraissent données au cas par cas avec les incertitudes qui s'attachent à cette méthode. Cette absence de règle adaptée s'explique par la nouveauté du problème, technique, financier et fiscal. Mais elle méconnaît justement le caractère inadapté des solutions traditionnelles qui n'ont pas été conçues pour résoudre ce type de situation. Il est souhaitable que des directives plus précises puissent être rapidement établies et acceptées par les différents Etats intéressés de façon à trouver une solution globalement acceptable.

B) Divergences pour les charges déductibles et le poids de l'impôt

1) Charges déductibles

Les charges déductibles exposées par les intermédiaires financiers obéissent en principe aux règles de droit commun applicables aux autres entreprises.

156

On distingue donc frais généraux, amortissements et provisions en les soumettant à des règles fiscales distinctes. L'importance fréquente des frais d'entretien et d'amortissement du matériel informatique doit être signalée pour les banques et les sociétés d'assurances. De même les charges d'intérêt sont souvent élevées pour les banques qui se refinancent souvent sur le marché monétaire ou interbancaire. On applique sur ce point les règles fiscales de droit commun en particulier pour fixer les conditions dans lesquelles sera normal un prêt consenti par la banque grâce à un emprunt qui aurait été contracté à un taux supérieur. Cette double opération jouera surtout dans le cas où la banque sera une banque de groupe (mais elle peut exceptionnellement intervenir même en dehors de ce cas au profit d'un client en situation difficile ou auquel la banque est disposée à consentir des conditions spéciales). Elle sera en principe fiscalement considérée comme un acte anormal de gestion entraînant réintégration dans les recettes de la banque de l'insuffisance d'intérêt perçu. Toutefois cette réintégration pourra être évitée lorsque la banque parvient à établir qu'aucun acte anormal ne peut lui être reproché (par exemple le prêt est consenti à une

⁷² La contribution de chaque centre au profit global résulte
 - de l'activité respective de chacun d'entre eux pour chacun des instruments financiers traités
 - de l'importance respective de chaque centre (nombre d'employés...)
 - du risque assumé par chacun d'entre eux (supporte-t-il ou non les conséquences de ses erreurs de jugement éventuelles ?)

société filiale du même groupe pour rétablir sa situation ou peut-être même favoriser son développement).

La spécificité fiscale des intermédiaires financiers (par rapport aux autres entreprises non financières) se manifeste surtout pour les provisions. Elles représentent aujourd'hui un montant souvent important pour les banques ou les compagnies d'assurances, spécialement du fait de la chute du marché immobilier. Les provisions obéissent, elles aussi, en principe aux règles fiscales de droit commun⁷³ mais des textes spéciaux établissent souvent un régime particulier pour les provisions réglementées dans le cas des intermédiaires financiers.

Ces textes sont parfois restrictifs : par exemple les articles 39 *octies* A et B du CGI subordonnent à un agrément du ministre du budget la possibilité pour les établissements de crédit de déduire temporairement une provision pour implantation à l'étranger (exigence non-requise pour les entreprises non financières).

Le plus souvent ces textes prévoient un régime favorable pour encourager certains crédits :

a) l'article 39.1.5° 8^e al. du CGI autorise banques et établissements de crédit à déduire forfaitairement une provision pour les crédits à moyen ou long terme qu'ils consentent, spécialement pour le financement des ventes ou travaux à l'étranger.

b) les textes spéciaux les plus importants concernent les compagnies d'assurance. Ils ont trait aux provisions techniques qu'elles sont obligées par le Code des assurances (art. R 331 et s.) de constituer pour faire face à leurs engagements. Ces provisions techniques (appelées réserves techniques avant 1956) sont nombreuses et de nature diverse. Certaines d'entre elles sont tout à fait comparables aux provisions pour charges pratiquées par l'ensemble des entreprises : c'est le cas pour les provisions pour sinistres restant à payer (art. R 331-15 à 28 du Code des assurances) qui doivent remplir les conditions de droit commun pour être déductibles⁷⁴. Les provisions pour réserve de capitalisation sont destinées à parer à la dépréciation des valeurs d'actif de la compagnie ou à la diminution de son revenu (art. R 331-1 et 331-6) : ces provisions sont toutes deux déductibles, ce qui étend les règles fiscales normales de déduction en faveur de la seconde catégorie (qui constitue seulement un manque à gagner)⁷⁵.

157

⁷³ Parfois assouplies par l'Administration : v. par ex. les notes DGI du 13/411949 et 20/5/1949 recommandant aux agents d'apprécier d'une manière libérale les motifs d'irrecouvrabilité des créances à raison desquelles les banques et établissements de crédit constituent des provisions.

⁷⁴ Donc ne pas être exagérées eu égard aux charges probables encourues : CE 9/11/1963 req. 57187, Dupont 1963 p.834 ou REI 14186.

De même les provisions pour fluctuations de changes ne sont pas déductibles bien qu'elles doivent être constituées par les compagnies en vertu de la réglementation des assurances.

⁷⁵ En ce sens lettre de la Fédération française des sociétés d'assurances du 31/3/1976, IS IV.24390

Enfin de nombreuses provisions sont déductibles en vertu d'une vieille circulaire administrative ⁷⁶ dans la mesure où elles ont été calculées conformément à la réglementation technique des sociétés d'assurance". Elles constituent pourtant en réalité des réserves : c'est le cas surtout des provisions constituées par les compagnies d'assurances-vie ou de capitalisation (provisions mathématiques, provisions pour participation des assurés aux excédents -A 132-1 et s.. du Code), mais aussi de provisions obligatoires pour les assurances de répartition (pour risques en cours : R 331-9 du Code).

Une dernière catégorie de provision est déductible en vertu non plus d'une circulaire administrative, mais d'un texte législatif qui étend les règles de droit commun : la provision d'équilibrage prévue par l'article 39 *quinquies* G du CGI ⁷⁷.

L'ensemble de ces textes entraîne une spécificité fiscale marquée des intermédiaires financiers pour la déduction des charges, mais seulement dans des cas limités qui ne sont pas toujours expressément prévus par un texte législatif. Ces textes étendent presque toujours les cas de déduction par rapport au droit commun tantôt pour encourager telle activité (c'est le cas des crédits à long terme) tantôt pour tenir compte du rôle particulier assuré par l'intermédiaire financier en cause (c'est le cas des compagnies d'assurances). Ces dérogations non généralisées entraînent des différences de traitement non seulement entre intermédiaires financiers et autres entreprises, mais aussi entre intermédiaires financiers. De ce fait le bien-fondé de leur traitement fiscal risque d'être mis en question du point de vue communautaire, dans la mesure du moins où les intermédiaires des autres Etats de la Communauté ne bénéficieraient pas de régimes équivalents (ce qui sera d'ailleurs fort difficile à calculer).

158

2) *Le poids des impôts directs* sur les intermédiaires financiers est-il différent selon l'intermédiaire considéré, entre intermédiaires et autres entreprises non financières et enfin entre intermédiaires français et étrangers ?

Une réponse globale peut difficilement être apportée à ces questions. Mais deux remarques doivent être faites.

a) 1^è remarque : à certains égards la situation des intermédiaires financiers établis en France est défavorable : ils sont souvent assujettis à des

⁷⁶ Circulaire du 2916/1926 n° 1464.

⁷⁷ Cette provision a trait à des risques limitatifs dont l'importance et le caractère cyclique sont totalement imprévisibles : risques naturels (grêle, ouragan, cyclone, inondation...), risques atomiques et spatiaux, risques de responsabilité civile dus à la pollution. Elle vient d'être étendue par l'article 39 de la loi de finances pour 1991 (codifié à l'article 39 *quinquies* GA du CGI) à l'assurance-crédit (instruction du 2/10/1991, BOI 4 E 4/91).

majorations fiscales diverses (telle par exemple la contribution exceptionnelle des institutions financières -art. 235 ter Y du CGI qui pèse seulement sur les établissements de crédit et compagnies d'assurances).

b) 2^e remarque : le poids de l'impôt sur les bénéfices dépend en partie dans le domaine international de la possibilité pour les intermédiaires financiers d'imputer sur l'impôt français les *crédits d'impôts* dont ils bénéficient souvent pour les revenus de capitaux mobiliers étrangers par eux perçus⁷⁸.

Ces crédits d'impôt ont pour but de compenser les retenues à la source étrangères souvent prélevées par le fisc étranger sur des revenus de capitaux mobiliers versés par exemple en France. L'intermédiaire financier français en bénéficie si deux conditions sont cumulativement remplies. Première condition : une convention internationale, conclue entre la France et l'Etat étranger source des revenus, doit d'abord consacrer l'existence de la retenue à la source étrangère sur la catégorie de revenus versée au contribuable français et prévoir l'imputation de cette retenue à la source étrangère sur l'impôt français. Par exemple la plupart des conventions internationales signées par la France prévoient l'imputation de la retenue à la source étrangère sur les dividendes étrangers versés en France ou éventuellement sur les intérêts étrangers versés en France⁷⁹. Par contre aucune retenue à la source n'est prévue pour les gains tirés de contrats financiers ou marchés financiers à option ou à terme : il ne semble donc pas qu'une retenue à la source soit prélevée par le Revenu néerlandais sur les sommes versées par une entreprise néerlandaise à une banque française en vertu d'un swap de taux ou de change. La solution dépend cependant de la qualification retenue pour les sommes en cause par la convention internationale⁸⁰, question d'autant plus difficile à trancher qu'elle n'a pas

⁷⁸ Le problème se pose surtout pour les banques, qui perçoivent des intérêts importants pour des crédits consentis à l'étranger, ou qui ont parfois des participations étrangères importantes. Il peut aussi se poser pour les OPCVM français investis sur des titres étrangers (obligations ou actions étrangères) ; mais il n'existait guère pour les compagnies d'assurances dont les placements devaient être essentiellement des placements français avant le décret du 5/11/1990. Ce décret (modifiant les articles R 332-1 et s. du Code des assurances) a substitué aux titres français les titres d'Etats membres de l'OCDE comme actifs admis en représentation d'engagements réglementés. Désormais les crédits d'impôts pourront être aussi importants pour les compagnies d'assurances que pour les autres intermédiaires financiers.

⁷⁹ Mais nombre de conventions signées par la France avec des Etats développés suppriment la retenue à la source sur intérêts : v. par exemple les conventions France-Allemagne art. 10, Danemark art. 9, Etats-Unis art. 10, Grande-Bretagne art. 11, Pays-Bas art. 9.

⁸⁰ Si elles sont considérées comme des intérêts, une retenue à la source de 10 % devrait être prélevée mais est exclue pour les intérêts payés sur un prêt de n'importe quelle nature consentis par un établissement bancaire (article 11-3-b de la convention France -Pays-Bas). Si le swap de taux est assimilé à un prêt, la retenue sera exclue ; mais elle le sera aussi si la somme versée est considérée comme un gain provenant d'une activité bancaire non davantage précisée, ce qui est parfois proposé pour les swaps.

pris parti sur ce point⁸¹. Deuxième condition : la retenue à la source étrangère doit avoir pesé sur le bénéficiaire français des revenus étrangers : or il est fréquent que l'emprunteur prenne à sa charge le poids de la retenue à la source pesant sur le banquier prêteur : ce dernier peut-il cependant invoquer le crédit d'impôt prévu par la convention internationale ? Tout paraît dépendre sur ce point de la façon dont la clause de prise en charge a été rédigée⁸², ce qui oblige à des précautions juridiques indispensables.

Une fois le principe du crédit d'impôt admis au bénéfice du banquier français prêteur, encore faut-il déterminer son montant. Normalement le crédit sera égal à la retenue à la source étrangère, puisqu'il a pour but d'éviter toute double imposition. Toutefois le montant imputable sur l'impôt français est souvent limité par un *butoir* redoutable pour les banques, provenant de ce que le montant du crédit d'impôt ne peut excéder l'impôt français exigible sur les gains tirés par la banque française de l'opération⁸³. Des assouplissements ont heureusement été apportés à cette règle en faveur des banques⁸⁴, mais le système fiscal français reste moins avantageux que le système anglais (ce qui paraît être un des facteurs expliquant la suprématie de Londres sur le marché des eurodevises).

Il est d'autant moins avantageux qu'un crédit d'impôt doit être utilisé l'année même où il bénéficie au contribuable (banque française par exemple) : il ne peut être ni reporté ni remboursé⁸⁵, si bien qu'il est définitivement perdu lorsque la banque française est déficitaire ou ne dégage pas de profits suffisants⁸⁶. Cette règle est très stricte et devrait être

81 Sur les hésitations du Conseil d'Etat à appliquer dans ce cas la qualification interne française, v. mon article sur la Fiscalité internationale des instruments financiers (problèmes actuels) *Travaux du Comité français de droit international privé* n° 5 (1993).

82 En ce sens J.P. Le Gall, *Le régime fiscal de la rémunération du crédit bancaire aux entreprises*, *JC Ped.* E 1990.11.15934, n° 36.

83 Supposons par exemple une banque française accordant le 2 janvier 1993 un crédit de 100 millions de dollars pour cinq ans à 10% d'intérêt à une entreprise italienne ; elle se refinance entièrement sur le marché des euro-devises à un taux légèrement inférieur de 9,8%. A la fin de l'exercice 1993, la banque française a perçu un million de dollars d'intérêts (moins une retenue à la source italienne de 10% soit 98.000 dollars) ; elle a d'autre part payé 980.000 dollars d'intérêt à ses prêteurs. Le bénéfice net imposable en France est égal aux intérêts reçus (augmentés de la retenue à la source qui vaut crédit d'impôt) moins les intérêts payés, soit 20.000 dollars. Mais le crédit d'impôt est égal à 98.000 dollars : il pourra être imputé sur l'impôt français seulement à concurrence de l'impôt français dû à raison de l'opération soit 20.000 dollars x 33,3% = 6666. Soit une perte de 20.000 - 6.666 = 13.334 dollars.

84 L'impôt de référence sur lequel est calculé l'impôt français permettant l'imputation du crédit d'impôt étranger est calculé sur la totalité des intérêts (et autres revenus ?) de source étrangère, qu'il existe ou non une convention fiscale avec l'Etat d'origine. On fait ainsi masse des intérêts perçus par la banque française, ce qui devait permettre d'augmenter l'impôt français à condition naturellement que les prêts soient bénéficiaires.

85 Note 241211967, *BOCD* 1967.11.3660, *JCP éd.* CI 1967.111.81001

86 Ce qui risque d'être le cas en 1992, étant donné les provisions importantes souvent constituées pour des crédits immobiliers. Il est vrai que fiscalement l'entreprise n'est pas obligée de constituer des provisions, contrairement à son obligation comptable.

assouplie pour deux raisons : financièrement d'abord, elle est peu compatible avec l'internationalisation des opérations financières pourtant développée aujourd'hui et n'est guère conforme avec la Directive communautaire du 24/6/1988 édictant la libre circulation des capitaux ; fiscalement ensuite elle fait obstacle à l'utilisation en France d'un crédit d'impôt pourtant prévu par une convention internationale : un tel obstacle (qui résulte d'un texte ou d'une pratique interne) est d'une régularité douteuse étant donné la supériorité des normes internationales sur les normes internes. Il faut toutefois reconnaître qu'une règle analogue paraît exister en Grande-Bretagne et en Allemagne, si bien que les intermédiaires financiers français ne sont pas désavantagés par rapport à leurs homologues européens⁸⁷.

En conclusion applique-t-on en France aux intermédiaires financiers les règles de droit commun de la fiscalité des entreprises ? La réponse de principe est positive mais elle comporte de multiples atténuations qui résultent le plus souvent de textes législatifs exprès mais aussi de simples instructions administratives ou de décisions jurisprudentielles. On notera surtout *l'absence de régime véritablement uniforme* pour les divers intermédiaires financiers, chacun d'entre-eux bénéficiant de dispositions spéciales plus ou moins nombreuses, quelle que soit la question à résoudre (calcul de leurs produits imposables, de leurs charges déductibles ou de l'impôt à payer). Le droit français devrait sans doute être simplifié car la diversité des régimes est trop grande, même si la diversité des intermédiaires financiers et des opérations financières rendent difficiles une unification totale ; il devrait surtout être assoupli pour tenir davantage compte de l'évolution financière et des impératifs communautaires. Le régime fiscal des impôts directs applicable aux intermédiaires financiers établis en France est-il enfin comparable à celui applicable à l'étranger ? Il serait sur ce point indispensable d'avoir une vue plus précise de la rentabilité des intermédiaires financiers établis à l'étranger et du poids des impôts directs pesant sur eux. Mais les renseignements dont j'ai pu disposer sur ce point sont trop incomplets pour que je me hasarde à un pronostic, malgré le caractère désirable de ces informations sur le plan communautaire. Le rôle confié en France aux intermédiaires financiers dans le contrôle et même la perception de l'impôt soulève heureusement moins de difficultés sur le plan comparatif.

161

⁸⁷ Pour la Grande-Bretagne v. *Butterworths UK Tax Guide 1991-92* n° 36.25. Pour l'Allemagne, l'imputation des crédits d'impôt étranger est plus stricte qu'en France : ils peuvent seulement être imputés sur la *Körperschaftsteuer* (et non la retenue à la source de sortie).

III - Rôle des intermédiaires financiers français dans le contrôle et la perception de l'impôt

Les intermédiaires financiers interviennent par hypothèse dans de multiples transactions normalement conclues entre deux partenaires différents (par exemple en consentant un crédit à l'acquéreur d'un bien ou d'une entreprise), mais qu'ils peuvent aussi conclure pour leur compte propre (dans le cas d'OPCVM qui acquièrent des titres en leur propre nom même si c'est pour le compte des souscripteurs). Etant des professionnels ils doivent généralement tenir une comptabilité et disposent de renseignements qui intéresseront souvent l'Administration fiscale. Ils vont ainsi jouer, à leur corps défendant souvent, un rôle important pour faciliter le contrôle de l'impôt par l'Administration fiscale. En outre ils seront parfois chargés de percevoir l'impôt pour le compte du Trésor à l'occasion des flux financiers dans lesquels ils interviennent.

Ces deux rôles ont-ils une portée générale pour tous les intermédiaires financiers ? Sont-ils plus accentués pour eux que pour les entreprises non financières ou pour les intermédiaires financiers existant dans les autres Etats de la Communauté ?

162

A) Rôle dans le contrôle de l'impôt

1.) *Sur le plan interne* : tous les intermédiaires financiers peuvent jouer un rôle dans le contrôle de l'impôt par l'Administration dans la mesure où ils tiennent une comptabilité commerciale qu'ils doivent comme toute entreprise non financière communiquer à l'Administration sur sa demande (article L 85 du LPF)⁸⁸.

En pratique cependant le contrôle est généralement exercé surtout auprès de banques et accessoirement de compagnies d'assurances, bien qu'il puisse l'être auprès de tout intermédiaire financier (par exemple une société de crédit-bail, un OPCVM...). Ce contrôle peut être exercé pour tout impôt (impôt sur les sociétés ou le revenu, droits de succession, TVA).

a) les deux formes de ce contrôle

Tantôt l'intermédiaire a l'obligation de *déclarer spontanément* certains événements à l'Administration (en pratique cet intermédiaire est le plus souvent une banque, mais ce n'est pas nécessairement le cas) : par exemple doivent être déclarés l'ouverture et la clôture de comptes de toute nature

⁸⁸ Pour ne pas être astreint à la tenue d'une comptabilité commerciale, l'intermédiaire devrait se limiter à des opérations très réduites évitant qu'il ne soit considéré comme un professionnel et ne pas revêtir la forme d'une société même civile.

(art. 1649 A du CGI) portant en particulier sur des valeurs mobilières, des titres ou des espèces) ; le nom et l'adresse de l'emprunteur par tout intervenant dans un contrat de prêt (art. 242 ter-3). Les mêmes indications doivent être spontanément adressées à l'Administration fiscale pour la plupart des revenus de capitaux mobiliers et revenus assimilés par la personne qui en assure le paiement (art. 242 ter-1 : banque ou société payeur).

Tantôt l'intermédiaire est soumis au *droit de communication* de l'Administration fiscale. Par exemple les banques sont obligées de communiquer à l'Administration fiscale sur sa demande de nombreux documents : «les documents de service qu'elles détiennent (art. L 83 du LPF) ; l'auteur, le montant et l'identification des auteurs et bénéficiaires de sommes transférées à l'étranger et les références des comptes concernés en France et à l'étranger (art. 96 A du LPF)⁸⁹ ; et enfin comme toute entreprise commerciale, «les livres comptables obligatoires ainsi que tous les livres et documents annexes» (art. L 85 du LPF). Le secret professionnel ne peut être opposé par les banques à l'exercice de ce droit de communication⁹⁰ et le Conseil d'Etat a jugé que ce droit de communication pouvait être exercé sans que le contribuable en soit préalablement avisé⁹¹.

Un droit de communication de portée analogue est conféré à l'Administration par les articles L 85 et L 89 du CGI à l'égard des compagnies d'assurances ou autres intermédiaires d'assurances. La communication porte non seulement sur les livres comptables et documents annexes mais aussi sur ceux qui sont tenus en vertu de la législation sur les assurances et sur les polices d'assurances ou le répertoire des opérations passées avec des assureurs étrangers n'ayant pas de représentation en France.

L'étendue du droit de communication accordé à l'Administration fiscale par les textes est considérable en France, et peu restreint par la jurisprudence du Conseil d'Etat, considérée «d'une relative timidité⁹². On aboutit ainsi à

⁸⁹ Comme me l'a expliqué Mr. Martin-Laprade, la banque est dans l'impossibilité technique de fournir les renseignements demandés quand le transfert est opéré par chèque tiré en France mais remis à l'encaissement par son bénéficiaire à l'étranger, ou par le titulaire d'un compte non-résident. En outre la compatibilité de ce texte avec la Directive du 24/16/1988 n'est pas évidente.

⁹⁰ Rép. Bourgeois JO déb. AN 24/11/1973 n° 6187 : «pour des raisons de moralité fiscale». Toutefois «ce droit de communication ne s'étend pas aux dossiers de service se rapportant à des achats anonymes d'or ou à la souscription anonyme de bons de caisse» : rép. Bourgeois JO déb. AN 20/4/1974 n° 10393.

⁹¹ CE 27/4/1987 req. 63634, RJF 6/87.358 n° 660, CE 22/12/1982 req. 21475, DF 1983.41.1888 concl. Schricke. L'instruction du 18/3/1988, DF 1988.14.9392 prévoit au contraire que «les demandes de relevés de compte doivent être limitées aux seuls cas pour lesquels les contribuables ou les héritiers, préalablement interrogés, n'auront pas satisfait eux-mêmes à la demande du service».

⁹² M.D. Hegelsteen, *Le droit de communication de l'administration fiscale française ou l'antiseoret ?*, Droit et Pratique du Commerce international 1990, vol. 16 n° 2, p. 204, 215.

conférer aux intermédiaires financiers, et spécialement aux banques, un rôle très important dans le contrôle de l'impôt.

b) les inconvénients de ce rôle étendu : il entraîne pour les banques établies en France des coûts directs élevés, augmentés par la complexité des calculs qu'elles doivent faire, par l'incertitude des solutions⁹³ et par l'instabilité de la législation⁹⁴. En outre ce rôle entraîne probablement des coûts indirects importants par la perte de clientèle qu'il risque d'entraîner pour les établissements français dès maintenant et surtout à l'avenir. Le contrôle exercé par l'Administration fiscale sur les intermédiaires financiers établis en France paraît en effet plus large qu'à l'étranger.

c) la situation dans les autres Etats de la Communauté est diverse.

Certains Etats de la Communauté permettent aux banques d'opposer leur secret à l'Administration fiscale (cas de l'Italie) ; la plupart font du secret bancaire un secret relatif, qui pourra être levé au profit de l'Administration fiscale nationale seulement dans des cas limités : par exemple pour certains impôts seulement (droits de succession : Luxembourg) ou en vertu d'une décision judiciaire (ou quasi-judiciaire : Special Commissioners en Grande-Bretagne) parfois prévue seulement lorsqu'une infraction pénale a été commise ou est soupçonnée (fraude fiscale ou blanchiment des capitaux : Allemagne -art. 30 Abgabenordnung- Suisse, Directive communautaire du 10/6/1991)⁹⁵.

164

La réponse à la question posée est claire : le rôle des intermédiaires financiers français dans le contrôle de l'impôt est en pratique varié en France, mais il est en fait toujours plus lourd que pour les autres entreprises et surtout que pour les intermédiaires financiers établis dans d'autres Etats de la Communauté européenne. Il en résulte des distorsions au détriment des intermédiaires établis en France («agents du fisc») qui risquent de faire obstacle à leur compétitivité sur le plan international et même communautaire.

⁹³ Par exemple le point de savoir quand il y a position symétrique au sens de l'article 386-3° du CGI (en ce qui concerne les marchés financiers à terme ou à option) est très incertain, spécialement pour les opérations conclues avec des succursales étrangères (cf. le global trading supra n° 17).

⁹⁴ Par exemple la banque doit communiquer au client et à l'Administration le montant détaillé complet des revenus de capitaux mobiliers, des plus-values de cession ou des gains ou pertes sur contrats financiers (à terme ou sur option) encaissés ou conclus par celui-ci au cours de l'année écoulée. Cette obligation est en pratique très lourde car elle oblige à des calculs souvent complexes et à des modifications de dernière heure des systèmes informatiques (par ex. la loi de finances pour 1993 art. 14 a modifié le mode de calcul des primes de remboursement pour l'année 1992, et la loi du 16/7/1992 article 10 a rendu imposables pour les ménages les plus-values de cessions de titres de certains OPCVM dès lors que les cessions annuelles dépassent la moitié du montant fixé pour les autres plus-values de cession (soit 162.900 au lieu de 325.800 francs).

⁹⁵ Sur la portée du secret bancaire en Droit comparé, v. l'ouvrage collectif de l'Université de Paris I préface Teigen, sur le secret bancaire dans la CE et en Suisse (PUF 1971).

d) *les réformes possibles* : deux solutions peuvent être envisagées, la première serait de réduire l'étendue des déclarations spontanées et/ou du droit de communication conféré à l'Administration fiscale par les textes et la pratique actuelle (il pourrait par exemple être limité dans le temps ou aux opérations dépassant une certaine importance ou à certains types d'opérations ou de crédits bancaires). Une telle évolution permettrait de réduire le coût direct pour les banques, mais elle risque de faciliter l'évasion fiscale et de se heurter à beaucoup d'obstacles en France. Aussi est-il sans doute préférable de s'orienter vers la seconde voie : l'Administration garderait le même droit de communication étendu (quitte à ce que les déclarations spontanées des banques soient allégées ou même supprimées, la tâche du contribuable n'étant pas alourdie dans la mesure où aurait été instaurée la retenue à la source sur les salaires) ; mais ce droit de communication serait beaucoup plus étroitement contrôlé par le pouvoir judiciaire (juridictions judiciaires plutôt que juridictions administratives). Cette solution réduirait certes les pouvoirs de l'Administration fiscale mais dans une mesure limitée et compatible avec la lutte contre l'évasion fiscale ; la meilleure preuve est que ce système est en vigueur en Allemagne ou en Grande-Bretagne (ce dernier Etat étant parfois présenté comme spécialement rigoureux envers la fraude fiscale). Sur le plan pratique, la solution représenterait, entre Etat et contribuable, un meilleur équilibre, moins éloigné de l'équilibre établi dans les divers Etats de la Communauté (la France est caractérisée par une prépondérance marquée du pouvoir administratif, dû largement à l'histoire et à la qualité de son administration). Il faut souhaiter que les obstacles divers à toute évolution sur ce point puissent être peu à peu réduits.

165

23-2) *Sur le plan international*, des échanges de renseignements sont prévus depuis longtemps entre Administrations fiscales aussi bien par des conventions bilatérales⁹⁶ que par des textes communautaires⁹⁷ (lesquels ont sans doute priorité). Ces échanges visent essentiellement les impôts directs ; ils peuvent être automatiques, spontanés ou sur demande (principale formule employée).

Ces échanges internationaux s'appliquent aussi aux informations glanées par une Administration (par ex. l'Administration fiscale française) auprès d'intermédiaires financiers, sous réserve toutefois que cet échange

⁹⁶ Souvent inspirées de conventions multi-latérales comme le modèle de convention de l'OCDE art. 26 ou la Convention du Conseil de l'Europe (ouverte à la signature depuis le 25/1/1988 mais non encore entrée en vigueur)

⁹⁷ Directive n° 77/799 du 19/12/1977 concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, JOCE L 336.15 du 17/1 2/1 977. Règlement n° 218/92 du 27/1/1992 concernant la coopération administrative dans le domaine des impôts indirects JOCE L 24 du 31/1/1992

ne se heurte pas à une disposition expresse de la convention en cause. Par exemple la convention franco-suisse prévoit expressément qu'il ne pourra pas être échangé de renseignements qui dévoileraient un secret commercial, *bancaire*, industriel ou professionnel, ou un procédé commercial". En pratique de ce fait l'échange d'informations recueillies auprès d'intermédiaires financiers est inexistant dans les rapports avec la Suisse⁹⁸. Il en est de même lorsque la Directive communautaire de 1977 est applicable. Son article 8 pose trois restrictions à l'échange d'informations :

- 1^{ère} restriction : l'Etat auquel sont demandées les informations financières (Etat requis par ex. l'Allemagne) n'est pas obligé de les fournir lorsque sa législation ou sa pratique administrative n'autorisent pas son Administration fiscale à recueillir ces informations pour ses propres besoins (ce qui sera peut-être ici le cas puisque l'Administration fiscale allemande doit obtenir une autorisation judiciaire pour consulter les comptes bancaires d'un contribuable).

- 2^e restriction : le même Etat peut refuser cette transmission d'informations dans le cas où elle conduirait à divulguer un secret commercial, industriel ou professionnel ou une information dont la divulgation serait contraire à l'ordre public : cela ne paraît pas être en principe le cas des informations bancaires en Allemagne ou au Royaume-Uni, (mais la notion d'ordre public est fort malléable, a-t-elle le même contenu au Luxembourg ?).

- 3^e restriction : enfin ce même Etat requis (par ex. la France) peut «refuser la transmission d'informations lorsque l'Etat intéressé (par ex. l'Allemagne ou la Grande-Bretagne) n'est pas en mesure de fournir une transmission d'informations équivalentes pour des raisons de fait ou de droit».

Ces restrictions diverses paralysent en fait l'échange de renseignements financiers entre Administrations fiscales (d'autant qu'elles sont aggravées par des problèmes de délai, traductions etc...). L'Administration française qui avait adopté une attitude coopérative au départ s'est rapidement aperçue qu'elle recueillait fort peu d'informations de la part des autres Administrations (celles-ci ne bénéficiant pas des mêmes pouvoirs étendus d'investigation). Aussi ces échanges de renseignements sont au point mort pour le moment, sauf cas exceptionnels. D'où deux constatations : d'abord l'entraide dans le domaine du contrôle suppose un minimum d'harmonisation entre législations et pratiques fort différentes pour le moment ; ensuite les pouvoirs effectifs de contrôle de l'Administration

⁹⁸ Ce refus de coopération de la part de la Suisse incite parfois à des enquêtes détournées par des fonctionnaires français des finances auprès des banques suisses, comme le montrent certaines affaires. Ces enquêtes contraires à la loi suisse sont heureusement exceptionnelles.

fiscale française sur les comptes à l'étranger des résidents français sont dans la majorité des cas peu efficaces, ce qui compromet l'égalité fiscale entre résidents et la perception de l'impôt.

B) Rôle dans la perception de l'impôt

1) Les cas d'intervention

Les intermédiaires financiers peuvent intervenir à trois occasions dans la perception de l'impôt en tant que collecteurs pour le compte de l'Etat et responsable devant lui. Ils peuvent d'abord être collecteurs, comme toute entreprise, de la TVA mais seulement dans la mesure où ils en sont redevables obligatoirement ou sur option. Ils peuvent aussi être collecteurs de retenues à la source ou prélèvements sur des revenus de capitaux mobiliers dont ils assurent le paiement (ce qui est surtout mais pas uniquement le cas des banques ou OPCVM). Les compagnies d'assurances sont enfin redevables d'une taxe sur les opérations d'assurances qui leur est spécifique.

a) les retenues et prélèvements dus par les intermédiaires financiers (banques et OPCVM).

Deux types de prélèvements sont dus par ces intermédiaires financiers lorsqu'ils assurent à un créancier résident ou non-résident le paiement de certaines sommes pour le compte d'un client débiteur ou pour leur compte propre : une retenue à la source ou un prélèvement libératoire.

Le champ d'application de ces deux prélèvements est en partie différent⁹⁹ et ils n'ont sans doute pas exactement la même nature en droit

⁹⁹ La retenue à la source existe dans des cas exceptionnels dans le cadre interne (art. 182-C ou 1678 bis du CGI pour les produits des bons de caisse non soumis au prélèvement libératoire) : son champ est beaucoup plus large dans le domaine international : elle joue alors pour de multiples sommes payées par un débiteur résident à un créancier non résident soit en rémunération d'un travail ou de prestations de toute nature fournies ou utilisées en France (art. 182 A et s. CGI), soit pour certains produits de capitaux mobiliers (dividendes ou intérêts) versés par un débiteur résident à un créancier non résident (à condition que ces intérêts ne proviennent pas de titres d'emprunt non négociables : article 119 bis du CGI). Son taux est en principe de 25% dans les deux cas, mais est souvent réduit par les conventions internationales (normalement 10% pour les intérêts, 15% ou 5% pour les dividendes) et surtout les produits d'obligations et titres d'emprunt négociables en sont dispensés pour les titres émis depuis 1984 ou 1987., même en l'absence de convention internationale. Le prélèvement libératoire de l'impôt français sur le revenu est prévu pour les produits de placements à revenu fixe, qu'ils soient ou non négociables : il est prévu de façon obligatoire et à un taux unique (25%) par le Code général des impôts lorsque ces produits sont versés par un débiteur résident à l'étranger ou à un créancier (ménage ou entreprise) domicilié ou établi à l'étranger ; il est au contraire réservé aux ménages 1993) pour les seuls produits de placements à revenu fixe (intérêts des dépôts bancaires ou bons de caisse = 38,1% intérêts des obligations ou titres de créance négociables = 18.1%...). Les conventions internationales ne distinguent pas clairement retenue à la source et prélèvements libératoires sur les placements à revenu fixe ; elles réduisent souvent le taux de ces deux types de prélèvements français et peuvent même prévoir une exonération totale sur tous les intérêts versés à l'étranger ou à un non-résident.

interne. Pourtant cette distinction ne paraît pas faite par les conventions internationales. Dans les deux cas surtout le paiement en sera fait par le banquier au Trésor pour *le compte du contribuable*. Ce rôle des banques (ou éventuellement d'autres intermédiaires financiers étant intervenu dans le paiement des revenus) n'est pas spécial à la France, mais il y est particulièrement important étant donné l'étendue du prélèvement libératoire dans le domaine interne même si son champ d'application s'est réduit dans le domaine international. Par là les inconvénients pour le banquier de ce rôle deviennent plus importants.

b) *la taxe sur les conventions d'assurances* pèse comme le terme même l'indique sur les seules compagnies d'assurances, et uniquement pour leurs seules conventions d'assurance (lesquelles ne comprennent pas les contrats d'assurance-crédit). Elle est perçue sur les assurances-dommages à des taux élevés en France (spécialement pour assurance auto ou l'assurance-incendie : taux de 30 % en France dans ce dernier cas- sauf pour les risques professionnels- alors qu'il est de 10 % en Allemagne et 7 % aux Pays-Bas) ; l'exonération est au contraire prévue depuis 1991 pour les primes d'assurance-vie (exonérées aussi dans la plupart des autres Etats de la Communauté). A cet égard les assurances françaises paraissent supporter un poids fiscal supplémentaire par rapport en particulier aux assurances anglaises. Elles sont du point de vue des taux applicables dans une situation comparable à celle des assurances allemandes mais moins pénalisées que les assurances italiennes. Ces taux élevés d'impôt prélevés sur les assurances dommages sont-ils un obstacle à la compétitivité internationale des sociétés françaises ? L'obstacle n'est pas direct étant donné que la taxe sur les conventions d'assurances-dommages doit être prélevée dans l'Etat où se situe le risque. Par contre il pénalise peut-être le développement de l'assurance-dommage en France et par là le marché national des compagnies françaises et l'assise financière qu'elles pourraient en tirer.

168

2) *les inconvénients de ce rôle pour les intermédiaires financiers*

Le premier inconvénient touche la trésorerie de ces intermédiaires : l'Etat est toujours pressé de percevoir les impôts dûs par les intermédiaires financiers. Par exemple la taxe sur les conventions d'assurance est due dès l'échéance des primes, quelle que soit la date à laquelle elles sont réellement payées. Cette taxe doit être versée au Trésor au 15 du mois suivant cette date d'échéance alors que les primes sont souvent payées plus tard : les compagnies d'assurances consentent de ce fait une avance de trésorerie à l'Etat. De même d'après l'article 381 K de l'annexe III du CGI la retenue à la source afférente aux emprunts à revenu fixe est avancée sur les produits courus pendant chaque trimestre et doit être versée dans les vingt premiers

jours de chaque trimestre. Pour raccourcir ce délai de versement jugé trop long, le décret du 28/10/1991 a décidé que les retenues visées à l'article 119 bis du CGI devraient être versées dans les quinze jours suivant une période de référence mensuelle ; il fallut d'ailleurs établir une période transitoire de six mois pour permettre aux établissements d'adapter leurs programmes informatiques...

Un second inconvénient peut aussi surgir dans le cas où le contribuable devient insolvable ou tombe en liquidation de biens. L'intermédiaire financier qu'est la compagnie d'assurances paraît devoir être alors responsable envers le Trésor du paiement de la taxe sur les conventions d'assurances, même si la prime ne peut être totalement récupérée : elle est en effet solidairement responsable de son paiement avec les intermédiaires d'assurances et l'assuré (article 1708 CGI). Le même problème surgira rarement pour la retenue à la source éventuellement due par un intermédiaire financier sur des dividendes ou intérêts puisque le fait générateur de la retenue est le paiement des sommes au créancier.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Le trait frappant de cette étude est la *diversité* des intermédiaires financiers, évidente dans la réglementation à eux applicable (française ou étrangère), et les opérations par eux réalisées (internes ou internationales). Or le principe de libre circulation des capitaux, redécouvert en France à la fois dans les relations intra et extra-communautaires, devrait conduire à une neutralité fiscale de principe qui peut d'ailleurs fort bien s'accommoder d'une diversité de régimes fiscaux applicables à des intermédiaires ou opérations eux aussi variés.

Cette absence de distorsions fiscales est pour le moment loin d'être respectée. Les distorsions sont importantes en matière de TVA, non pas tant à cause des possibilités d'option plus ou moins larges offertes aux intermédiaires suivant l'Etat où ils réalisent leurs opérations imposables, mais surtout à cause de l'existence en France d'une taxe sur les salaires fort pénalisatrice. Les distorsions existent aussi très nettement sur un second point : les intermédiaires financiers établis en France ont un rôle important et coûteux dans la perception et surtout le contrôle de l'impôt. On voit clairement ici que l'impôt reflète des psychologies et des traditions différentes entre les divers Etats membres de la Communauté européenne : un rapprochement des points de vue sur ce point risque d'être fort difficile dans le court terme. Les divergences existent enfin en matière d'impôts directs, à la fois entre intermédiaires financiers résidents et entre ceux-ci et les intermédiaires financiers non-résidents ; elles ne me paraissent (peut-

être à tort) pas les plus importantes sur le plan communautaire, à condition toutefois que l'Administration française accepte de tenir compte davantage de l'internationalisation des relations financières et évite de multiplier sans raison financière réelle des distorsions entre fiscalité et comptabilité qui sont très gênantes en pratique.

Un rapprochement des divers régimes applicables aux intermédiaires financiers serait sans doute opportun en matière d'impôts directs étant donné la nouvelle concurrence qui se développe entre eux sur des services et produits souvent voisins ; mais les divergences existant entre eux peuvent difficilement être réduites sans avoir égard à la situation des autres États de la Communauté....