

Université Paris II- Panthéon-Assas

Ecole doctorale de Georges Vedel

Thèse de doctorat en droit – mention droit public

Soutenue le 17 janvier 2020

INVESTISSEMENTS PRODUCTIFS OUTRE-MER ET DEFISCALISATION

*L'ARTICLE 199 UNDECIES B DU CGI DEPUIS
LA LOI DE PROGRAMME POUR L'OUTRE-MER DU 21 JUILLET 2003
DITE LOI GIRARDIN INDUSTRIEL*



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Aurore PACOTTE

Sous la direction de Monsieur Martin COLLET
Professeur à l'Université Panthéon –Assas (Paris II)

Membres du Jury :

Monsieur Jean-Luc ALBERT

Professeur à Aix Marseille Université, *Rapporteur*

Monsieur Bernard CASTAGNÈDE

Professeur émérite de l'Université Panthéon –Sorbonne (Paris I), *Rapporteur*

Monsieur Martin COLLET

Professeur à l'Université Panthéon –Assas (Paris II), *Directeur de recherches*

Monsieur Olivier GOHIN

Professeur à l'Université Panthéon –Assas (Paris II)

Thèse de Doctorat en droit / Janvier 2020

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Monsieur le Professeur Martin Collet, je vous remercie de la confiance que vous m'avez témoignée en acceptant d'être mon directeur de thèse malgré mon parcours quelque peu atypique, de la patience et de la bienveillance avec laquelle vous m'avez prodigué vos conseils dans ce travail de longue haleine.

Je remercie également Boris Stoykov qui m'a ouvert le champ des possibles en m'encourageant à me lancer dans cette étude.

Mes remerciements vont également à toutes les personnes qui m'ont consacré de leur temps et m'ont apporté leur aide dans mes recherches, mais aussi à toutes celles qui, au quotidien, m'ont soutenu dans cette entreprise.

Plus que tout, j'exprime ma profonde gratitude à mon mari Didier pour son soutien inconditionnel tout au long de ces années, pour ses encouragements, mais aussi pour l'abnégation dont il a fait preuve, parfois, afin que je puisse atteindre mes objectifs sachant l'importance qu'ils avaient pour moi.

Résumé : L'éloignement, l'insularité et l'éparpillement des entités composant la France d'outre-mer, accentués par le fait qu'elles n'entretiennent que peu de relations avec les pays voisins ont pour conséquence une étroitesse des marchés locaux et des économies peu attractives pour les investisseurs. Face à cette situation, l'État Français mène une politique d'aide à ces contrées et développe un instrument de financement qui contribue à compenser les contraintes structurelles pesant sur celles-ci : la défiscalisation, notamment, par l'article 199 *undecies* B du CGI depuis la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003, dite loi Girardin. Ce dispositif arrivé à échéance le 31 décembre 2017 a été reconduit jusqu'au 31 décembre 2025. Ce délai semble encore trop court pour parvenir aux objectifs poursuivis et il convient donc de prévoir une suite à ce dispositif. Après une évaluation de ce dernier, les mesures relatives à la défiscalisation à venir devront tendre à sa rationalisation et aller plus loin dans sa moralisation. Des pistes ont été ébauchées, ainsi le décret n° 2015-149 du 10 février 2015 comporte notamment une charte de déontologie du monteur en défiscalisation outre-mer, début d'une réglementation de cette profession. Des imperfections figurent dans ce décret, qu'il faudra corriger, car des juges saisis sur l'application de ces textes auront la charge d'interpréter une réglementation incomplète. En outre, des dispositions restent à préciser. Enfin, l'élimination d'éventuels dérapages pourrait être encore mieux garantie avec un réel suivi de la mise en œuvre des mécanismes fiscaux dans chaque territoire et une plus grande vigilance des administrations concernées.

Title and Abstract: Productive investments overseas and tax exemption -article 199 *undecies* of the cgi (*code général des impôts* [general tax code]) since the 21 July 2003 overseas programme law known as the Girardin industrial law

The remoteness, insularity and dispersal of the entities that make up French overseas territories, which is accentuated by the tendency not to maintain relationships with neighbouring countries, results in limited local markets and economies that hold little attraction for investors. Faced with this situation, the French government pursues an aid policy towards these territories, developing a funding instrument that contributes to compensating for their structural constraints, namely tax exemption, specifically regulated under Article 199 *undecies* B of the CGI since the Overseas Programme Law of 21 July 2003, known as the Girardin Law. This mechanism, which expired on 31 December 2017, has been renewed until 31 December 2025. However, this extension seems still too short to reach the desired objectives; it is therefore important to consider a follow-up to this mechanism. Once the mechanism is assessed, measures relating to future tax exemption will need to look at rationalising it and go even further in adding an ethical dimension. A start has been made on a draft, thus Decree no. 2015-149 of 10 February 2015 specifically includes an ethics charter in providing for tax exemption overseas, the beginnings of regulation for this profession. There are flaws in the Decree, which need correcting, since the judges in charge of implementing the legislation would have to interpret incomplete regulations. In addition, provisions still need to be specified. Finally, the elimination of potential blunders could be better guaranteed with a substantial monitoring of the implementation of fiscal procedures in each territory and greater vigilance of the administrations concerned.

Principales abréviations

AFD	Agence Française de Développement
AMF	Autorité des Marchés Financiers
APE	Accords de Partenariats Européens
ANSA	Association Nationale des Sociétés par Actions
BAGR	Bureau des agréments
BIC	Bénéfices Industriels et Commerciaux
BIT	Bureau International du Travail
BODACC	Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales
BOFIP	Bulletin Officiel des Finances Publiques
CE	Communauté Européenne
CEROM	Comptes Economiques Rapides pour l'Outre-Mer
CESE	Conseil Économique, Social et Environnemental
CGI	Code général des Impôts
CIF	Conseillers en Investissements Financiers
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CMF	Code Monétaire et Financier
CNC	Conseil National de la Comptabilité
COB	Commission des Opérations de Bourse
CPAM	Caisse Primaire d'Assurance Maladie
DAAF	Direction de l'Alimentation, de l'Agriculture et de la Forêt
DEAL	Directions de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement
DIRECCTE	Directions Régionales des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi
DOM	Département d'Outre-Mer
DRFIP	Directeur Régional des Finances Publiques
DGFIP	Directeur Général des Finances Publiques
DROM	Département et région d'Outre-Mer
ESB	Equivalent Subvention Brut
EURL	Entreprise unipersonnelle à Responsabilité Limitée
FBF	Fédération Bancaire Française
FEDOM	Fédération des Entreprises des Outre-Mer
IEDOM	Institut d'Emission des Départements d'Outre-Mer
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem.</i> même ouvrage ou même article à la même page
<i>Id.</i>	<i>Idem.</i> même ouvrage ou même article
IFI	Impôt sur la Fortune Immobilière
INSEE	Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques
IR	Impôt sur le Revenu
IS	Impôt sur les Sociétés
ISF	Impôt de Solidarité sur la Fortune
n°	Numéro
NPR	Non Perçue Récupérable
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
<i>Op. cit.</i>	Œuvre citée

ORIAS	Organisme pour le Registre des Intermédiaire d'Assurances
p.	Page
pp.	Pages
PDOM	Prêt de Développement Outre-Mer
PIB	Produit Intérieur Brut
POSEIDOM	Programme d'Options Spécifiques à l'Eloignement et à l'Insularité des DOM
PSI	Prestataires en Service d'Investissements
PTOM	Pays et Territoires d'Outre-Mer
RGAMF	Règlement Général de l'AMF
RGEC	Règlement Général d'Exemption par Catégorie
RMI	Revenu Minimum d'Insertion
RUP	Régions Ultra Périphériques
SARL	Sociétés A Responsabilité Limitée
SA	Société Anonyme
SAS	Société par Actions Simplifiée
s.d.	Sans Date
SEP	Sociétés En Participation
SGAR	Secrétaire Général pour les Affaires Régionales
SMIC	Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance
SNC	Sociétés en Nom Collectif
SOFICA	Société de Financement de l'Industrie Cinématographique et de l'Audiovisuel
SSI	Sécurité Sociale pour les Indépendants
TAAF	Terres Australes et Antarctiques Françaises
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
UE	Union Européenne
ZEE	Zone économique exclusive

Sommaire

Thèse de Doctorat en droit / Janvier 2020	1
<i>Introduction</i>	17
§1. L'investissement productif outre-mer et la défiscalisation	17
A. L'investissement productif	17
B. La défiscalisation : une dérogation à la norme fiscale et au droit de l'Union européenne	18
I. Une dérogation à la norme fiscale	18
II. Une dérogation au droit de l'Union européenne	20
C. Les liens entre l'« outre-mer » et la France hexagonale	21
I. La disparition de l'empire colonial français et ses effets	22
a. Du statut de l'empire colonial à la départementalisation de territoires ultramarins	22
b. L'évolution du régime législatif des territoires ultramarins	23
c. La solidarité nationale	24
II. Des terres d'outre-mer souvent méconnues des Français.	25
a. Des précisions terminologiques	25
b. Une vision différenciée des terres d'outre-mer	26
2§. L'intérêt de l'étude	27
A. Une instabilité législative	28
B. Des objectifs économiques non atteints par les dispositifs de défiscalisation qui restent donc vitaux	31
C. L'intérêt de la recherche	34
3§. Les axes de recherche	35
<i>Partie 1 : Le cadre actuel de la défiscalisation des investissements productifs en outre-mer</i>	37
Titre 1 : Le cadre général de la défiscalisation	38
Chapitre 1 : La défiscalisation comme réponse aux difficultés des terres d'outre-mer	38
Section 1 : Les difficultés structurelles des terres d'outre-mer	39
§1. La situation géographique des DROM-COM et autres terres d'outre-mer	39
A. Les Départements et Régions d'Outre-mer (DROM)	40
B. Les Collectivités d'Outre-mer (COM)	41
C. La Nouvelle-Calédonie, les Terres Australes et Antarctiques Françaises (TAAF)	41
§2. La situation économique des DROM	42
A. Avant la loi dite Girardin	44
B. Depuis la loi dite Girardin	48
I. Le marché du travail	49
II. L'activité économique	51

a. La consommation _____	51
1. Les prix _____	51
2. La demande intérieure _____	52
b. Le commerce extérieur _____	56
c. Les tendances sectorielles _____	57
Section 2 : La mise en œuvre de la politique de défiscalisation _____	61
§1. La volonté d'éviter une aide directe de l'État _____	61
§2. Une approche dérogatoire européenne _____	62
§3. Les dispositifs successifs _____	69
A. De la loi de finances du 31 décembre 1951 à celle du 30 décembre 1982 _____	70
B. La loi dite « Pons » _____	71
I. Son entrée en vigueur _____	72
II. L'apport de mesures correctrices _____	74
C. La loi dite « Paul » _____	76
I. Son entrée en vigueur _____	76
II. La généralisation de ses obligations d'agrément jusqu'en 2000 _____	77
D. La loi d'Orientation de l'Outre-Mer (LOOM) _____	77
E. La loi dite « Girardin Industriel » _____	80
I. Son entrée en vigueur _____	80
II. Son évolution jusqu'en 2012 _____	82
a. La loi pour le développement économique des outre-mer dite « LODEOM » _____	82
b. Les autres évolutions jusqu'en 2012 _____	84
III. Ses évolutions jusqu'en 2016 malgré sa remise en cause en 2012 _____	85
Chapitre 2 : Le bénéfice de la défiscalisation _____	89
Section 1 : Les bénéficiaires _____	89
§1. Les bénéficiaires directs de l'avantage fiscal _____	90
A. Les particuliers investisseurs _____	90
B. Les entreprises locataires _____	92
§2. Les bénéficiaires indirects de l'avantage fiscal _____	93
A. Les fournisseurs de biens _____	93
B. Les prestataires de services financiers et juridiques _____	94
§3. Les acteurs institutionnels _____	95
Section 2 : Les conditions _____	100
§1. Les opérations éligibles _____	100
A. Les secteurs concernés _____	100
B. Les investissements ouvrant droit à déduction _____	103

I.	Caractéristiques de l'investissement _____	104
a.	Un investissement productif neuf _____	104
b.	Un investissement corporel amortissable _____	105
1.	Le principe d'amortissement énoncé par l'article 39 C pour les biens donnés en location _____	105
2.	La détermination de la durée d'amortissement _____	106
3.	L'appréciation de la durée normale d'utilisation _____	107
c.	Un investissement initial _____	107
II.	Les investissements expressément cités comme éligibles et non éligibles ____	108
III.	La durée d'affectation des investissements _____	112
a.	Le principe d'affectation énoncé par l'article 199 undecies B du CGI ____	112
b.	L'exception à la durée d'affectation de l'investissement _____	113
§2.	La nécessité de l'agrément fiscal _____	113
A.	Historique _____	114
B.	Les conditions d'octroi des agréments _____	117
I.	L'intérêt du projet pour l'économie locale _____	117
a.	L'intérêt économique _____	117
b.	Le maintien ou la création d'emplois _____	117
c.	L'intégration dans la politique d'aménagement du territoire et de l'environnement _____	118
II.	La protection garantie des investisseurs et des tiers _____	118
III.	L'entreprise bénéficiaire à jour de ses obligations fiscales et sociales ____	119
C.	La définition du seuil de l'agrément _____	120
Section 3 :	Le non cumul des aides d'Etat _____	123
§1.	Les plafonds d'intensité des aides fixées par les règles européennes _____	123
§2.	L'absence de plafond pour la défiscalisation _____	124
Titre 2.	Le cadre particulier de la défiscalisation externalisée _____	127
Chapitre 1.	Le mécanisme _____	127
Section 1.	Le schéma _____	128
Section 2.	La souscription au capital de sociétés ou groupement _____	129
§1.	La société de personnes _____	130
§2.	Le Groupement d'Intérêt Economique (GIE) _____	134
§3.	Les sociétés de capitaux _____	135
Section 3.	L'acquisition des biens pour leur mise en location _____	136
§1.	Le choix des biens _____	136
§2.	Le financement _____	137
§3.	La location des biens _____	143

Section 4. La réduction d'impôt	144
§1. La base de calcul dite « base défiscalisable »	145
§2. Le calcul de la réduction d'impôt	150
A. Le taux de la réduction d'impôt	150
B. Le taux de rétrocession à l'exploitant	152
C. Le plafonnement des réductions d'impôt	153
§3. Les formalités à accomplir	157
A. Pour le monteur	157
B. Pour le loueur	159
C. Pour l'investisseur	160
I. La déclaration d'impôt sur le revenu	160
II. La déclaration d'ISF jusqu'à son remplacement par l'IFI	162
Chapitre 2. La mise en œuvre de la défiscalisation externalisée	165
Section 1. Au niveau des investisseurs	165
§ 1. La souscription des investisseurs au capital des véhicules fiscaux	166
A. Les sociétés de parts sociales	166
I. Le cadre légal antérieur au 19 mars 2014	167
II. Le cadre légal postérieur au 19 mars 2014	168
B. Les sociétés d'actions	169
§ 2. Le statut des investisseurs associés résultant du choix de leur souscription	170
A. Le statut des associés de SNC	170
B. Le statut des associés de SAS	172
§ 3. Le traitement de l'apport à fonds perdus des associés dans la société	172
A. Le cas de la SNC	172
B. Le cas de la SAS	173
§ 4. La sortie des investisseurs	174
Section 2. Au niveau des entreprises exploitantes	175
§1. Les documents contractuels signés	175
A. Le contrat de location	175
I. Le procès-verbal de livraison et de mise en service	175
II. Le dépôt de garantie	178
III. Les caractéristiques du contrat de location	180
a. L'absence d'obligation de participation du bailleur aux responsabilités et risques de l'exploitation agricole	181
b. L'absence de caractère civil de la location de plants	183
c. Le caractère civil ou commercial des parties au contrat sans conséquence sur le caractère commercial de ce dernier	185

B.	L'engagement de cession des biens loués _____	186
I.	La promesse unilatérale d'achat _____	187
II.	La promesse unilatérale de vente _____	188
C.	Le contrat de crédit _____	188
I.	L'emprunt bancaire _____	189
II.	Le crédit-vendeur _____	190
D.	L'assurance et sa délégation _____	192
§2.	Le changement de locataire juridique _____	192
Partie 2 – Le cadre futur de la défiscalisation des investissements productifs en outre-mer _____		194
Titre 1. La nécessaire amélioration de la défiscalisation externalisée _____		196
Chapitre 1. Les difficultés inhérentes à la défiscalisation externalisée _____		196
Section 1. Les principales difficultés pour les investisseurs _____		197
§ 1. Les risques liés à leur statut d'associés de SNC _____		197
A.	L'affiliation obligatoire à la SSI _____	198
B.	La responsabilité indéfinie et solidaire _____	200
I.	Les arguments de remise en cause de la clause de non recours de la banque _____	200
a.	La nullité de la clause de non recours du fait de l'article 1131 du code civil _____	200
b.	Le régime juridique de la délégation comme obstacle à la clause de non recours _____	201
c.	L'inefficacité de la clause de non recours contre les associés de SNC _____	203
d.	La gravité du comportement du débiteur _____	203
II.	La remise en cause de la clause de non recours par la caution _____	204
§ 2. Les risques liés à la requalification _____		205
A.	Du fait de l'investisseur _____	206
B.	Du fait de l'opération _____	207
I.	Le respect des obligations fiscales et sociales et de dépôts des comptes sociaux de l'entreprise exploitante _____	207
a.	Les obligations fiscales _____	207
b.	Les dépôts des comptes sociaux _____	210
II.	Les éléments relatifs à l'investissement _____	212
a.	L'éligibilité de l'activité et de l'investissement _____	212
b.	L'existence et l'exploitation de l'investissement _____	212
c.	L'absence de surfacturation _____	213
III.	Le respect du taux de rétrocession _____	214
IV.	Le respect des seuils d'agrément _____	216

V. Les risques liés au crédit-vendeur	219
§ 3. Les conséquences de la requalification	220
Section 2. Les principales difficultés pour les entreprises exploitantes	220
§ 1. Les risques liés au défaut d'exploitation	221
A. Pendant la période de portage des investisseurs	221
B. Après la période de portage des investisseurs	222
§ 2. Les sanctions liées aux fausses déclarations	223
Section 3. Les principales difficultés pour l'économie domienne	224
§1. Les rapports notables avant la loi Girardin Industriel	224
A. Le rapport de M. Didier Migaud de 1998	224
B. Le rapport de M. Roland Du Luart de 2002	226
§2. Les rapports notables après la loi Girardin Industriel	226
A. Le rapport de MM. Jean-Claude Fruteau et Patrick Ollier de 2012	226
B. Le rapport de MM. Éric Doligé et Serge Larcher	227
C. Le rapport de M. Louis Lengrand et associés de 2017	227
Chapitre 2. Les mesures à prendre pour pérenniser la défiscalisation externalisée	228
Section 1. Les mesures relatives à la forme juridique du véhicule fiscal	229
§ 1. Le rappel des inconvénients majeurs de la SNC	229
A. La qualité de commerçant des associés	229
B. L'insécurité financière résultant de la responsabilité solidaire et indéfinie des associés	230
§ 2. La Société en Commandite Simple (SCS) comme réponse aux inconvénients majeures de la SNC	232
A. Les statuts juridiques différents de ses associés	232
B. La fiscalité différenciée de ses associés	233
C. Les modifications législatives simples pour son éligibilité	233
Section 2. Les mesures relatives aux dispositions législatives	234
§ 1. Les obligations fiscales et de dépôts de comptes à redéfinir	235
A. Le périmètre à délimiter pour les obligations fiscales	235
B. La possible suppression de l'obligation de dépôts de comptes sociaux	237
I. Le périmètre insuffisamment défini de cette obligation	237
II. Le transfert de contrôle injustifié de cette obligation	238
a. Les organes de contrôle compétents légalement	238
b. Les sanctions civiles	238
c. Les sanctions pénales	239
III. Les arguments de contestation de cette obligation	240
§ 2. La clarification des textes via une doctrine fiscale plus réactive	242

§ 3. La simplification de certaines dispositions _____	244
A. Le calcul simplifié du taux de rétrocession de l'avantage fiscal à l'exploitant_	244
B. L'unification du seuil d'agrément pour une logique économique de la défiscalisation _____	244
§ 4. Les précisions pour les cas de défaillances de l'entreprise locataire ou liées à l'investissement _____	247
A. Les possibilités de maintien de l'avantage fiscal en cas de défaillance de l'entreprise locataire _____	247
I. La demande de poursuite du contrat _____	248
a. L'acquiescement à la poursuite du contrat _____	248
b. Le défaut de réponse ou le refus de poursuite du contrat _____	249
II. La revendication et la restitution _____	249
a. La publication du contrat de location _____	249
b. Le formalisme de la revendication _____	250
c. L'opposabilité de la propriété _____	250
B. Les possibilités de maintien de l'avantage fiscal en cas de défaillance liée aux investissements _____	251
§ 5. L'ajustement de la reprise de l'avantage fiscal _____	252
A. La mutualisation du risque _____	252
B. La reprise proportionnelle de la réduction d'impôt _____	253
Section 3. Les mesures relatives à l'usage de l'outil statistique et des expertises locales _	254
§ 1. L'outil statistique pour adapter le dispositif de défiscalisation _____	254
A. La première avancée avec la loi de finances rectificatives pour 2006 _____	254
B. Les précisions apportées par la loi n°2009-594 et le décret n°2010-136 _____	255
C. Les sanctions prévues à défaut de respect d'obligations déclaratives _____	256
D. L'amélioration de la donnée statistique _____	256
I. L'absence de communication des données collectées au service les plus à même de les traiter _____	256
II. La nécessité de l'effectivité des efforts annoncés _____	257
§2. L'expertise des services régionaux et du ministère des outre-mer à privilégier pour optimiser économiquement la défiscalisation _____	258
Titre 2. Les perspectives d'évolution de la défiscalisation externalisée _____	260
Chapitre 1. Vers une réglementation de la profession de monteurs en opérations de défiscalisation _____	260
Section 1. L'évolution de la profession jusqu'à la loi de finances pour 2012 _____	261
§1. Le cadre légal antérieur à la loi de finances pour 2011 et à la promulgation de l'article 242 septies du CGI _____	261
A. Le monteur en défiscalisation est un intermédiaire professionnel _____	262
I. Les obligations quant au montage des opérations _____	263

a.	Les obligations édictées par le texte législatif _____	264
b.	Les obligations spécifiques au schéma externalisé _____	265
II.	L'absence d'obligation vis-à-vis des services fiscaux _____	265
B.	Le monteur en défiscalisation est un mandataire social _____	266
§ 2.	La loi de finances pour 2011 et la promulgation de l'article 242 septies du CGI dans sa version initiale issue de cette loi _____	267
§3.	Le cadre légal de la profession de monteur après la loi de finances pour 2012. ____	269
A.	Le décret _____	270
I.	Les obligations déclaratives _____	270
II.	Les obligations de mise en concurrence _____	270
B.	La charte de déontologie annexée _____	271
I.	Les conditions d'exercice _____	271
II.	Les principes généraux _____	271
a.	L'évitement des conflits d'intérêts _____	271
b.	La vérification de l'intérêt et la faisabilité du projet _____	272
c.	Le respect des obligations liées au mandat social _____	272
III.	Les divers engagements des monteurs _____	272
a.	Les engagements vis-à-vis des investisseurs _____	273
1.	L'information complète _____	273
2.	L'assistance _____	273
b.	Les engagements vis-à-vis des exploitants _____	273
1.	L'information complète _____	274
2.	Les vérifications _____	274
c.	Les engagements vis-à-vis de l'administration _____	274
Section 2.	L'évolution de la profession sans contradiction avec celles d'autres professions réglementées _____	274
§1.	La délivrance conforme de l'information _____	275
§2.	La possible commercialisation des droits sociaux _____	277
A.	Les actions _____	277
B.	Les parts sociales _____	278
Section 3.	La possible évolution vers une réglementation effective _____	279
§1.	Les préalables à la réglementation d'une profession selon l'Union européenne ____	280
A.	Les raisons impérieuses des objectifs d'intérêt général _____	281
B.	Le principe de proportionnalité _____	281
§2.	La réglementation de la profession de monteur _____	282
A.	Le respect des objectifs d'intérêt général et de proportionnalité par la Charte de déontologie _____	283

B.	Les mesures à prendre _____	284
I.	Les ajustements de pure forme de la charte existante _____	284
II.	Les dispositions de la charte à préciser _____	285
a.	L'aptitude professionnelle _____	285
b.	L'exercice de l'activité à titre principal _____	286
c.	L'exercice de l'activité incompatible avec d'autres professions _____	287
III.	La mise en place d'une organisation professionnelle dédiée _____	289
a.	Les prémices d'une organisation _____	289
b.	La nécessaire organisation professionnelle _____	290
1.	L'obligation d'adhésion ou de contribution _____	291
2.	Le rôle de médiation et de centralisation _____	291
3.	Le rôle prépondérant en cas de défaillance du monteur _____	292
4.	L'encadrement inutile de la rémunération des monteurs _____	292
Chapitre 2 – Vers un nécessaire maintien de la défiscalisation _____		294
Section 1. La coexistence de la défiscalisation et du crédit d'impôt _____		295
§1. La défiscalisation _____		295
A.	Le rappel de l'objet _____	296
B.	Le rappel des bénéficiaires _____	296
C.	La nouvelle condition de chiffre d'affaires à compter de 2014 _____	296
I.	Les évolutions du montant maximum de chiffres d'affaires _____	296
II.	Le périmètre du chiffre d'affaires à considérer _____	297
a.	Les liens de dépendance bilatéraux _____	298
b.	Les liens de dépendance résultant d'une situation triangulaire _____	298
§2. Le crédit d'impôt _____		299
A.	Les dispositions similaires à l'article 199 undecies B du CGI _____	299
I.	Les opérations éligibles _____	300
a.	Les secteurs d'activité _____	300
b.	Les caractéristiques relatives aux investissements _____	300
1.	Les investissements éligibles _____	300
2.	La réalisation directe ou indirecte de l'investissement _____	301
3.	La durée d'exploitation des investissements _____	301
II.	La base défiscalisable et les taux applicables _____	302
III.	Le fait générateur _____	303
IV.	Le seuil d'agrément pour un investissement direct _____	303
V.	Les obligations fiscales et sociales, et de dépôts de comptes _____	304
B.	Les dispositions propres au crédit d'impôt _____	304

I. La territorialité	304
II. Les bénéficiaires	305
§3. Le choix possible entre la défiscalisation et le crédit d'impôt	306
Section 2. Le maintien de la défiscalisation malgré le crédit d'impôt	306
§1. Les avantages discutables du crédit d'impôt	308
A. L'absence d'intermédiation	309
I. Les honoraires persistants pour l'entreprise exploitante	309
II. La disparition d'un contrôle a priori aux conséquences dommageables	310
a. La disparition du contrôle a priori du monteur	311
b. Les conséquences dommageables du contrôle a posteriori	311
B. Le moindre coût budgétaire incertain	313
C. La difficulté du préfinancement du crédit d'impôt	314
I. Le besoin de préfinancement	314
II. Le constat politique des difficultés du préfinancement	316
IV. La création insuffisante d'une banque institutionnelle	318
§2 Les rapports successifs alternativement détracteurs ou défenseurs de la défiscalisation externalisée	320
A. Le rapport accablant, mais contestable de la Cour des comptes	321
I. Le constat d'un coût non maîtrisé	321
II. La dénonciation d'une dépense fiscale fortement accrue mais sur la base d'indicateurs peu pertinents	321
III. La prétendue mauvaise allocation de l'aide publique	322
IV. La préconisation de dispositions substitutives à la défiscalisation	323
B. Le rapport d'information n° 628 (2012-2013) de MM. Éric Doligé et Serge Larcher	324
I. La diminution importante des investissements défiscalisants	324
II. L'allocation de l'aide publique optimisée par la concurrence	325
III. Les préconisations du rapport	325
C. Le Livret bleu outre-mer du 28 juin 2018	326
Conclusion	328
Bibliographie	332
Annexes	346
Index	357

Introduction

L'investissement productif outre-mer et les opérations de défiscalisation qui le concernent reposent sur des notions qu'il convient de préciser, avant d'aborder cette étude : d'une part, la notion d'*investissement productif*, d'autre part, le domaine de la *défiscalisation* en ce qu'il est une dérogation à la norme fiscale et au droit européen, ainsi que l'interdépendance entre les deux qui a permis d'aboutir pour l'outre-mer à la loi dite « Girardin Industriel » tout en abordant ce que l'outre-mer implique historiquement et territorialement (§1.). Il sera ensuite présenté l'intérêt d'une telle étude (§2.) puis enfin exposée la méthode retenue pour la réaliser (§3.).

§1. L'investissement productif outre-mer et la défiscalisation

L'article 199 *undecies* B du Code Général des Impôts (CGI) depuis la loi dite « Girardin Industriel » ne peut être étudié sans que, préalablement, ait été précisé ce qui s'entend par « investissement productif » (A.) et par « défiscalisation » (B.), puis effectuée une approche historique et territoriale des liens entre l'« outre-mer » et la France hexagonale (C.).

A. L'investissement productif

Le dictionnaire Larousse donne la définition suivante de l'investissement : « Décision par laquelle un individu, une entreprise ou une collectivité affecte ses ressources propres ou des fonds empruntés à l'accroissement de son stock de biens productifs¹ ».

La notion d'investissement productif se rapporte plus précisément aux dépenses effectuées par les entreprises, notamment industrielles, aux fins d'augmenter leurs capacités de production et ainsi de créer de la valeur ajoutée.

¹ LAROUSSE. Dictionnaire de langue française, V° « Investissement » [en ligne], s.d., [consulté le 19 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/investissement/44113>

Depuis quelques décennies, l'investissement a pris de nouvelles dimensions comme la formation, la recherche et le développement autant d'investissements immatériels qui sont venus compléter de façon significative les investissements matériels. Ainsi au-delà de l'aspect purement économique recherché dans l'investissement, certains y voient également une « dimension sociale, voire sociétale² ». L'investissement productif doit pouvoir réduire les inégalités territoriales et sociales en créant de l'emploi et un développement durable. C'est pourquoi, afin de favoriser l'efficacité globale de l'économie, il existe une interdépendance entre l'activité des entreprises et les politiques publiques. Ainsi Pierre Joly place la fiscalité de l'investissement parmi les déterminants de l'investissement productif³.

B. La défiscalisation : une dérogation à la norme fiscale et au droit de l'Union européenne

La défiscalisation constitue non seulement une dérogation à la norme fiscale qu'il convient de tenter de définir (I.) mais aussi une dérogation au droit européen (II.).

I. Une dérogation à la norme fiscale

Dans l'annexe Voies et Moyens tome II qui est généralement associée aux projets de loi de finances, l'analyse des dépenses fiscales est ainsi faite :

« les dispositions législatives ou réglementaires dont la mise en œuvre entraîne pour l'État une perte de recettes et donc pour les contribuables, un allègement de leur charge fiscale par rapport à ce qui serait résulté de l'application de la norme, c'est-à-dire des principes généraux du droit fiscal français⁴ ».

Cette notion ne donne pas une définition très aboutie de la norme fiscale, le fascicule précise à ce sujet que :

² CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL. *Dynamiser l'investissement productif en France. Avis du Conseil économique et social sur le rapport présenté par M. Nasser MANSOURI-GUILANI au nom de la section des questions économiques générales et de la conjoncture*, Séance des 11 et 12 mars 2008, p. II-7.

³ Pierre JOLY, « Les principaux déterminants de l'investissement productif dans les modèles macro-économiques », *Revue Economique industrielle*, n°40-41, année 1987, p. 43.

⁴ *Annexe au projet de loi de Finances 2019*, « Evaluation des voies et moyens », t. II., p. 7.

« la norme n'est pas définie de façon intangible. Elle résulte d'une observation des faits et d'une interprétation a posteriori des intentions du législateur. En outre, elle est susceptible d'évoluer en fonction de la législation nationale ou communautaire⁵ ».

Toutefois, une présentation de la norme de l'impôt sur le revenu y est effectuée. C'est celle-ci qui nous intéresse car notre étude porte sur la défiscalisation de ce dernier. Elle repose sur deux principes : la progressivité (barème progressif) et la redistributivité.

L'impôt s'applique sur

« un revenu net global qui correspond à la somme algébrique des revenus catégoriels nets du montant des charges déductibles nécessaires à l'acquisition des revenus, diminuée du montant des charges déductibles du revenu global⁶ »

L'impôt se calcule

« au niveau du foyer fiscal et, dans une logique de redistribution horizontale, il est familiarisé pour tenir compte de sa composition. C'est pourquoi, l'application du quotient conjugal et du quotient familial, qui permettent de mettre en œuvre ce principe, font partie intégrante de la norme⁷ »

Dès lors, il est permis de conclure qu'une dépense fiscale n'est pas conforme à la norme, qu'elle est en conséquence dérogatoire et qu'elle consiste en « une affectation de ressources, à un objectif donné⁸ », c'est-à-dire que l'Etat accepte de renoncer à une recette fiscale au bénéfice du contribuable en espérant, en contrepartie, parvenir à un objectif économique-social qu'il s'est fixé. Ainsi, certains dispositifs de défiscalisation peuvent être mis en place afin de modifier le comportement des contribuables et ont, par conséquent, un caractère incitatif. Ces mesures peuvent, par exemple, avoir pour objet d'orienter l'épargne des particuliers, la localisation des entreprises.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 8.

⁷ *Ibid.*

⁸ CONSEIL DES PRELEVEMENTS OBLIGATOIRES, *Entreprises et « niches » fiscales et sociales. Des dispositifs nombreux*, Rapport de synthèse, [en ligne], octobre 2010, p. 95, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : [https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/Rapport de synthese Entreprises et niches fiscales et sociales 071010 2.pdf](https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/Rapport%20de%20synthese%20Entreprises%20et%20niches%20fiscales%20et%20sociales%20071010%202.pdf).

Il s'agit, en conséquence, d'une politique fiscale qualifiée par M. Bernard Castagnède de « structurelle », car la dépense fiscale est là un outil de politique économique visant à favoriser des comportements répondant aux objectifs des politiques publiques, par exemple, relatives aux terres d'outre-mer⁹.

II. Une dérogation au droit de l'Union européenne

L'article 107 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) limite les aides d'Etat aux entreprises en disposant que :

« sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions¹⁰ ».

Comme le précise M. Jean-Luc Albert la qualification « étatique » de l'aide et son attribution « sous quelque forme que ce soit » confère à cette aide

« une dimension plus ouverte en intégrant les aides accordées par les collectivités locales, les établissements publics ou même privés dans lesquels l'Etat exerce une influence déterminante ou qu'il désigne en vue de gérer l'aide, peu important qu'elle soit attribuée directement ou indirectement, mais aussi le statut juridique du bénéficiaire, sa propriété, ou même sa taille, avec une limite [...] il faut qu'il y ait un transfert direct ou indirect de ressources d'Etat et donc un caractère public attribuable à ces aides¹¹ ».

L'aide fiscale à l'investissement productif en outre-mer entre dans la définition des aides d'Etat, au sens de l'article 107, en effet, ce dernier oriente ses ressources vers certaines entreprises exerçant leur activité dans les DROM, ce qui peut être de nature

⁹ Bernard CASTAGNÈDE, « La politique fiscale », *PUF, coll. « Que Sais-je ? »*, 2008 ; « Les politiques fiscales et la crise en Union Européenne », discours prononcé à l'occasion de la cérémonie de remise du titre de *Docteur honoris causa* de la faculté de droit de l'Université d'Athènes, 22 mai 2012 [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse :

[http://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/atelierdroitfiscal/Documentation_complémentaire/CASTAGNEDE B. Les politiques fiscales et la crise en Union Européenne Univ. d Athènes 22.05.2012 .pdf](http://www.pantheonsorbonne.fr/fileadmin/atelierdroitfiscal/Documentation_complémentaire/CASTAGNEDE_B._Les_politiques_fiscales_et_la_crise_en_Union_Européenne_Univ._d_Athènes_22.05.2012_.pdf).

¹⁰ *Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*, art. 107.

¹¹ Jean-Luc ALBERT, « Les aides d'Etat en outre-mer », *Revue de l'Union européenne* 2017, p.90.

à fausser la concurrence en favorisant ces entreprises par rapport aux entreprises exerçant la même activité en métropole et qui n'ont pas accès à cette aide mais également au niveau des Etats membres.

Toutefois, le 3 dudit article 107 prévoit des dérogations à ce principe les « aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi¹² » et les « aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun¹³ ». Les départements d'outre-mer remplissent ces conditions, d'une part, parce que ces régions marquent un retard de développement qu'il convient de combler et, d'autre part, parce que leur éloignement, leur faiblesse économie et leur type de production sont peu susceptibles de fausser la concurrence de manière conséquente et/ou d'encourager la délocalisation d'entreprises en provenance d'autres régions de l'Union européenne¹⁴.

En tout état de cause, la défiscalisation au titre des investissements productifs outre-mer s'inscrit, ainsi, comme une dérogation à la norme fiscale, comme une politique publique interdépendante de l'activité des entreprises et qui trouve ses origines dans l'histoire.

C. Les liens entre l'« outre-mer » et la France hexagonale

Les liens entre les terres d'outre-mer et la France hexagonale se sont construits au fil de l'histoire (I.) bien que cette histoire s'étende sur plusieurs siècles, il reste une méconnaissance des premières par la deuxième (II.).

¹² *Ibidem*, 1. a).

¹³ *Ibid.*, 1. c).

¹⁴ SENAT. Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, *Rapport d'information sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART*, 7 novembre 2002.

I. La disparition de l'empire colonial français et ses effets

Pour comprendre les enjeux de la défiscalisation outre-mer, il est important de comprendre quelles relations entretiennent les terres d'outre-mer et la France hexagonale depuis des siècles tout d'abord de l'empire colonial à la départementalisation (a.), puis le régime législatif qui s'en est suivi (b.) pour parvenir à la notion de solidarité nationale (c.)

a. Du statut de l'empire colonial à la départementalisation de territoires ultramarins

Le système économique colonial attribuait un monopole commercial à la métropole. En effet, aux XVI^e et XVII^e, les échanges commerciaux entre la France et ses colonies ont été placés sous le régime du pacte colonial ou principe de l'Exclusif. Celui-ci imposait à la colonie d'exporter tout ce qu'elle produisait vers la métropole et la colonie ne pouvait effectuer des importations qu'en provenance de la métropole¹⁵.

Après la seconde guerre mondiale, l'empire colonial français change de statut. Le 12 mars 1946, M. Aimé Césaire ouvre les débats à l'assemblée nationale avec un discours dans lequel il déclare concernant la Guadeloupe, la Martinique, la Réunion et la Guyane française :

« L'intégration réclamée [...] serait l'aboutissement normal d'un processus historique et la conclusion logique d'une doctrine »

et

« Plus ambitieusement encore, nous vous demandons, par une mesure particulière, d'affirmer solennellement un principe général [...]. Il doit s'établir une fraternité agissante aux termes de laquelle il y aura une France plus que jamais unie et diverse, multiple et harmonieuse, dont il est permis d'attendre les plus hautes révélations¹⁶ ».

¹⁵ Le Dico du commerce international, « Pacte colonial » [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.glossaire-international.com/pages/tous-les-termes/pacte-colonial.html>.

¹⁶ Extrait du discours d'Aimé CESAIRE, député, devant l'Assemblée Nationale Constituante, le 12 mars 1946, pour présenter le Rapport fait au nom de la Commission des Territoires d'Outre-mer sur les propositions de loi tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe et de la Martinique, de la Guyane française, de l'île de la Réunion, [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019].

Il en résulte la loi de départementalisation¹⁷, adoptée à l'unanimité, qui fait passer la Guadeloupe, la Martinique, la Réunion et la Guyane française d'un statut de colonies, qu'elles avaient depuis le XVII^{ème} siècle, à celui de départements d'outre-mer (DOM) dans lesquels s'appliquent les lois et décrets déjà en vigueur en France métropolitaine au nom d'un principe d'assimilation par rapport à cette dernière.

b. L'évolution du régime législatif des territoires ultramarins

Par suite de la départementalisation, la Constitution de la IV^{ème} République du 27 octobre 1946 est adoptée par le référendum du peuple français du 13 octobre 1946 et dispose dans son article 73 que « le régime législatif des DOM est le même que celui des départements métropolitains, sauf exceptions déterminées par la loi ».

En 1958, loin de remettre en question ce principe d'exception législative, la Constitution de la V^{ème} République¹⁸, dans son article 73, constitutionnalise le principe de mesures d'adaptation du droit applicable dans les DOM, dès lors qu'elles sont « nécessitées par leur situation particulière ».

Le 28 mars 2003, à la suite de sa révision, la Constitution désigne nominativement chacune des collectivités territoriales situées outre-mer et marque ainsi solennellement leur appartenance à la République : « la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer¹⁹ ». L'article 73 de la Constitution est modifié et dispose que les lois et règlements « peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ²⁰ ». La notion de « nécessité » est remplacée par celle de la pertinence au regard des

2019]. Disponible à l'adresse : <http://evolutionmartinique.fr/2010/03/31/l'assimilation-que-nous-demandons-aujourd'hui-loin-d'être-une-assimilation-contre-nature-est-une-assimilation-souple-intelligente-et-réaliste-aime-cesaire-le-12-mars-1946/>

¹⁷ Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française.

¹⁸ Constitution adoptée par référendum du peuple français le 28 septembre 1958.

¹⁹ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, art. 8.

²⁰ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, art. 9.

spécificités des DOM. Cette réforme constitutionnelle fixe ainsi le cadre d'une forme de décentralisation, sans éloignement de la Métropole vis-à-vis de l'outre-mer qui est maintenant cité dans la Constitution. Mme Brigitte Girardin résumera cette réforme constitutionnelle ainsi : « Le texte ouvre en effet la possibilité pour ces collectivités d'une évolution institutionnelle différenciée, mais dans le respect du principe d'unité et d'indivisibilité de la République²¹ ».

M. Olivier Gohin a conclu sur cette réforme constitutionnelle que « le droit constitutionnel de la V^e République aura ainsi démontré, une fois de plus, sa capacité à changer dans la continuité : permettre de sortir de l'uniformité, tout en s'interdisant de rompre l'unité, voilà ce qui a été voulu, voilà ce qui a été fait²² ».

Ainsi, naît la notion de solidarité nationale vis-à-vis de ces départements d'outre-mer.

c. La solidarité nationale

M. Didier Migaud indiquait dans un rapport de 1998 que « renforcer la cohésion des sociétés d'outre-mer par la solidarité afin de construire une prospérité nouvelle en dépassant les séquelles morales de l'esclavage dans les DOM, telle est la politique de la République²³ ». Ainsi, en appliquant des mesures législatives adaptées aux caractéristiques des DOM, l'état affiche une réelle volonté d'assurer aux DOM un développement économique permettant à leurs habitants d'avoir un niveau de vie équivalent à ceux de la métropole.

C'est dans ce cadre que depuis 30 ans des mesures fiscales ou sociales au bénéfice des régions ultramarines ont été prises et, notamment, celles visant à proposer aux contribuables français des réductions d'impôt en contrepartie d'apport de fonds pour réaliser localement des investissements productifs.

²¹ MINISTÈRE DES OUTRE-MER, *Interview de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'Outre-mer, "Géomètre" de juillet-août 2003 sur les objectifs de la réforme de la décentralisation et de la loi de programme pour l'Outre-mer, les mesures en faveur de la continuité territoriale, la défiscalisation et la simplification du dispositif de la règle des cinquante pas géométriques*, [en ligne], 2003, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/033002538.html>

²² Olivier GOHIN, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA 2003 (Dalloz)*, p.678.

²³ ASSEMBLÉE NATIONALE. Commission des Finances, de l'économie générale et du plan, *Rapport n°1060 d'information sur les incitations fiscales à l'investissement outre-mer, présenté par M. Didier MIGAUD*, 9 juillet 1998, p. 9.

II. Des terres d'outre-mer souvent méconnues des Français.

Toutes les entités composant la France d'outre-mer ont un isolement géographique marqué vis-à-vis de la métropole. Par exemple, les Antilles se trouvent à 6.800 km de Paris, la Polynésie à 16.000 km. Les terres d'outre-mer ne sont donc pas bien connues des français, cela se révèle, d'une part, dans le vocable utilisé à leur sujet qui est déjà source de confusion (A.) et, d'autre part, dans les images contrastées qu'ils en ont (B.).

a. Des précisions terminologiques

Tout d'abord, le vocable utilisé à leur sujet est déjà source de confusion, ainsi les termes de Départements d'Outre-Mer et Territoires d'Outre-Mer (DOM-TOM) encore très usités dans le langage commun n'ont plus lieu d'être, ils ont été remplacés lors de la réforme constitutionnelle de 2003 qui établit les catégories suivantes en outre-mer : « les Départements et Régions d'Outre-Mer » (DROM) et « les Collectivités d'Outre-Mer » (COM)²⁴.

Les Départements ou Régions français d'Outre-Mer (DROM) regroupent : la Martinique, la Guyane, Mayotte²⁵, la Guadeloupe et la Réunion. Depuis la réforme constitutionnelle de 2003 leur permettant une organisation particulière, ceux-ci ont évolué. Les trois premiers ont chacun fusionné leur département et leur région en collectivités territoriales uniques (en 2016 pour la Martinique et la Guyane et en 2011 pour Mayotte), les deux derniers ont conservé la coexistence de leurs département et région respectifs²⁶.

Les Collectivités d'Outre-Mer (COM) regroupent : la Polynésie française, Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis-et-Futuna, Saint-Martin et Saint-Barthélemy. Leurs statuts sont particuliers, en ce qu'elles disposent d'une certaine autonomie et qu'un pouvoir

²⁴ Loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, art. 72.

²⁵ Mayotte devient un département et une région d'outre-mer régie par l'article 73 de la Constitution suite à une décision du 29 mars 2009 proclamant les résultats de la consultation des électeurs de Mayotte du 29 mars 2009.

²⁶ ASSEMBLÉE NATIONALE, « L'organisation territoriale de la France », *Fiche de synthèse n°11*, [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-institutions-francaises-generalites/l-organisation-territoriale-de-la-france>.

règlementaire relatif à leurs compétences administratives leur est reconnu, et hétérogènes²⁷. Ainsi une assemblée délibérante fixe les conditions d'application de la loi française.

Restent à l'écart de cette classification deux territoires qui possèdent chacun des particularités : la Nouvelle-Calédonie et les Terres Australes et Antarctiques Françaises (TAAF) ces derniers continuant d'être considérées comme des TOM.

b. Une vision différenciée des terres d'outre-mer

Puis, ces territoires font l'objet de sentiments ambigus, d'un côté les gens y voient la représentation mondiale de la France²⁸, et sur plusieurs océans (Indien, Pacifique, Atlantique), les plages paradisiaques, la végétation luxuriante, mais aussi, d'un autre, des régions exposées aux catastrophes naturelles (cyclones, tremblements de terre...), aux économies locales affectées par un chômage de masse notamment de la jeune population, qui renvoient régulièrement la France hexagonale à son passé colonial bien que cette époque soit révolue²⁹ et qu'elle apporte régulièrement son soutien. M. Éric Doligé dans un rapport enregistré à la présidence du Sénat le 7 juillet 2009 synthétisait cette dualité ainsi : « Ces contrastes forts inspirent des sentiments confus où se bousculent rêve et envie, fierté et culpabilité refoulée, compassion et exaspération³⁰ ».

Il en résulte une dualité récurrente entre cette volonté d'aider ces régions au nom de la solidarité nationale et le souhait de limiter le poids de cette aide dans les finances de l'Etat ou, à tout le moins, d'éviter des abus et de rendre son coût cohérent au regard des résultats attendus et obtenus.

²⁷ Pour exemples : la Polynésie possède son propre drapeau. La Nouvelle-Calédonie bénéficie d'une certaine autonomie politique et peut voter ses propres lois.

²⁸ « *L'outre-mer est une véritable chance pour notre pays. Il lui donne sa dimension mondiale et à l'Europe, de nouvelles frontières* ». Cf. MINISTÈRE DES OUTRE-MER, *Interview de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'outre-mer, dans "Investissement Conseil" d'octobre 2003, sur le dispositif de défiscalisation de l'outre-mer*, [en ligne], 2003, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/033003294.html>

²⁹ Saïd BOUAMAMA, « L'œuvre négative du colonialisme français aux Antilles : la production et la reproduction d'une pigmentocratie », *Investigation*, [en ligne], juin 2018, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.investigaction.net/fr/oeuvre-negative-du-colonialisme-francais-aux-antilles-la-production-et-la-reproduction-dune-pigmentocratie/>

³⁰ SENAT. Mission commune d'information, *Rapport n°519 sur la situation des départements d'outre-mer, présenté par M. Éric DOLIGE*, 7 juillet 2009, p. 13.

2§. *L'intérêt de l'étude*

L'outre-mer français présente un certain nombre de points communs, bien que ses territoires soient différents de par leurs populations et évolutions historiques et institutionnelles. Les régions ultramarines sont souvent très éloignées de leurs partenaires économiques importants les plus proches, par exemple la Polynésie se situe à 5.700 km de l'Australie, 6.200 km des Etats-Unis... L'insularité constitue un autre facteur d'isolement pour l'outre-mer français. Même si la Guyane est une région continentale d'outre-mer, son enclavement sur le continent américain du Sud, entre l'Amazonie et l'Océan Atlantique, l'isole tout autant. En outre, pour certains territoires, à l'insularité s'ajoute un grand éparpillement. Ainsi la Polynésie française compte plus d'une centaine d'îles dispersées sur 2,5 millions de km². Il résulte qu'aujourd'hui encore, la métropole reste souvent leur premier partenaire commercial, surtout dans les Département et Régions d'Outre-Mer (DROM). Les entités composant la France d'outre-mer n'entretiennent donc que peu de relations avec les pays voisins ce qui accentue leur isolement, leur intégration régionale étant faible. Ces caractéristiques ont pour conséquence une étroitesse des marchés locaux et donc des économies peu attractives pour les investisseurs. Ces difficultés rencontrées par les entités d'outre-mer suffisent à révéler les difficultés socio-économiques et les inégalités entre les populations ultramarines et métropolitaines.

Face à cette situation, encadré par des dispositions européennes, l'État Français mène une politique active d'aide et de soutien à ces contrées et développe un instrument de financement qui contribue à compenser les contraintes structurelles pesant sur les économies ultra marines : la défiscalisation. La défiscalisation constitue une aide fiscale à l'investissement, destinée à compenser les handicaps structurels de l'outre-mer. Elle abaisse le coût du capital et se substitue *de facto* à une politique de subvention.

De nombreuses lois ont eu pour objectif de mettre en place des dispositifs spécifiques à l'outre-mer en termes de défiscalisation afin d'assurer le développement économique et social des territoires ultramarins. Toutefois, ces lois se sont succédées assez rapidement et certaines lois, qui se voulaient établies sur une durée définie, ont

également été revues durant cette période créant ainsi une instabilité législative pour les terres d'outre-mer (A.), cela aboutit aux constats que les dispositifs de défiscalisation n'ont pas atteint leurs objectifs économiques et doivent donc être poursuivis (B.) et qu'il convient de mettre fin à cette instabilité en trouvant un dispositif stable et assurant une visibilité sur plusieurs années, c'est tout l'intérêt de cette étude (C.).

A. Une instabilité législative

La défiscalisation est née en 1952, après la départementalisation précitée, et le dispositif actuellement en vigueur est issu de lois successives, dont plusieurs sont connues sous le nom de ministres.

En 1986, fut adoptée la loi de finances rectificative du 11 juillet 1986 pour 1986³¹, dite Pons, du nom du ministre des outre-mer de l'époque. De nombreux abus ont été commis dans la mise en œuvre de cette loi, des contribuables n'ont pas hésité à défiscaliser alors qu'ils n'avaient investi aucune somme sur place... mais également, de nombreux contribuables ont été trompés par des cabinets de défiscalisation peu scrupuleux³².

En outre, en 1998, dans un rapport M. Didier Migaud pose la question du « principe de justice fiscale³³ ». Il note que des contribuables effacent l'intégralité de leur impôt sur le revenu *via* le dispositif de défiscalisation et s'interroge sur l'adéquation d'une telle situation avec « l'article 13 de la déclaration de droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui prévoit l'égalité de répartition de la contribution commune entre tous les citoyens en raison de leurs facultés dans le but d'appliquer l'article premier qui proclame la liberté et l'égalité des droits³⁴ ».

³¹ Loi n° 86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986.

³² ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1060 sur les incitations fiscales à l'investissement outre-mer, présenté par M. Didier MIGAUD, op. cit.*, p. 4. Certains « excès » sont décrits avec précision.

³³ *Ibid.*, p. 7.

³⁴ *Ibid.*, p. 9

Puis la loi de finances du 30 décembre 2000 pour 2001³⁵, dite Loi Paul, lui a succédé en conservant le principe de la défiscalisation, mais avec des aménagements.

Dans le cadre de cette même dynamique vient la loi de programme pour l'outre-mer³⁶, du 21 juillet 2003, dite loi Girardin (nom du ministre de l'outre-mer Mme Brigitte Girardin³⁷), qui concerne l'ensemble des territoires susmentionnés. Mme Brigitte Girardin, dans divers discours ou interview, synthétise les atouts de l'outre-mer, ses problématiques, la solidarité nationale pour remédier à ces derniers et enfin leur interaction avec l'Europe :

« L'outre-mer dispose de nombreux atouts - une population jeune et formée, des ressources naturelles importantes, des infrastructures de qualité, une économie dynamique - qui peuvent être mis au service de la France et de l'Europe pour peu qu'on lui en donne la possibilité³⁸ ».

« L'Outre-Mer connaît un certain nombre de handicaps permanents : l'éloignement géographique ; des contraintes structurelles très fortes, liées notamment à l'enclavement, à l'insularité, aux coûts très élevés du travail et de l'investissement ; un environnement international souvent source de déstabilisation liée, par exemple, à l'immigration clandestine, résultat de la différence de développement avec les Etats voisins. La solidarité nationale et la politique de cohésion régionale européenne visent à corriger ces handicaps comme elles le font pour d'autres régions de l'Europe continentale³⁹ ».

³⁵ Loi n° 2000-1352 du 30 décembre 2000 de finances pour 2000.

³⁶ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer.

³⁷ Brigitte GIRARDIN, née le 12 janvier 1953 à Verdun (Meuse), est une femme politique et diplomate française. Avant de devenir ministre de l'Outre-mer, elle est forte d'une expérience relative à l'Outre-mer. En effet, elle occupe de 1993 à 1995 un poste de conseiller technique puis de directeur adjoint du cabinet de M. Dominique PERBEN (ministre des Départements et Territoires d'Outre-mer), de 1996 à 1997, un poste de conseiller auprès du ministre, puis de directeur du cabinet de Jean-Jacques de Peretti (ministre de l'Outre-Mer). Elle occupera ensuite, de 1998 à 2000, un poste d'administrateur supérieur des TAAF, puis, de 2000 à 2002, de conseiller pour l'Outre-mer à la Présidence de la République pour accéder à la fonction de ministre de l'outre-mer de 2002 à 2005. Cf. MINISTERE DELEGUE A LA COOPERATION, AU DEVELOPPEMENT ET A LA FRANCOPHONIE *Archives du Gouvernement* [en ligne], mai 2005-mai 2007, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://archives.gouvernement.fr/villepin/acteurs/biographie_5/acteurs/gouvernement/ministere_delegue_cooperation_developpement_m_234/index.html

³⁸ MINISTERE DES OUTRE-MER, *Interview de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'Outre-mer, "Investissement Conseil" d'octobre 2003 sur le dispositif de défiscalisation de l'outre-mer*, [en ligne], 2003, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/033003294.html>

³⁹ MINISTERE DES OUTRE-MER, *Interview de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'outre-mer, "Géomètre" de juillet-août 2003, sur les objectifs de la réforme de la décentralisation et de la loi de programme pour l'outre-mer, les mesures en faveur de la continuité*

C'est cette synthèse qui l'amène à déterminer les trois axes d'intervention à l'origine de la rédaction de la loi portant son nom : « l'allégement du coût du travail, la relance de l'investissement privé, le renforcement de la continuité territoriale par l'abaissement du coût du transport » avec pour ambition de créer « les conditions d'un environnement économique plus favorable aux entreprises et donc à l'emploi », notamment par des investissements productifs, et ainsi « de réaliser, après l'égalité sociale, l'égalité économique qui constitue l'étape ultime de l'accès à la pleine citoyenneté de chacun par le travail et la dignité ⁴⁰ ». La défiscalisation est décrite comme :

« un levier indispensable pour le soutien aux investissements des entreprises du secteur marchand, compte tenu des handicaps structurels qu'elles rencontrent (éloignement, étroitesse des marchés, concurrence des Etats voisins où le coût du travail est très inférieur...).

Son utilisation permet de réduire le surcoût des investissements en assurant la rentabilité à terme des entreprises, condition de la pérennité des activités locales et du développement d'emplois durables. Elle pallie également les insuffisances de l'autofinancement des entreprises ultramarines, en leur garantissant la rétrocession d'une part prépondérante de l'avantage fiscal consenti aux investisseurs, lorsque ceux-ci sont extérieurs à l'entreprise⁴¹. »

Cette défiscalisation offre en outre la possibilité aux concitoyens français de « mobiliser une fraction de leur épargne pour contribuer à cette ambition collective ».

Le dispositif que Mme Brigitte Girardin a mis en place devait durer quinze ans, afin de « restaurer la confiance des investisseurs et de permettre aux acteurs économiques publics et privés de connaître clairement le cadre dans lequel ils auraient à prendre

territoriale, la défiscalisation et la simplification du dispositif de la règle des cinquante pas géométriques, [en ligne], 2003, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/033002538.html>

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

des décisions ⁴² ». Le rapporteur de la commission des finances sur ce texte soulignait ainsi que la loi constituait « une avancée certaine dans la création d'un cadre stabilisé permettant d'envisager un développement économique et social plus efficace pour l'outre-mer ⁴³ ».

L'un des éléments majeurs de la politique de soutien à l'investissement, dans cette loi de programme de 2003, est donc la défiscalisation des investissements productifs, portée essentiellement par les articles 199 *undecies* B du CGI⁴⁴ et 217 *undecies* du CGI⁴⁵. C'est précisément sur l'article 199 *undecies* B du CGI que portera cette étude.

Malgré la stabilité annoncée, cette loi a été modifiée par des lois de finances successives⁴⁶. Puis après la crise sociale qui a affecté notamment la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion au début de l'année 2009, une loi pour le développement économique des outre-mer a été adoptée en mai⁴⁷, tandis que des Etats généraux de l'outre-mer se déroulaient d'avril à septembre 2009.

B. Des objectifs économiques non atteints par les dispositifs de défiscalisation qui restent donc vitaux

Dans le rapport de la Commission des Finances de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi pour le développement économique des outre-mer (avril 2009), le député M. Gaël Yanno rappelle notamment la situation de « dépendance économique » et les

⁴² CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL. *Evaluation de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003*, 12 juillet 2006, p. 46.

⁴³ SENAT. Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, *Rapport n°296 sur le projet de loi de programme pour l'outre-mer, présenté par M. Roland de LUART*, 14 mai 2003, p. 7.

⁴⁴ CGI, art. 199 *undecies* B : « Les contribuables domiciliés en France au sens de l'article 4B peuvent bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à raison des investissements productifs neufs qu'ils réalisent dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à Saint-Martin, à Saint-Barthélemy, dans les îles Wallis-et-Futuna et les Terres australes et antarctiques françaises, dans le cadre d'une entreprise exerçant une activité agricole ou une activité industrielle, commerciale ou artisanale relevant de l'article 34 ».

⁴⁵ CGI, art. 217 *undecies* I : « Les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés réalisant, au titre de leur dernier exercice clos, un chiffre d'affaires inférieur à 20 millions d'euros peuvent déduire de leurs résultats imposables une somme égale au montant, [...] des investissements productifs, [...] qu'elles réalisent dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de Mayotte et de la Réunion pour l'exercice d'une activité éligible en application du I de l'article 199 *undecies* B ».

⁴⁶ Loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 ; loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 ; loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2008 ; loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 ; loi n° 2009-888 du 22 juillet 2009 ; loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 ; loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 ; loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 ; loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014.

⁴⁷ Loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer (toujours présentée ou appelée la loi « Girardin » notamment par les monteurs en opérations de défiscalisation).

« difficultés sociales » auxquelles ces territoires sont confrontés⁴⁸. Il relève que la stratégie économique de compensation de ces handicaps n'a pas suffi à faire émerger des secteurs à forte valeur ajoutée dans les outre-mer. Ainsi, le rapport précité met en avant que « malgré la distance, la majorité des échanges commerciaux des collectivités territoriales d'outre-mer se fait aujourd'hui encore avec la métropole », que « la faiblesse du taux de couverture des importations par les exportations participe du déséquilibre des échanges » et que « le développement de la production locale constitue donc une priorité pour les pouvoirs publics », mais aussi « la persistance de ces déséquilibres économiques a un effet direct sur les conditions de vie des populations des outre-mer. Le niveau de vie y demeure globalement inférieur à celui de la métropole [...] Le niveau du chômage se situe à près de trois fois la moyenne nationale ».

Après les missions d'évaluation de la loi de 2003, il a paru bon au Gouvernement de modifier et compléter les articles 199 *undecies* B et 217 *undecies* du CGI pour tenir compte des adaptations jugées utiles. L'essentiel des mesures relatives à la défiscalisation tend alors plutôt à la rationalisation de celle-ci et à écarter les risques d'abus.

Dans le rapport précité, M. Gaël Yanno souhaite aller plus loin en matière de moralisation de la défiscalisation, il estime nécessaire « d'augmenter fortement la sanction infligée aux sociétés de portage qui ne soumettraient pas à l'obligation de déclaration des investissements défiscalisés, instaurée en 2007⁴⁹ » et insiste, comme Alain Saubert, sur la nécessité « de réduire le risque pesant sur les investisseurs⁵⁰ ».

Le 5 juin 2013, un rapport d'information de MM. Éric Doligé et Serge Larcher, fait au nom de la Commission des affaires économiques et de la Délégation sénatoriale à

⁴⁸ ASSEMBLEE NATIONALE. Commission des finances, de l'économie générale et du plan. *Rapport n°1579 sur le projet de loi, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, pour le développement économique des outre-mer, présenté par M. Gaël YANNO*, 1^{er} avril 2009, pp. 12 et 13.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 29.

l'outre-mer⁵¹ souligne de nouveau le caractère vital, pour les économies des outre-mer, des dispositifs d'aide fiscale à l'investissement et leur caractère particulièrement approprié aux réalités ultramarines⁵². Il rappelle le principe de la solidarité nationale et de ce que celle-ci peut s'exprimer dans la dépense fiscale. Il indique que de ce fait cette dernière ne doit pas faire l'objet d'une unique « approche comptable » même si des efforts doivent être consentis pour en contenir le coût. Il constate que l'aide fiscale à l'investissement a permis une relance massive de la construction de logements sociaux et la réalisation de grands équipements structurants essentiels à la continuité territoriale, qu'elle est un « instrument puissant de dynamisation du développement et de modernisation des économies ultramarines, favorisant tout à la fois la naissance de véritables filières et la valorisation des potentiels des territoire », « l'oxygène indispensable [...] garant des équilibres sociaux et territoriaux ». Il conclut que la suppression de ces dispositifs aurait des conséquences catastrophiques pour des outre-mer aux situations économique et sociale extrêmement tendues. Dans un souci, notamment, de renforcement de l'efficacité de ces dispositifs, pour l'ensemble des secteurs concernés par la défiscalisation, il prône des mesures destinées à assurer un encadrement plus strict (des professions d'intermédiaire, du régime déclaratif pour l'aide fiscale de plein droit⁵³...) et une meilleure efficacité de l'aide fiscale (conditions de collecte, meilleure appréciation de l'intérêt économique dans l'instruction des demandes d'agrément⁵⁴ par le renforcement des compétences des services concernés...). Il appelle à mettre un terme au « nomadisme fiscal » afin de restaurer la confiance des investisseurs en garantissant une stabilité pluriannuelle du dispositif de défiscalisation.

⁵¹ SENAT. Commission des affaires économiques et de la délégation sénatoriale à l'Outre-mer. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGE et Serge LARCHER*, 5 juin 2013.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Les projets dont le montant est inférieur aux seuils légaux bénéficient de plein droit de la défiscalisation et sont soumis à un dispositif déclaratif sommaire.

⁵⁴ Les projets dont le montant est supérieur aux seuils légaux fixés en fonction du secteur économique doivent obtenir un agrément du ministre du budget - par délégation, du BAGR et rescrits - ou, pour les départements d'outre-mer, de la direction régionale des finances publiques (DRFIP).

Le caractère indispensable de l'aide à apporter à l'outre-mer est également reconnu depuis longtemps au niveau européen en tant que régions ultrapériphériques⁵⁵. Toutefois, les dispositifs de défiscalisation continuent à avoir mauvaise presse, car ils restent associés à des scandales qui ont jalonné leur existence depuis leur création (« inflation des prix du foncier ou la bulle spéculative du photovoltaïque des années 2000 ⁵⁶ »). Cependant des dérapages, tels que ceux constatés dans l'utilisation de la « loi Pons », ont pu être endigués grâce à des modifications essentielles introduites en 1992 qui ont par la suite été étendues et perfectionnées : l'instauration d'un agrément, l'obligation d'exploiter l'investissement réalisé pendant une certaine durée, des exigences relatives au délai de réalisation des investissements... Si des dérapages restent possibles, ils se font plus rares et leur élimination pourrait être encore mieux garantie avec une meilleure connaissance du terrain et un réel suivi de la mise en œuvre des mécanismes fiscaux dans chaque territoire ainsi qu'une plus grande vigilance des administrations concernées.

C. L'intérêt de la recherche

Le débat relatif aux aides apportées aux régions ultramarines apparaît comme l'un de ces thèmes récurrents sur lesquels portent quasiment chaque année les débats parlementaires à l'aune de la rédaction et de l'adoption des projets de loi de finances. Il s'agit incontestablement d'un sujet qui suscite de l'émotion quand il est abordé par les représentants locaux, mais aussi un intérêt politiquement correct au regard du passé colonial pour lequel certains estiment que la France hexagonale doit encore réparation, un intérêt social au nom d'une égalité entre les populations locales et celle de la métropole.

Mais il existe aussi une forme d'exaspération avec la forte impression de maintenir ces régions dans une forme d'assistanat permanent et coûteux à l'heure où des efforts

⁵⁵ *Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*, art. 349.

⁵⁶ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER*, op. cit., p. 69.

sont demandés et consentis par le plus grand nombre pour tenter de maintenir un équilibre budgétaire⁵⁷.

La loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003⁵⁸, dite loi Girardin, devait arriver à échéance le 31 décembre 2017. Les problèmes structurels des outre-mer étant loin d'être réglés, elle a été prorogée à 2025⁵⁹. Les responsables locaux s'inquiètent, car l'horizon 2025 ne leur paraît pas suffisant pour atteindre le but de rattrapages des écarts entre les outre-mer et la France hexagonale.

L'intérêt de cette recherche est de proposer des solutions pour parvenir à une stabilité législative du dispositif de défiscalisation indispensable pour les terres d'outre-mer tout en conciliant la solidarité nationale et l'efficacité optimale des mesures.

3§. Les axes de recherche

La recherche porte tout d'abord sur le cadre actuel du dispositif dans ses grandes dimensions. Il s'agit de définir le cadre économique-territorial et politique de la défiscalisation et d'analyser la combinaison de la volonté publique nationale et des dispositions européennes, mais aussi d'observer l'évolution historique des diverses politiques menées. Il faut ensuite identifier les divers bénéficiaires, parties prenantes au dispositif, et analyser le cadre législatif qui détermine les activités et les investissements éligibles ainsi que les seuils au-delà desquels le dispositif n'est plus de plein droit mais nécessite l'intervention de l'état *via* un agrément préalable et, les cas dans lesquels ils ne peuvent être dépassés du fait de plafonds d'intensité des aides fixés par les règles européennes.

⁵⁷ C'est ce que révèle notamment un entretien réalisé par des chercheurs avec un membre de cabinet à Bercy en 2016 : *« Les collègues [du ministère des outre-mer] essayent de passer en force sur l'ensemble des projets en disant "et les outre-mer ? Les outre-mer ?", et de ce point de vue-là, je les comprends, [...] on connaît mal les outre-mer. Mais l'autre facette plus négative de tout cela, c'est que ça peut jamais être le droit commun qui s'applique : nécessairement, c'est spécifique et nécessairement, c'est plus [...]. Et du coup y'a un effet de jeu du chat et de la souris : on s'occupe pas de l'outre-mer parce qu'on n'y pense pas mais aussi on ne veut pas s'en occuper parce qu'on sait qu'ils vont demander deux fois plus de moyens, deux fois plus d'exonérations. »* (Entretien avec un membre de cabinet à Bercy, 2016) ». Willy BEAUVALLET, Audrey CELESTINE et Aurélie ROGER. « L'état outre-mer. La construction sociale et institutionnelle d'une spécificité ultramarine », *Politix*, 2016/4, n°116, pp 139-161.

⁵⁸ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer.

⁵⁹ CGI, art. 199 undecies B VI.

La défiscalisation la plus controversée étant celle qui est faite de plein droit et de façon externalisée, une partie de la recherche lui est dédiée pour la présenter dans tous ses aspects, c'est-à-dire tout d'abord dans la présentation des véhicules fiscaux dont elle implique la création, puis dans la présentation du montage de l'opération d'investissement elle-même, sa gestion pendant la durée de portage exigée et tous les calculs et plafonnements y afférents. Cette étude est d'autant plus nécessaire que ce mode de défiscalisation est complexe et nécessite un formalisme strict et un cadre juridique qui emporte certains effets qui doivent être limités notamment par des documents contractuels nombreux.

Cette première recherche permet ensuite d'identifier les limites et risques du dispositif au niveau des parties prenantes les plus importantes, mais aussi de proposer des mesures de nature à le pérenniser. Afin de compléter l'analyse du cas de la défiscalisation externalisée, une partie de l'étude porte sur la profession de monteur en défiscalisation, notamment pour démontrer que sa réglementation fait partie intégrante des solutions permettant la pérennisation du dispositif et la limitation de ses risques.

Enfin l'étude se termine sur les tentatives de remise en cause de la défiscalisation telle que présentée.

Il résulte globalement que cette recherche s'efforce – après avoir présenté le cadre dans lequel il s'inscrit – de faire une analyse la plus large et la plus exhaustive possible de l'article 199 *undecies* B du CGI dans ses rédactions successives depuis la loi dite Girardin (Partie 1). Ce n'est qu'une fois ce travail effectué qu'il est possible d'identifier et de comprendre tous ses risques et limites pour proposer des solutions d'amélioration permettant d'en assurer la continuité (Partie 2).

Partie 1 : Le cadre actuel de la défiscalisation des investissements productifs en outre-mer

La défiscalisation *via* les investissements productifs en outre-mer existe depuis de nombreuses années. Elle s'est instaurée dans un contexte général précis tenant à la situation géographique et économique des territoires concernés et a évolué au cours du temps en fonction du cadre politique national et européen.

Elle a un effet sur plusieurs acteurs locaux, outre les contribuables/investisseurs métropolitains, car elle concerne de nombreux secteurs d'activité et types d'investissements éligibles au dispositif qui ont évolué au cours du temps au gré de la volonté du législateur au regard des priorités économiques qu'il a définies.

Les investissements ouvrent droit à une réduction d'impôt avec ou sans agrément fiscal selon là encore la volonté des pouvoirs publics.

Ce cadre général de la défiscalisation sera abordé dans un premier temps (Titre 1^{er}).

Les investissements défiscalisants peuvent être réalisés soit directement par l'entreprise exploitante et ainsi l'avantage fiscal y attaché bénéficie directement à cette dernière, soit indirectement par l'intermédiaire d'une structure *ad hoc*, créée pour réaliser lesdits investissements et les mettre en location auprès de l'entreprise exploitante, et faisant bénéficier cette dernière de la rétrocession d'une partie de l'avantage fiscal obtenue par les contribuables ayant souscrit au capital de ladite structure *ad hoc*. Dans ce dernier cas, la défiscalisation est dite externalisée et présente un mécanisme et un cadre juridique particuliers qui seront présentés dans un deuxième temps (Titre 2).

TITRE 1 : LE CADRE GENERAL DE LA DEFISCALISATION

Pour bien comprendre la défiscalisation et ses enjeux, il convient d'en appréhender avant toute chose le cadre le plus large possible dans lequel elle s'inscrit. En effet, non seulement la dimension géographique des terres d'outre-mer est importante, mais également leur situation économique puisqu'elles expliquent, d'une part, les principales difficultés qui sont à l'origine de leur intégration dans la « périphérie » de l'Union européenne et, d'autre part, les lois qui ont été prises successivement pour tenter d'y remédier (Chapitre 1).

Puis, il est important d'identifier quelles sont les parties prenantes bénéficiaires de la défiscalisation, ainsi que les activités et typologie d'investissements et les conditions dans lesquelles l'avantage fiscal est possible (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La défiscalisation comme réponse aux difficultés des terres d'outre-mer

Le développement des territoires ultramarins connaît de nombreux handicaps.

Tout d'abord, ces handicaps sont d'ordre structurel et tiennent à leur éloignement de la métropole, leur insularité, leur petite surface (exception faite de la Guyane), leur marché domestique étroit, mais aussi aux conditions climatiques et géologiques.

Puis certains handicaps sont liés à un faible niveau de qualification de la main d'œuvre et un chômage élevé, à une offre peu importante de production.

L'ensemble de ces handicaps révèle des difficultés socio-économiques et des inégalités entre les populations ultramarines et métropolitaines, c'est-à-dire, un cadre territorial qu'il convient de présenter pour comprendre la nécessité d'allocations d'aides à ces terres ultramarines (Section 1).

Face à cette situation, l'État français mène une politique active d'aide à ces contrées dont l'objet est, notamment, de soutenir l'investissement productif des entreprises ultramarines, en atténuant les surcoûts induits par lesdits handicaps qui touchent ces

territoires et, plus particulièrement, ceux qui pèsent sur le cycle d'investissement des entreprises locales (Section 2).

Section 1 : Les difficultés structurelles des terres d'outre-mer

Les Départements d'Outre-Mer (DOM), créés en 1946⁶⁰, sont tout d'abord soumis au régime général des départements métropolitains⁶¹. Leurs situations sont proches d'un point de vue institutionnel, puis leur diversité et leurs caractéristiques géographiques ont amené à les considérer comme des cas particuliers, à la fois au sein du groupe différencié qu'ils représentent par rapport aux territoires d'outre-mer, et comme départements français à part entière. En même temps que cette évolution, ils sont devenus les Départements et Régions d'Outre-Mer (DROM)⁶².

Les Collectivités d'Outre-mer (COM) ont été créées par l'article 74 de la Constitution⁶³. Certaines font, depuis, l'objet de dispositions spécifiques. Ainsi pour exemple, une loi organique vient préciser le statut et la compétence de la Polynésie française⁶⁴.

La loi Girardin cible expressément les terres d'outre-mer concernées par la défiscalisation. Pour en comprendre les raisons il n'est pas inutile de les situer géographiquement (§1) et économiquement (§2) de manière plus précise.

§1. La situation géographique des DROM-COM et autres terres d'outre-mer

Les terres d'outre-mer sont variées, non seulement par leur situation géographique puisqu'elles sont présentes au sein de nombreux océans, mais aussi, par leur appellation différenciée selon le statut juridico-administratif qui leur a été attribué :

⁶⁰ Loi n° 46-451 du 19 mars 1946 tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe, de la Martinique, de la Réunion et de la Guyane française.

⁶¹ Constitution du 27 octobre 1946, art. 73.

⁶² Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

⁶³ Constitution du 4 octobre 1958, [en vigueur au 29 mars 2003], art. 74.

⁶⁴ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

les départements et régions d'outre-mer (A.), les collectivités d'outre-mer (B.), et la Nouvelle Calédonie et les terres australes et antarctiques françaises (C.).

A. Les Départements et Régions d'Outre-mer (DROM)

Leur situation spéciale (art. 73 de la Constitution) permet que leur régime législatif et administratif puisse « faire l'objet de mesures d'adaptations nécessitées par leur situation particulière ». Par ailleurs, leur situation spécifique au sein de l'Union Européenne prévoit pour ce qui les concerne des dispositions particulières qui seront évoquées plus loin.

Depuis 2003, le statut des DOM a changé. Les DOM sont devenus des DROM. Ils sont au nombre de cinq.

La Martinique (1.128 km², 402.000 habitants en 2009) et la Guadeloupe (1.628 km², 396.000 habitants en 2017) sont des îles volcaniques, baignées à l'Ouest par la mer des Caraïbes et à l'Est par l'Océan Atlantique⁶⁵. Elles sont distantes de 7.000 km de Paris et de 500 km du continent américain.

La Guyane (84.000 km², 229.000 habitants en 2009) est située au Nord Est de l'Amérique du Sud et baignée par l'Océan Atlantique. La densité de sa population est d'un peu plus de 2,3 habitants au km² en 2009. Elle est le seul territoire continental ultramarin, mais reste très enclavée et isolée des lieux de production et de consommation importants dans sa zone géographique⁶⁶. Elle est distante de 7.000 km de la Métropole.

La Réunion (2.512 km², 852.924 habitants en 2016⁶⁷) et Mayotte (375 km², 256.500 habitants en 2017⁶⁸) sont situées dans l'Océan Indien, respectivement, à 10.000 km et

⁶⁵ Encyclopédie Universalis, V° « Martinique », V° « Guadeloupe », [en ligne], s.d., [consultés le 25 septembre 2019]. Disponibles aux adresses : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/martinique/> et <https://www.universalis.fr/encyclopedie/guadeloupe/>

⁶⁶ Encyclopédie Universalis, V° « Guyane », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/guyane/>

⁶⁷ INSEE. *Compareur de territoire. Département de la Réunion*, [en ligne], septembre 2019, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1405599?geo=DEP-974>

⁶⁸ INSEE. *A Mayotte, près d'un habitant sur deux est de nationalité étrangère*, [en ligne], février 2019, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://insee.fr/fr/statistiques/3713016>

8.000 km de Paris et constituent un trait d'union entre l'Europe et les pays de l'Océan Indien. Elles occupent une position stratégique dans les échanges économiques entre ces deux mondes⁶⁹. Mayotte est devenue un DOM en 2011⁷⁰.

B. Les Collectivités d'Outre-mer (COM)

La Polynésie Française située dans le Pacifique Sud à mi-chemin de l'Australie et la Californie est un archipel comprenant quelques 119 îles dont la plus importante est Tahiti. Les terres émergées représentent 3.500 km² pour 275.918 habitants en 2017⁷¹. La Polynésie française a son propre gouvernement.

Font partie des COM, Wallis et Futuna et Saint Pierre et Miquelon⁷².

L'année 2007 a été marquée par la création des deux nouvelles collectivités d'outre-mer de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy qui sont sorties ainsi du département de la Guadeloupe⁷³.

C. La Nouvelle-Calédonie, les Terres Australes et Antarctiques Françaises (TAAF)

La Nouvelle Calédonie (18.500 km², 280.000 habitants en 2018), la plus lointaine des îles françaises (16.000 km de la métropole) est située à égale distance (2.000 km) de

⁶⁹ Encyclopédie Universalis, V° « Ile de la Réunion », V° « Mayotte », [en ligne], s.d., [consultés le 25 septembre 2019]. Disponible aux adresses : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/ile-de-la-reunion> et <https://www.universalis.fr/encyclopedie/mayotte>

⁷⁰ « La consultation des électeurs de Mayotte le 29 mars 2009 se traduit par un résultat de 95,2% pour la création d'une collectivité unique de l'article 73 de la Constitution, exerçant les compétences d'un département et d'une région d'outre-mer. La loi organique du 4 août 2009 tire les conséquences de ce vote en prévoyant la transformation de la " collectivité départementale de Mayotte " en " Département de Mayotte ", à compter de mars 2011 ». Cf. MINISTÈRE DES OUTRE-MER, « Mayotte. Histoire », [en ligne], novembre 2016, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.outre-mer.gouv.fr/mayotte-histoire>

⁷¹ Encyclopédie Universalis, V° « Polynésie française », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : [<https://www.universalis.fr/encyclopedie/polynesie-francaise>] ; INSEE. *Polynésie française. Le ralentissement démographique se confirme. Les jeunes continuent à émigrer*, [en ligne], novembre 2018, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3651609>

⁷² *Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003*, art. 74. Cet article, qui était originellement consacré aux Territoires d'Outre-Mer (TOM), y a substitué cette catégorie nouvelle de COM, qui s'applique, dès lors, à la Polynésie française, aux îles Wallis-et-Futuna et aux ex-collectivités d'outre-mer à statut particulier, notamment Saint-Pierre-et-Miquelon.

⁷³ *Loi organique n°2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*.

l’Australie et de la Nouvelle Zélande⁷⁴. La Nouvelle Calédonie a son propre gouvernement.

Les TAAF sont constituées de : la Terre Adélie, les îles Éparses, Crozet, Kerguelen et Amsterdam Saint-Paul qui sont réparties dans l’hémisphère sud. Elles n’ont pas d’habitants permanents et, en conséquence, pas d’élus, mais représentent une surface de zone économique exclusive (ZEE)⁷⁵ de onze millions de km² qui permet à la France de se positionner, à ce titre, en seconde position, après les Etats unis⁷⁶.

Les cinq DROM seront ici traités. Par commodité, les termes « d’outre-mer », de terres ou territoires ultramarins, de terres d’outre-mer et DROM seront variablement utilisés à leur sujet.

Les autres collectivités, à statut particulier, hormis la COM de Saint-Martin, ne font pas partie de l’espace communautaire et sont régies par des statuts très spécifiques comme précédemment précisé.

§2. La situation économique des DROM

Les DROM disposent d’un système statistique développé, avec la possibilité d’élaborer des comptes économiques régionaux détaillés.

Les comptes définitifs sont généralement disponibles dans un délai de trois ans, mais des estimations des principaux agrégats sont élaborées dans l’année dans le cadre du partenariat, Comptes Economiques Rapides pour l’Outre-Mer (CEROM), qui associe, notamment, l’Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques (INSEE), l’Institut d’Emission des Départements d’Outre-Mer (IEDOM) et l’Agence Française de Développement (AFD). Cette collaboration a trois principaux objectifs : établir

⁷⁴ Encyclopédie Universalis, V° « Nouvelle-Calédonie », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l’adresse : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/nouvelle-caledonie/>

⁷⁵ Il s’agit d’une zone maritime, située entre les eaux territoriales et les eaux internationales, sur laquelle le ou les États riverains dispose(nt) de l’exclusivité d’exploitation des ressources qui sont situées dans ladite zone. Cf. Encyclopédie Universalis, V° « Droit de la mer », *spéc.* « Une zone de transition : la zone économique exclusive », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l’adresse : <https://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-de-la-mer/3-une-zone-de-transition-la-zone-economique-exclusive/>

⁷⁶ GEOCONFLUENCES, V° « Zone économique exclusive », [en ligne], mise à jour mars 2017, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l’adresse : <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/glossaire/zone-economique-exclusive-zee>

l'année en cours des données macroéconomiques sur l'année précédente à l'aide de modèles économiques, améliorer la méthodologie et la production statistique dans les économies ultramarines et ainsi procéder à des analyses des économies ultramarines sur diverses thématiques pour les publier^{77 78}. Ces données permettent de comprendre les motivations inhérentes à la défiscalisation et l'évolution de cette dernière.

L'éloignement vis-à-vis de la France hexagonale rend difficile l'intégration des économies ultramarines dans leur marché national, par ailleurs, leur degré d'insertion dans leurs espaces régionaux respectifs reste faible, pour des raisons à la fois historiques et géographiques.

Ainsi, un document de travail réalisé à partir de l'intervention de M. Jean-Michel Salmon, maître de conférence à l'université des Antilles et de la Guyane, à une conférence organisée par l'AFD indique :

« Les économies ultramarines ont par ailleurs évolué dans un environnement économique et social caractérisé par un relatif isolement par rapport à leur région géographique respective, concomitamment à une relation privilégiée avec la France métropolitaine sur le double plan du commerce extérieur et d'une forte dépendance vis-à-vis des finances publiques nationales. Ce contexte les a conduits à un mode de développement généralement considéré comme introverti, relativement différent de celui habituellement suivi par les petits Etats insulaires⁷⁹ ».

Les économies des DROM, certes isolées, le sont néanmoins dans un environnement protecteur et donc sont stables, diversifiées et introverties. Elles se distinguent ainsi des petites économies, en général, caractérisées par une vulnérabilité aux chocs externes, une spécialisation et une ouverture importante, vis-à-vis de l'extérieur.

⁷⁷ ASSOCIATION CEROM. « Projet CEROM », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.cerom-outremer.fr/cerom/presentation/le-projet-cerom.html>

⁷⁸ Comme leur nom l'indique, les chiffres publiés par les comptes rapides sont des premières estimations. Ces dernières peuvent donc faire l'objet de révision.

⁷⁹ AGENCE FRANÇAISE POUR LE DEVELOPPEMENT. « Document de travail n°53 : Pourquoi s'ouvrir ? Contraintes et perspectives pour les économies ultramarines », présenté par M. Jean-Michel SALMON, novembre 2007, p. 8.

En dépit de progrès économiques et sociaux indéniables sur les dernières décennies, le choix de développement des DROM s'est fondé sur la tertiairisation, mais il reste d'importants défis à relever : fort chômage, inégalités sociales...

Une étude de la situation économique avant la loi Girardin sera effectuée afin de comprendre quel contexte a prévalu à sa mise en place (A.), puis une autre sera présentée pour la période postérieure à ladite loi pour mieux appréhender la situation économique qui a suivi et la nécessité de mesures sur du long terme (B.).

A. Avant la loi dite Girardin

La plupart des données qui portent sur la période 1993-2001 donnent une information économique cohérente et détaillée pour les trois départements que sont la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion (Mayotte n'ayant alors pas encore le statut de DROM). La Guyane ne fait pas partie de l'analyse, car la comptabilisation délicate de l'activité spatiale qu'il conviendrait d'opérer est trop complexe. Il résulte globalement que l'économie des DROM est marquée par ses déséquilibres : déséquilibre humain car les taux de chômage et de Rmistes sont les plus élevés du territoire français, déséquilibres financiers du fait de soldes commerciaux et des administrations publiques très négatifs, déséquilibre structurel compte tenu du poids important des activités non marchandes dans l'activité économique.

Cependant, tout en antagonisme, pour la période 1993-2001, les DOM affichent une très bonne croissance et un dynamisme économique quelle que soit la variable analysée. Ainsi leur taux de création d'entreprises est des plus élevé. Pour exemple, la Réunion présente une croissance de l'emploi marchand de 2,7% par an en moyenne sur 1993-2003, donc plus rapide que celle du territoire français qui affiche dans son ensemble une moyenne par an sur la même période de 1,2%. La Martinique et la Guadeloupe se situent dans cette moyenne des régions françaises⁸⁰.

⁸⁰ AGENCE FRANÇAISE POUR LE DEVELOPPEMENT. « Les DOM : fausses idées et vrais problèmes », *La lettre des économistes de l'AFD*, n°12, mars 2006, p. 2.

Par ailleurs, relativement aux contextes national et régional, les départements d'outre-mer constituent des zones de prix à la consommation élevés et de hauts salaires⁸¹. Pour limiter les effets de ceux-ci, des mesures d'allègement de charges sociales et d'incitations fiscales à l'investissement ont été mis en place.

Néanmoins, la compétitivité des trois DOM est faible : leur taux d'exportation s'est situé régulièrement dans cette période entre 7% et 10% du PIB⁸². Alors que comme mentionné précédemment, le dynamisme des petites économies est réputé résulter d'échanges conséquents avec l'extérieur, il résulte que la croissance dans les DROM ne peut être imputée au développement des exportations, mais est souvent vue comme un résultat suivant une évolution des transferts publics qui leur sont attribués en provenance de la Métropole.

Il n'est cependant pas possible de résumer la dynamique économique des DROM à la croissance du volume du transfert public, même s'il constitue le support d'une partie très importante de ces économies, comme nous le verrons plus bas. Ainsi, la diminution lente, mais régulière, du rapport entre importation et richesse locale créée indique qu'un des moteurs de la croissance des DROM réside dans leur marché intérieur, malgré la taille réduite de ce dernier, « le ratio importations sur PIB a diminué entre 1993 et 2001 pour tous les DROM. Il s'établit pour les trois DOM réunis à 33,4% en 2001 contre 35,4% en 1993 ; il était proche de 50% au début des années 1980⁸³ ». L'augmentation des salaires a été très rapide dans les économies domiennes notamment du fait qu'au milieu des années 1990, le salaire minimum a été aligné sur le SMIC métropolitain. Entre 1993 et 2002, la masse salariale, nette des cotisations, distribuée par les sociétés non financières des DROM a progressé en

⁸¹ Une enquête de comparaison des niveaux de prix menée en 1992 par l'INSEE aboutissait à des prix à la consommation en moyenne plus élevés de 5% à 16% dans les trois DOM que dans la région parisienne. Cf. INSEE. *Comparaison des prix entre les DOM et la Métropole*, INSEE Première, [en ligne], n°251, mars 1993, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.epsilon.insee.fr/jspui/bitstream/1/9895/1/ip251.pdf>

⁸² BANQUE DE FRANCE. « Les évolutions comparées des prix à la consommation dans les DOM et en métropole », *Bulletin de la Banque de France*, Juillet 2006, n°151, p. 38.

⁸³ AGENCE FRANÇAISE DU DEVELOPPEMENT. « Les DOM : fausses idées et vrais problèmes », *La lettre des économistes de l'AFD*, n°12, mars 2006, p. 3.

moyenne de 8,1% par an⁸⁴. Outre une progression des dépenses sociales, cela a abouti à une progression moyenne du niveau de vie de plus de 25% pour les domiens contre 11% en métropole⁸⁵. Tout cela a contribué à une croissance de la demande. Dans le même temps, des incitations fiscales ont favorisé l'investissement, principalement privé. Ces investissements ont permis des gains de productivité qui, associés à des allègements de charges, ont permis aux entreprises de compenser la hausse de la masse salariale distribuée.⁸⁶ Ce processus de croissance à partir du marché intérieur, original pour de petites économies, présente le paradoxe d'une modernisation sans amélioration marquée de compétitivité. Ces progrès de productivité sur le marché intérieur sans gains de parts de marché externes trouvent toutefois leurs limites dans un impact modéré sur l'emploi dans un contexte de forte contrainte démographique. Les taux de chômage et de Rmistes (à l'époque) des DROM sont les plus élevés du territoire français.

Ainsi ces économies des DROM, isolées dans un environnement protecteur et introverties, sont soumises à un transfert public et d'investissements privés par le biais d'incitation fiscale, notamment, indispensables à la perpétuation du processus. Les évolutions domiennes ne peuvent pas être déconnectés de la situation particulière dans laquelle les DROM se trouvent et notamment de la politique de rattrapage dont ils bénéficient et qu'ils expérimentent depuis près de 50 ans. Cette politique s'axe autour de deux points, qui se sont traduits par une augmentation progressive des montants de dépenses publiques. D'un côté, il s'agissait d'assurer dans ces régions l'application du principe de l'égalité républicaine (accès aux services publics, etc.). D'un autre côté, reconnaissant les handicaps spécifiques des DROM (insularité, éloignement...), cette politique visait à leur assurer les conditions d'un développement économique identique à celles de régions métropolitaines, notamment,

⁸⁴ *Ibid.*, p. 4.

⁸⁵ BANQUE DE FRANCE. « Les évolutions comparées des prix à la consommation dans les DOM et en métropole », *Bulletin de la Banque de France*, juillet 2006, n°151, p. 39.

⁸⁶ Par exemple, les gains de productivité à la Réunion ont été estimés à 3,2% par an en moyenne dans les années 1990 sur le secteur marchand, soit le double du niveau moyen français. Cf. Comptes économiques rapides pour l'Outre-mer, *Une double transition presque réussie : chômage, productivité et politique d'emploi à la Réunion*, octobre 2004.

en appliquant des mesures de réduction du coût du capital (défiscalisation des investissements) et du travail (réduction des charges sociales) allant bien au-delà de celles appliquées en métropole⁸⁷.

Cette politique de rattrapage s'est intensifiée à la fin des années 1980 et durant les années 1990. Elle a contribué à modeler les évolutions de ces économies domiennes à court et long termes. Ce qui est particulier, c'est que ce rattrapage s'est opéré dans un contexte de diminution des transferts publics en part du PIB des DROM, jusqu'en 1998, puis de stabilité. Cependant, ces transferts ont soutenu les revenus et les politiques d'incitation fiscale ont favorisé l'investissement, notamment privé.

En effet, à la fin des années 1980, la reprise de la croissance, en métropole, a trouvé sa principale origine dans les effets provoqués par le contre-choc pétrolier de 1986 (baisse du prix du pétrole et du prix du dollar) et qui ont été accompagnés par des politiques budgétaires moins contraignantes (notamment des programmes d'allègements fiscaux relativement massifs) mises en place en début de décennie. La métropole connaît une reprise relativement forte des investissements impulsée par la demande et, *in fine*, de la croissance. Mais, pour des raisons différentes, l'investissement et la croissance s'accélérent également dans les DROM au cours de cette période, en effet, tout cela est le résultat de la politique de défiscalisation mise en œuvre par la loi « Pons » en 1986⁸⁸, ce programme produit des effets spectaculaires dès 1987. Ainsi, le taux d'investissement des sociétés ne cesse de progresser au cours de ces années pour culminer, par exemple à 18 % à la Réunion en 1988⁸⁹.

Au début des années 1990, un ralentissement de l'activité économique dans les DROM s'installe, dû vraisemblablement à une modification du contexte économique

⁸⁷ AGENCE FRANÇAISE POUR LE DEVELOPPEMENT. « Les DOM : fausses idées et vrais problèmes », *La lettre des économistes de l'AFD*, n°12, mars 2006, p. 7.

⁸⁸ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 1. Section 2. §3. B.

⁸⁹ AGENCE FRANÇAISE POUR LE DEVELOPPEMENT. « Les DOM : fausses idées et vrais problèmes », *op. cit.*, p. 8. : « Les politiques incitatives à l'investissement ne datent pas de la loi " Pons ". Par rapport aux précédentes, cette loi rajoute un élément de taille. Elle autorise des réductions d'impôts sur le revenu pour tout investissement entrepris dans les DOM, l'objectif étant d'attirer l'épargne métropolitaine dans les DOM ».

européen⁹⁰, cumulée à une politique de rattrapage menée de façon irrégulière. La croissance de l'investissement est ralentie à la fois par les amendements subis par la Loi Pons (instauration de la commission d'agrément en 1992 et réduction de la déduction fiscale⁹¹) et une diminution importante de l'investissement public dès le début des années 1990. A la Réunion par exemple, dans un contexte de décentralisation, les crédits affectés aux constructions et travaux publics, diminuent globalement de 40% entre 1991 et 1994⁹².

Sur la période 1990-1999, la conjonction d'une augmentation du PIB, selon les départements, de 3,1 à 4,4% par an sur la période contre 2,4% en métropole⁹³, et d'une intensification de la politique de parité sociale (alignement du RMI en 1996⁹⁴, etc.) a permis au revenu disponible par habitant des DROM de rattraper celui de la métropole⁹⁵ et à de nombreux ménages de sortir de la pauvreté et ainsi d'enclencher un rattrapage social qui va permettre d'aboutir, vers la fin de la décennie, à la création d'un véritable marché interne.

La politique de rattrapage a ainsi permis aux départements d'outre-mer de moderniser leur économie et de créer une véritable dynamique de croissance interne. Il reste qu'à ce moment, la conjoncture des DROM doit s'autonomiser davantage par rapport à celle de la métropole.

B. Depuis la loi dite Girardin

Afin de pouvoir apprécier les changements existants, l'évolution économique des DROM, depuis l'entrée en vigueur de la loi dite « Girardin Industriel » en 2003, sera abordée sur deux des mêmes thématiques que la période qui a précédé et qui semblent

⁹⁰ A la suite de la réunification allemande et de l'envolée des taux d'intérêt qui en a résulté.

⁹¹ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 1. Section 2. §3. B.

⁹² AGENCE FRANÇAISE POUR LE DEVELOPPEMENT. « Les DOM : fausses idées et vrais problèmes », *op.cit.*, p. 9.

⁹³ ONPES. « Le marché du travail dans les DOM : un chômage encore élevé malgré une forte croissance économique », *Les Travaux de l'Observatoire*, 2005-2006, p. 418.

⁹⁴ BANQUE DE FRANCE. « Les évolutions comparées des prix à la consommation dans les DOM et en métropole », *Bulletin de la Banque de France*, juillet 2006, n°151, p. 39.

⁹⁵ Par exemple, à la Réunion, il est passé de 57,4% à 65,2% de la moyenne métropolitaine sur la même période. Cf. AGENCE FRANÇAISE POUR LE DEVELOPPEMENT. « Les DOM : fausses idées et vrais problèmes », *op. cit.*, p. 1.

les plus caractéristiques, c'est-à-dire le marché du travail (I.) et l'activité économique (II.).

I. Le marché du travail

Un manque d'activité économique dans les DROM se répercute sur l'emploi. En effet, les DROM doivent faire face à une situation de chômage chronique qui accentue la précarité générale et fragilise une part importante de leur population. Le manque de qualification de la population active est également à souligner, puisqu'il joue un rôle fondamental dans le faible emploi.

Le document publié par l'INSEE Antilles Guyane, « Les inégalités aux Antilles Guyane : dix ans d'évolution », souligne que, de 1995 à 2006 dans les trois départements d'outre-mer : Guadeloupe, Martinique et Guyane, le marché de l'emploi s'est développé surtout sous sa forme la plus précaire (emplois aidés, contrats à durée déterminée, ou à temps partiel, stagiaires, intérimaires et apprentis) et que cette situation explique en partie l'augmentation de la pauvreté dans ces régions françaises⁹⁶.

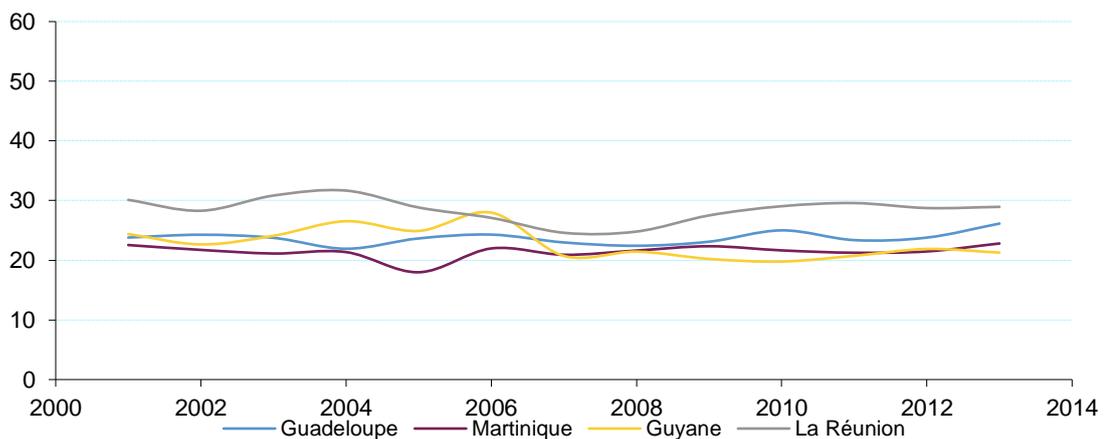
Jusqu'en 2014, une enquête de l'INSEE se déroulait dans les quatre départements d'outre-mer (Martinique, Guadeloupe, Guyane et Réunion), chaque année, au même moment et sur une période de 13 semaines, d'avril à juin, dont le rapport était rendu en mars de l'année suivante. Depuis 2014, le taux de chômage dans les DROM est évalué comme en métropole, au sens du Bureau International du Travail (BIT)⁹⁷, à savoir tout au long de l'année et non plus uniquement sur le second trimestre comme c'était le cas jusqu'à fin 2013. Toutes les données antérieures à 2014 ne peuvent donc pas être comparées avec celles qui sont postérieures, en raison des changements de méthode.

⁹⁶ INSEE. *Les inégalités aux Antilles Guyane : dix ans d'évolution*, INSEE Antilles Guyane, mai 2009, p. 9.

⁹⁷ INSEE. *Le chômage à un niveau historiquement bas. Enquête emploi en continu 2015*, INSEE Flash Réunion n°61, avril 2016, p. 2. : « Un chômeur au sens du Bureau international du travail (BIT) est une personne en âge de travailler (conventionnellement 15 ans ou plus) qui n'a pas travaillé, ne serait-ce qu'une heure, au cours de la semaine de référence, est disponible pour travailler dans les deux semaines et a entrepris des démarches actives de recherche d'emploi dans le mois précédent, ou a trouvé un emploi qui commence dans les 3 mois. Le taux de chômage est le rapport entre le nombre de chômeurs et le nombre de personnes actives (en emploi ou au chômage) parmi les personnes âgées de 15 ans ou plus ».

Cependant, de 2001 à 2013, à la Réunion et en Martinique, le taux de chômage n'a pas beaucoup évolué. En Guyane, il a augmenté jusqu'en 2006, puis a baissé de façon importante en 2007 (-7 points) pour se stabiliser autour de 21%. Pour cette même période, en Guadeloupe, le taux de chômage a peu augmenté (+2,3 points)⁹⁸.

Taux de chômage dans les DROM entre 2001 et 2013 (en %)⁹⁹



En 2015, le taux de chômage des régions ultramarines, au sens du BIT, équivalait à plus du double de la moyenne métropolitaine. A l'exception de la Martinique, il dépassait le seuil des 20%, atteignant même 24,6% à La Réunion.¹⁰⁰ Cependant, la situation de l'emploi s'est légèrement stabilisée sans que ne se confirme une véritable tendance au redressement.

Ces niveaux très importants de chômage sont également liés à la situation économique de ces régions, à leur isolement et à la surreprésentation des jeunes, peu qualifiés, qui ne trouvent pas d'emploi.

⁹⁸ INSEE. *Dans les DOM, l'activité et l'emploi stagne depuis dix ans*, INSEE Analyses, Martinique, n°4, avril 2015, p. 2.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ INSEE. *Une photographie du marché du travail en 2015*, INSEE Première, n°1602, juin 2016, p.4.

II. *L'activité économique*

L'activité économique des DROM se révèle essentiellement au travers de la consommation locale (a.), mais aussi du commerce extérieur (b.) et de tendances d'évolutions sectorielles (c.).

a. *La consommation*

La consommation résulte principalement des prix qui sont pratiqués (1.) et de la demande intérieure tant au niveau des ménages que des entreprises (2.)

1. *Les prix*

Les données de l'INSEE montrent que l'inflation est généralement plus importante dans les DROM qu'en métropole.

De 2008 à 2011, le rythme de croissance des prix a été supérieur dans les DROM cependant avec quelques exceptions et des écarts importants entre DROM. En 2008 par exemple, si la croissance des prix s'est accélérée dans l'ensemble des DROM, la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane et la Réunion ont affiché respectivement 2,24%, 2,76%, 3,53% et 2,93%, c'était également le cas au niveau national 2,83% : l'inflation était donc inférieure au niveau national, en Guadeloupe, et très proche de ce niveau en Martinique et à La Réunion¹⁰¹. La problématique des prix a été au cœur du conflit qui a paralysé les départements antillais au début de l'année 2009. Les plateformes de revendications des collectifs, qui ont été à l'origine de la grève générale, ont donné une place centrale dans leurs revendications à la thématique du coût de la vie et du pouvoir d'achat.

Six ans plus tard, en mars 2015, le niveau général des prix à la consommation reste plus élevé dans les départements d'outre-mer qu'en France métropolitaine. Par exemple, il est supérieur de 12,5% en Guadeloupe, 12,3% en Martinique, 11,6% en Guyane, et 7,1% à La Réunion. Ces écarts prennent en compte les différences de

¹⁰¹ IEDOM. *Martinique. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, p. 51, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_martinique-2.pdf

mode de vie des ménages selon les territoires¹⁰². Il ressort que si tous les ménages domiens consommaient le panier de biens et services moyen d'un ménage métropolitain, les écarts de prix seraient encore plus importants, mais qu'ils ne feraient qu'une économie limitée en payant leur panier habituel aux prix métropolitains. Globalement, les écarts de prix s'expliquent par la cherté des produits alimentaires outre-mer.

2. *La demande intérieure*

Dans l'ensemble, les territoires ultramarins se distinguent par une activité économique nettement plus faible qu'en métropole. Malgré un certain rattrapage observé dans les années 1990-2003¹⁰³, l'écart affiché reste significatif, (i) notamment sur la consommation des ménages, (ii) mais aussi, sur l'investissement des entreprises.

La consommation des ménages

L'augmentation des revenus observée entre 2001 et 2006 aux Antilles et en Guyane n'a pas permis la réduction des inégalités, bien au contraire, selon les chiffres, ci-après, publiés par l'INSEE Antilles Guyane¹⁰⁴. La Guadeloupe, la Martinique et la Guyane ont ainsi connu une hausse du taux des ménages à bas revenus entre 2001 et 2006, qui avait pourtant diminué entre 1995 et 2001. Ce taux est passé de 13,5 à 18% en Guadeloupe entre 2001 et 2006, de 15 à 20% en Martinique et de 25 à 26,5% en Guyane. En France métropolitaine, ce taux est inférieur (13%)¹⁰⁵. A l'opposé, l'augmentation des richesses a profité aux catégories les plus aisées. En Martinique

¹⁰² INSEE. *En 2015, les prix dans les DOM restent plus élevés qu'en métropole*, INSEE Première, Avril 2016, n°1589, p. 1 : « Chaque écart est une mesure synthétique des différences de prix entre la France métropolitaine et un DOM. Il tient compte des habitudes de consommation des ménages des deux territoires comparés ». Exemple de la Martinique : en 2015, « en prenant comme référence le panier de consommation des ménages de métropole, les prix en Martinique étaient en moyenne supérieurs de 17,1% à ceux de métropole. En prenant comme référence le panier martiniquais, les prix en métropole étaient inférieurs de 7,1% à ceux en Martinique. L'écart de prix de Fisher, moyenne géométrique des deux écarts, tient compte de l'adaptation des habitudes de consommation des ménages qui changeraient de territoires. Cet écart montre que les prix sont globalement supérieurs de 12,3% en Martinique par rapport à ceux en métropole ».

¹⁰³ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 1. Section 1. §2. A.

¹⁰⁴ INSEE. *Les inégalités aux Antilles Guyane : dix ans d'évolution*, INSEE Antilles Guyane, mai 2009.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 3.

par exemple, ce sont les 20% des ménages les plus riches qui ont récolté les fruits de cette amélioration¹⁰⁶.

En 2007, la consommation des ménages est forte à la Réunion, à Mayotte et à la Guadeloupe. Par exemple, ces trois DROM ont vu leurs ventes de véhicules de tourisme augmenter respectivement de 2,7%, 21,6%, 14,5%, en 2007, et leurs importations de produits courants bien progresser avec une moyenne générale d'environ 8,3% (exception faite de la Guadeloupe qui a marqué un léger recul dans ce domaine -0,8%). Le bilan est plus mitigé pour la Martinique et la Guyane. Si l'on compare les chiffres avec les exemples précédents, pour la Martinique, la consommation de biens courants a très légèrement progressé (1,9%), mais la vente de véhicule est en net recul (10,7%) et pour la Guyane, les deux domaines affichent une chute : de 11,3% pour les produits de consommation courante et de 2,9% pour l'automobile¹⁰⁷.

En 2008, la consommation des ménages est morose sur la Guadeloupe, les importations de biens de consommation et les immatriculations de véhicules de tourisme neufs reculent respectivement de 3% et de 7,6% par rapport à 2007¹⁰⁸, de même qu'à la Réunion qui connaît notamment un repli des immatriculations de voitures particulières de 6,3% sur un an¹⁰⁹. Après une année 2007 difficile, caractérisée par un taux de croissance du PIB faible (+ 0,9%), l'activité économique de la Martinique reste mitigée en 2008 et marque un fléchissement en fin d'année. Cependant les importations de biens de consommation et de produits de l'industrie automobile augmentent respectivement de 2,2% et de 10,6% par rapport à 2007¹¹⁰. La

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰⁷ IEDOM. *Rapport annuel 2007*, [en ligne], édition 2008, p. 17, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2007_iedom.pdf

¹⁰⁸ IEDOM. *Guadeloupe. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, pp. 10 et 144, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_guadeloupe.pdf

¹⁰⁹ IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, p. 153, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_reunion.pdf

¹¹⁰ IEDOM. *Martinique. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, p. 54, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_martinique-2.pdf

Guyane a un niveau de consommation des ménages contenu, compte tenu d'une forte inflation¹¹¹, alors que Mayotte, malgré l'inflation, connaît une forte progression¹¹².

Mais, globalement, début 2009, une baisse générale de l'activité affecte l'ensemble des DROM qui ont été largement touchés par la crise sociale, la consommation des ménages a brutalement chuté¹¹³.

En termes de PIB par habitant, les DROM présentent des valeurs allant de 25% (Mayotte) à 70% (Martinique) de la moyenne métropolitaine en 2013. Même comparés à la région la plus pauvre de l'Hexagone, les Hauts-de-France, ces cinq territoires affichent un retard important¹¹⁴.

Globalement, il existe une étroitesse des marchés intérieurs des DROM qui emporte des conséquences importantes sur l'organisation de la production. Ce facteur limite les économies d'échelle, tout en créant une inadéquation avec la capacité minimale des outils de production importés. Il existe, en conséquence, une tendance au surdimensionnement des équipements productifs, ce qui constitue un surcoût de production non négligeable.

L'investissement des entreprises

Dans la continuité de 2006 et 2007, l'investissement des entreprises s'est maintenu en 2008 dans l'ensemble des territoires, avec une légère atténuation à la Réunion, où l'effort semble avoir été un peu moins soutenu.

Début 2009, les investissements des entreprises sont peu dynamiques et ont même brutalement chuté sur la Guadeloupe et la Martinique touchés eux aussi par la crise sociale.

¹¹¹ IEDOM. *Guyane. Rapport annuel 2009*, [en ligne], édition 2010, p. 28, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2009_guyane-.pdf

¹¹² IEDOM. *Mayotte. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, p. 26, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_mayotte.pdf

¹¹³ IEDOM. *Martinique. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, p. 200, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_martinique-2.pdf

¹¹⁴ M. Louis LENGREND et associés. *Evaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer*. Rapport intermédiaire. Etat des lieux, avril 2017, p.8.

Globalement, de façon habituelle et constante, l'éloignement géographique constitue une contrainte importante en matière d'échanges et d'approvisionnement. Les entreprises ultramarines doivent supporter divers surcoûts qui affectent leur capacité d'investissement. Tout d'abord, il existe les coûts de transport et des délais d'acheminement bien plus longs que ceux des entreprises situées en métropole. L'achat de matières premières, de marchandises, de biens d'équipement, notamment, en provenance de l'Europe est ainsi plus coûteux pour les entreprises domiennes, notamment pour des activités primordiales comme celles des boulangeries, mais aussi dans la plupart des activités de commerce¹¹⁵. Puis, « sur-stocker » est une obligation afin de tenter de s'affranchir des longs délais d'approvisionnement sus mentionnés. Mais cela nécessite, d'une part, la mobilisation d'un fonds de roulement plus conséquent¹¹⁶, pour cela les entreprises ultramarines doivent immobiliser des masses financières plus importantes soit issues de leur trésorerie, soit par voie d'emprunts alors qu'elles pourraient les utiliser à d'autres fins. D'autre part, le « sur-stockage » accroît le besoin d'espaces pour ce faire, les entreprises doivent donc investir dans ceux-ci. Or, l'exiguïté des territoires insulaires est à l'origine d'un coût foncier élevé (par exemple pour les espaces de stockage) qui se répercute également en surcharge pour les investissements des entreprises d'outre-mer. Là encore, les fonds investis pourraient être mobilisés pour répondre à d'autres besoins (augmentation de la productivité ...).

Par ailleurs, le paiement des dettes fournisseurs est plus court, cela crée une pression supplémentaire sur la trésorerie et affecte, également, la capacité d'investissement des entreprises ultramarines.

Le climat tropical (avec notamment ses cyclones) et les aléas sismiques contribuent également à alourdir les coûts des investissements, et donc de production, supportés par les entreprises domiennes. Cette exposition entraîne d'importants surcoûts liés à la durée de vie des équipements écourtée, à leur maintenance plus coûteuse.

¹¹⁵ INSEE. *Une analyse comparative des entreprises des DOM et de la métropole*, INSEE. *Economie et statistique*, n°462-463, 2013, p. 112 : « le poids des consommations intermédiaires dans le chiffre d'affaires est supérieur (...) de 15 points pour les boulangeries ».

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 113.

Toutefois, il est difficile d'en évaluer les montants du fait des mesures de défiscalisation dans les investissements productifs des entreprises qui sont beaucoup externalisés au travers de sociétés de portage et ne sont donc pas retracés dans les comptes des entreprises exploitantes concernées.

b. Le commerce extérieur

L'économie marchande dans les DROM est essentiellement une activité de services, ce qui explique le faible niveau des exportations de biens. En outre, la majorité des économies insulaires a largement recours aux importations pour ses approvisionnements en biens et en matières premières. Il résulte que la balance commerciale des DROM est structurellement déficitaire. De manière générale, depuis plusieurs années, la compétitivité des DROM s'est dégradée dans les filières dites traditionnelles (secteur primaire notamment). Cette baisse de compétitivité n'a pas été compensée par l'essor de nouvelles filières exportatrices : outre l'arrêt des exportations des bananes martiniquaises et la campagne sucrière catastrophique à la Réunion, on pourra citer l'exemple de l'ylang-ylang de Mayotte, dont les volumes exportés ont diminué de moitié sur un an à fin mars 2009.

Les conflits sociaux de début 2009 qui ont touché les DROM et ont notamment paralysé l'économie des îles pendant plus de cinq semaines ont fait persister cette tendance. Pour exemple à la Réunion, en 2013, le déficit de la balance commerciale sur les échanges de biens s'est réduit de 191 millions d'euros pour s'établir à 4,2 milliards d'euros¹¹⁷, puis en 2014, il s'est dégradé de 225 millions d'euros pour s'établir à 4,4 milliards d'euros¹¹⁸, pour se stabiliser à ce niveau en 2015¹¹⁹, puis de

¹¹⁷ IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2013*, [en ligne], édition 2014, p. 50, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2013_la_reunion_avec_liens_sommaire.pdf

¹¹⁸ IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2014*, [en ligne], édition 2015, p. 45, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2014_la_reunion.pdf

¹¹⁹ IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2015*, [en ligne], édition 2016, p. 43, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra_2015_iedom_reu_.pdf

nouveau se dégrader en 2016 atteignant 5,4 milliards d'euros¹²⁰ et encore en 2017 de 12% par rapport à 2016¹²¹.

En 2012, la France métropolitaine reste de très loin le principal fournisseur de l'île, avec 2,6 milliards d'euros de produits acheminés jusqu'à La Réunion, soit 57,2% du total importé¹²².

La balance commerciale très largement déficitaire renforce la dépendance des régions ultramarines aux transferts financiers provenant de la métropole.

c. Les tendances sectorielles

Le tissu industriel des économies ultramarines est faiblement diversifié, cela résulte du mode de production colonial mono exportateur et du régime d'exclusivité commerciale vis-à-vis de la France hexagonale. Les régions ultramarines sont donc vulnérables et surexposées aux chocs externes.

Un effort notable a été entrepris durant les dernières décennies en matière d'industrialisation – en particulier dans le secteur de l'agroalimentaire. Ainsi, pour exemple, en 2014, le secteur de l'industrie agroalimentaire reste le premier secteur de l'industrie martiniquaise et réalise 95% du chiffre d'affaires du secteur agro-alimentaire global, il s'appuie essentiellement sur la filière canne-sucre-rhum. Le Rhum permet le maintien de la deuxième production agricole de l'île (canne à sucre) qui occupe 17% de la surface agricole utile en 2015, contribue au tourisme avec les visites des distilleries, véhicule l'image de la Martinique à travers le monde (étant précisé que 83% de la production est exportée vers la métropole). Le sucre est écoulé localement¹²³. Toutefois cette réussite reste à nuancer compte tenu que la Martinique a bénéficié du soutien de l'Union européenne *via*, notamment, des quotas de

¹²⁰ IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2016*, [en ligne], édition 2017, p. 42, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2016_la_re_union.pdf .

¹²¹ IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2017*, [en ligne], édition 2018, p. 49, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2016_la_re_union.pdf

¹²² IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2013*, [en ligne], édition 2014, p. 51, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2013_la_reunion_avec_liens_sommaire.pdf

¹²³ MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORET. « Panorama des industries agroalimentaires 2016. Fiche régionale Martinique », [en ligne], 2016, p. 5, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://daaf.martinique.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/Panorama_IAA_2016_-_Region_MARTINIQUE_cle047167.pdf

production et un régime de prix garanti qui ont existé jusqu'en 2006¹²⁴. Un abaissement progressif de ceux-ci a ensuite été fixé pour une fin programmée au 1er octobre 2017¹²⁵. Or, il apparaît que le premier bilan, un an après, ne soit pas des plus favorables, notamment en raison d'un effondrement du cours du sucre¹²⁶.

Malgré cet effort, il ne reste pas moins que le secteur producteur de biens échangeables reste très fortement concentré. La structure des économies dominiennes persiste à se caractériser par la prépondérance des services – marchands (qui comprennent notamment l'économie numérique, les transports, le tourisme, les services à la personne et aux entreprises) et non marchands (santé, éducation, action sociale). Ainsi pour exemple, à la Réunion, les services marchands (y compris commerce) constituent le premier secteur avec près de la moitié de la valeur ajoutée totale du département en 2009 et en 2010. Les services non marchands apparaissent au deuxième rang de cette valeur ajoutée totale, alors qu'ils constituaient la première source de création de richesse jusqu'en 2000. Autre exemple, en 2014, hors secteur agricole, 34.946 entreprises sont recensées par l'INSEE comme composant le tissu productif martiniquais et se répartissent à hauteur de 64,9% sur les services marchands, de 12,3% sur les services non marchands et de 22,7% sur le secteur secondaire¹²⁷.

En passant de 668 M€ à 877 M€ (+ 31,3%), entre 2007 et 2013, la valeur ajoutée du secteur agricole a connu une augmentation très significative dans les DOM¹²⁸. Les productions de sucre, rhums et bananes (traditionnelles aux Antilles et à la Réunion) ont atteint un niveau de restructuration qui en fait des productions rentables dans le cadre des dispositifs communautaires existants. Ces productions ont, par ailleurs, une

¹²⁴ Règlement CE n° 2038/1999 du Conseil du 13 septembre 1999 portant organisation commune des marchés dans le secteur du sucre.

¹²⁵ Règlement CE n° 318/2006 du Conseil du 20 février 2006 portant organisation commune des marchés dans le secteur du sucre.

¹²⁶ Marie-Josée COUGARD, « Sucre : le triste bilan de la fin des quotas européens », *Les Echos*, [en ligne], 30 septembre 2018, [Consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/conso-distribution/sucre-le-triste-bilan-de-la-fin-des-quotas-europeens-140391>

¹²⁷ IEDOM. *Martinique. Rapport annuel 2015*, [en ligne], édition 2016, p. 62, [consulté le 29 septembre 2019], Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra_2015_iedom_mar_.pdf

¹²⁸ FEDOM. *Réussir l'égalité économique réelle : projet de Développement Economique des DOM, voies et moyens*, [en ligne], mars 2016, p. 22, [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.fedom.org/wp-content/uploads/2016/03/DOCUMENT-SÉMINAIRE-ANTILLES-actualisé-au-18-mars.pdf>

forte valeur ajoutée en termes d'emplois (Banane : un emploi par hectare), de développement durable, d'occupation et d'entretien des espaces naturels. Mais, ces productions restent menacées, notamment le sucre à l'horizon 2017, par des politiques européennes et des accords économiques internationaux mal négociés et inadaptés (cas des Accords de Partenariats Européens APE), car « prônant un libre-échange sans limite » qui « aboutit à négliger toute évaluation prospective et toute étude d'impact des accords commerciaux de l'Union européenne et, en conséquence, à concéder des avantages douaniers excessifs aux pays tiers au préjudice de nos outre-mer » et « entre ainsi en conflit avec les orientations de ses [Union européenne] politiques agricole et régionale, qui visent à soutenir le développement endogène des RUP en encourageant la modernisation de sa production. »¹²⁹.

La réindustrialisation des DROM constitue une impérieuse nécessité, bien que la valeur ajoutée de l'industrie ait augmenté dans les DROM de façon plus importante qu'en métropole entre 2000 et 2013 (+34,6% contre + 6,9%)¹³⁰. En effet, la productivité est traditionnellement plus élevée et augmente plus vite dans l'industrie que dans le reste de l'économie : si un pays/une région parvient à accroître le poids de son industrie, il va donc bénéficier d'un supplément de gains de productions de valeur ajoutée et donc d'emplois durables.

Au niveau sectoriel, le BTP a été un moteur de l'activité dans les DROM jusqu'à fin 2008 (excepté à la Martinique, où l'activité s'est montrée moins dynamique, particulièrement en 2008 et à la Réunion du fait de l'annulation ou du report de chantiers public d'envergure suite à des élections municipales¹³¹). Début 2009, il affiche des résultats très médiocres en Guadeloupe et en Martinique, pénalisés par les

¹²⁹ SENAT. Délégation sénatoriale à l'outre-mer. *Rapport d'information n°247 sur le « sucre des régions ultrapériphériques en danger : sauver une filière vitale des méfaits d'une politique commerciale dogmatique », présenté par Mme Gisèle JOURDA et M. Michel MAGRAS*, 10 décembre 2015, pp.6 et 21.

¹³⁰ FEDOM. *Réussir l'égalité économique réelle : projet de Développement Economique des DOM, voies et moyens, op. cit.* Disponible à l'adresse : <http://www.fedom.org/wp-content/uploads/2016/03/DOCUMENT-SÉMINAIRE-ANTILLES-actualisé-au-18-mars.pdf>

¹³¹ IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, p. 93, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_reunion.pdf

mouvements de grèves¹³², et à la Réunion, des chantiers d'envergure s'étant terminés et les chantiers sus mentionnés n'ayant toujours pas été programmés¹³³. La Guyane tire son épingle du jeu, le BTP y connaît une légère amélioration. Puis à compter de 2012, le secteur du BTP perd sa dynamique également dans ce dernier DROM où il reste en 2018 en attente du démarrage de chantiers. Depuis 2017, une nouvelle dynamique dans ce secteur est constatée en Guadeloupe et se poursuit en 2018 ayant un effet positif sur l'industrie locale (hors agroalimentaire)¹³⁴.

Dans les économies ultramarines, le tourisme tient une place prépondérante dont l'hébergement-restauration représente une des branches majeures. Cependant, son poids y est limité, en effet, il représente moins de 5% de la valeur ajoutée des DROM pour la période 1993-2007¹³⁵. La décennie 2000-2010 connaît une diminution du nombre de chambres classées proposées aux touristes. De nombreuses structures hôtelières ferment, et l'hébergement alternatif (location en appartement et villa, hébergement en gîte) se développe du fait d'une vive concurrence dans la Caraïbe et, plus globalement, du vieillissement des installations hôtelières proposées aux touristes¹³⁶. Toutefois, certaines économies, comme celle de la Réunion, ont su rebondir en restructurant leur parc hôtelier et leurs capacités d'accueil en hébergement classé. Fin décembre 2017, après 10 ans d'investissement dans ce secteur, l'offre d'hébergement hôtelier à la Réunion a ainsi augmenté d'un tiers¹³⁷.

Concernant le secteur des transports dans les DROM, en 2007, dans la consommation des ménages domiens, la part des transports est deux fois plus importante que dans

¹³² IEDOM. *Martinique. Rapport annuel 2009*, [en ligne], édition 2010, p. 10, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2009_martinique.pdf

¹³³ « *La demande de financement des collectivités a également été moindre en liaison avec la fin des grands travaux d'infrastructure, des reports ou annulation de chantiers, suite aux changements de majorités politiques intervenus dans plusieurs collectivités locales, et à la diminution de leurs marges de manœuvre financière* ». Cf. IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2013*, [en ligne], édition 2014, p.182, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2013_la_reunion_avec_liens_sommaire.pdf

¹³⁴ IEDOM. *Conjoncture outre-mer 2018 et perspectives 2019 : des performances économiques contrastées*, [en ligne], avril 2019, n°571, p. 6, [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/conjoncture_outre-mer_2018_vf.pdf

¹³⁵ IEDOM. *Le Tourisme outre-mer – Une mutation nécessaire*, Les notes de l'institut d'émission, [en ligne], mars 2015, p. 1, [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/note_ie_le_tourisme_outre-mer_-_mars_2015.pdf

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ IEDOM. *La Réunion. Rapport annuel 2017*, [en ligne], édition 2018, p. 109, [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2017_la_reunion.pdf

celle des ménages de l'hexagone et représente un pourcentage non négligeable dans les consommations intermédiaires des entreprises ultramarines¹³⁸. Cela ne se dément pas depuis.

Section 2 : La mise en œuvre de la politique de défiscalisation

Face aux différences présentées entre les économies domiennes et métropolitaines, notamment au niveau du tissu de leurs entreprises et qui relèvent essentiellement de l'ultra périphérie des DROM, l'Etat français, au nom de la solidarité nationale marque depuis de nombreuses décennies sa volonté d'apporter des aides à ces territoires, mais sans toutefois y procéder directement (§1). Ces aides sont possibles par une dérogation européenne qui intègre les régions ultrapériphériques à l'Union européenne mais qui en fixe également les limites (§2). La défiscalisation est le mode d'aide indirecte répondant aux directives européennes qu'a trouvé l'état au travers de l'évolution législative depuis 1951 (§3).

§1. La volonté d'éviter une aide directe de l'État

La défiscalisation a été introduite dans le dispositif fiscal français dans les années 1950 et a connu un réel essor avec diverses lois dite successivement loi « Pons », « Paul » et, depuis 2003, « Girardin Industriel ».

L'aide de l'État a connu une évolution très nette au cours de ces trente dernières années caractérisées par une double volonté, d'une part, élargir le champ d'application des mesures incitatives à l'investissement (le nombre des secteurs concernés n'a cessé d'augmenter) et, d'autre part, modifier la politique budgétaire. Plutôt que de faire appel directement aux financements publics, c'est-à-dire à l'ensemble de la collectivité des contribuables, ces lois font appel à des fonds privés. Nul n'est contraint d'y investir.

¹³⁸ IEDOM. *Le secteur des transports dans les DCOM*. Les notes de l'institut d'émission, [en ligne], décembre 2007, p. 3, [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/note_ie_secteur_transports.pdf

Pour favoriser la venue de capitaux, les pouvoirs publics utilisent l'impôt et ont ainsi mis sur pied un régime particulièrement incitatif. Ainsi, le coût du financement des projets n'est pas supporté de façon directe par l'État, mais de façon indirecte en permettant aux contribuables de bénéficier de réductions ou de crédits d'impôt, selon le programme d'investissement dans lequel ils investissent leurs fonds.

§2. Une approche dérogatoire européenne

Dans une période où la France était le seul Etat membre concerné par cette question des entités ultramarines, l'applicabilité de l'ensemble des dispositions du traité de Rome¹³⁹ aux DOM est affirmée par la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) dans un arrêt¹⁴⁰. Interrogée sur la question de savoir si l'Allemagne avait le droit d'assujettir une importation de rhum en provenance des DOM à une taxation supérieure à celle frappant les produits allemands, c'est-à-dire de traiter le département comme un pays tiers, la Cour de justice a (i) précisé, qu'en vue de faire droit à la situation géographique, économique et sociale particulière de ces départements, le paragraphe 2 de l'article 227¹⁴¹ du traité de Rome a prévu que son application se ferait par étapes « en ménageant au surplus les plus larges possibilités de prévoir des dispositions particulières adaptées aux exigences spécifiques de ces parties du territoire français » et (ii) considéré, qu'après l'expiration de ces étapes, les

¹³⁹ *Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne.*

¹⁴⁰ CJCE, 10 octobre 1978, Aff. C-148/77, Hansen & Balle.

¹⁴¹ *Traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne*, art. 227, 2. : « En ce qui concerne l'Algérie et les départements français d'outre-mer, les dispositions particulières et générales du présent traité relatives :

- à la libre circulation des marchandises ;
- à l'agriculture, à l'exception de l'article 40, paragraphe 4 ;
- à la libération des services ;
- aux règles de concurrence ;
- aux mesures de sauvegarde prévues aux articles 108, 109 et 226 ;
- aux institutions,

son applicables dès l'entrée en vigueur du présent traité.

Les conditions d'application des autres dispositions du présent traité seront déterminées au plus tard deux ans après son entrée en vigueur, par des décisions du Conseil statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission.

Les institutions de la Communauté veilleront, dans le cadre des procédures prévues par le présent traité et notamment de l'article 226, à permettre le développement économique et social de ces régions ».

dispositions du traité et du droit dérivé devaient s'appliquer de plein droit aux DOM en tant qu'ils faisaient partie intégrante de la République française « étant cependant entendu qu'il reste toujours la possibilité de prévoir ultérieurement des mesures spécifiques en vue de répondre aux besoins de ces territoires ». Ainsi, l'arrêt Hansen consacre le principe de l'intégration des DOM dans la Communauté européenne (CE). Désormais, les relations entre l'Union européenne¹⁴² et les DOM sont juridiquement claires : le traité ainsi que les règlements, directives ou décisions, adoptés par les institutions européennes, sont applicables à ces départements, sauf s'ils en disposent autrement.

Puis à l'initiative de la France, de l'Espagne et du Portugal, un groupe interservices est créé en 1986 auprès de la Commission européenne pour mettre en lumière les problèmes spécifiques des lointains espaces insulaires. C'est au moment de la mise en place de ce groupe interservices qu'est employé pour la première fois le terme d'ultra périphérie pour marquer la différence entre les territoires situés à la périphérie de l'Europe et ceux qui n'en font pas partie et en sont distants comme les DOM.

Émerge une conférence des sept régions¹⁴³, dites ultrapériphériques, en 1988¹⁴⁴, dont la mission sera de conduire une réflexion commune en vue de mieux faire prendre en compte leurs spécificités dans la définition et la mise en œuvre des politiques communautaires. En effet, tous ces territoires ont en commun leur éloignement, leur insularité, leur faible superficie, un relief et un climat difficiles. Ils ont aussi pour particularité de dépendre d'un petit nombre de produits de base et d'avoir un important retard de développement. Leur mission sera appuyée par des remarques

¹⁴² Le Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (JO C 306 du 17.12.2007), entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, fait succéder à la Communauté européenne, sur le plan juridique, l'Union européenne.

¹⁴³ « Les quatre départements français d'outre-mer (DOM) : Guadeloupe (archipel de huit îles dans la zone Caraïbe), Guyane (région continentale d'Amérique du Sud enclavée dans la forêt amazonienne entre le Surinam et le Brésil), Martinique (île de la zone Caraïbe) et l'Île de la Réunion (île de l'Océan Indien - Mascareignes) ; les Régions autonomes portugaises des Açores (archipel de neuf îles) et de Madère (archipel de deux îles) qui se trouvent dans l'Océan Atlantique en Macaronésie ; la Communauté autonome espagnole des Îles Canaries (archipel de sept îles dans l'Océan Atlantiques en Macaronésie) ». In COMMISSION EUROPEENNE. « Région ultrapériphérique », [en ligne], mai 2004, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-04-125_fr.htm?locale=FR

¹⁴⁴ « Le 25 novembre 1988 [...]. Depuis cette date, la conférence des présidents des régions ultrapériphériques (la septième réunion aura lieu en mai prochain) facilite la concertation interrégionale et une approche commune des questions ». In ASSEMBLEE NATIONALE. Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne. Rapport d'information n°3034 sur les régions ultrapériphériques et sur les propositions de règlement du Conseil, présenté par M. Camille DARSIERES, 3 mai 2001, p. 17 :

faites aux Journées DOM organisées en juin 1987 à Bruxelles à l'instigation du président de la Commission, Jacques Delors, notamment, la proposition du programme POSEIDOM (Programme d'Options Spécifiques à l'Eloignement et à l'Insularité des DOM), dont l'objet était d'offrir un cadre permettant des modulations aux règles générales pour des régions en retard de développement dans la Communauté, les DOM faisant partie de ces régions¹⁴⁵. Celui-ci est mise en œuvre en 1991 et constitue la première manifestation concrète de l'intérêt de la Communauté pour les régions périphériques situées hors d'Europe.

Ce front aura, dans un premier temps, recours à une démarche déclarative portant sur la « périphérie » du traité avant de s'attaquer au Traité lui-même afin d'en faire modifier le contenu. Ainsi, les discussions sur le POSEIDOM ont abouti au concept de Régions Ultrapériphériques (RUP) qui fera l'objet d'une déclaration annexée au traité de Maastricht, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1992, termes qui désignent nommément les sept RUP possédant en commun certaines caractéristiques géographiques et économiques¹⁴⁶, tout en ayant des histoires et des cultures différentes et limitent à cette liste les RUP relevant de ce POSEI. Cette déclaration n'a pas de valeur contraignante, mais équivaut, malgré tout, à une reconnaissance de la spécificité des DOM dans un cadre international.

Les délégations françaises, portugaises et espagnoles œuvrent dorénavant pour que le traité intègre pleinement ce caractère spécifique des régions ultrapériphériques de l'Union. Un nouveau pas vers la reconnaissance globale d'une spécificité est réalisé à l'occasion de l'adoption du traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997. Il substitue à

¹⁴⁵ COMMISSION EUROPEENNE. *Bases de données des communiqués de presse*, [en ligne], mise à jour septembre 2019, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible aux adresses : https://europa.eu/rapid/press-release_IP-88-747_fr.htm et https://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-995_fr.htm

¹⁴⁶ *Traité sur l'Union européenne. Déclaration relative aux régions ultrapériphériques de la Communauté*, *Journal officiel* n° C 191 du 29/07/1992, p. 0104. Cette déclaration décline les caractéristiques physiques, et socio-économiques principales de ces régions « dont la constance et le cumul portent lourdement préjudice à leur développement économique et social » ; en outre, elle « estime que, si les dispositions du traité instituant la Communauté européenne et du droit dérivé s'appliquent de plein droit aux régions ultrapériphériques, il reste possible d'adopter des mesures spécifiques en leur faveur, dans la mesure et aussi longtemps qu'il existe un besoin objectif de prendre de telles mesures en vue d'un développement économique et social de ces régions. Ces mesures doivent viser à la fois l'objectif de l'achèvement du marché intérieur et celui d'une reconnaissance de la réalité régionale en vue de permettre à ces régions de rattraper le niveau économique et social moyen de la Communauté ». Cf. Office des publications officielles des Communautés européennes, « Traité sur l'Union européenne », [en ligne], 1992, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_fr.pdf

l'article 227-2 un nouvel article 299-2 qui confère en effet une base juridique claire aux régions ultrapériphériques, car il permettra l'adoption, par le Conseil statuant à la majorité qualifiée, de mesures spécifiques visant à moduler la mise en œuvre des politiques dans ces régions. Cet article précise que ces mesures spécifiques devront d'une part, prendre en considération les contraintes particulières des régions ultrapériphériques et, d'autre part, ne pas nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire¹⁴⁷.

Puis, le statut des RUP est organisé par le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), en 2009. Tout d'abord, le contenu de l'article 299-2 est repris dans son article 349, puis dans son article 355, il rappelle que « les dispositions des traités sont applicables à la Guadeloupe, à la Guyane française, à la Martinique, à la Réunion, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries, conformément à l'article 349¹⁴⁸ ». Il ressort de ce traité que peut être qualifiée d'aide d'État incompatible avec le marché intérieur toute aide qui remplit les critères suivants : elle est accordée à une entreprise par l'État au moyen de ressources publiques, procure un avantage sélectif, et affecte les échanges entre États membres et la concurrence¹⁴⁹. La défiscalisation est considérée comme une aide d'État, car elle remplit ces critères. Elle bénéficie d'un statut dérogatoire qui autorise son application dans les régions ultramarines françaises.

¹⁴⁷ *Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes. JO C 340 du 10 novembre 1997, p. 49 : « Toutefois, compte tenu de la situation économique et sociale structurelle des départements français d'outre-mer, des Açores, de Madère et des îles Canaries, qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application du présent traité à ces régions, y compris les politiques communes. Le Conseil, en arrêtant les mesures visées au deuxième alinéa, tient compte des domaines tels que les politiques douanières et commerciales, la politique fiscale, les zones franches, les politiques dans les domaines de l'agriculture et de la pêche, les conditions d'approvisionnement en matières premières et en biens de consommation de première nécessité, les aides d'État, et les conditions d'accès aux fonds structurels et aux programmes horizon- taux de la Communauté. Le Conseil arrête les mesures visées au deuxième alinéa en tenant compte des caractéristiques et contraintes particulières des régions ultrapériphériques sans nuire à l'intégrité et à la cohérence de l'ordre juridique communautaire, y compris le marché intérieur et les politiques communes. »*

¹⁴⁸ *Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, art. 355-1. JO C 326 du 26/10/2012*

¹⁴⁹ *Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, art. 107-1. JO C 326 du 26/10/2012 : « Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».*

La législation européenne relative aux spécificités des RUP a donc une longue histoire. Malgré des avancées sérieuses permettant une politique de rattrapage et d'investissements structurels, dans son rapport de mai 2013 sur la « Contribution à l'application du cadre dérogatoire au service d'un projet global de développement des régions ultrapériphériques », remis à M. Jean-Marc Ayrault, en vue de la révision des politiques européennes fin 2013, M. Serge Letchimy, alors député de la Martinique et président du Conseil régional indiquait que :

« ces politiques n'ont pas permis de doter ces régions d'un cadre réglementaire et législatif fidèle à l'esprit de l'article 349. D'ailleurs, si le standard global de vie a augmenté, la précarité sociale reste extrêmement présente. Structurellement, ces économies régionales sont en graves difficultés. L'ampleur des négociations entre Bruxelles et Paris n'a pas conduit à des solutions suffisamment stables, lisibles et adaptées à ces régions, entretenant ainsi un climat d'incertitude, d'insécurité, voire de suspicions sur les revendications des RUP. C'est cette situation qui, précisément, ne permet pas de sortir de la logique du rattrapage et du handicap pour aller vers une démarche fondée sur la valorisation des atouts et une politique de développement efficace¹⁵⁰».

Ainsi on constate que contrairement aux Pays et Territoires d'Outre-Mer (PTOM), les RUP font partie intégrante de l'UE et sont assujetties au droit de l'Union, au même titre que les autres régions européennes. Toutefois, leur statut de RUP leur ouvre la possibilité d'un traitement différencié dans l'application du droit de l'UE.

Le Traité de Lisbonne, en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2009, facilite par ailleurs l'évolution institutionnelle desdites RUP. En effet, l'article 355-6 du TFUE comprend une clause permettant au Conseil européen, sur initiative de l'Etat membre concerné, d'adopter une décision modifiant le statut à l'égard de l'Union d'un pays ou territoire français, danois ou néerlandais, visé à l'article 355 alinéa 1 ou 2, en statuant à l'unanimité, après consultation de la Commission, sans modification du Traité. Le

¹⁵⁰ M. Serge LETCHIMY. *Rapport sur l'article 349 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : contribution à l'application du cadre dérogatoire au service d'un projet global de développement des régions ultrapériphériques*. Remis au Premier Ministre, M Jean-Marc AYRAULT, [en ligne], mai 2013, spéc. p. 37, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000312.pdf>

passage de RUP au statut de PTOM et vice-versa est simplifié. Deux des territoires français ultramarins ont ainsi changé de statut entre 2012 et 2014. A la demande des autorités françaises, le Conseil européen a décidé, le 27 octobre 2010, d'octroyer le statut de PTOM à Saint-Barthélemy, à compter du 1^{er} janvier 2012¹⁵¹, et Mayotte, auparavant PTOM, est devenue RUP, à compter du 1^{er} janvier 2014¹⁵².

La politique régionale concerne l'ensemble de l'UE et suppose une participation à tous les niveaux : européen, national, régional et local. Elle s'inscrit dans le cadre de la politique de cohésion de l'UE, la stratégie mise en place par l'Union pour promouvoir et soutenir le développement harmonieux de ses États membres et de ses régions. Les réglementations restent en vigueur pendant des périodes de sept ans, afin d'avoir une « approche stratégique à long terme, qui constitue un principe fondamental de cette politique¹⁵³ ». La période actuelle couvre les années 2014-2020. Dans ce cadre, la politique de l'UE en matière d'aides d'Etat l'a amenée à harmoniser les règles édictées auparavant dans divers règlements, notamment, en les regroupant en un seul texte le Règlement Général d'Exemption par Catégorie (RGEC). Celui-ci liste vingt-six catégories d'aides d'Etat qui n'ont pas à être notifiées à la Commission, cela permet de réduire les démarches administratives liées à l'octroi des aides d'Etat. Le premier a été applicable du 29 août 2008 au 31 décembre 2013¹⁵⁴. La période 2014 à 2020 est couverte par le deuxième¹⁵⁵.

La Fédération des Entreprises des Outre-Mer (FEDOM) dans une note du 23 septembre 2015 sur « les enjeux du RGEC¹⁵⁶ » faisait état de ce que celui-ci était

¹⁵¹ *Décision (2010/718/UE) du Conseil européen du 29 octobre 2010 modifiant le statut à l'égard de l'Union européenne de l'île de Saint-Barthélemy*

¹⁵² *Décision (2012/419/UE), du Conseil européen du 11 juillet 2012 modifiant le statut à l'égard de l'Union européenne de Mayotte*

¹⁵³ Office des publications de l'Union Européenne. « Préface de Mme Danuta HÜBNER », *La politique de cohésion 2007-2013. Commentaires et textes officiels*, janvier 2007, p. 3.

¹⁵⁴ *Règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du Traité.*

¹⁵⁵ *Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du Traité.*

¹⁵⁶ FEDOM. *Note sur les enjeux du RGEC*, [en ligne], septembre 2015, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://fedom.org/2015/09/23/les-enjeux-du-rgec/>.

porteur d'« incertitudes » et de « risques majeurs ». Notamment un article du règlement du 17 Juin 2014 du RGEC dispose que :

« les régimes d'aide au fonctionnement à finalité régionale servent à compenser [...] les surcoûts de fonctionnement autres que les coûts liés au transport supportés dans les régions ultrapériphériques et qui sont la conséquence directe d'un ou de plusieurs des handicaps permanents visés à l'article 349 du traité¹⁵⁷ ».

sous réserve que, notamment, « le montant d'aide annuel par bénéficiaire au titre de tous les régimes d'aides au fonctionnement n'excède pas certains plafonds¹⁵⁸ ». Or, certains dispositifs, notamment l'octroi de mer¹⁵⁹, font passer d'emblée l'ensemble des six RUP françaises au-dessus du cumul des plafonds précités. Le 29 juin 2015, par la voie d'une « lettre de confort » n°061025, la Commission a donc proposé à la France de retenir son seuil présenté comme le plus pertinent¹⁶⁰. Cependant une « lettre de confort » émise par un Commissaire ne garantit pas une portée juridique permettant de contredire le Règlement sans qu'il soit procédé à la modification de celui-ci en bonne et due forme, c'est-à-dire en obtenant une approbation formelle de l'ensemble des Commissaires siégeant en formation collégiale. Une contestation de la base juridique de ces régimes d'aide par un tiers ne serait donc pas impossible et de fait une demande de remboursement desdites aides par leurs bénéficiaires avec toutes les conséquences dommageables y associés pourrait en résulter. Ainsi le contexte précité est de nature à placer les aides d'Etat au bénéfice des RUP en situation illégale au regard du droit communautaire. La FEDOM

¹⁵⁷ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité. Article 15-2. b).

¹⁵⁸ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, art. 15-2. b) ii) : « le montant d'aide annuel par bénéficiaire [...] n'excède pas : 15% de la valeur ajoutée brute créée chaque année par le bénéficiaire dans la région ultrapériphérique concernée, ou 25% des coûts annuels du travail supportés par le bénéficiaire dans la région ultrapériphérique concernée, ou 10% du chiffre d'affaires annuel réalisé par le bénéficiaire dans la région ultrapériphérique concernée ».

¹⁵⁹ L'octroi de mer est une imposition spécifique des départements d'outre-mer, applicable à la plupart des produits importés, perçue par l'administration des douanes dont l'origine est très ancienne puisqu'il était perçu dès 1670, [en ligne], mars 2016, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible sur : <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-saviez-vous/article/octroi-de-mer/h/76f03c7c68fe8030d55cca6eac30b533.html>.

¹⁶⁰ Il a donc été retenu 30% de la valeur ajoutée brute créée chaque année par le bénéficiaire dans la région ultrapériphérique concernée au lieu de 15%. Cf. MINISTERE DES OUTRE-MER. « Note à la Commission européenne (DG Comp) à l'attention de M. VAN DER WEE », [en ligne], juillet 2015, p. 8, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.outre-mer.gouv.fr/sites/default/files/2rgec_descriptif_octroi_de_mer-2.pdf. V. aussi : FEDOM. *Note sur les enjeux du RGEC*, op. cit. Disponible à l'adresse : <https://fedom.org/2015/09/23/les-enjeux-du-rgec/>.

pointe également du doigt le fait que cette situation empêche toute augmentation future des aides d'Etat au fonctionnement des entreprises et que le RGEC en adoptant un raisonnement par entreprise bénéficiaire (et non par secteur d'activité) plafonne les aides selon un critère subjectif, plutôt que de retenir comme seule limite, l'existence ou non de surcoûts démontrables comme le prévoit l'article 349 du Traité¹⁶¹. Il résulte globalement que ces incertitudes nuisent au climat des affaires et vont à *contrario* des objectifs poursuivis par les lois successives, que nous verrons ci-après, visant à donner de la perspective future et à long terme aux investisseurs.

Le 17 mai 2017, l'UE a adopté la révision du RGEC permettant aux Etats de mettre en place diverses aides d'Etat aux régions ultrapériphériques, ne faussant pas la concurrence, sans avoir à les notifier et à y être autorisé préalablement par la Commission, sous réserve qu'elles remplissent les critères énumérés dans le RGEC qui déterminent, en particulier, les bénéficiaires admissibles, les intensités d'aide maximales et les dépenses admissibles. Le texte de cette révision couvre désormais les aides à l'investissement pour tous les secteurs (notamment l'agriculture, la pêche, le transport, l'énergie). Mme Annick GIRARDIN, ministre des outre-mer, commente ainsi cette révision : « Cette solution permet de sécuriser les aides à la compensation des surcoûts de fonctionnement des entreprises [...] Cette avancée va contribuer au développement économique des RUP¹⁶² ».

§3. *Les dispositifs successifs*

Si la défiscalisation a été introduite dans les années 1950, ses formes actuelles datent des années 1980. Initialement, il s'agissait d'alléger la fiscalité sur les bénéfices des entreprises ultramarines, puis s'est instauré progressivement un régime d'aide à l'investissement sollicitant essentiellement les contribuables français. Bien que pérenne sur le principe, depuis les années 1950, ce régime a évolué de façon

¹⁶¹ FEDOM. *Note sur les enjeux du RGEC*, op. cit. Disponible à l'adresse : <https://fedom.org/2015/09/23/les-enjeux-du-rgec/>

¹⁶² MINISTÈRE DES OUTRE-MER. « Adoption du règlement général d'exemption par catégorie : une avancée majeure pour les régions ultrapériphériques », [en ligne], mai 2017, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.outre-mer.gouv.fr/adoption-du-reglement-general-dexemption-par-categorie-une-avancee-majeure-pour-les-regions>

constante. Il a été nécessaire de l'adapter au contexte économique, social et politique, mais aussi, il a fallu répondre aux diverses critiques émises à son encontre au regard de certaines dérives qui se sont révélées.

Seront ici abordées les grandes étapes de cette évolution : quel contexte a prévalu à la mise en œuvre de ce régime, quels objectifs étaient visés, comment ce régime a été adapté. Une première période sera abordée de 1951 à 1982, elle fixe les premiers fondements de la défiscalisation aussitôt après la départementalisation de la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique et La Réunion (A.). Puis, intervient en 1986 l'une des premières lois notables qui a gardé le nom du ministre de l'époque, la loi dite « Pons » qui, suite à divers abus, a été suivie de quelques lois de finances lui apportant quelques mesures censées être correctrices jusqu'en 1997 (B.). Fin 1997, une nouvelle loi notable est votée, dite loi « Paul », qui revoit certaines bases du système de défiscalisation en place et qui sera suivie de modifications peu significatives (C.). En 2000, la loi dite « LOOM » apporte des modifications majeures au dispositif de défiscalisation (D.). En 2003, une nouvelle loi notable, la loi dite « Girardin Industriel », entre en vigueur avec une nouvelle rédaction de l'article 199 *undecies* B du CGI. Bien que prévue pour une durée de 15 ans, elle a depuis connu de nombreuses modifications (E.).

A. De la loi de finances du 31 décembre 1951 à celle du 30 décembre 1982

Au début des années 1950, les pouvoirs publics français cherchent à accompagner la départementalisation des territoires d'outre-mer qui a été initiée en 1946 et à faciliter leur transition économique. Avant cette date, en tant que colonies, ces territoires étaient soumis à une obligation de commerce exclusif avec la métropole et leurs économies étaient caractérisées par une très forte spécialisation, notamment dans les secteurs agricoles. L'objectif premier a donc été de favoriser la diversification productive, afin de rompre avec le mode de production colonial. L'aide fiscale à l'investissement consiste en une forme d'exonération d'Impôt sur le Revenu (IR) pour les Bénéfices Industriels et Commerciaux (BIC) ou d'Impôt sur les Sociétés (IS)

réalisés dans les départements de Guadeloupe, Guyane, Martinique et La Réunion, octroyée aux exploitants locaux sous condition de réemploi.

A partir de 1972, les contribuables percevant des BIC ou des bénéfices soumis à l'IS réalisés en France métropolitaine peuvent obtenir une déduction d'IR ou d'IS équivalant à 100% du montant de l'investissement qu'ils réalisent directement dans les DOM, à condition d'obtenir un agrément de l'administration fiscale¹⁶³, et sans toutefois pouvoir dépasser 25.000 francs ou 25% du revenu net imposable du contribuable quand il est inférieur à 100.000 francs¹⁶⁴. A compter de 1975, cette mesure sera étendue aux investissements réalisés dans les TOM¹⁶⁵.

L'article 79, de la loi de finances pour 1980¹⁶⁶, ouvre le dispositif à l'ensemble des entreprises soumises à l'IS ou assujetties à un régime réel d'imposition, pour lesquelles il devient désormais possible de déduire de leur résultat imposable un montant égal à 50% de l'investissement qu'elles réalisent en Guadeloupe, Guyane, Martinique et La Réunion. Cet investissement peut être réalisé directement dans certains secteurs éligibles (industrie, hôtellerie et pêche maritime), ou *via* la souscription au capital de sociétés qui investissent dans ces mêmes départements et secteurs ou de sociétés de développement régional des DOM¹⁶⁷.

En 1983, les secteurs éligibles s'étendent au tourisme et aux énergies nouvelles, sous condition d'agrément de l'administration fiscale¹⁶⁸.

B. La loi dite « Pons »

La loi de finances dite « Pons » modifie en profondeur le dispositif de défiscalisation relatif aux investissements dans les DOM (I.) et les lois de finances qui ont suivi

¹⁶³ Loi n°71-1025 du 24 décembre 1971 de finances rectificative pour 1971, art. 9 I et II.

¹⁶⁴ M. Louis LENGRAND et associés. *Evaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer*. Rapport intermédiaire. Etat des lieux, avril 2017, p.29.

¹⁶⁵ Loi n°75-1242 du 27 décembre 1975 de finances rectificative pour 1975, art. 2 – I.

¹⁶⁶ Loi n°80-30 du 18 janvier 1980 de finances pour 1980, art. 79.

¹⁶⁷ CGI, art. 238 bis HA.

¹⁶⁸ Loi n°82-1152 du 30 décembre 1982 de finances rectificative pour 1982, art. 20 - I.1.

jusqu'en 1997 ont tenté d'apporter des mesures correctrices pour limiter les divers abus en résultant (II.).

I. Son entrée en vigueur

La loi du 11 juillet 1986 dite « Pons », du nom du ministre des outre-mer de l'époque, codifiée sous l'article 238 bis HA du CGI, institue une aide fiscale à l'investissement prévoyant qu'une entreprise située dans les DOM-COM puisse déduire de son bénéfice imposable 100% du montant dudit investissement, contre 50% auparavant¹⁶⁹. Ainsi compte tenu, des règles d'amortissement, celle-ci pouvait bénéficier, au niveau fiscal, non seulement d'une déduction initiale au travers de la loi Pons, mais également d'une déduction au travers des amortissements.

Même si cette loi ne mentionnait que la déduction fiscale au titre d'un investissement réalisé directement par une entreprise, l'administration fiscale a dès lors admis, sous certaines réserves, dans son instruction 4 A-8-86 § 23 en date du 7 novembre 1986, le mécanisme de la « défiscalisation externalisée » (qui sera principalement abordée dans les prochaines pages). Deux décisions de la cour administrative d'appel de Paris se sont basées sur cette doctrine administrative pour admettre le bénéfice de l'aide fiscale en cas d'investissement indirect (réalisé de 1986 à 1997), si celui-ci est mis à la disposition d'un locataire qui en assure l'exploitation commerciale¹⁷⁰. Dans le temps, la doctrine fiscale a été intégrée aux dispositions législatives lors de leur modification. Concrètement, ce dispositif permettait de déduire un déficit industriel et commercial des entreprises, réalisant l'investissement, du revenu global imposable des investisseurs qui en étaient associés, soit une diminution de la base imposable.

Cette loi a encore élargi la liste des secteurs éligibles, ainsi, le secteur du bâtiment et des travaux publics (BTP), le transport et l'artisanat ont été ajoutés¹⁷¹. En outre, cette loi a supprimé la procédure d'agrément par l'administration fiscale. Dès lors, la réduction d'impôt s'applique de plein droit aux projets d'investissement dont le

¹⁶⁹ Loi n°86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986, article 22. I. et II.1.

¹⁷⁰ CAA Paris, 14 février 2002, n° 98-2868 et n°98-3343, *Marcetteau de Brem*.

¹⁷¹ Loi n°86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986, art. 22. I.2.

montant ne dépasse pas 30 millions de francs (4,6 millions d'euros). Au-delà de ce montant, un accord du ministre du budget est requis, ce dernier disposant d'un délai de trois mois suivant le dépôt de la demande pour s'y opposer. En l'absence de réponse de sa part, l'accord est tacite¹⁷².

Les contribuables percevant des BIC qui souscrivent au capital de sociétés réalisant des investissements dans les secteurs éligibles au dispositif, peuvent maintenant bénéficier d'une réduction d'IR équivalant à 50% du montant de l'investissement. La déduction s'effectue sur leur BIC et s'étale sur cinq ans, par cinquième à partir de l'année de réalisation de l'investissement.

Toutes les nouvelles dispositions de la loi sont applicables dans les départements d'outre-mer (Guadeloupe, Martinique, Guyane, Réunion) ainsi que dans les territoires d'outre-mer (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française, îles Wallis et Futuna, etc.) et dans les collectivités territoriales de Mayotte¹⁷³ et Saint-Pierre-et-Miquelon¹⁷⁴.

Mais de nombreux abus ont été commis sous la loi Pons, certains contribuables n'ont pas hésité à détourner la loi. Ainsi le rapport de M. Didier Migaud indique que :

« la " loi Pons " initiale comportait, pour l'essentiel, deux failles qui allaient être mises à profit par les experts en montages fiscaux ou simplement les contribuables fortement imposés : en l'absence d'agrément et sans obligation d'exploitation d'investissements quelquefois mobiles, de nombreuses fraudes étaient possibles¹⁷⁵ ».

Puis il illustre son propos avec des cas de contribuables métropolitains qui ont ainsi pu déduire des dépenses personnelles en matière de navigation de plaisance : une SNC était créée pour effectuer de la location de bateaux et avait pour associés les membres d'une même famille. Elle acquérait un bateau bénéficiant de la défiscalisation et qui était loué, par suite, à cette même famille à des prix insignifiants.

¹⁷² Loi n°86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986, art. 22. I.3.

¹⁷³ Mayotte a encore un statut de TOM à cette époque.

¹⁷⁴ Loi n°86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986, art. 22. III.1. et art. 22. III.6.

¹⁷⁵ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1060 sur les incitations fiscales à l'investissement Outre-mer, présenté par M. Didier MIGAUD, op.cit., p. 4.*

II. L'apport de mesures correctrices

Compte tenu des divers abus identifiés depuis l'application de la loi « Pons », en revenant au pouvoir, la gauche durcit les conditions de la défiscalisation. En 1990, la possible réduction d'IR des personnes physiques est abaissée de 50 à 25% du montant de l'investissement¹⁷⁶.

La loi de Finances pour 1992 proroge le régime d'aide fiscale jusqu'au 31 décembre 2001, mais aménage encore celui-ci. De nouveau, les secteurs éligibles sont élargis, cette fois, à la maintenance au profit d'activités industrielles, à la production et la diffusion audiovisuelle et cinématographique¹⁷⁷. Pour les entreprises passibles de l'IR qui investissent dans ces secteurs sensibles, la déduction est plafonnée à 75% du montant de l'investissement¹⁷⁸. Pour les entreprises qui défiscalisent par l'intermédiaire du dispositif, un abattement de la base déductible est appliqué. Il est de 25% dans le cas des entreprises soumises à l'IR et du tiers pour les entreprises qui sont soumises à l'IS. Une obligation de maintien en exploitation pendant une période de cinq ans pour les investissements en biens d'équipement et de neuf ans pour les investissements de nature immobilière est instaurée¹⁷⁹.

Pour mieux encadrer le régime de défiscalisation du fait des nombreux abus constatés (*cf. supra*) et qui ont fait l'objet de débats parlementaires, un dispositif d'agrément préalable est mis en place pour certains secteurs définis comme « sensibles ». Il s'agit notamment de l'hôtellerie, du tourisme, des transports et des production et diffusion audiovisuelles et cinématographiques¹⁸⁰. Pour ces secteurs, sont dispensés d'agrément les seuls programmes d'investissement n'excédant pas 1 million de francs (152.449€) par an et réalisés par des entreprises exerçant leur activité depuis au

¹⁷⁶ SENAT. Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'Outre-mer, présenté par M. Roland du LUART*, 7 novembre 2002, p. 159.

¹⁷⁷ *Loi n°91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992*, art. 115.

¹⁷⁸ *Loi n°91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992*, art. 122.

¹⁷⁹ *Loi n°91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992*, art. 119.

¹⁸⁰ *Loi n°91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992*, art. 120.

moins deux ans¹⁸¹. La procédure d'agrément concernant ces secteurs doit désormais être précédée de la consultation du ministre des départements et territoires d'outre-mer. L'article 238 bis HA du CGI définit trois critères d'attribution de l'agrément par l'administration fiscale : le projet doit avoir un intérêt économique ; il doit s'intégrer dans la politique d'aménagement du territoire et de l'environnement et garantir la protection des investisseurs et des tiers¹⁸².

La loi de Finances rectificative pour 1993 revient sur ces modifications récentes en instaurant une période unique de cinq ans pour l'obligation de maintien en exploitation des investissements, qu'ils soient bien d'équipement ou immobilier¹⁸³. L'abattement de 25% de la base déductible pour les entreprises passibles de l'IR est supprimé, la déduction est à nouveau de 100% du montant de l'investissement¹⁸⁴. La procédure d'agrément ne requiert plus la consultation du ministre des départements et territoires d'outre-mer.

Au terme de cette période, le bilan de la loi Pons et des mesures correctrices qui ont suivi a ainsi été posé dans le rapport de M. Didier Migaud :

« la " loi Pons " a été réorientée dans le sens de l'optimisation fiscale pour les contribuables fortement imposés à l'impôt sur le revenu. Alors que même les rapports présentés à l'initiative de l'ancienne majorité concluaient à sa révision, les gouvernements issus de cette majorité n'ont pris, depuis 1994, que des mesures très marginales allant davantage dans le sens de l'extension que de l'encadrement du dispositif fiscal d'incitation à l'investissement outre-mer¹⁸⁵ ».

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Loi n°91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992*, art. 120.

¹⁸³ *Loi n°93-859 du 22 juin 1993 de finances rectificative pour 1993*, art. 30. II.

¹⁸⁴ *Loi n°93-859 du 22 juin 1993 de finances rectificative pour 1993*, art. 30. V.

¹⁸⁵ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1060 sur les incitations fiscales à l'investissement Outre-mer, présenté par M. Didier MIGAUD*, *op.cit.*, p. 83.

C. La loi dite « Paul »

La loi de finances dite « Paul » modifie de nouveau en profondeur le dispositif de défiscalisation relatif aux investissements dans les DOM (I.), et les lois de finances qui ont suivi jusqu'en 2000 ont généralisé son obligation d'agrément fiscal (II.).

I. Son entrée en vigueur

C'est dans le contexte précité qu'est adoptée la loi du 30 décembre 1997 dite « Paul »¹⁸⁶. L'article 238 bis HA du CGI est remplacé par l'article 163 *tervecies* du CGI¹⁸⁷. Celui-ci prévoyait qu'un investisseur pouvait directement déduire de son revenu imposable le montant d'un investissement (il ne s'agissait plus d'une déduction catégorielle (des BIC comme la loi Pons) imputable sur le revenu global, mais d'une déduction immédiate sur le revenu global). Les entreprises, quant à elles, conservent la possibilité de déduire le montant de l'investissement de leur résultat imposable. L'article 163 *tervecies* du CGI prévoit la possibilité de la « défiscalisation externalisée », c'est-à-dire la réalisation des investissements défiscalisants par l'intermédiaire d'une société de personnes ou d'un groupement d'intérêt économique (GIE)¹⁸⁸. Le calcul de la base déductible s'effectue en soustrayant le montant des subventions publiques, attribuées au projet d'investissement, du montant de l'investissement.

Le plafond en deçà duquel les projets d'investissement peuvent bénéficier du plein droit (c'est-à-dire ne nécessitant pas l'accord du ministre du budget) est abaissé de 4,6 à 1,525 millions d'euros. Le secteur de la pêche maritime est, désormais, mentionné dans les secteurs sensibles et nécessite un agrément. La création ou le maintien de l'emploi dans le territoire, où l'investissement est réalisé, devient un critère supplémentaire d'attribution de l'agrément¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Loi n°97-1269 du 30 décembre 1997 de finances pour 1998.

¹⁸⁷ Loi n°97-1269 du 30 décembre 1997 de finances pour 1998, art. 18.

¹⁸⁸ CGI, art. 163 *tervecies* I – alinéa 2 (versions en vigueur à compter du 22/04/1998).

¹⁸⁹ Par renvoi aux deuxième et troisième alinéas du III de l'article 217 *undecies* du CGI.

II. *La généralisation de ses obligations d'agrément jusqu'en 2000*

La loi de finances pour 1999 généralise l'application de la procédure d'agrément à l'ensemble des secteurs éligibles et supprime, de ce fait, la procédure d'accord préalable du ministre¹⁹⁰. Lorsque l'investisseur participe directement à l'exploitation du bien faisant l'objet de l'investissement, l'agrément est requis pour les investissements de plus de 760.000€. Lorsque l'investisseur ne participe pas directement à l'exploitation du bien et se contente d'acheter des parts dans une structure transparente qui achète le bien et le met à la disposition de l'entrepreneur local en contrepartie d'un loyer, l'agrément est requis pour les investissements de plus de 300.000€. En outre, les entreprises peuvent toujours réaliser des investissements *via* des « structures translucides » de type SNC et GIE.

Ainsi, le principe de la défiscalisation est conservé, mais le domaine du plein droit est réduit.

D. *La loi d'Orientation de l'Outre-Mer (LOOM)*

L'article 19 de loi de finances du 30 décembre 2000 définit un nouveau cadre législatif pour ce régime de défiscalisation¹⁹¹. Cette loi, votée dans le contexte de la loi d'orientation de l'outre-mer (LOOM) du 13 décembre 2000¹⁹², abroge définitivement les dernières dispositions de la « *loi Pons* » encore existantes. Cette réforme poursuit deux objectifs principaux : corriger les abus mis en évidence par le rapport de M. Didier Migaud¹⁹³, que nous aborderons ultérieurement, et s'assurer de meilleures répercussions du dispositif sur les entreprises ultramarines, notamment de petites et moyennes tailles. Des modifications majeures sont apportées au régime.

¹⁹⁰ Loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999, art. 89.

¹⁹¹ Loi n°2000-1352 du 30 décembre 2000 de finances pour 2001.

¹⁹² Loi n°2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'Outre-mer.

¹⁹³ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1060 sur les incitations fiscales à l'investissement Outre-mer, présenté par M. Didier MIGAUD, op.cit.*

Le dispositif qui était défini par l'article 163 *tervicies* du CGI, l'est dorénavant par le nouvel article 199 *undecies* B du CGI¹⁹⁴. L'éligibilité au dispositif est élargie à de nouveaux secteurs : les travaux de rénovation d'hôtel (justifiés par rapport à la construction, car cela permet la protection du littoral et la stimulation de l'emploi, les activités de rénovation étant estimées comme « plus riches en emplois »¹⁹⁵), les logiciels nécessaires à l'exploitation des investissements, les services informatiques et de maintenance au profit d'activités éligibles (dans la logique de l'évolution technologique) ; quand le secteur de la navigation de croisière en est exclu, les aides fiscales aux investissements dans ce secteur étant considérée comme coûteuses au regard du peu d'emplois que ledit secteur porte localement, « relâchant peu dans les ports français d'outre-mer¹⁹⁶ ».

Pour les entreprises soumises à l'IR réalisant un investissement productif, alors que l'avantage fiscal consistait jusqu'alors en une déduction du revenu imposable, il devient une réduction de l'impôt dû. De ce fait, la corrélation entre le montant de l'avantage fiscal et le taux d'imposition appliqué au revenu imposable disparaît. Le premier équivaut à une réduction d'impôt de 50% du prix de revient des investissements réalisés (déduction faite des subventions publiques et de la TVA Non Perçue Récupérable (TVA NPR)), appelé base défiscalisable, à l'exception de la Guyane, Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon et Wallis-et-Futuna, où le taux est porté à 60%.

Cette loi prévoit le maintien de la possibilité de la « défiscalisation externalisée » sous conditions. Pour les investisseurs « non professionnels »¹⁹⁷, ayant des parts dans des SNC ou GIE sans participation directe, l'avantage fiscal est limité à une minoration maximum de 50% de l'impôt dû au titre d'un exercice et son utilisation ne peut être reportée qu'une seule fois sur l'exercice suivant et avec le même plafond de

¹⁹⁴ Loi n°2000-1352 du 30 décembre 2000 de finances pour 2001, art. 19. I.

¹⁹⁵ SENAT. Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation. *Rapport général n°92 sur le projet de loi de finances pour 2001, présenté par M. Philippe MARINI*, 23 novembre 2000, p. 285.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 275.

¹⁹⁷ C'est-à-dire les contribuables qui ne participent pas à l'exploitation au sens de l'article 156 du CGI, soit de façon « *personnelle, continue et directe* ».

50%. Un mécanisme de rétrocession d'une part de l'avantage fiscal de l'investisseur à l'entreprise exploitante est créé. Pour les investisseurs soumis à l'IR et ceux soumis à l'IS, cette part est respectivement de 60% et de 75% de la réduction d'impôt. Dans ce cas de défiscalisation *via* des « structures translucides », où la SNC ou le GIE réalise un investissement nécessaire à une entreprise domienne et le lui donne en location pour le lui vendre au terme de la période locative, la rétrocession se traduit par une réduction du loyer de l'investissement et, le cas échéant, par un prix de cession bonifié au locataire.

Le rapport de M. Philippe Marini sur le projet de loi de finances pour 2001 précise ce qui a prévalu à la mise en place de l'article 199 *undecies* B du CGI¹⁹⁸. Le gouvernement a fait le pari que cette réduction d'impôt qui venait remplacer la déduction du revenu imposable augmente l'attractivité de la défiscalisation pour tous les contribuables métropolitains imposables à l'impôt sur le revenu, allant jusqu'à comparer la défiscalisation à « un " produit de guichet " accessible à un grand nombre d'épargnants¹⁹⁹ ». Certes, d'une part, le gouvernement estime que les investissements en provenance de la métropole vont diminuer du fait que ce nouveau régime est moins attractif pour les petits contribuables que ne l'était le précédent pour les contribuables imposés au taux marginal le plus élevé. Il l'explique, notamment, par le fait que cette diffusion vers un plus grand nombre associée à la rétrocession d'une partie de l'avantage fiscal occasionnera des coûts plus élevés de gestion inévitablement répercutés sur lesdits contribuables par les opérateurs assurant l'intermédiation métropole/DOM. Mais d'une autre part, le gouvernement estime qu'au niveau des contribuables locaux, qui ont une connaissance du marché local, ils pourront investir directement dans les entreprises exploitantes sans avoir à supporter des frais d'intermédiation, ce qui rendra le dispositif attractif localement et, en

¹⁹⁸ SENAT. *Rapport général n°92 sur le projet de loi de finances pour 2001, présenté par M. Philippe MARINI, op. cit.*

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 289.

conséquence, favorisera de façon vertueuse « l'allocation de l'épargne des DOM vers l'économie locale²⁰⁰ ».

E. La loi dite « Girardin Industriel »

La loi dite « Girardin industriel » est votée pour 15 ans en 2003 (I.), mais dès 2009, elle est revue sur certains points par la loi pour le développement économique des outre-mer du 27 mai 2009, dite LODEOM. D'autres modifications lui seront encore apportées jusqu'en 2012 (II.). L'existence du dispositif est même sérieusement remise en question, mais il résiste et diverses lois de finances viennent y apporter quelques ajustements (III.)

I. Son entrée en vigueur

Ainsi, vient la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003 dite « Girardin »²⁰¹ :

« Dérogeant avec les pratiques antérieures qui instituait ces avantages dans le cadre d'une loi de finances sujette à modifications tous les ans, il fut décidé une loi programme qui, par sa durée -quinze ans-, sécuriserait les investisseurs tout en instituant une évaluation triennale des dispositifs », explique Brigitte Girardin²⁰² ».

Cette loi modifie le régime de l'aide fiscale par l'article 199 *undecies* B du CGI.

L'aide fiscale est réservée à certains secteurs d'activité. Cette fois, il ne s'agit plus d'indiquer un ensemble de secteurs éligibles, mais de donner également une liste énumérative des secteurs expressément exclus du dispositif²⁰³.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 290.

²⁰¹ *Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'Outre-mer.*

²⁰² Laurence ALLARD et Domitille ARRIVET, « Les DOM-TOM dans le collimateur de Bercy », *Le Point*, 29 mai 2008, p. 2.

²⁰³ CGI, art. 199 *undecies* b. I (en vigueur au 31 août 2003) : « Commerce ; la restauration, à l'exception des restaurants de tourisme classés, les cafés, débits de tabac et débits de boissons ; Conseils ou expertise ; Recherche et développement ; Education, santé et action sociale ; Banque, finance et assurance ; Toutes activités immobilières ; La navigation de croisière, les locations sans opérateur, à l'exception de la location de véhicules automobiles et de navires de plaisance, réparation automobile ; Les services fournis aux entreprises, à l'exception de la maintenance, des activités de nettoyage et de conditionnement à façon et des centres d'appel ; Les activités de loisirs, sportives et culturelles, à l'exception, d'une part, de celles qui s'intègrent directement et à titre principal à une activité hôtelière ou touristique et ne consistent pas en l'exploitation de jeux de hasard et d'argent et, d'autre part, de la production et de la diffusion audiovisuelles et cinématographiques ; Les activités associatives ; Les activités postales. »

La loi innove en faisant varier les taux de défiscalisation en fonction de l'intérêt des projets pour l'économie locale. Par exemple, pour les investissements réalisés dans les secteurs des énergies renouvelables, le taux de réduction d'impôt est porté de 50 à 60% et pour ceux réalisés dans la navigation de plaisance, dans la rénovation et la réhabilitation d'hôtels, de résidences de tourisme et de villages de vacances classés, de 50 à 70%.

Les investisseurs, « non professionnels »²⁰⁴, peuvent imputer leur réduction d'impôt à hauteur de 100% de l'impôt dû au titre d'un exercice contre précédemment le plafonnement à hauteur de 50%. Le taux de rétrocession est revu à la baisse pour les projets d'investissement dont le montant par programme et par exercice n'excède pas 300.000€, passant de 60 (pour les investisseurs défiscalisant soumis à l'IR) à 50%²⁰⁵.

La loi subordonne expressément le montant de la réduction d'impôt à une durée minimale d'exploitation du bien. Ainsi, la réduction d'impôt n'est définitivement acquise qu'à l'issue de celle-ci. A défaut d'exploitation pendant la période minimale (et quelle qu'en soit la cause : procédure collective, accident, mise au rebut...), la réduction d'impôt doit être restituée au Trésor Public au titre de l'année durant laquelle l'inexploitation de l'investissement est constatée.

La loi renforce les contrôles en amont en exigeant pour certaines opérations l'obtention d'un agrément préalable. Tout d'abord, selon leur niveau d'investissement, ainsi les seuils déclenchant la nécessité de l'agrément sont revus à la hausse. Pour les investissements réalisés dans les secteurs non sensibles, le seuil passe à 1 million d'euros (au lieu de 760.000€) et pour ceux réalisés dans les secteurs sensibles à 300.000€ (au lieu de 150.000€). En outre, deux nouvelles conditions s'ajoutent à la liste des critères d'attribution de l'agrément par l'administration : l'investissement réalisé « ne doit pas porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ou constituer une menace pour l'ordre public ou laisser présumer l'existence de blanchiment d'argent » et il doit s'intégrer « dans la politique d'aménagement du

²⁰⁴ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 1. Section 2. §3. D.

²⁰⁵ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'Outre-mer, art. 21.

territoire, de l'environnement et de développement durable » où il est réalisé²⁰⁶, par renvoi de l'article 199 *undecies* B du CGI au III de l'article 217 *undecies* du CGI²⁰⁷. Puis, la liste des secteurs sensibles est révisée, elle intègre désormais les secteurs qui sont soumis à un encadrement communautaire spécifique (transport, agriculture, pêche, industrie du charbon et de la sidérurgie, construction navale, fibres synthétiques, industrie automobile et entreprises en difficulté), afin d'éviter tous conflits d'intérêts avec ledit encadrement communautaire, et les secteurs justifiés par la volonté du législateur de les soumettre à un contrôle systématique (navigation de plaisance, rénovation et réhabilitation d'hôtels, de résidences de tourisme et de villages de vacances classés, concession de service public local à caractère industriel et commercial)²⁰⁸.

II. Son évolution jusqu'en 2012

Suite à des mouvements sociaux d'importance, la loi « Girardin Industriel » a connu des modifications significatives en 2009 avec la LODEOM (a.) puis d'autres modifications ont suivi visant, notamment, à réduire le périmètre du dispositif et à corriger divers abus constatés (b.).

a. La loi pour le développement économique des outre-mer dite « LODEOM »²⁰⁹

Suite aux six semaines de mouvements sociaux de début 2009, en Guadeloupe, Guyane, Martinique et à la Réunion, durant lesquelles la « vie chère » est au centre des débats et revendications, cette loi est votée pour tenter de répondre à ces dernières. Elle vient compléter d'autres dispositifs mis en place par l'Etat et notamment renforcer les incitations fiscales en faveur de l'outre-mer en étendant les dispositifs de 2003 avec des modifications majeures.

²⁰⁶ Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'Outre-mer, art. 31.

²⁰⁷ CGI, art. 199 *undecies* B. II.1 (version en vigueur au 31 août 2003).

²⁰⁸ M. Louis LENGRAND et associés. *Evaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer*. Rapport intermédiaire. Etat des lieux, avril 2017, p.36.

²⁰⁹ Loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des Outre-mer.

La base défiscalisable d'un investissement ouvrant droit à l'avantage fiscal se calcule désormais

« hors taxes et hors frais de toute nature, notamment les commissions d'acquisition, à l'exception des frais de transport, d'installation et de mise en service amortissables, des investissements productifs, diminué de la fraction de leur prix de revient financée par une subvention publique²¹⁰ »

Pour les investissements productifs, la liste des secteurs éligibles intègre les activités de recherche et développement, la pose de câbles sous-marins de communication ou de secours, mais exclut la location et la sous-location avec intermédiaire dans le secteur de la plaisance et des véhicules de tourisme, et l'acquisition de véhicules de tourisme qui ne sont pas strictement indispensables à l'activité de l'exploitant.

Pour les investisseurs soumis à l'IR, le taux de rétrocession de leur avantage fiscal à l'entreprise exploitante passe à 62,5% lorsque le montant de l'investissement réalisé dépasse 250.000€ et à 52,63% pour les autres investissements contre précédemment 50% pour les investissements ne dépassant pas le montant de 300.000€ et 60% pour les autres.

Dans le même temps, un plafonnement global des « niches » fiscales est mis en place par l'article 200-0 A du CGI²¹¹, notamment, pour les investisseurs soumis à l'IR bénéficiant des dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI. Ainsi, leur réduction d'impôt dû au titre de l'IR est limitée à 25.000€ plus 10% de leur revenu imposable pour une année. En 2010, 2011 et 2012, le plafonnement global des avantages fiscaux est revu à la baisse, passant respectivement à 20.000€ plus 8% du revenu imposable²¹², puis à 18.000€ plus 6% du revenu imposable²¹³, et enfin à 18.000€ plus 4% du revenu imposable²¹⁴. Puis, en décembre 2012, le Conseil constitutionnel déclare que la partie proportionnelle au revenu imposable du plafonnement est

²¹⁰ CGI, art. 199 *undecies* B al. 17 (version en vigueur au 29 mai 2009).

²¹¹ Loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, art. 91.

²¹² Loi n°2009-1673 du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, art. 81.

²¹³ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art. 106.

²¹⁴ Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, art. 84.

contraire à la Constitution, en se fondant sur le principe d'égalité devant l'impôt²¹⁵. Il en résulte un nouveau plafonnement exclusivement forfaitaire à compter de 2013. Il fixe le plafond global des avantages fiscaux pour les investissements outre-mer à 18.000€ par an pour les contribuables soumis à l'IR²¹⁶. Cette modification de l'article 200-0 A du CGI entraîne une diminution de quasiment la moitié du montant maximum de la déduction fiscale possible et de fait multiplie par deux les investisseurs à rassembler pour le financement des investissements.

Pour les investissements productifs donnés en location, le seuil de l'agrément est abaissé à 250.000€ (contre 300.000€ précédemment), exception faites des investissements réalisés par des entreprises exerçant leur activité dans un secteur sensible et implantée dans le territoire depuis moins de deux ans et les investissements réalisés par des entreprises exerçant leur activité dans le secteur des transports (à l'exception des taxis) pour lesquels un agrément préalable doit être obtenu quel que soit leur montant.

b. Les autres évolutions jusqu'en 2012

La loi de finances pour 2011²¹⁷ crée des obligations d'immatriculation et de déontologie pour la profession de monteur en défiscalisation qui seront développées ultérieurement.

Alors que le gouvernement mène des campagnes d'incitation aux investissements dans les énergies renouvelables, cette loi exclut du dispositif d'aide à l'investissement productif les installations de production d'électricité qui utilisent l'énergie radiative du soleil. Cette mesure résulte de nombreux abus constatés dans ce domaine, ces investissements étant parfois utilisées comme des instruments d'optimisation fiscale sans utilité ou retour sur investissement réel à long terme²¹⁸.

²¹⁵ CC, Décision n° 2012-662 DC, 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*.

²¹⁶ *Loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013*, art. 73.

²¹⁷ *Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011*.

²¹⁸ M. Louis LENGRAND et associés. *Evaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer*. Rapport intermédiaire. Etat des lieux, avril 2017, p.38.

La loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 opère une nouvelle baisse des taux de réduction d'impôts pour les investissements productifs réalisés par des contribuables soumis à l'IR, ils passent de 50% à des taux variables situés entre 38,25% et 45,9%, sauf cas particuliers, en fonction des territoires sur lesquels sont effectués les investissements ou du type d'investissement.

III. Ses évolutions jusqu'en 2016 malgré sa remise en cause en 2012

A partir de l'année 2012, les critiques du dispositif qui s'étaient exprimées dans les années 2000, comme évoqué précédemment, font l'objet de rapports et de prises de position. Ces dernières interviennent dans un contexte économique générale difficile qui a touché les entreprises des DROM, renforcé par les mouvements sociaux de 2009.

Pour l'année 2011, la dépense fiscale générée par les dispositifs de défiscalisation en faveur des territoires ultramarins s'élève à 1,298 milliards d'euros et, en 2012, à 1,225 milliards d'euros²¹⁹. En mai 2012, un Rapport de la Cour des comptes estime que le coût de ce régime de défiscalisation est « disproportionné » par rapport à d'autres modes d'intervention de l'état (subvention publique...) notamment du fait qu'une partie importante de l'avantage fiscal est conservée par les contribuables et ne profite donc pas à l'outre-mer²²⁰. Il préconise de supprimer « les défiscalisations Girardin » et invite le gouvernement à trouver d'autres modes de financement, d'intervention s'il souhaite poursuivre son soutien aux territoires ultramarins²²¹.

Les représentants de l'outre-mer (élus et patronat notamment) expriment alors des craintes quant à un système de subvention qui serait mis en place et les rendrait dépendant, chaque année, d'une décision budgétaire accordée par l'Etat. Le Rapport de l'Assemblée Nationale du mois de mai 2013, fait mention de cette inquiétude, du

²¹⁹ ASSEMBLEE NATIONALE. Délégation aux Outre-mer. *Rapport d'information n°1024 sur la fiscalisation des investissements outre-mer, présenté par MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER*, 15 mai 2013, p. 74. Sont compris les dispositifs liés à l'impôt sur le revenu (IR) : le Girardin locatif, le Girardin industriel, le Girardin logement social et la défiscalisation liée à l'impôt sur les sociétés (IS).

²²⁰ COUR DES COMPTES. *Rapport public annuel : les défiscalisations « Girardin » en faveur de l'outre-mer*, février 2012, p. 97.

²²¹ *Ibid.*, p.98

souhait d'une évaluation du dispositif et de réponses aux principales critiques exprimées. Tout d'abord, ce rapport estime que :

« ce dispositif [de défiscalisation] est bien adapté à la collecte de l'épargne sur des objectifs ciblés – que ce soit la réalisation de grands projets structurants dans les départements et collectivités d'outre-mer ou la construction de logements neufs destinés aux bailleurs sociaux. Une grande partie du dispositif mérite donc d'être conservé²²² ».

Par ailleurs, il demande l'amélioration du contrôle des intermédiaires et une meilleure traçabilité des investissements. Puis, il émet la possibilité d'instauration d'un crédit d'impôt, réservé aux entreprises ayant un chiffre d'affaires important, après une étude de son impact éventuel. En outre, il propose de « réduire le seuil de la défiscalisation de plein droit en le faisant passer de 250.000€ à 150.000€ »²²³. Enfin, il estime urgent d'ouvrir des négociations avec Bruxelles pour obtenir le renouvellement du régime fiscal dérogatoire venant à échéance fin 2013 (*cf.* la politique de cohésion européenne²²⁴), afin d'« introduire de la visibilité dans le système [...] pour passer du concept tant décrié de " niche " à celui de véritable procédure incitative visant à la relance des investissements »²²⁵.

Il en résulte que la loi de finances pour 2014 reprend les préconisations du rapport de mai 2013 en actant la sauvegarde du système dans certains secteurs et en introduisant le basculement vers le crédit d'impôt, codifié dans l'article 244 *quater* W du CGI²²⁶.

La loi étend le champ d'application de l'avantage fiscal aux véhicules de tourisme, mais supprime des dépenses, jusque-là éligibles à la réduction d'impôt, relatives à l'utilisation de logiciels ayant servi lors des travaux de rénovation.

²²² ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1024 sur la fiscalisation des investissements outre-mer, présenté par MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER, op. cit., p. 50.*

²²³ *Ibid.*, p. 51.

²²⁴ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 1. Section 2. §2.

²²⁵ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1024 sur la fiscalisation des investissements outre-mer, présenté par MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER, op. cit., p. 55*

²²⁶ *Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, art. 21.*

Pour les investissements productifs qui sont réalisés par des entreprises assujetties à l'IS, le taux passe à 77% contre 75% auparavant. Pour les investissements donnés en location, les taux de rétrocession sont revus à la hausse en faveur des locataires ultramarins. Ainsi, pour les investissements réalisés par des contribuables soumis à l'IR, lorsque leur montant est supérieur ou égal à 250.000€, le taux appliqué passe de 62,5 à 66%. Pour les autres, le taux augmente de 52,63 à 56%.

Alors que la loi prévoyant l'encadrement des intermédiaires en défiscalisation en outre-mer date de la loi de finances pour 2011²²⁷ (article 242 *septies* du CGI), le décret n°2015-149, pris le 10 février 2015, relatif aux obligations déclaratives et à la mise en concurrence des intermédiaires en défiscalisation outre-mer, est publié le 12 février 2015. Il a pour objet de définir la réglementation de la profession d'intermédiaire en défiscalisation outre-mer. En cela, est confirmé un renforcement du contrôle sur l'activité des monteurs de certaines de ces opérations de défiscalisation (notamment dans le cadre de l'article 199 *undecies* B du CGI). Cet encadrement se fait, notamment, par l'obligation d'une inscription en préfecture, d'une signature de la charte de déontologie, d'une déclaration annuelle sur l'entreprise déclarante ainsi que sur chaque opération avec des informations sur l'exploitant. La charte définit le cadre de la profession des monteurs et détaille les procédures de mise en concurrence entre eux (un chapitre sera dédié plus loin à cette réglementation).

L'article 67, de la loi de finances rectificative pour 2014²²⁸, met en conformité avec le droit communautaire certains dispositifs d'aide fiscale prévus par l'article 21 de la loi de finances 2014, comme la réduction d'impôt prévue par l'article 199 *undecies* B du CGI en modifiant le premier alinéa de son I²²⁹, condition de leur applicabilité au 1^{er}

²²⁷ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

²²⁸ Loi n°2014-1655 du 29 Décembre 2014 de finances rectificative pour 2014, art. 67.

²²⁹ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 1 : « Lorsque l'activité est exercée dans un département d'outre-mer ou à Saint-Martin, l'investissement doit être un investissement initial, au sens de l'article 2 du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission, du 17 juin 2014, déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, et il ne doit pas être exploité par une entreprise en difficulté, au sens du même règlement ».

janvier 2015. Désormais, la quasi-totalité des dispositifs ultramarins d'aides, à finalité régionale, aux investissements est placée sous le RGEC applicable.

Afin de stabiliser le cadre des aides à l'investissement d'outre-mer au moins jusqu'au 31 décembre 2020 et ainsi de faire coïncider le terme des dispositifs fiscaux avec celui du RGEC, l'article 110 de la loi de finances pour 2016²³⁰ proroge l'application des régimes prévus à l'article 199 *undecies* B dans tous les départements d'outre-mer et à Saint-Martin jusqu'en 2020. En effet, le RGEC doit être réexaminé cette même année²³¹. Toutefois dès un rapport de 2015, M. Serge LARCHER, sénateur, émettait l'avis qu'il ne voyait aucun empêchement à reporter la date limite des incitations fiscales pour les DROM jusqu'à fin 2025, plutôt qu'à fin 2020, dans la loi de finances pour 2016. Il justifiait son avis, notamment, ainsi :

« c'est surtout en travaillant à rendre plus stable et plus lisible le cadre juridique et fiscal que nous pourrions faciliter l'offensive économique dans nos outre-mer. Comme le rappelle le Conseil d'État, l'instabilité plus encore que l'inflation est le principal défaut de notre législation. Plus précisément, le doute récurrent qui plane sur la pérennité des dispositifs handicape l'attractivité des territoires car elle crée de l'incertitude sur la viabilité économique des projets d'investissement²³² ».

Ce report à fin 2025 a finalement été adopté lors de la loi de finances pour 2019²³³, après qu'un nouveau rapport d'information ait rappelé que « cet outil fiscal d'accompagnement pour le développement économique des outre-mer présente depuis plus de trente ans une vraie pérennité, et son principe n'est plus discuté²³⁴. »

²³⁰ Loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016.

²³¹ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 1. Section 2. §2.

²³² SENAT. Commission des affaires économiques. *Avis n°165 sur le projet de loi de finances pour 2016, présenté par M Serge LARCHER*, 19 novembre 2015, p. 33.

²³³ Loi n°2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019.

²³⁴ ASSEMBLEE NATIONALE. Délégation aux Outre-mer. *Rapport n°1153 sur la défiscalisation dans les outre-mer, présenté par MM. Philippe GOMÈS et Philippe VIGIER*, 11 juillet 2018, p. 7.

Chapitre 2 : Le bénéfice de la défiscalisation

Comme nous l'avons vu précédemment, le régime d'aide fiscale date des années 1950. Il était à l'origine un simple dispositif d'allégement sur l'imposition des bénéfices des entreprises ultramarines. Puis, au fur et à mesure des années, il est devenu un régime d'aide à l'investissement faisant intervenir l'épargne métropolitaine. Ainsi, afin de promouvoir le développement économique des DROM et COM, l'investissement productif pour les particuliers est encouragé par l'État français *via*, notamment, le dispositif prévu par l'article 199 *undecies* B instauré depuis le 31 mars 2001. Cette évolution a élargi le nombre des parties prenantes au dispositif de défiscalisation : investisseurs, exploitants, intermédiaires...

C'est pourquoi dans un premier temps, seront présentées ces parties prenantes impliquées et les niveaux auxquels elles interviennent dans le régime de défiscalisation (Section 1). Ces différents acteurs souhaitent déployer leur action dans diverses activités et types d'investissements, mais ces derniers sont limités par les dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI qui conditionnent l'avantage fiscal à des investissements dans des secteurs précis, à la typologie même des investissements et, encore, dans certains cas, à la nécessité d'un agrément fiscal (Section 2). Autant de préalables à la possible réduction d'impôt, auxquels peut s'ajouter une limitation de son cumul avec d'autres aides publiques (Section 3).

Section 1 : Les bénéficiaires

Le dispositif prévu par l'article 199 *undecies* B répond à l'intérêt commun de divers acteurs. En effet, rappelons que ledit dispositif vise à préserver et à améliorer l'emploi, à augmenter et distribuer des revenus, à préserver la cohésion sociale, à promouvoir un développement équilibré et à réduire durablement l'écart de développement entre les territoires ultramarins et les régions françaises métropolitaines. Ainsi, il a des effets qui élargissent le champ des acteurs concernés par sa mise en œuvre, bénéficiaires directs ou indirects de ce régime.

Dans la forme actuelle du dispositif de défiscalisation prévu par l'article 199 *undecies* B du CGI, il est possible d'identifier plusieurs groupes de parties prenantes. Comme précédemment indiqué, l'objectif premier de l'Etat au travers de ce dispositif est de permettre un transfert de capitaux vers les territoires ultramarins et précisément vers les entreprises éligibles. Il existe donc, d'une part, des bénéficiaires directs de l'avantage fiscal que sont les investisseurs /contribuables et les entreprises exploitantes (§1) et d'autre part, des bénéficiaires indirects que sont les fournisseurs et divers intervenants (§2). Par ailleurs, les acteurs institutionnels sont également une partie prenante, puisque ce sont leurs services qui interviennent sur différents projets d'agrément et qui, de manière indirecte, ont une influence sur les modifications et l'application de la loi (§3).

§1. Les bénéficiaires directs de l'avantage fiscal

D'une part, les investisseurs/contribuables, qui mobilisent leur épargne dans les opérations de défiscalisation pour en retirer une réduction d'impôt, dans le cadre de la défiscalisation externalisée (A.), et, d'autre part, les entreprises exploitantes, acteur principal dans la mise en œuvre des investissements défiscalisant (B.), sont les parties prenantes directement bénéficiaires de l'avantage fiscal.

A. Les particuliers investisseurs

Les contribuables qui peuvent bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à raison des investissements productifs neufs qu'ils réalisent dans les départements et/ou collectivités d'outre-mer doivent être domiciliés en France au sens de l'article 4 B du CGI. Cet article dispose que :

« 1. Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4A²³⁵ :

a. Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ;

²³⁵ CGI, art. 4 A : « Les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus. Celles dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de source française ».

b. Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ;

c. Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques.

2. Sont également considérés comme ayant leur domicile fiscal en France les agents de l'Etat qui exercent leurs fonctions ou sont chargés de mission dans un pays étranger et qui ne sont pas soumis dans ce pays à un impôt personnel sur l'ensemble de leurs revenus.²³⁶ »

Le contribuable doit réaliser ses investissements productifs dans les DROM/COM soit directement dans le cadre d'une entreprise « exerçant une activité agricole, industrielle, commerciale ou artisanale relevant de l'article 34 du CGI²³⁷ » ; soit le contribuable peut y procéder par l'intermédiaire d'une société ou d'un groupement soumis au régime d'imposition prévu à l'article 8 du CGI, à l'exclusion de certaines formes de sociétés (point qui sera développé plus loin). Dans ce cas, la réduction d'impôt qu'il peut pratiquer est proportionnelle à ses droits dans la société ou le groupement. Ce principe de défiscalisation externalisée fera l'objet d'un long développement dans un prochain chapitre.

La réduction d'impôt est pratiquée au titre de l'année au cours de laquelle l'investissement productif est mis en service²³⁸, ou au titre de l'année au cours de laquelle les fondations sont terminées lorsqu'il s'agit de l'achat d'un immeuble industriel à construire. A défaut d'achèvement de l'immeuble dans les deux ans qui suivent la date d'achèvement des fondations, une reprise de la réduction d'impôt est effectuée sur l'année au cours de laquelle expire le délai de deux ans²³⁹.

²³⁶ CGI, art. 4 B.

²³⁷ CGI, art. 34 : « Sont considérés comme bénéficiaires industriels et commerciaux, pour l'application de l'impôt sur le revenu, les bénéfices réalisés par des personnes physiques et provenant de l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale. Il en est de même, dans les mêmes conditions, des bénéfices réalisés par les concessionnaires de mines, par les amodiataires et sous-amodiataires de concessions minières, par les titulaires de permis d'exploitation de mines et par les explorateurs de mines de pétrole et de gaz combustibles. Par exception aux dispositions du premier alinéa, sont classés dans la catégorie des salaires les revenus correspondant aux rémunérations dites " à la part " perçues au titre de leur travail personnel par les artisans pêcheurs, ainsi que, lorsqu'ils sont embarqués, par le ou les pêcheurs associés d'une société de pêche artisanale, telle que définie à l'article L.931-2 du code rural et de la pêche maritime et soumise au régime d'imposition prévu à l'article 8 ».

²³⁸ A compter du 1^{er} janvier 2015, et en application du B du I de l'article 21 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 tel que modifié par l'article 67 de la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014.

²³⁹ BOI-BIC-RICI-20-10-20-50-20160601, III § 180.

Lorsque l'année de réalisation de l'investissement productif, le contribuable est redevable d'un impôt inférieur au montant de la réduction d'impôt, un report du solde de celle-ci peut être opéré sur l'impôt sur le revenu des cinq années suivantes²⁴⁰.

B. Les entreprises locataires

Les entreprises faisant appel au régime d'aide fiscale prévu par l'article 199 *undecies* B du CGI pour défiscaliser leur investissement se divisent en deux catégories. Tout d'abord, certaines entreprises réalisent leur projet d'investissement directement en acquérant elles-mêmes leurs investissements qu'elles exploitent ensuite également directement. Elles sont donc tout à la fois « investisseurs » et « exploitants ». Puis, d'autres entreprises utilisent le schéma locatif de la défiscalisation externalisée, celui qui nous intéresse. Des structures juridiques sont constituées par l'association de plusieurs personnes physiques et/ou morales dont l'objectif est de défiscaliser leur revenu. Elles sont créées à l'effet de réaliser un ou plusieurs projets d'investissement au cours d'une seule année et de les mettre en location auprès des entreprises domiennes pour leur vendre à l'issue d'une période de cinq ans. Investisseurs et exploitants sont donc, dans un premier temps, des personnes/entités distinctes. Dans le cadre de cet investissement industriel réalisé de façon externalisée, les entreprises locataires bénéficient d'une rétrocession de l'avantage fiscal obtenu par les particuliers sous forme de diminution du loyer et du prix de cession du bien à l'exploitant au terme de la période locative, points qui seront explicités et développés plus loin.

Les entreprises éligibles au dispositif sont, selon l'article 199 *undecies* B du CGI, les entreprises « exerçant une activité agricole ou une activité industrielle, commerciale ou artisanale relevant de l'article 34 » du CGI. En outre, depuis le 1^{er} juillet 2014, d'autres conditions sont venues s'ajouter pour les entreprises situées dans les DROM²⁴¹. A compter de cette date, l'entreprise concernée doit avoir réalisé un chiffre

²⁴⁰ *Ibid.*, I § 30.

²⁴¹ CGI, art. 199 *undecies* B (versions en vigueur du 1^{er} juillet 2014 au 31 décembre 2015).

d'affaires, au titre de son dernier exercice clos, inférieur à 20 millions d'euros, qu'elle effectue l'investissement directement ou de façon externalisée²⁴². Dans ce deuxième cas, elle communique le montant de son chiffre d'affaires à la société qui réalise l'investissement. Puis à compter du 1^{er} janvier 2016 :

« ce seuil de chiffre d'affaires est ramené à 15 millions d'euros, 10 millions d'euros et 5 millions d'euros pour les investissements que l'entreprise réalise au cours des exercices ouverts à compter, respectivement, du 1^{er} janvier 2018, du 1^{er} janvier 2019 et du 1^{er} janvier 2020²⁴³. »

En outre, depuis le 1^{er} janvier 2015, l'article 199 *undecies* B du CGI est subordonné au RGEC n°651/2014²⁴⁴, pour les investissements réalisés dans les départements d'outre-mer et à Saint-Martin, et celui-ci dispose dans son considérant n°14 qu'une entreprise en difficulté n'est plus éligible au bénéfice de défiscalisation²⁴⁵.

§2. Les bénéficiaires indirects de l'avantage fiscal

Dans le cadre de la défiscalisation externalisée, deux autres groupes d'acteurs sont bénéficiaires de façon indirecte du dispositif. Dès que l'entreprise exploitante a défini son besoin, elle établit une relation avec ses fournisseurs qui, de manière indirecte, bénéficient des financements mobilisés au travers de la défiscalisation (A.). Par ailleurs, l'entreprise exploitante a besoin de prestataires de services financiers et juridiques (notamment les banques) et d'intermédiaires pour les opérations externalisées, autant d'intervenants bénéficiant des effets de la défiscalisation (B.).

A. Les fournisseurs de biens

Les fournisseurs peuvent présenter simplement des devis aux entreprises, mais certains vont plus loin en intégrant le processus de défiscalisation à leur proposition.

²⁴² La loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 a repris les préconisations de MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER, qui, dans leur rapport précité (p. 40), préconisaient de conserver le système de défiscalisation, mais en introduisant un basculement vers le crédit d'impôt à partir d'un certain chiffre d'affaires et après étude d'impact.

²⁴³ CGI, art. 199 *undecies* B (version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016).

²⁴⁴ CGI, art. 199 *undecies* B, V.

²⁴⁵ Le RGEC donne la définition des entreprises en difficultés dans son art. 2, 18.

Ils sont souvent en relation avec des cabinets monteurs d'opérations de défiscalisation qui leur permettent de faire une proposition de prix de vente prenant en compte l'avantage fiscal²⁴⁶. Les fournisseurs qui optimisent ainsi leur chance de vente en faisant une offre « clé en main » bénéficient de façon indirecte de la défiscalisation.

Il apparaît donc qu'il existe un réseau élargi d'acteurs mobilisés lors de la mise en œuvre du dispositif de défiscalisation et que cela contribue à la dynamique des territoires d'outre-mer, en augmentant l'activité de fournisseurs permettant ainsi la création ou le maintien d'emplois.

B. Les prestataires de services financiers et juridiques

Le dispositif de défiscalisation vise un flux de capitaux de la métropole vers les régions ultramarines. De ce fait, dans son processus externalisé²⁴⁷, il existe divers acteurs d'intermédiation, notamment les banques et les cabinets de défiscalisation qui font le lien entre les investisseurs et les entreprises exploitantes éligibles, mais aussi, entre ces dernières et les acteurs institutionnels lorsque des subventions ou autres aides publiques sont également sollicitées ou lorsque des agréments préalables sont requis.

Les cabinets de défiscalisation ne sont pas pour le moment des professions réglementées (comme nous le verrons plus loin). Cependant, les grandes banques ont des sociétés dédiées à la défiscalisation qui sont soumises au contrôle bancaire. Les cabinets de défiscalisation accompagnent, d'un côté, les exploitants dans le montage de leur projet et sont souvent mandatés par ces derniers pour suivre l'instruction des dossiers de demandes de financements publics ou d'agrément près des DRFIP ou de la DGFIP. D'un autre côté, ils créent les véhicules fiscaux porteurs des projets pour permettre aux investisseurs leur réduction d'impôt. En outre, une fois les investissements livrés et mis en service, les cabinets doivent assurer la gestion desdits

²⁴⁶ Renault Martinique « Gestion et financements – Défiscalisation », [en ligne], s.d., [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible sur : <http://www.renault-martinique.com/servicesentrep/Defisc.html>; Carmo « Offre spéciale défiscalisation », [en ligne], s.d., [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible sur : <http://www.tovota-guadeloupe.fr/wp-content/uploads/2016/catalogueRAV4/brochure.pdf>

²⁴⁷ Lorsque l'investissement est réalisé par l'intermédiaire d'une structure transparente, de type SNC.

véhicules fiscaux pendant cinq ans. Parfois, ils font appel à des gestionnaires de patrimoine pour faire connaître leurs produits²⁴⁸.

Cependant, tous les secteurs d'activités et types d'investissement ne sont pas éligibles à ce dispositif, comme cela a été mentionné succinctement précédemment.

§3. *Les acteurs institutionnels*

Ensuite viennent les acteurs institutionnels tels que les services de l'Etat, à divers niveaux, qui ont un rôle, en amont, pour la délivrance d'agrément et, en aval, pour le contrôle des opérations d'investissements, mais aussi les collectivités locales qui gèrent la distribution des fonds européens et des subventions, et enfin, les institutions européennes qui octroient lesdits fonds européens et règlementent leur modalité d'obtention.

Les dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI prévoient que certains investissements réalisés par les entreprises soumises à l'impôt sur le revenu nécessitent un agrément préalable du ministre chargé du budget dès lors qu'ils sont effectués pour une entreprise exerçant une activité dans un secteur sensible ou dépassent certains montants²⁴⁹. La demande doit être déposée avant la réalisation de l'investissement.

Concernant les secteurs sensibles, il s'agit des investissements qui concernent les secteurs des transports (à quelques dispenses près²⁵⁰), de l'industrie automobile, de l'industrie charbonnière, de la sidérurgie, de la navigation de plaisance, de la construction navale, de l'agriculture, de l'aquaculture, de la pêche maritime, des

²⁴⁸ SENAT. Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART*, 7 novembre 2002, p. 66 ; Disponible sur : <https://www.jpdistribution.fr/partenaires/> : « Pourquoi devenir partenaire de JP Distribution ? [...] Faites bénéficier vos clients [...] de l'optimisation fiscale avec la loi Girardin industriel et de l'immobilier [...] Notre équipe est entièrement dédiée au service des CGPI et de leurs clients, et peut intervenir sur la France entière ». » [consulté le 3 octobre 2019].

²⁴⁹ Une dispense d'agrément pour les investissements inférieurs à 250.000€ par programme est possible si lorsqu'elle réalise l'investissement ou le reçoit en location, elle justifie, à la date de réalisation de l'investissement, d'une exploitation effective depuis au moins deux ans outre-mer. (BOI-SJ-AGR-40-20160706 au II § 260).

²⁵⁰ BOI-SJ-AGR-40-20160706 au I § 90 : « Concernant le secteur des transports, sont dispensés d'agrément les véhicules neufs de moins de sept places acquis par les entreprises de transports publics de voyageurs et affectés de façon exclusive à la réalisation desdits transports lorsque les conditions de transport sont conformes à un tarif réglementaire ».

fibres synthétiques, ou concernant la rénovation et la réhabilitation d'hôtel, de résidence de tourisme et de village de vacances classés ou des entreprises en difficultés²⁵¹, ou qui sont nécessaires à l'exploitation d'une concession de service public local à caractère industriel et commercial; mais aussi, des équipements et opérations de pose de câbles sous-marins.

Concernant les seuils d'investissements, il s'agit des investissements dont le montant total par programme est supérieur à un montant de 250.000€²⁵², lorsque le contribuable ne participe pas à l'exploitation²⁵³, et, dans le cas contraire; des investissements dont le montant total par programme est supérieur au montant de 1M€²⁵⁴. Le programme d'investissements s'apprécie tout d'abord au niveau de l'exploitant outre-mer et ensuite, le cas échéant, au niveau du bailleur lorsque l'exploitant n'est pas le propriétaire.

L'arrêté du 4 janvier 1994, relatif à la déconcentration de l'agrément prévu au III ter de l'article 238 bis HA du CGI, a complété le livre Ier de l'annexe IV au CGI, troisième partie, titre II, la section IV par l'article 170 *decies* instituant ainsi des règles de partage des agréments entre le ministre chargé du budget et les directeurs départementaux ou régionaux des services fiscaux.

L'examen de la demande et la décision d'agrément relève de la compétence du ministre chargé du budget notamment lorsque le programme d'investissements est d'un montant supérieur à 5 millions d'euros²⁵⁵, concernant les investissements

²⁵¹ Au sens de l'article 2 du règlement UE n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 et exception faite, depuis le 1^{er} janvier 2015, des investissements réalisés par une entreprise en difficulté située dans les DOM ou à Saint-Martin qui ne sont plus éligibles à l'aide fiscale (*BOI-BIC-RICI-20-10-10-10-20160601 au IV § 370*).

²⁵² *CGI*, art. 199 *undecies* B (versions en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2014). Dans les versions antérieures, il s'agissait du montant total par programme et par exercice. Ainsi, depuis le 1^{er} juillet 2014, l'entreprise qui répartit sur deux exercices la réalisation d'un programme dont le montant global excède le seuil doit se soumettre à la procédure d'agrément préalable même si, au titre de chacun des exercices concernés pris isolément, les investissements envisagés sont inférieurs au seuil.

²⁵³ *CGI*, art. 156, I, 1^o bis. Les situations visées sont essentiellement celles dans lesquelles les investissements sont acquis par une société ou un groupement dont les associés ou membres pour les donner en location à des entreprises qui les exploitent en outre-mer. Dans ce cas, le programme d'investissements comprend l'ensemble des investissements réalisées par la même société ou le même groupement « *au titre d'un même exercice et ce quels que soient le nombre et l'identité des locataires* ». (*BOI-SJ-AGR-40-20160706 au I § 150*).

²⁵⁴ *CGI*, art. 199 *undecies* B (version en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2014). Dans les versions antérieures il s'agissait du montant total par programme et par exercice.

²⁵⁵ Jusqu'au 17/12/2016, le seuil était de 1,5 million d'euros.

productifs réalisés en application des dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI²⁵⁶ ; qu'il est réalisé dans plus d'une région ultramarine ou dans un COM²⁵⁷, ou bien lorsque l'affaire est évoquée par le ministre. La décision est prise après que le ministre en charge de l'outre-mer ait donné son avis²⁵⁸. La Direction Générale des Finances Publiques (DGFIP) reçoit les demandes et dispose d'un bureau spécifique pour lesdits agréments et les rescrits, le Bureau des Agréments (BAGR) qui fait partie de ses services juridiques dédiés à la fiscalité.

Dans les autres cas, pour les départements d'outre-mer, les agréments sont traités en administration locale. Le Directeur Départemental ou Directeur Régional des Finances Publiques (DRFIP) du département dans lequel est réalisé le programme d'investissements est compétent pour examiner la demande et rendre la décision d'agrément. La décision est prise après que le préfet du département d'outre-mer concerné ait donné son avis.²⁵⁹

Les agréments sont donc traités par l'administration centrale, la DGFIP ou par les DRFIP.

Après que l'instruction par les DRFIP ou la DGFIP ait confirmé l'éligibilité des demandeurs au regard du Bulletin Officiel des Finances Publiques (BOFIP) et autres dispositions légales, celles-ci s'adressent, pour différents aspects des projets soumis, à divers services déconcentrés de l'Etat dont l'expérience leur permet de conduire l'instruction des demandes. Ainsi, les Préfectures et les services du Secrétaire Général pour les Affaires Régionales (SGAR) sont sollicitées et sont également destinataires des demandes d'agrément. Ils sollicitent à leur tour l'avis technique d'autres services pour leur compétence spécifique de leur domaine d'activité (Directions Régionales des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du

²⁵⁶ CGI, art. 170 *decies*, annexe IV, I.

²⁵⁷ Pour les investissements réalisés dans ces territoires d'outre-mer, l'agrément est toujours accordé par le ministre du budget puisque l'administration fiscale de l'Etat n'est pas présente dans ces territoires.

²⁵⁸ CGI, art. 140 *terdecies*, annexe II, al. 1.

²⁵⁹ *Ibid.*, al. 2.

Travail et de l'Emploi (DIRECCTE), Directions de l'Agriculture, de l'Alimentation et de la Forêt (DAAF), Directions de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement (DEAL)). Ils rédigent, par suite, sur la base des retours qui leur sont faits par ces derniers et en fonction de critères particuliers (logique de développement, impact sur l'emploi, objectifs de développement durable...), un avis définitif qu'ils transmettent, lorsque la demande émane de la DGFIP, au ministère des outre-mer qui transmet, à son tour, son propre avis au BAGR et rescrits et, lorsque la demande leur a été transmise par la DRFIP, à cette dernière. La DIRECCTE est chargée de transmettre son avis sur les projets d'investissement quant à leur intérêt économique et au respect de la législation sur le travail. La DAAF intervient dans l'analyse de la conformité aux normes (normes vétérinaires, réglementation des installations classées pour la protection de l'environnement...) des projets présentés par des exploitants agricoles et donne son avis sur ces points.

Dans le processus de défiscalisation, de nombreux acteurs institutionnels sont donc sollicités. Leur intervention est importante, car elle permet d'apporter des garanties, quant à la réalisation de l'investissement au niveau technique, en examinant si le projet répond aux contraintes techniques liées (par exemple les impacts sur l'environnement), mais aussi de vérifier la conformité de la société exploitante au regard de la réglementation de son métier. Cela peut aboutir à la nécessité de certains compléments d'investissements pour mettre le projet et/ou la société en conformité²⁶⁰.

De façon concomitante à la demande d'agrément, les instructions pour délivrer des subventions ou aides publiques relatives aux investissements concernés sont initiées. Les collectivités interviennent donc comme acteur dans la gestion des fonds européens et des subventions qu'elles allouent aux acteurs régionaux. Or, ces subventions vont nécessairement avoir une influence sur le plan de financement de l'investissement, de ce fait les banques qui sont sollicitées pour ce dernier vont

²⁶⁰ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER*, op. cit., p. 32. Les sénateurs Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER illustrent cette hypothèse par la construction d'une usine d'aliments pour animaux à la Réunion : le projet a dû intégrer un processus de traitement des odeurs du fait d'une demande faite notamment par la DAAF compte tenu de la densité de population environnante.

attendre que les arrêtés de subvention soient rendus pour se prononcer à leur tour sur leur accord de crédit.

L'agrément ne peut être donné que dès lors que lesdits arrêtés et les décisions des comités de crédit des banques sont connus, en effet, les premiers ont un effet sur le calcul de la base défiscalisable du projet et les deuxièmes permettent de s'assurer de son financement complet.

Lorsque le coût admissible des investissements est supérieur à 100 M€, l'Etat français est soumis à l'obligation de notification du projet à la Commission européenne, conformément aux dispositions de l'article 4 et de l'article 2 point 20 du règlement (UE) N° 651/2014 de la commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur, en application des articles 107 et 108 du traité (RGEC) sous lequel sont placés, depuis 1^{er} janvier 2015, les régimes d'aide fiscale à l'investissement productif outre-mer prévus notamment à l'article 199 *undecies* B du CGI²⁶¹. Dans ce cas, l'octroi de l'agrément est donc subordonné à l'avis favorable de la Commission européenne qui résulte de son examen de la conformité du dispositif d'aide fiscale à l'investissement aux règles communautaires qui précisent le champ d'application de l'article 107 du traité.

Tous ces acteurs en charge de l'évaluation, du contrôle et de la formulation d'avis sur les divers projets ont un effet sur l'évolution du dispositif et de manière indirecte ont une influence sur les modifications et l'application de la loi.

²⁶¹ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du Traité, art. 2, 20. : « " montant ajusté de l'aide " : le montant maximal de l'aide autorisé pour un grand projet d'investissement, calculé en appliquant la formule suivante :

$$\text{montant maximal de l'aide} = R \times (A + 0,50 \times B + 0 \times C)$$

où: *R* est l'intensité d'aide maximale applicable dans la zone concernée, prévue dans une carte des aides à finalité régionale approuvée et en vigueur à la date d'octroi de l'aide, à l'exclusion de l'intensité d'aide majorée en faveur des PME; *A* est la première tranche des coûts admissibles de 50 millions EUR, *B* est la tranche des coûts admissibles comprise entre 50 millions et 100 millions EUR et *c*'est la part des coûts admissibles supérieure à 100 millions EUR ».

Section 2 : Les conditions

§1. Les opérations éligibles

A. Les secteurs concernés

Initialement, l'article 199 *undecies* B du CGI mentionnait la liste des activités éligibles²⁶², excluant ainsi des investissements pouvant être porteurs de développement économique, mais réalisés dans des secteurs d'activité jugés non prioritaires par le législateur.

Un rapport d'information n°51 a été effectué par M. Roland du Luart lors de la session ordinaire du Sénat de 2002-2003. Celui-ci préconisait « d'inverser la logique qui a prévalu jusqu'ici en considérant que l'ensemble des secteurs d'activité peuvent bénéficier de la défiscalisation, à l'exception de ceux expressément exclus par le législateur²⁶³ ». L'idée était donc, d'une part, d'exclure certains secteurs pour des raisons économiques (notamment ceux n'encourageant pas la production locale, comme le commerce fonctionnant principalement avec des produits importés) et fiscales (en excluant des domaines dans lesquels des abus avaient été constatés, comme le secteur de la plaisance) et, d'autre part, de favoriser certains secteurs en accroissant l'intensité de l'aide fiscale. Ainsi pour les secteurs d'activité jugés prioritaires, M. Roland du Luart, dans son rapport précité, proposait d'accorder « aux secteurs à la fois essentiels au développement économique de l'outre-mer et dans lesquels les entreprises connaissent aujourd'hui des difficultés importantes²⁶⁴ » le taux le plus élevé « dans la limite autorisée par le droit communautaire (pour les petites moyennes entreprises, 75% au plus du coût des investissements peuvent être

²⁶² CGI, art. 199 *undecies* B, I (version en vigueur du 31 mars 2001 au 22 juillet 2003) : « entreprise exerçant une activité dans les secteurs de l'industrie, de la pêche, de l'hôtellerie, du tourisme à l'exclusion de la navigation de croisière, des énergies nouvelles, de l'agriculture, du bâtiment et des travaux publics, des transports, de l'artisanat, de la maintenance au profit d'activités exercées dans l'un des secteurs mentionnés au présent alinéa, de la production et de la diffusion audiovisuelles et cinématographiques, des services informatiques ou réalisant des investissements nécessaires à l'exploitation d'une concession de service public local à caractère industriel et commercial qui constituent des éléments de l'actif immobilisé ».

²⁶³ SENAT. Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, *op. cit.*, p. 113.

²⁶⁴ *Ibid.*, p.114 : « Il en est notamment ainsi du secteur de l'hôtellerie ou des travaux de rénovation d'hôtel ».

financés par des subventions publiques, ce taux tombant à 65% pour les grandes entreprises)²⁶⁵ ».

Il en est résulté des modifications de l'article 199 *undecies* B précité entrées en vigueur dès le 1^{er} septembre 2003. Notamment, il est fait mention que globalement les investissements doivent être réalisés dans le cadre d'une entreprise exerçant une activité agricole ou une activité industrielle, commerciale ou artisanale relevant de l'article 34 du CGI, et une liste énumérative des secteurs expressément exclus du dispositif est ajoutée²⁶⁶, ainsi que des taux bonifiés²⁶⁷.

Puis, au fil des années, des spécificités territoriales sont apparues avec la nécessité de projets structurants y répondant. Pour exemples de 2009 à 2013, certaines régions se sont avérées être demandeuses de biens destinés à l'industrie (la Réunion avec le projet « Source des eaux de Basse Vallée » qui est un projet consistant en la réalisation d'une usine de mise en bouteille d'eau de source²⁶⁸), d'autres plus centrées sur le secteur agricole (la Martinique avec le projet « Les jardins de Château Gaillard » consistant en la création d'une unité de production de tomates sous serres²⁶⁹), ou sur le secteur des transports et de stockage (la Guadeloupe avec le projet « Logidom » qui a permis la création d'une plateforme logistique contribuant à la réduction des coûts et à la lutte contre la vie chère²⁷⁰) ou bien encore des

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ CGI, art. 199 *undecies* B – I, al. 1 à 14 (version en vigueur depuis le 31 août 2003).

²⁶⁷ CGI, art. 199 *undecies* B – I, al. 18 (version en vigueur depuis le 31 août 2003) : « *Le taux de la réduction d'impôt est porté à 70% pour les travaux de rénovation et de réhabilitation d'hôtel, de résidence de tourisme et de village de vacances classés dans les départements d'outre-mer* ».

²⁶⁸ Jean-Pierre VIDOT, « Australine : la fierté de Saint-Philippe », *Clicanoo*, [en ligne], 21 septembre 2013, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.clicanoo.re/Economie/Article/2013/09/21/Australine-la-fierté-de-Saint-Philippe_262041/ : « *Le marché des eaux de source à La Réunion a longtemps été monopolisé par Edena [...]. En 2005, la Société des Eaux de Basse-Vallée, nouvellement créée a fêté le démarrage de sa première chaîne de production d'eau de source, baptisée Australine. Un investissement de trois millions d'euros ayant bénéficié d'aides de la Région et de l'Europe et accueilli avec bonheur par la population* ».

²⁶⁹ L'Europe en France. « Nouvelle technologie pour la production de tomates », [en ligne], s.d., [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.europe-en-france.gouv.fr/fr/projets/nouvelle-technologie-pour-la-production-de-tomates/> : « *Entre 2003 et 2004 la production de tomates à la Martinique est passée de 6000 à 2000 tonnes. En cause : une petite mouche ravageuse de plants, l'aleurode, et le flétrissement bactérien. L'idée innovante de ce projet est de cultiver les tomates en hors-sol dans des serres étanches pour empêcher toute introduction de bactéries* ».

²⁷⁰ Ecofip. « Nos réalisations », [en ligne], s.d., [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.ecofip.com/category/realisations/> : « *En 2012, FRIGODOM lance la plateforme LOGIDOM en Guadeloupe afin de proposer une offre logistique globale à toute entreprise désireuse d'externaliser l'ensemble de la logistique sur l'ensemble de la chaîne, de son approvisionnement extérieur jusqu'au client final en passant par cette plateforme de 95.000m3* ».

télécommunications (Mayotte avec le projet de câble sous-marin « Lion 2 », en fibre optique, qui a permis la connexion entre Madagascar et le Kenya²⁷¹).

Mais aussi, au cours de ces années, l'aide fiscale a provoqué un effet d'aubaine dans certains secteurs d'activité, il en est résulté de nombreux investissements sans rapport avec le réel besoin économique local. Par exemple, s'est formée la « bulle photovoltaïque ». Outre l'aide fiscale, EDF devait racheter l'énergie produite à un tarif intéressant ce qui a occasionné des dérives spéculatives dans ce secteur²⁷².

Le législateur a souhaité conserver un contrôle sur les investissements défiscalisés²⁷³. Après avoir intégré les notions d'agrément et de dossiers éligibles de plein droit, il a intégré la notion de secteurs dits « sensibles » (dès la loi de finances pour 1992²⁷⁴) et l'a donc insérée, dès sa première rédaction, à l'article 199 *undecies* B du CGI en 2002, imposant un agrément pour certains domaines d'activité dès le premier euro²⁷⁵. Dans les versions de l'article 199 *undecies* B du CGI en vigueur du 31 mars 2001 au 30 août 2003, les secteurs concernés étaient :

« les secteurs des transports, de la navigation de plaisance, de la pêche maritime, de la production et de la diffusion audiovisuelles et cinématographiques, des services informatiques ou qui consistent en la construction d'hôtel ou de résidences à vocation touristique ou parahôtelière, ou la rénovation d'hôtel, ou qui sont nécessaires à l'exploitation d'une concession de service public local à caractère industriel ou commercial.²⁷⁶ »

²⁷¹ Lexpress.mu. « Fibre optique : la câble Lion 2 mise en opération ce jeudi », [en ligne], 1 avril 2012, [consulté le 25 octobre 2019] Disponible sur : <https://www.lexpress.mu/article/fibre-optique-le-cable-lion-2-mise-en-operation-ce-jeudi> : « LION2 est long de 2 708 km, avec son point d'ancrage au large de la côte-est de Madagascar. Il est connecté à Mombassa, Kenya, en passant par Mayotte, dans l'archipel des Comores, qui a désormais son premier accès à haut débit ».

²⁷² SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit.*, p. 72.

²⁷³ SENAT. *Rapport n°296 sur le projet de loi de programme pour l'outre-mer, présenté par M. Roland de LUART, op. cit.*, pp. 28 et 29.

²⁷⁴ *Loi n°91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992*, art. 120.

²⁷⁵ Toutefois des cas de dispense d'agrément pour certains investissements de faible montant ou pour certains véhicules ont été admis, « donnés en location à une entreprise implantée dans les collectivités d'outre-mer, en Nouvelle Calédonie ou dans les Terres australes et antarctiques » et ont peu évolué de 2012 à 2016 (*BOI-SJ-AGR-40-20120912 §260 et BOI-SJ-AGR-40-20160706 §260*).

²⁷⁶ *CGI*, art. 199 *undecies* B, II 2 [en vigueur au 31 mars 2001].

Cette liste a été modifiée en 2003²⁷⁷, pour tenir compte de l'économie d'ensemble du projet de loi de finances et est restée depuis la même. Ont été retirés : la production et la diffusion audiovisuelles et cinématographiques²⁷⁸, les services informatiques ou qui consistent en la construction d'hôtel ou de résidences à vocation touristique ou parahôtelière²⁷⁹ et ajoutés : l'agriculture²⁸⁰, l'aquaculture, l'industrie charbonnière et la sidérurgie, la construction navale, des fibres synthétiques, l'industrie automobile, la réhabilitation d'hôtel, de résidence de tourisme et de village de vacances classés ou des entreprises en difficulté.

Globalement, « la redéfinition des " secteurs sensibles " qui exigent un agrément préalable reprend en grande partie le souci de la Commission européenne de contrôler certains secteurs : l'agrément agit comme une " garantie " aux yeux des autorités communautaires²⁸¹. »

B. Les investissements ouvrant droit à déduction

Les acquisitions ou créations d'immobilisations sont susceptibles de permettre de bénéficier de l'aide fiscale dans la mesure où l'investissement réunit un certain nombre de caractéristiques, (I.).

La loi mentionne des investissements éligibles en citant expressément certains types d'investissements²⁸², puis de nouvelles lois de finances en disqualifient certains comme par exemple les véhicules de tourisme²⁸³ (II.).

²⁷⁷ Loi n°2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'Outre-mer, art. 21.

²⁷⁸ SENAT. Rapport n°296 sur le projet de loi de programme pour l'outre-mer, présenté par M. Roland de LUART, op. cit., p. 77 : « le législateur a souhaité assurer un contrôle préventif dans des domaines particuliers » comme celui-ci.

²⁷⁹ Ibid., p. 80 : « la rénovation et la " réhabilitation " figurent dans le dispositif proposé, pour les hôtels classés [...] il convient de relever que seuls les hôtels classés sont concernés, à l'exclusion des " résidences touristiques ou parahôtelières ". Cette disposition doit être lue dans un souci de cohérence avec l'ensemble du projet de loi : la rénovation et la réhabilitation de ces structures sont extrêmement favorisées avec des taux de défiscalisation de 70% et les nouveaux avantages fiscaux créés par l'article 15 du présent projet de loi ; il n'est pas illogique de contrôler de manière systématique les investissements ainsi réalisés ».

²⁸⁰ Ibid., p. 79 : « Cette insertion prend acte des exigences communautaires, et donc de la nécessité de donner des garanties aux institutions européennes dans un domaine particulièrement " polémique ". La même remarque peut être faite à propos des entreprises en difficulté ».

²⁸¹ Ibid., p. 80.

²⁸² Loi n°2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'Outre-mer.

²⁸³ Loi n°2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique de l'Outre-mer.

Par ailleurs, une durée minimale d'affectation des investissements à l'activité de l'entreprise, pour laquelle ils ont été acquis, est nécessaire au maintien de l'avantage fiscal (III.).

I. Caractéristiques de l'investissement

Pour qu'un investissement soit éligible au dispositif de défiscalisation, il faut que les conditions suivantes soient réunies : il s'agit d'un investissement productif neuf (a.), corporel amortissable (b.)²⁸⁴, puis s'est ajoutée la notion d'investissement initial pour définir la base servant à calculer la réduction d'impôt (c.).

a. Un investissement productif neuf

L'investissement doit être productif et peut se définir comme « l'acquisition ou la création de moyens d'exploitation, permanents ou durables capables de fonctionner de manière autonome²⁸⁵ ». Ainsi un camion est un investissement répondant à ces critères, *a contrario* une machine qui doit être incorporée à une chaîne de production pour fonctionner n'y répond pas. Il doit appartenir en pleine propriété à l'entreprise qui l'inscrit à l'actif de son bilan.

Hormis certaines opérations de rénovation, seuls les investissements réalisés en biens neufs sont susceptibles de bénéficier de la réduction d'impôt prévue par l'article 199 *undecies* B du CGI. Un investissement est considéré comme neuf dès lors qu'il vient d'être produit et n'a pas encore été utilisé²⁸⁶. Il peut être acheté près d'un commerçant ou fabricant, mais peut également être produit par l'entreprise qui l'inscrit à son bilan. Dans le cadre de la défiscalisation externalisée, il peut donc très bien arriver que l'entreprise locataire ait produit l'investissement et l'ait revendu à l'état neuf avant toute utilisation ou mise en service au véhicule fiscal pour qu'il le lui donne en location pendant 5 ans.

²⁸⁴ CGI, art. 95 K, annexe II.

²⁸⁵ BOI-BIC-RICI-20-10-10-20-20170705 I-A § 10.

²⁸⁶ BOI-BIC-RICI-20-10-10-20-20170705 I-A § 20.

b. Un investissement corporel amortissable

Sont exclus du régime les biens non amortissables fiscalement, tels que fonds de commerce, terrains (toutefois sont admis dans le prix de revient des constructions ouvrant droit à l'aide les terrains d'assiettes des bâtiments et les terrains formant une dépendance indispensable et immédiate à ces constructions), améliorations foncières permanentes ..., mais aussi les immobilisations incorporelles (brevets, savoir-faire, logiciels, pour ces derniers à l'exception de ceux qui sont nécessaires à l'utilisation des investissements éligibles). En effet, l'investissement doit être corporel et amortissable (1.) sur une période déterminée (2.) qui doit correspondre à la durée normale d'utilisation (3.).

1. Le principe d'amortissement énoncé par l'article 39 C pour les biens donnés en location

Les dispositions de l'article 39 C du CGI (qui ont repris les anciennes dispositions des articles 31 A à 31 E de l'annexe II au CGI) prévoient les cas des locations consenties par une personne physique ou une structure fiscalement translucide. L'article 30 de l'annexe II au CGI qui fixent certaines modalités d'application de l'article 39 C du CGI reprend le principe posé par cet article 39 C suivant lequel : l'amortissement des biens donnés en location doit être réparti sur la « durée normale d'utilisation », quelle que soit la durée de la location.

Il est intéressant de lire l'exposé des motifs qui accompagnait l'article 25 de la loi du 12 juillet 1965 (codifié sous ledit article 39 C du CGI) et donnait des exemples d'anomalies auxquelles pouvaient donner lieu des locations industrielles et auxquelles devait remédier l'article 39 C. Notamment, une des anomalies exposées concernait la location fixée pour un très court délai et prévoyant qu'à son terme l'entreprise locataire puisse acquérir le bien loué à un prix minime. *De facto*, cela aboutissait à des loyers (et donc des charges) constatés par l'entreprise locataire bien supérieurs au montant des amortissements que celle-ci aurait constaté si elle avait procédé directement à l'acquisition du bien. *A contrario*, une autre anomalie consistait en une location du bien à un loyer anormalement bas, alors que les charges afférentes à ce bien étaient constatées et admises en déduction des bénéfices de

l'entreprise bailleuse. Cela aboutissait à une sorte de « transfert » de produit en nature au bénéfice de l'entreprise locataire.²⁸⁷

Le but principal de l'article 39 C, I du CGI et de l'article 30 de l'annexe II audit Code est donc d'assurer la neutralité de l'impôt entre, d'une part, l'entreprise bailleuse qui pratique directement un amortissement du bien, dont elle est propriétaire, proportionnel au prix d'acquisition de ce dernier ; et, d'autre part, l'entreprise locataire qui loue le bien précité et déduit le loyer acquitté. L'entreprise bailleuse doit amortir le bien dans les mêmes conditions que l'entreprise locataire propriétaire directement de biens de même nature. Ainsi, l'amortissement doit être calculé en fonction de la « durée normale d'utilisation », même si le bien en cause est donné en location pour une période plus courte²⁸⁸. Cette règle concerne tous les biens meubles et immeubles donnés en location par des entreprises relevant de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux²⁸⁹.

2. La détermination de la durée d'amortissement

La « durée normale d'utilisation » visée à l'article 39 C, I du CGI pour l'amortissement des biens donnés en location renvoie à la durée issue des usages professionnels. Ainsi, pour les exercices ouverts depuis 2005, chaque élément d'actif doit être amorti comptablement sur sa durée réelle d'utilisation prévue par l'entreprise²⁹⁰, cependant l'amortissement fiscalement déductible est quant à lui

²⁸⁷ Doc. administrative 4 D-262 n° 1 et 2 du 26 novembre 1996, non reprise dans BOFIP.

²⁸⁸ Doc. administrative 4 D-262 n° 4 et 5 du 26 novembre 1996, BOI-BIC-AMT-20-40-10-10 n° 10.

²⁸⁹ Instruction du 17 février 1967 n° 37 ; Doc. administrative 4 D-262 n° 6 du 26 novembre 1996 ; BOI-BIC-AMT-20-40-10-10 n° 20

²⁹⁰ Il convient de noter qu'il existe une mesure de simplification en faveur des PME qui, notamment, ne dépassent pas deux des trois seuils fixés par l'article 17. 2° du décret n°83-1020 du 29 novembre 1983 relatif à la présentation de l'annexe par les entreprises adoptant une présentation simplifiée des comptes annuels (total du bilan : 3,65 M€ ; montant du chiffre d'affaires : 7,3 M€ ; nombre moyen de salariés : 50). En effet, dans son avis 2005-D du 1^{er} juin 2005 afférent aux modalités d'application des règlements n° 2002-10 relatif à l'amortissement et la dépréciation des actifs, le Comité d'urgence du Conseil National de la Comptabilité (CNC) a proposé cette mesure destinée à permettre à ces entreprises de pratiquer l'amortissement des immobilisations non décomposables à l'origine sur leur durée d'usage, sans rechercher leur durée d'utilisation, rejoignant, le point de vue fiscal, pour lequel la durée d'usage est en tout état de cause applicable aux immobilisations non décomposées.

calculé sur les durées issues des usages en vigueur avant 2005²⁹¹. Ces règles s'appliquent par conséquent de la même manière aux biens donnés en location.

3. *L'appréciation de la durée normale d'utilisation*

L'administration a indiqué que c'est en fonction des usages suivis dans la nature d'industrie, de commerce ou d'exploitation à laquelle appartient l'entreprise locataire et non pas d'après les usages suivis par l'entreprise bailleuse qu'il convient d'apprécier la durée normale d'utilisation de chaque bien donné en location.²⁹²

c. Un investissement initial

Le RGEC n°651/2014 dispose dans son article 14 que l'aide octroyée aux investissements à finalité régionale doit s'appliquer uniquement à un investissement initial²⁹³. Il résulte que, dès le 1^{er} janvier 2015, les investissements qui consistent à remplacer une immobilisation usée ou dépassée, qu'elle ait ou non bénéficié de l'aide fiscale, aux fins de maintenir les capacités de production de l'entreprise ne sont plus éligibles à l'aide fiscale²⁹⁴.

Il existe donc une distinction d'assiette de la réduction d'impôt entre les investissements initiaux et les investissements de remplacement²⁹⁵.

Pour les investissements initiaux, la base éligible reste identique (soit coût de revient moins les aides publiques). Pour les investissements de remplacement, seuls ceux qui remplacent un investissement précédent, mais en permettant une augmentation des capacités de production, sont éligibles. Dans ce cas, lorsque l'exploitant acquiert un nouvel investissement (compris de façon indirecte par une défiscalisation

²⁹¹ *Instruction du 30 décembre 2005 BOI 4 A-13-05, n° 97 ; BOI-BIC-AMT-10-40-10 n° 20.*

²⁹² *Doc. Administrative 4 D- 262 n° 5 du 26 novembre 1996 ; BOI-BIC-AMT-20-40-10-10 n° 10.*

²⁹³ Le paragraphe 49 de l'article 2 du règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité définit les investissements initiaux comme « tout investissement dans des actifs corporels et incorporels se rapportant à la création d'un établissement, à l'extension des capacités d'un établissement existant, à la diversification de la production d'un établissement vers des produits qu'il ne produisait pas auparavant ou à un changement fondamental de l'ensemble du processus de production d'un établissement existant, ou toute acquisition d'actifs appartenant à un établissement qui a fermé, ou aurait fermé sans cette acquisition, et qui est racheté par un investisseur non lié au vendeur, à l'exclusion de la simple acquisition des parts d'une entreprise ».

²⁹⁴ *CGI, art. 199 undecies B, I. al. 17 (en vigueur au 1^{er} janvier 2015).*

²⁹⁵ Distinction introduite par l'article 21 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014.

externalisée) et qu'il a préalablement bénéficié d'une aide fiscale sur l'investissement remplacé, la base éligible à la réduction d'impôt pour ce nouvel investissement est réduite de la valeur réelle du bien remplacé²⁹⁶.

En revanche, les investissements, qui remplacent des biens qui n'ont pas bénéficié, lors de leur acquisition ou mise en service, d'une aide fiscale, et qui n'augmentent pas la capacité de production, ne font pas l'objet de la diminution de la base éligible à la réduction d'impôt à hauteur de la valeur réelle du bien remplacé.

II. Les investissements expressément cités comme éligibles et non éligibles

Certains investissements sont au fil du temps cités expressément comme éligibles²⁹⁷, il en a été ainsi pour les travaux de rénovation et de réhabilitation d'hôtel, de résidence de tourisme et de village de vacances classés, ainsi que pour certains investissements nécessaires à l'exploitation d'une concession de service public local à caractère industriel et commercial²⁹⁸. Les travaux susmentionnés doivent constituer des éléments de l'actif immobilisé de l'entreprise qui les acquiert.

D'autres investissements ont aussi été cités expressément comme non éligibles. Ainsi l'article 199 *undecies* B du CGI prévoit une exception aux véhicules éligibles à la défiscalisation : « La réduction d'impôt ne s'applique pas à l'acquisition de véhicules définis au premier alinéa du I de l'article 1010 qui ne sont pas strictement indispensables à l'activité de l'exploitant. ». Il est particulièrement intéressant de constater que cette mention, qui paraît relativement claire dans son énonciation, a pu

²⁹⁶ Selon le BOI-BIC-RICI-20-10-20-10-20160601 § 120 : « La valeur réelle du bien remplacé retenue est calculée de la manière suivante :

- lorsque le bien remplacé sort du patrimoine de l'exploitant, sa valeur s'entend en principe du prix de cession porté en comptabilité, sous réserve que ce prix soit sincère et se situe dans le cadre d'une gestion normale [...] ;

- lorsque le bien remplacé est mis au rebut, sa valeur est considérée comme nulle ;

- lorsque le bien remplacé ne fait pas l'objet d'une cession, mais est conservé par l'entreprise, la valeur réelle correspond [...] au montant qui pourrait être obtenu, à la date de clôture, de la vente d'un actif lors d'une transaction conclue à des conditions normales de marché, nets des coûts de sortie ».

²⁹⁷ SENAT. Rapport n°296 sur le projet de loi de programme pour l'outre-mer, présenté par M. Roland de LUART, *op. cit.*, pp. 79 et 80. Ces modifications répondent souvent à une logique d'économie globale de la loi de finance ou à des impératifs de la Commission européenne.

²⁹⁸ CGI, art. 199 *undecies* B, I-al .6.

poser des difficultés d'interprétation. En effet, dans un premier temps, le premier alinéa du I de l'article 1010 du CGI dispose que :

« I. - Les sociétés sont soumises à une taxe annuelle à raison des véhicules de tourisme qu'elles utilisent en France, quel que soit l'Etat dans lequel ils sont immatriculés, ou qu'elles possèdent et qui sont immatriculés en France. Sont considérés comme véhicules de tourisme les voitures particulières au sens du 1 du C de l'annexe II à la directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 septembre 2007, établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules, ainsi que les véhicules à usages multiples qui, tout en étant classés en catégorie N1 au sens de cette même annexe, sont destinés au transport de voyageurs et de leurs bagages ou de leurs biens.²⁹⁹ »

Ainsi, sauf, s'ils sont indispensables à l'activité de l'exploitant local, les véhicules entrant dans le champ d'application de la taxe sur les véhicules de sociétés ne sont, par principe, pas éligibles aux opérations de défiscalisation.

La notion de véhicule « indispensable » à une activité, telle que retenue pour la réalisation des opérations de défiscalisation prévues par les dispositions de l'article 199 *undecies* B, est précisée par l'article 23 L *quater* de l'annexe IV au CGI qui dispose que les véhicules indispensables « s'entendent des véhicules neufs, acquis dans le cadre de l'exercice d'une activité ouvrant droit à la réduction d'impôt, à la déduction fiscale ou au crédit d'impôt prévus à ces articles, sans lesquels l'entreprise ne pourrait pas poursuivre son activité³⁰⁰ ».

En résumé, peut bénéficier de ce régime (i) un véhicule qui serait dans le champ d'application de cette taxe dans la mesure où il est indispensable à l'activité de l'exploitant ou (ii) un véhicule qui est hors du champ d'application de la taxe sur les véhicules de sociétés sans qu'il soit nécessaire de démontrer son caractère indispensable. Or, entrent dans le champ d'application de la taxe sur les véhicules de

²⁹⁹ CGI, art. 1010, I. al. 1 (version en vigueur du 1^{er} octobre 10 au 31 décembre 2018).

³⁰⁰ CGI, art. 23 L *quater* de l'annexe IV.

sociétés : les voitures particulières, d'une part, et les véhicules « à usages multiples », classés en catégorie N1, et « destinés au transport de voyageurs et de leurs bagages ou de leurs biens », d'autre part.

Initialement la directive 2007/46/CE du 5 septembre 2007 a offert aux constructeurs automobiles la possibilité d'homologuer certains de leurs véhicules, jusqu'alors inscrits dans la catégorie des voitures particulières (genre national « VP » indiqué sur la carte grise, catégorie communautaire « M1 ») dans la catégorie « N1 », qui regroupe les véhicules conçus et construits pour le transport de marchandises. En effet, certains véhicules à usages multiples ne remplissant pas les conditions précitées pour être homologués dans la catégorie des « M1 », leur capacité de transport de bagages et biens exprimée en kilogrammes étant supérieure ou égale à la capacité de transport de passagers exprimée en kilogrammes, ont été homologués en « N1 ». Ainsi, un certain nombre de « véhicules à usages multiples » possédant toutes les caractéristiques intérieures et extérieures des voitures particulières, notamment celle d'être dotées de places assises à l'arrière, ont été commercialisés dans la catégorie « N1 », permettant ainsi aux sociétés les utilisant de bénéficier de la fiscalité allégée des véhicules utilitaires.

Afin de modifier cette situation, le IV de l'article 24, de la loi du 29 décembre 2010³⁰¹, a rédigé le premier alinéa de l'article 1010 du CGI, tel que précédemment cité. L'objectif de cette loi était de réintégrer dans le champ de l'article 1010 du CGI (relatif à la taxe sur les véhicules de sociétés) les seuls véhicules « N1 » dont la destination première est le transport de personnes. Au contraire, les véhicules à usages multiples classés « N1 » qui ne sont pas destinés au transport de voyageurs et de leurs bagages ou de leurs biens ne sont pas visés par cette mesure. En effet, un véhicule à moteur conçu et construit essentiellement pour le transport de marchandises ayant une masse maximale ne dépassant pas 3,5 tonnes, et qui peut à titre accessoire permettre le transport de personnes, entre bien dans la catégorie « N1 » prévue par la nomenclature douanière, sans entrer dans l'exception prévue par

³⁰¹ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art. 24. V.

l'article 1010 du CGI³⁰². Cependant, certains véhicules de catégorie « N1 » sont manifestement à usages multiples dès lors qu'ils permettent à la fois le transport de marchandises et le transport de voyageurs.

Il est résulté de nombreuses difficultés d'application de ces notions, qu'une réponse ministérielle de 2005 mettait en avant :

« la grande variété des modèles de véhicules 4x4 de type pick-up existants sur le marché rend difficile la fixation d'une règle systématique conditionnant la déductibilité, l'appréciation des caractéristiques intrinsèques du véhicule devant s'opérer pour chaque véhicule au cas par cas.³⁰³ »

Par conséquent, il n'existait alors pas de véritables critères permettant de qualifier assurément les véhicules. Des redressements à ce titre ont été opérés³⁰⁴.

La doctrine est donc venue expliciter le texte applicable :

« si les véhicules concernés sont équipés d'une plate-forme arrière ne transportant pas les voyageurs et les marchandises dans un compartiment unique (tel un véhicule de type 4x4 pick up, à cabine simple ou à double cabine), ils ne répondent pas à cette définition de véhicules à usages multiples au sens de la directive 2007/46 CE du 5 septembre 2007 et sont alors exclus du champ d'application de la TVS. A défaut, c'est-à-dire si les véhicules transportent les voyageurs et les marchandises dans un compartiment unique, ils constituent bien des véhicules de tourisme taxables à la TVS³⁰⁵. »

Finalement l'article 1010 du CGI a évolué au 1^{er} janvier 2019, à sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018 a été ajoutée en fin du premier paragraphe de son I la

³⁰² Directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 septembre 2007, Annexe II. A.

³⁰³ Réponse ministérielle du 8 mars 2005 à la question écrite n°54973 de Martin Philippe-Armand relative à la récupération de la TVA sur les 4x4 pick-up, *JOAN-Questions*, n°10, p 2431.

³⁰⁴ CAA, 4 mars 2016, n°14PA02710, *Société EcoFip c/ Gouvernement de la Polynésie-française*, cons. 6 : « Considérant, en second lieu, qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 1010 qu'un véhicule à usages multiples est considéré comme un véhicule de tourisme lorsqu'il est destiné au transport de voyageurs et de leurs bagages ou de leurs biens; qu'il ressort des pièces du dossier que le véhicule acquis par la SNC Jambosier 18 est équipé d'une double cabine avec deux places assises à l'avant et une banquette de trois places à l'arrière, ainsi que d'une benne d'environ 1,50 mètres de longueur; qu'ainsi, eu égard à ses caractéristiques, ce véhicule constitue un véhicule de tourisme au sens de l'article 1010; que les dispositions précitées de l'article 199 undecies B excluent du bénéfice du dispositif de défiscalisation l'acquisition de véhicules de tourisme qui ne sont pas strictement indispensables à l'activité de l'exploitant ».

³⁰⁵ *BOI-TFP-TVS-10-20-20151007* §40.

mention suivante « et les véhicules comprenant au moins cinq places assises et dont le code de carrosserie européen est camions pick-up, sauf ceux mentionnés au e du 6° du IV de l'article 206 de l'annexe II au présent code, lorsqu'ils répondent à un impératif de sécurité pour les salariés.³⁰⁶ ». Cet ajout a donc contré la doctrine administrative précitée sur plusieurs mois, en effet, celle-ci n'a évolué dans sa rédaction qu'avec sa version en vigueur à compter du 29 mai 2019 (le délai de cinq mois entre les deux a pu poser des difficultés qui seront évoquées plus loin).

III. *La durée d'affectation des investissements*

L'article 199 *undecies* B du CGI pose le principe d'une affectation de l'investissement à une activité et pour une période donnée (a.), toutefois, avec une exception (b.).

a. Le principe d'affectation énoncé par l'article 199 undecies B du CGI

L'article 199 *undecies* B du CGI dispose également que les investissements doivent être affectés à l'exploitation pendant 5 ans ou la durée normale d'utilisation, si celle-ci est inférieure. Ces dispositions sont relatives à des investissements productifs effectués par des entreprises pour leur propre utilisation, mais également, pour ceux réalisés par des sociétés pour les mettre à la disposition d'autres entreprises dans le cadre de contrats de location. À l'intérieur de ce délai, si le bien cesse d'être affecté à l'exploitation ou si l'entreprise cède le bien ou cesse son activité, les sommes déduites au titre de l'aide fiscale sont reprises au cours de l'année durant laquelle intervient l'un de ces événements³⁰⁷.

Cette « durée normale d'utilisation » apparaît être une faculté laissée à l'entreprise propriétaire comme alternative à une durée de cinq ans, à compter de son acquisition

³⁰⁶ CGI, art. 1010, I (version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2019).

³⁰⁷ CGI, art. 199 *undecies* B, I, al. 23 : « Si, dans le délai de cinq ans de son acquisition ou de sa création ou pendant sa durée normale d'utilisation si elle est inférieure, l'investissement ayant ouvert droit à réduction d'impôt est cédé ou cesse d'être affecté à l'activité pour laquelle il a été acquis ou créé, ou si l'acquéreur cesse son activité, la réduction d'impôt pratiquée fait l'objet d'une reprise au titre de l'année au cours de laquelle cet événement est intervenu. » et article 199 *undecies* B, I al. 26 du CGI : « Si, dans le délai de cinq ans de la mise à disposition du bien loué ou pendant sa durée normale d'utilisation si elle est inférieure, l'une des conditions visées au présent alinéa cesse d'être respectée, la réduction d'impôt pratiquée fait l'objet d'une reprise au titre de l'année au cours de laquelle cet événement se réalise ».

ou de sa création, de maintien dans son actif et d'affectation à son exploitation, lorsqu'elle en est l'utilisatrice ; et à une durée de cinq ans de mise à disposition d'une autre entreprise du bien loué, dans le cadre d'un contrat de location, lorsqu'elle en est bailleuse.

b. L'exception à la durée d'affectation de l'investissement

Le REGC dispose dans son article 14 que :

« Après son achèvement, l'investissement est maintenu dans la zone bénéficiaire pendant un minimum de cinq ans [...]. Cette condition n'empêche pas le remplacement d'une installation ou d'un équipement devenus obsolètes ou endommagés au cours de cette période, pour autant que l'activité économique soit maintenue dans la zone considérée pendant la période minimale applicable.³⁰⁸ »

La possibilité de remplacer un bien ayant bénéficié de la défiscalisation à l'intérieur de la durée de 5 ans ou de sa durée d'utilisation est reprise au dernier paragraphe du IV de la charte de déontologie annexée au décret n°2015-149 du 10 février 2015 relatif aux obligations déclaratives et à la mise en concurrence des intermédiaires en défiscalisation outre-mer (auxquels seront consacrés quelques développements ultérieurs), ainsi : « dans l'hypothèse d'un sinistre affectant les biens loués, le monteur en défiscalisation outre-mer s'assure que l'exploitant procède à leur remise en état ou, s'il y a lieu, à leur remplacement par des biens similaires³⁰⁹ ».

§2. La nécessité de l'agrément fiscal

La procédure d'agrément a été instaurée en 1992 et a évolué au cours du temps (A.). Ses conditions d'octroi se sont précisées (B.) ainsi que ses seuils en fonction du montant de l'investissement, mais aussi des secteurs concernés (C.).

³⁰⁸ Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission, du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, art. 14.

³⁰⁹ Décret n°2015-149 du 10 février 2015 relatif aux obligations déclaratives et à la mise en concurrence des intermédiaires en défiscalisation outre-mer. Annexe Charte de déontologie, IV, dernier alinéa.

A. Historique

Depuis la loi de finances rectificative pour 1986 du 11 juillet 1986 (« loi Pons »)³¹⁰, une procédure de contrôle des avantages fiscaux accordés par l'administration fiscale a été mise en place par celle-ci. Ainsi, les projets d'investissement dont le montant était supérieur à 4,6 millions d'euros, préalablement à leur réalisation, devaient être présentés au ministre du budget qui pouvait s'y opposer, dès lors que la demande n'était pas conforme aux conditions d'un agrément. Cependant, il devait motiver sa décision de refus dans les trois mois suivant le dépôt de la demande. A défaut, l'agrément était considéré comme accordé³¹¹.

Par une décision, en date du 30 décembre 1987 concernant la loi de finances pour 1988³¹², le Conseil constitutionnel a limité le champ de l'agrément ministériel ainsi :

« à défaut d'autres critères fixés par la loi, l'exigence d'un agrément n'a pas pour conséquence de conférer à l'autorité ministérielle le pouvoir, qui n'appartient qu'à la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, de déterminer le champ d'application d'un avantage fiscal »

et a jugé que :

« l'exigence de l'agrément confère seulement au ministre chargé du budget le pouvoir de s'assurer, conformément à l'objectif poursuivi par le législateur, que l'opération [...] en cause satisfait aux conditions fixées par la loi³¹³ »

La loi de finances pour 1992 renforce ce contrôle des avantages fiscaux accordés dans les secteurs dits « sensibles » en créant une obligation d'agrément pour ces derniers, au premier franc (à l'époque), exception faite pour les entreprises exerçant leur activité en outre-mer depuis plus de deux ans et dont le projet d'investissement était inférieur à 152.449€³¹⁴. En outre, le montant à partir duquel la demande était soumise

³¹⁰ Loi n° 86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986.

³¹¹ SENAT. Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit., p. 32.

³¹² Loi n° 87-1060 du 30 décembre 1987 de finances pour 1988.

³¹³ CC, Décision n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988.

³¹⁴ Loi n°91-1322 du 30 décembre 1991 de finances pour 1992, art. 120.

au contrôle de l'administration fiscale a été diminué. Les premières conditions au bénéfice de l'agrément sont édictées. Le projet d'investissement doit avoir « un intérêt économique », « s'intégrer dans la politique d'aménagement du territoire et de l'environnement » et « garantir la protection des investisseurs et des tiers »³¹⁵.

L'article 72, de la loi de finances pour 1996³¹⁶, a modifié les règles de détermination du revenu net global imposable à l'impôt sur le revenu. L'imputation sur les autres revenus des déficits provenant des activités relevant de la catégorie des BIC (lorsque ces activités n'étaient pas exercées à titre « professionnel ») est interdite. Mais cette possibilité a été maintenue pour l'outre-mer à la condition d'obtenir un agrément dès le premier franc d'investissement, et ce, pour l'ensemble des secteurs d'activité. Ainsi, la quasi-totalité des investissements inférieurs au seuil de 4,6 millions, qui échappaient jusque-là au contrôle administratif, est entrée dans le champ de l'agrément.

La loi de finances pour 1998³¹⁷ a abaissé le seuil de l'agrément préalable de 4,6 millions d'euros à 1,525 million d'euros bien que cette mesure soit qualifiée par le rapport du groupe de travail interministériel de 1998 de « recul » au niveau de « l'appréhension du dispositif »³¹⁸. Elle ajoute comme condition au bénéfice de l'agrément le maintien ou la création d'emplois.

Le contrôle administratif sur les investissements est encore renforcé par la loi de finances pour 1999. Outre une nouvelle réduction du seuil de l'agrément, celui-ci est différencié selon que l'investisseur est un professionnel, c'est-à-dire une entreprise qui va directement les exploiter, ou un non professionnel³¹⁹. L'investisseur est considéré comme « professionnel » lorsqu'il s'agit d'une entreprise qui réalise l'investissement et l'exploite directement, dans ce cas le seuil est fixé à plus de

³¹⁵ BOI-SJ-AGR-40-20120912 §290.

³¹⁶ Loi n°95-1346 du 30 décembre 1995 de finances pour 1996.

³¹⁷ Loi n°97-1269 du 30 décembre 1997 de Finances pour 1998, art. 18.

³¹⁸ SENAT. Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit., p. 29.

³¹⁹ Loi n°98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999, art. 89, 90.

760.000€. L'investisseur est considéré comme « non professionnel » lorsqu'il ne réalise pas directement l'investissement, mais par l'intermédiaire d'une structure, fiscalement transparente, dans laquelle il acquiert des droits sociaux, qui le met à la disposition d'un entrepreneur local (schéma de défiscalisation externalisée qui sera développé plus loin) et qu'en outre, il ne participe pas à la gestion de l'entreprise exploitante ; dans ce cas, le seuil requis de l'agrément est de plus de 300.000€. Ces seuils sont fixés par les dispositions de l'article 217 *undecies* du CGI et s'appliquent aux investissements réalisés dans le cadre des dispositions de l'article 163 *tervecies* du CGI précédant l'article 199 *undecies* B du CGI.

La loi n°2009-594 du 27 mai 2009 modifie les seuils d'agrément. Pour une entreprise qui réalise un investissement et l'exploite directement, le montant total par programme et par exercice passe à plus de 1.000.000€. Lorsque le contribuable ne participe pas à l'exploitation au sens des dispositions du 1° bis du I de l'article 156 du CGI, le seuil par programme et par exercice passe à plus de 250.000€³²⁰. Ce seuil s'apprécie toujours au niveau de l'entreprise, société ou groupement qui inscrit l'investissement à l'actif de son bilan.

Pour ouvrir droit à réduction et par dérogation à ce qui précède, depuis 2003, sans seuil minimal, les investissements

« doivent avoir reçu l'agrément préalable du ministre chargé du budget dans les conditions prévues au III de l'article 217 *undecies* lorsqu'ils sont réalisés dans les secteurs des transports, de la navigation de plaisance, de l'agriculture, de la pêche maritime et de l'aquaculture, de l'industrie charbonnière et de la sidérurgie, de la construction navale, des fibres synthétiques, de l'industrie automobile ou concernant la rénovation et la réhabilitation d'hôtel, de résidence de tourisme et de village de vacances classés ou des entreprises en difficultés ou qui sont nécessaires à l'exploitation d'une concession de service public local à caractère industriel et commercial.³²¹ »

³²⁰ Loi n°2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des Outre-mer, art. 16.

³²¹ CGI, art. 199 *undecies* B II-2 (version en vigueur depuis le 31 août 2003).

B. Les conditions d'octroi des agréments

L'agrément fiscal est accordé lorsque le projet présenté, indépendamment des autres conditions édictées par l'article 199 *undecies* B du CGI, représente un intérêt pour l'économie locale (I.), garantit la protection des investisseurs et des tiers (II.) et, par ailleurs, lorsque l'entreprise bénéficiaire est à jour de ses obligations fiscales et sociales³²² (III.).

I. L'intérêt du projet pour l'économie locale

Le projet doit présenter un intérêt économique (a.), permettre le maintien ou la création d'emplois (b.), mais doit aussi, plus globalement, s'intégrer dans la politique d'aménagement du territoire et de l'environnement (c.).

a. L'intérêt économique

L'intérêt économique du projet s'apprécie, notamment, au regard de sa rentabilité intrinsèque et des retombées prévisibles sur l'économie locale, en particulier en ce qui concerne la création d'emplois. Il s'agit d'une condition qu'il est délicat d'apprécier. Certes, les bilans prévisionnels doivent être en mesure de correspondre à l'attente de l'administration, mais leur fiabilité peut être aléatoire.

b. Le maintien ou la création d'emplois

On peut s'interroger sur la création d'emplois. En effet, l'administration semble prendre en compte la création d'emplois « directs » et négliger les emplois « indirects ». Or, chaque « petit projet » réalisé par un « petit investisseur » n'amène peut-être pas directement la création d'emplois, mais l'ensemble de plusieurs de ces projets peut créer une dynamique globale. Par exemple, une flottille de bateaux est de nature à attirer des touristes qui visiteront, rouleront, consommeront... et, par voie de conséquence, créeront des emplois dans d'autres activités. Toutefois, il est difficile de quantifier le nombre d'emplois indirects qui peut être généré par un investissement, et

³²² BOI-SJ-AGR-40-20160706 §300.

c'est ce qui ressort, dès 2002, du rapport d'information de M. Roland du Luart, qui indique que :

« à la lumière des travaux de l'inspection générale des finances [Rapport d'enquête n°2001-M-020-01 sur les créations d'emplois obtenues grâce au dispositif d'aide à l'investissement dans les départements et territoires d'outre-mer, septembre 2001] qui relève :

- qu'il est délicat d'identifier le rôle de la défiscalisation dans les créations d'emplois, les entreprises bénéficiant simultanément de plusieurs dispositifs d'aide ;
- que si la défiscalisation " ne crée qu'un nombre limité d'emplois directs [elle a] également des effets indirects, difficilement mesurables, sur l'emploi " ³²³ »

c. L'intégration dans la politique d'aménagement du territoire et de l'environnement

Cette condition permet de vérifier que les investissements projetés garantissent, tant par le choix de leur emplacement que par leurs caractéristiques techniques ou esthétiques, le respect de l'environnement et des sites naturels du département ou territoire concerné.

II. La protection garantie des investisseurs et des tiers

Les structures adoptées ne doivent pas avoir pour effet de faire supporter aux investisseurs ou aux tiers un risque qu'ils ne sont pas en mesure d'évaluer avec précision. Il faut donc être en mesure de démontrer le sérieux économique et financier de l'opération envisagée. Sur ce point, on peut considérer que l'agrément constitue un frein à l'investissement. En effet, d'une part, il ajoute une phase préalable à l'étude de faisabilité du projet et en accroît par conséquent le coût et, d'autre part, le délai de réponse de l'administration (3 mois correspondant à l'application d'une instruction du directeur général des impôts, étant précisé, qu' « il peut arriver que les envois de questionnaires soient utilisés par l'administration pour allonger le délai dont elle

³²³ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'Outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit., p. 95.*

dispose pour instruire les dossiers³²⁴ ») met un terme aux investissements réalisés en fin d'année civile, par des contribuables soucieux de réduire leur revenu imposable à un moment de l'année où ce revenu peut être estimé avec précision. En contrepartie, cette contrainte de l'agrément est aussi une protection contre tous risques de contestation ultérieure de l'administration fiscale. Si les points exigés par la direction générale des impôts sont respectés, aucun contentieux ne sera diligenté. Le risque fiscal est, dans ce cas, quasi neutralisé.

Le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur un refus d'agrément sur une opération d'investissement³²⁵. Ce refus était partiel dans le sens où il limitait ledit agrément à un montant de 265.000€ d'investissements quand la société, qui les réalisait, faisait sa demande pour un montant total de 875.344€. Le motif évoqué était que la société qui demandait le bénéfice de la réduction d'impôt avait une « situation financière favorable » et que, de ce fait, l'aide fiscale sollicitée n'aurait pour elle aucun effet incitatif. Le Conseil d'Etat a jugé que ce motif ne faisait pas partie de la liste de ceux qui sont énoncés ci-dessus et qui sont énoncées par l'article 217 *undecies* B du CGI.

III. L'entreprise bénéficiaire à jour de ses obligations fiscales et sociales

Pour obtenir son agrément fiscal, l'entreprise bénéficiaire de l'opération d'investissement doit démontrer qu'elle est à jour de ses obligations fiscales et sociales tant en termes de déclaration que de paiement. Pour celui-ci, il est admis qu'une entreprise ait en cours un plan d'apurement de ses cotisations accepté par l'organisme concerné dès lors qu'elle le respecte parfaitement³²⁶. En outre, pour toutes celles qui sont soumises à l'obligation de dépôts des comptes sociaux³²⁷, elles doivent également être en mesure d'apporter la preuve des diligences remplies en ce

³²⁴ *Ibid.*, p. 39.

³²⁵ CE, 7 mars 2012, n° 337529, *Ministre du Budget c/ Société des transports et d'assainissement de la Réunion*, mentionné aux Tables du Recueil Lebon.

³²⁶ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 26 : « Sont considérés comme à jour de leurs obligations fiscales et sociales les employeurs qui, d'une part, ont souscrit et respectent un plan d'apurement des cotisations restant dues et, d'autre part, acquittent les cotisations en cours à leur date normale d'exigibilité ».

³²⁷ Code de commerce, art. L232-21 à L232-23.

sens. Le respect de ces obligations s'apprécie au jour de la réalisation de l'investissement³²⁸, mais aussi durant toute l'application de l'agrément³²⁹, afin que celui-ci ne soit pas retiré³³⁰.

C. La définition du seuil de l'agrément

Dans un premier temps³³¹, les agréments sont accordés par « programme » et par « exercice ». Afin d'interpréter ces critères, le ministère de l'économie et des finances a apporté les précisions suivantes :

« L'exercice est la période qui s'écoule entre deux arrêtés de comptes d'une entreprise. La durée normale d'un exercice est de 12 mois.

Un programme d'investissements s'entend des acquisitions de biens simultanées ou successives sur un ou plusieurs exercices, sous réserve, dans cette seconde hypothèse, que les investissements aient une finalité commune (acquisition de plusieurs navires de pêche, construction d'une usine et des matériels destinés à l'équiper).

Le seuil de l'agrément doit s'apprécier, en premier lieu, sur l'exercice : pour déterminer si le programme d'investissements de l'entreprise requiert un agrément, on prend en compte l'ensemble des investissements réalisés par l'entreprise au cours d'un même exercice, quelle que soit la nature de ces investissements.

Cependant, face à un programme d'investissements pluriannuel, on prend en compte le montant de ce programme et l'agrément est requis, pour le tout, si le seuil de l'agrément est, au total, dépassé même si le montant des investissements réalisés sur chacun des exercices est inférieur à ce seuil.³³² »

³²⁸ CGI, art. 199 *undecies* B du CGI, al. 26, 6^{ème} phrase : « L'octroi de la réduction d'impôt prévue au premier alinéa est subordonné au respect par les entreprises réalisant l'investissement et, le cas échéant, les entreprises exploitantes de leurs obligations fiscales et sociales et de l'obligation de dépôt de leurs comptes annuels selon les modalités prévues aux articles L. 232-21 à L. 232-23 du code de commerce à la date de réalisation de l'investissement ».

³²⁹ BOI-SJ-AGR-40-20160706 § 300.

³³⁰ CGI, art. 1649 *nonies* A.

³³¹ CGI, art. 199 *undecies* B (de son entrée en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2015).

³³² SENAT. Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, *op. cit.*, p. 33.

Comme les seuils d'agrément ont été différenciés entre professionnels et non professionnels³³³, il existe également une distinction dans l'appréciation du montant de l'investissement par « programme » et par « exercice », selon que la défiscalisation est « en direct » ou « externalisée » (dans le cadre de montages locatifs).

Ainsi, lorsque la défiscalisation est réalisée « en direct », l'entreprise exploitante fait sa demande d'agrément si les investissements qu'elle entend réaliser ont un montant total (i) supérieur au seuil de l'agrément au cours d'un même exercice ou (ii) inférieur au seuil au cours d'un même exercice, mais s'intégrant dans un programme d'investissements pluriannuel dont le montant est supérieur au seuil.

Lorsque la défiscalisation est réalisée de façon « externalisée », c'est la structure transparente, de type SNC, qui réalise l'investissement (pour le mettre en location auprès de l'exploitant local pendant cinq ans avant que celui-ci n'en devienne propriétaire) et c'est donc à son niveau que les notions de « programme » et d'«exercice» doivent s'apprécier³³⁴ :

« Le programme d'investissements s'entend dans ce cas de l'ensemble des acquisitions de biens réalisées par le même bailleur au titre d'un même exercice et ce quels que soient le nombre et l'identité des locataires, les collectivités concernées, la nature et la finalité économique de chacun des investissements réalisés ³³⁵. »

Dès lors qu'une SNC réalise un montant total d'investissements supérieur au seuil de l'agrément, tous les investissements qu'elle finance, quel que soit leur montant pris individuellement, nécessitent un agrément.

Il résulte de cette différenciation une distorsion d'obligations qui ne paraît pas liée à l'analyse de l'intérêt économique de l'investissement. En effet, certains projets, s'ils avaient été réalisés directement par les entreprises outre-mer n'auraient pas nécessité

³³³ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 1. Section 2. §3. D.

³³⁴ CGI, art. 199 undecies B : « Le seuil de 250.000€ s'apprécie au niveau de l'entreprise, société ou groupement qui inscrit l'investissement à l'actif de son bilan ».

³³⁵ BOI-SJ-AGR-40-20160706 §150

un agrément, mais effectués par une structure transparente, ils y sont soumis. M. Roland du Luart relevait qu'ainsi : « L'agrément, conçu au départ comme la subordination d'un avantage fiscal à l'analyse de l'intérêt économique de l'investissement, est appliqué en fonction d'une logique qui relève plus du contrôle fiscal que de l'analyse économique.³³⁶ ». L'agrément en défiscalisation est un agrément de principe avec un contrôle *a priori*. Cependant, après l'octroi de l'agrément, l'opération reste soumise à un éventuel contrôle fiscal.

Pour certains secteurs d'activité, l'intégralité des demandes d'agrément est soumise au BAGR. Cela permet à ce service d'avoir une vision globale des activités pour lesquelles des agréments sont demandés et de veiller à ne pas contribuer à créer un surinvestissement dans certains secteurs. Les échanges entre les bureaux locaux et le bureau central sont essentiels pour ajuster ses réponses et limiter des risques de surinvestissement³³⁷.

Dorénavant, les seuils d'agrément sont appréciés uniquement par « programme »³³⁸. Cependant quelle que soit la période concernée, afin d'éviter qu'une entreprise contourne une demande d'agrément en réalisant cumulativement un investissement direct et un investissement *via* une structure translucide (qui le lui donne tout d'abord en location mais qui, *in fine*, le lui cède), il a été prévu

« que le programme d'investissements est apprécié en globalisant les investissements financés, en tout ou partie, dans le cadre des dispositions des I, II et II ter de l'article 217 *undecies* du CGI, de l'article 199 *undecies* B du CGI, des f et g du 2 de l'article 199 *undecies* A du CGI et de l'article 244 *quater* W du CGI.³³⁹ »

Ainsi, par exemple, une entreprise qui investirait directement dans une usine de production pour 800.000€, puis prendrait en location auprès d'une SNC, composée de personnes physiques, le matériel de production pour 300.000€ dans le cadre des

³³⁶ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit., p. 35.*

³³⁷ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 2. Section 1. §3.

³³⁸ BOI-SJ-AGR-40-20160706 §40

³³⁹ BOI-SJ-AGR-40-20160706 §50

dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI devrait faire une demande d'agrément préalable, le montant total du programme d'investissement dépassant 1 million d'euros.

Section 3 : Le non cumul des aides d'Etat

Le dispositif de défiscalisation doit respecter les règles de cumul communautaires (§1) et étatique (§2).

§1. Les plafonds d'intensité des aides fixées par les règles européennes

Les entreprises d'outre-mer, répondant à la définition communautaire de PME³⁴⁰, peuvent bénéficier d'aides à l'investissement dans la limite de certains plafonds. Ainsi à compter du 1^{er} janvier 2007, l'Union européenne estime que les aides doivent être adaptées, d'une part, à la nature et l'intensité des problèmes régionaux, notamment en fonction des richesses régionales qu'elle évalue selon le PIB par habitant et, d'autre part, à la taille de l'entreprise³⁴¹. En conséquence, elle a fixé les taux de plafond d'intensité des aides (c'est-à-dire le cumul des subventions et aides publiques accordées à un investissement rapporté au montant total de cet investissement) selon un équivalent subvention brut (ESB), en fonction des deux critères précités. Il résulte que plus le PIB par habitant est bas et la taille de l'entreprise petite, plus le taux ESB est élevé.

A compter du 1^{er} juillet 2014, l'Union maintient ses critères de calcul d'intensité des aides d'État à finalité régionale pour la période 2014-2020³⁴², mais en modifie les plafonds. Ainsi par exemple le taux ESB maximal en Guadeloupe, Martinique ou

³⁴⁰ Définition donnée par l'annexe I au règlement UE n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité.

³⁴¹ *Communication 2006/C 54/08 de la Commission du 4 mars 2006 : lignes directrices concernant les aides d'Etat à finalité régionale pour la période 2007-2013*, JOUE C 54/13, point 4.1.2.

³⁴² *Communication 2013/C 209/01 de la Commission du 23 juillet 2013 : lignes directrices concernant les aides d'Etat à finalité régionale pour la période 2014-2020*, JOUE C209/1.

Réunion est de 65% pour une petite entreprise et de 45% pour une grande entreprise contre respectivement en Guyane 75% et 55%³⁴³.

§2. L'absence de plafond pour la défiscalisation

Dans la défiscalisation au titre de l'article 199 *undecies* B, l'effort global de l'Etat varie de 38,25%³⁴⁴ (en général) à 53,55%³⁴⁵ (dans certains secteurs d'activité qu'il souhaite dynamiser). Cependant, la défiscalisation n'ayant pas de plafond en termes de montant aidé, elle reste un soutien financier public très intéressant pour les gros projets, en venant compléter les subventions publiques limitées.

Un rapport d'enquête n° 2001-M-020-01 de l'inspection générale des finances sur les créations d'emplois obtenues grâce au dispositif d'aide à l'investissement dans les départements et territoires d'outre-mer de septembre 2001, souligne que :

« de fait la défiscalisation est souvent considérée par les acteurs publics locaux comme l'un des outils, au milieu d'un éventail plus large, dont ils disposent pour promouvoir le développement des économies d'outre-mer. Il arrive d'ailleurs fréquemment que, pour les projets considérés comme structurants pour ces économies, notamment dans le secteur des transports, de l'énergie et des services publics, ou pour ceux qui permettent de combler un besoin non satisfait par les entreprises existantes, la défiscalisation soit associée aux mécanismes de subvention, notamment du fonds européen de développement régional, pour assurer la viabilité de l'investissement.³⁴⁶ »

S'il n'existe pas de plafond en termes de montant aidé, le taux d'aide s'applique au montant de l'investissement déduction faite des aides financières accordées par l'Etat, mais aussi, par les collectivités territoriales et les établissements publics à caractère

³⁴³ Régime cadre exempté de notification n° SA 39252 relatif aux aides à finalité régionale (AFR) pour la période 2014-2020 [en ligne], [consulté le 3 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.europe-en-france.gouv.fr/sites/default/files/regime afr2014-2020sa39252.pdf>

³⁴⁴ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 17 : « La réduction d'impôt est de 38,25% du montant, hors taxes et hors frais de toute nature, notamment les commissions d'acquisition, à l'exception des frais de transport, d'installation et de mise en service amortissables, des investissements productifs, diminué de la fraction de leur prix de revient financée par une aide publique ».

³⁴⁵ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 18 : « Le taux de la réduction d'impôt est porté à 53,55% pour les travaux de rénovation et de réhabilitation d'hôtel, de résidence de tourisme et de village de vacances classés dans les départements d'Outre-mer ».

³⁴⁶ SENAT. Rapport d'information sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'Outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, *op. cit.*, p. 14.

industriel et commercial ou à caractère administratif (et par les institutions européennes), soit à la base défiscalisable. Les aides sont, notamment pour les DROM, de la TVA NPR³⁴⁷ sur les biens exonérés de cette TVA³⁴⁸ (la notion de TVA NPR sera plus amplement abordée plus loin³⁴⁹) ; mais aussi jusqu'en 2015 des aides pour la rénovation des hôtels situés dans les DROM (y compris Mayotte), à Saint-Martin et à Saint-Pierre-et-Miquelon³⁵⁰.

Afin d'éviter le contournement de cette règle de déduction, si une entreprise a bénéficié d'aides publiques pour créer ou acquérir un investissement productif et qu'elle le cède neuf à la structure de défiscalisation pour que celle-ci le lui loue et afin de bénéficier, en outre, de l'avantage fiscal y attaché, il doit être tenu compte non seulement des aides qui pourraient être perçues par la structure cessionnaire, mais également, des aides perçues par l'entreprise cédante en les défalquant du prix de cession à ladite structure de défiscalisation³⁵¹. Il convient donc de déduire de l'assiette de défiscalisation les aides publiques octroyées au financement des immobilisations éligibles au régime d'aide fiscale.

La difficulté peut donc se poser en deux circonstances : l'aide est versée pour un bien utilisé par une entreprise pour plusieurs de ses activités alors qu'elles ne sont pas toutes éligibles, l'aide est versée en même temps pour plusieurs investissements d'une même entreprise alors qu'ils ne sont pas tous éligibles.

Il convient de considérer dans le premier cas, que l'aide publique est affectée à l'activité éligible au prorata du pourcentage qu'elle représente par rapport à l'activité globale de l'entreprise ; dans le deuxième cas, que l'aide est affectée à chacun des investissements au prorata de son prix de revient sur le prix de revient global des investissements³⁵². A titre d'illustration pour le premier cas, une entreprise perçoit

³⁴⁷ CGI, art. 295.

³⁴⁸ CGI, art. 295 A.

³⁴⁹ Cf. Partie 1. Titre 2. Chap. 1. Sect. 4, §1.

³⁵⁰ Loi n°2009-594 du 27 mai 2008 pour le développement économique des Outre-mer [abrogée au 1^{er} janvier 2015], art. 26.

³⁵¹ BOI-BIC-RICI-20-10-20-10-20160601 §20.

³⁵² BOI-BIC-RICI-20-10-20-10-20160601 §30.

une aide publique d'un montant de 60.000€ pour l'acquisition d'une immobilisation neuve, ayant pour prix de revient 80.000€, qu'elle affecte à ses deux activités dont une seule est éligible au régime d'aide fiscale à l'investissement outre-mer et représente de façon constante 25% de la durée d'utilisation totale de ladite immobilisation. Si aucune autre aide n'existe, la base défiscalisable de l'immobilisation sera de 5.000€ (soit $(80.000 - 60.000) \times 25\%$)).

Pour le deuxième cas, une entreprise perçoit une aide publique d'un montant de 60.000€ pour l'acquisition de deux immobilisations neuves, ayant pour prix de revient respectif 80.000€ et 40.000€, dont seule la première est affectée à une activité éligible au régime d'aide fiscale à l'investissement outre-mer. A défaut de précision de répartition dans la décision d'octroi de l'aide, celle-ci se répartira ainsi : pour la première immobilisation à hauteur de 40.000€ (soit $60.000 \times (80.000 / 120.000)$), pour la deuxième à hauteur de 20.000€ (soit $60.000 \times (40.000 / 120.000)$). Ainsi, si aucune autre aide n'existe, la base défiscalisable de la première immobilisation sera de 40.000€ (soit $80.000 - 40.000$)).

Les aides publiques prises en compte pour déterminer la base défiscalisable sont celles qui ont été obtenues, mais aussi celles qui ont été demandées et non obtenues au 31 décembre de l'année pour laquelle le bénéfice de la réduction d'impôts est demandée³⁵³. Il résulte la possibilité d'ajustements postérieurs des montants à la hausse ou à la baisse en fonction des montants finalement accordés par la voie de déclaration rectificative et pour les dossiers avec agrément par une demande de révision de l'opération en conséquence.

³⁵³ CGI, art. 95 Q.

TITRE 2. LE CADRE PARTICULIER DE LA DEFISCALISATION EXTERNALISEE

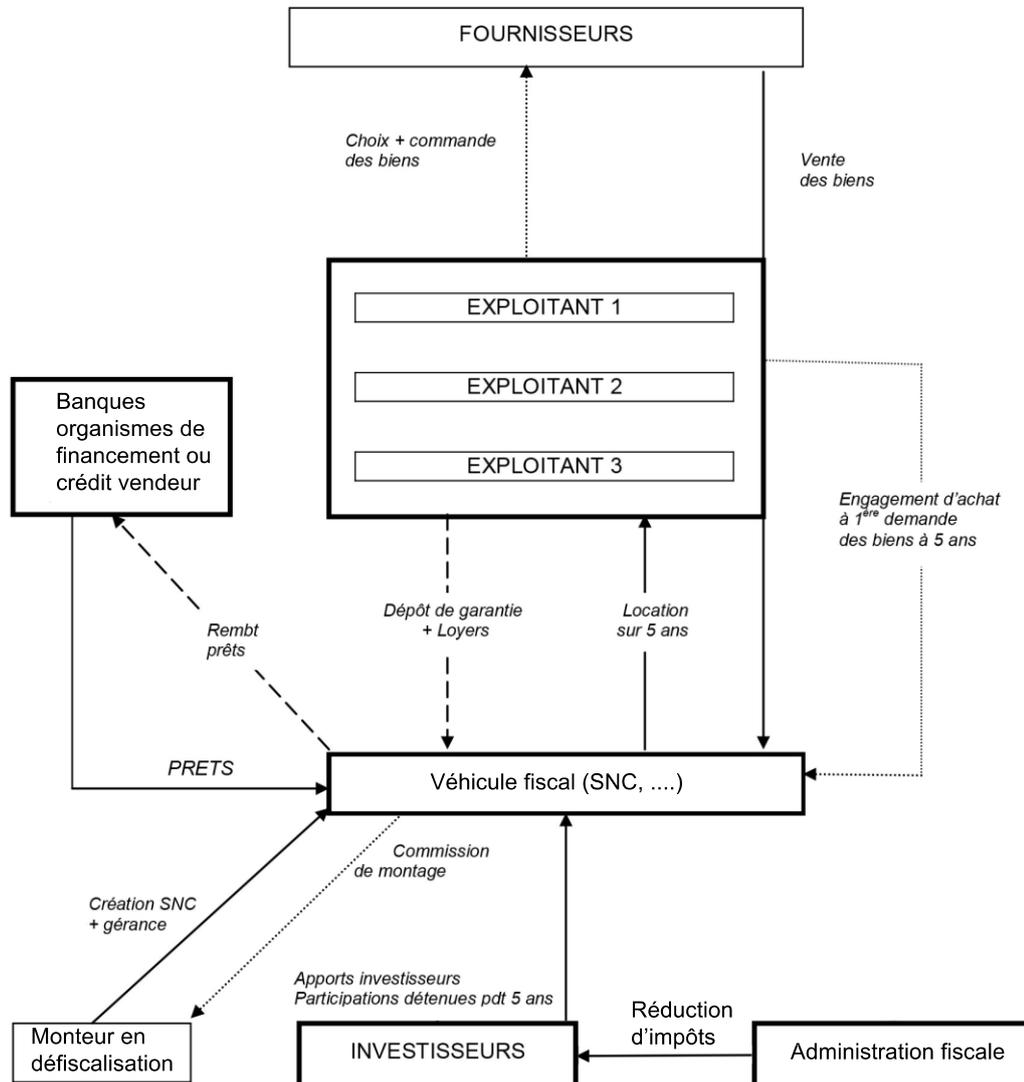
Comme cela a été vu précédemment, un schéma de défiscalisation externalisée est prévu par l'article 199 *undecies* B du CGI et nécessite que les contribuables, domiciliés en France, qui veulent bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à raison des investissements productifs neufs qu'ils réalisent dans les départements d'outre-mer, souscrivent au capital d'une société soumise au régime fiscal des sociétés de personne prévu à l'article 8 du CGI (en général des sociétés dont le capital est composé de parts sociales) ou d'une société soumise de plein droit à l'impôt sur les sociétés, dont le capital est composé d'actions. Il s'agit donc d'un mécanisme complexe (Chapitre 1) qui génère des contraintes et difficultés non seulement liées à la forme même de la société porteuse de l'investissement, mais aussi, plus généralement au cadre juridique mis en place pour optimiser la bonne fin fiscale des opérations et la sécurité des investisseurs (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le mécanisme

Après une présentation schématique permettant de visualiser en une fois toutes les interactions entre les principaux acteurs de la défiscalisation (Section 1), les formes juridiques possibles du véhicule fiscal, point central du schéma de la défiscalisation, avec leurs principales caractéristiques, seront abordées (Section 2). Ce véhicule fiscal acquiert l'investissement productif et doit en assurer le plan de financement pour ensuite le donner en location à l'entreprise exploitante (Section 3). Tout ce mécanisme a comme finalité de procurer aux entreprises domiennes un investissement, dont elles ont besoin, mais aussi une réduction d'impôt à des contribuables selon des modalités et obligations particulières (Section 4).

Section 1. Le schéma

Schéma juridique



Ce schéma consiste à acquérir par l'intermédiaire de sociétés, créées par un cabinet monteur d'opérations de défiscalisation, des investissements destinés à être confiés en location à des entreprises dont l'activité est éligible aux dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI. Les investisseurs, soumis à l'impôt sur le revenu, qui auront souscrit au capital de ces sociétés bénéficieront, en contrepartie de leur apport financier à fonds perdus à ces dernières, d'une réduction dudit impôt sur le revenu en

proportion de leur participation. Au-delà de leur souscription initiale, le montage des opérations est réalisé de telle sorte que les investisseurs ne soient plus sollicités financièrement pendant la durée de détention de leurs parts sociales, fixée par la loi au minimum à 5 années³⁵⁴. Le profit net de l'investisseur est ainsi constitué de la réduction d'impôt obtenue après déduction de son apport financier réalisé au moment de sa souscription.

Section 2. La souscription au capital de sociétés ou groupement

L'article 199 *undecies* B du CGI indique que les contribuables domiciliés en France, au sens de l'article 4B du CGI³⁵⁵, « passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leurs revenus »³⁵⁶, peuvent bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à raison des investissements productifs neufs qu'ils réalisent dans les départements d'outre-mer en souscrivant au capital de sociétés ou de groupements.

La société réalisant l'investissement doit avoir pour objet exclusif l'acquisition d'investissements productifs en vue de leur location au profit d'une entreprise située, notamment, dans les départements d'outre-mer³⁵⁷. Les associés bénéficient d'une réduction d'impôt dans une proportion correspondant à leurs droits dans la société ou le groupement.

Il peut s'agir d'une société soumise de plein droit ou sur option au régime fiscal des sociétés de personne prévu à l'article 8 du CGI (Sociétés A Responsabilité Limitée (SARL), Entreprise unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL), Sociétés en Nom Collectif (SNC)) - à l'exclusion des Sociétés En Participation (SEP)³⁵⁸ (§1), ou

³⁵⁴ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 25.

³⁵⁵ CGI, art. 4 B : « 1. Sont considérées comme ayant leur domicile fiscal en France au sens de l'article 4A : a. Les personnes qui ont en France leur foyer ou le lieu de leur séjour principal ; b. Celles qui exercent en France une activité professionnelle, salariée ou non, à moins qu'elles ne justifient que cette activité y est exercée à titre accessoire ; c. Celles qui ont en France le centre de leurs intérêts économiques. 2. Sont également considérés comme ayant leur domicile fiscal en France les agents de l'Etat qui exercent leurs fonctions ou sont chargés de mission dans un pays étranger et qui ne sont pas soumis dans ce pays à un impôt personnel sur l'ensemble de leurs revenus ».

³⁵⁶ CGI, art. 4 A.

³⁵⁷ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 30.

³⁵⁸ Cette exclusion, visée au I de l'article 199 *undecies* B du CGI, concerne à la fois les sociétés en participation dites occultes – c'est-à-dire celles dont les associés ont conclu un contrat de société et le dissimulent aux tiers – et celles dites ostensibles – c'est-à-dire celles dont les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers. Elle s'est appliquée à compter de l'imposition des revenus de

d'un groupement mentionné aux articles 239 *quater* ou 239 *quater C* du CGI (Groupement d'Intérêt Economique (GIE)) (§2). La souscription peut être effectuée soit directement, soit par l'intermédiaire d'une EURL.

Il peut également s'agir d'une « société soumise de plein droit à l'impôt sur les sociétés dont les actions sont détenues intégralement et directement par des contribuables, personnes physiques³⁵⁹ » uniquement utilisable dans le cas où, notamment, les investissements ont reçu un agrément préalable du ministère chargé du budget³⁶⁰, car le texte fait exclusivement mention des sociétés d'« actions ». Il s'agira de Société par Actions Simplifiée (SAS), ou de Société Anonyme (SA) (§3).

§1. La société de personnes

Les bénéfices réalisés par les sociétés de personnes ne sont pas directement imposables au nom de la personne morale, mais au nom personnel des associés, en proportion de leurs droits. On dit alors de ces sociétés qu'elles sont fiscalement transparentes. Les règles d'imposition des sociétés de personnes sont très voisines de celles des entreprises individuelles sous réserve de quelques particularités liées à leur forme sociale. La part de bénéfice revenant à chaque associé est imposée à l'impôt sur le revenu ; corrélativement si les résultats de la société sont déficitaires, chaque associé peut imputer sur son revenu la quote-part du déficit correspondant à ses droits dans la société.

Les SARL peuvent opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes lorsque les conditions suivantes sont réunies : la société doit exercer une activité industrielle, commerciale ou artisanale, elle doit être formée uniquement entre parents en ligne directe (enfants, parents, grands-parents) ou entre frères et sœurs, ainsi que les

l'année 2011. Les pouvoirs publics souhaitent davantage de transparence sur les sociétés porteuses des investissements, transparence que n'offraient pas systématiquement les SEP. Ils ont donc décidé d'exclure globalement les SEP.

³⁵⁹ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 27.

³⁶⁰ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 28.

conjointes (SARL de famille)³⁶¹. L'option ne peut être exercée qu'avec l'accord de tous les associés et doit être notifiée au service des impôts avant la date d'ouverture du premier exercice sur lequel elle porte. Elle s'applique sans limitation de durée et cesse de produire ses effets en cas d'abandon par la société de son activité industrielle ou commerciale, en cas de transformation en société d'une autre forme relevant de l'Impôt sur les Sociétés (IS), ou, enfin, en cas de perte du caractère familial du fait de l'entrée dans la société de personnes non parentes. Cette forme de société présente de nombreux avantages. Elle permet de réunir des membres d'une même famille afin de participer à un investissement commun. Grâce à la transparence fiscale, les déficits seront transmis aux associés, leur permettant de réaliser des économies d'impôt sur le revenu importantes. En outre, la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports.

L'EUURL, forme juridique née de la loi du 11 juillet 1985³⁶² qui autorise la constitution d'une SARL ne comportant qu'un seul associé, obéit aux règles générales qui régissent les SARL, en particulier en ce qui concerne la limitation de la responsabilité. Cette structure juridique peut donc être conseillée lorsque le contribuable décide de réaliser seul un investissement. Toutefois, le régime d'imposition varie selon la qualité de l'associé unique. En effet, s'il s'agit d'une personne physique, le régime d'imposition sera celui des sociétés de personnes (sauf option possible pour l'impôt sur les sociétés) ou, s'il s'agit d'une personne morale, le régime d'imposition sera obligatoirement l'impôt sur les sociétés³⁶³.

Dans une SNC, les associés ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Il s'agit ici d'un critère distinctif de la SNC et qui l'oppose à toutes les autres formes de sociétés, même aux sociétés civiles dans lesquelles chaque associé n'est tenu des dettes sociales que proportionnellement à sa part dans le capital. Chaque associé peut donc être poursuivi

³⁶¹ CGI, art. 239 bis AA.

³⁶² Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée.

³⁶³ BOI-BIC-CHAMP-70-20-20-20120912 §150.

pour l'intégralité du passif social existant, mais il peut alors ensuite se retourner contre les autres associés. Les statuts peuvent prévoir la contribution des associés au passif. À défaut, elle sera déterminée dans les mêmes conditions que celles prévues pour le partage des bénéfices. C'est donc une structure juridique où l'« intuitu personae », c'est-à-dire la personnalité de chaque associé, joue un rôle déterminant. Ce type de structure juridique s'appliquera lorsqu'un groupe d'investisseurs décidera de participer en commun à une opération de défiscalisation importante.

Dans le cas de la défiscalisation externalisée, la SNC est principalement utilisée par les cabinets pour des raisons pratiques. En effet, les contraintes du plafonnement global des réductions fiscales³⁶⁴, associées au souhait d'optimisation des frais de gestion par les monteurs les incitant à se rapprocher (sans le dépasser) le plus possible du seuil de 250.000€ d'investissements par véhicule fiscal, ne sont pas compatibles avec la forme de l'EURL.

En effet, l'EURL comprend un associé unique³⁶⁵, dès lors elle ne pourra pas réaliser un investissement défiscalisable à hauteur de 250.000€ en faisant bénéficier son associé de 100% de l'avantage fiscal auquel ledit investissement donne droit, compte tenu du plafonnement de la possible réduction d'impôt (ainsi par exemple, un investissement en Guadeloupe de 250.000€ peut donner droit à une réduction d'impôt de $250.000€ \times 44,12\% = 110.300€$ ³⁶⁶, alors que la réduction d'impôt maximum à laquelle peut prétendre un contribuable est de 40.909€³⁶⁷, il resterait donc une réduction potentielle de 69.391€ inutilisée).

L'absence de souplesse d'avoir à réunir uniquement les membres d'une même famille dans un véhicule fiscal pour réaliser la totalité des souscriptions a également poussé les cabinets à écarter la forme de la SARL.

³⁶⁴ Cf. Partie 1. Titre 2. Chapitre 1. Section 4. §2. C.

³⁶⁵ *Code de commerce*, art. L223-1

³⁶⁶ *CGI*, art. 199 undecies B, al. 35.

³⁶⁷ *CGI*, art. 200-0 A. Pour l'explication des calculs, cf. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre 1 – Section 4 – §2. B.

La SEP est une société que les associés sont convenus de ne pas immatriculer. Elle n'a pas de personnalité morale. Elle peut être civile ou commerciale, être éphémère ou durer des années. Elle occupe cependant une place importante dans la pratique des affaires. C'est une société de personnes. L'article 1871-1 du code civil précise que

« A moins qu'une organisation différente n'ait été prévue, les rapports entre associés sont régis, en tant que de raison, soit par les dispositions applicables aux sociétés civiles, si la société a un caractère civil, soit, si elle a un caractère commercial, par celles applicables aux sociétés en nom collectif³⁶⁸ »

Du fait de son défaut de personnalité morale, elle n'est soumise à aucune condition de forme, de publicité, d'immatriculation ; la rédaction de statuts n'est pas obligatoire et elle n'a pas de patrimoine social, pas de nationalité, pas de siège social. Cette société est préconisée chaque fois que les intéressés ne veulent pas révéler au tiers leur association et qu'ils souhaitent bénéficier de la simplicité et de la souplesse de relations uniquement contractuelles. Cette forme de société était prévue par les dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI jusqu'à fin 2010³⁶⁹. Puis à compter du 1^{er} janvier 2011, la mention « à l'exclusion des sociétés en participation³⁷⁰ » a été ajoutée. En effet, préalablement aux débats à l'assemblée nationale du 17 novembre 2010 relatifs au projet de loi de finances de 2011, MM. Claude Bartolone et Gaël Yanno indiquait qu'il fallait poursuivre les efforts pour moraliser la défiscalisation en renforçant la transparence et les contrôles. De ce fait, ils proposaient la suppression des SEP du fait qu'il semblait que

« les investissements douteux réalisés dans le secteur du plein droit soient souvent le fait de sociétés en participation, dont les règles de constitution et de fonctionnement sont particulièrement souples³⁷¹ »

³⁶⁸ Code civil, art. 1871-1.

³⁶⁹ CGI, art. 199 *undecies* B (versions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010) : « Les dispositions du premier alinéa s'appliquent aux investissements réalisés par une société soumise au régime d'imposition prévu à l'article 8 ou un groupement mentionné aux articles 239 *quarter* ou 239 *quarter* C ».

³⁷⁰ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art. 98.

³⁷¹ ASSEMBLEE NATIONALE. Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire. *Rapport d'information n°2828 sur la mise en application de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des Outre-mer, présenté par MM. Claude BARTOLONE et Gaël YANNO*, 29 septembre 2010, p. 33.

En effet, la constitution d'une SEP ne nécessitant aucun capital, aucune inscription au registre du commerce et ses associés, pouvant être des personnes physiques ou morales, n'ayant pas non plus d'obligation à être immatriculés individuellement au registre du commerce, les contrôles souhaités étaient difficiles et la transparence quasiment inexistante d'où la nécessité de retirer cette forme de sociétés pouvant réaliser les investissements dans le cadre d'une défiscalisation externalisée.

§2. Le Groupement d'Intérêt Economique (GIE)

Organisé par l'ordonnance du 23 septembre 1967³⁷², les Groupements d'Intérêts Économiques constituent un cadre juridique intermédiaire entre la société commerciale et l'association. Le but du GIE consiste à mettre en commun tous les moyens propres à chacun tendant à faciliter, à développer, à améliorer ou accroître l'activité économique de ses membres. Il jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité juridique à compter de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés³⁷³. Il n'a pas pour objectif direct et exclusif la recherche et le partage de bénéfices ce qui le distingue des sociétés commerciales. Ses membres sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes du groupement. Chacun des membres est personnellement passible, pour la part des résultats correspondant à ses droits dans le groupement, soit de l'impôt sur le revenu, soit de l'impôt sur les sociétés s'il s'agit d'une personne morale qui relève de cet impôt. Les modalités de la répartition du résultat sont fixées par le contrat constitutif du groupement ou, à défaut, par fractions égales. Les membres du GIE sont par assimilation aux associés de SNC considérés comme des travailleurs indépendants pour le versement des cotisations sociales.

³⁷² Ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique.

³⁷³ Code du commerce, art. L251-4.

§3. *Les sociétés de capitaux*

La SAS étant une société de capitaux, la responsabilité financière de ses associés est limitée au montant de leurs apports³⁷⁴. Ce premier avantage se double d'une grande souplesse de fonctionnement, en effet, la loi laisse les associés libres d'organiser leurs rapports dans les statuts et de définir librement les conditions dans lesquelles les organes sociaux prennent les décisions. Même si certaines règles sur les SA lui sont applicables, la SAS échappe à la plupart des contraintes affectant leur fonctionnement, notamment en matière de consultation des associés, laquelle est exempte du formalisme pesant sur l'organisation des assemblées de SA. C'est pourquoi la SAS est beaucoup plus utilisée que la SA. En outre, la SAS n'a pas à avoir de capital minimal et est dispensée de désigner un commissaire aux comptes en dessous de certains seuils³⁷⁵, elle peut procéder à des offres réservées à des investisseurs qualifiés ou à un cercle restreint d'investisseurs, mais il lui est interdit d'offrir ses titres au public³⁷⁶.

La SA étant également une société de capitaux, la responsabilité financière de ses actionnaires est aussi limitée au montant de leurs apports³⁷⁷. Elle présente en outre un autre avantage, la sortie de la société est facile puisque les actions, émises en représentation des droits de chaque actionnaire dans le capital social, sont librement cessibles (sauf existence d'une clause d'agrément) sans autre formalité qu'un simple virement de compte à compte. La SA est la structure à privilégier notamment si l'on souhaite lever des capitaux auprès du public. Mais la SA présente un inconvénient principal : la lourdeur et la rigidité de sa structure même (nombre minimal d'actionnaires, capital social minimal, obligation de désigner un commissaire aux comptes, lourdeur d'organisation des assemblées générales) ce qui entraîne un surcoût de fonctionnement par rapport à d'autres formes juridiques.

³⁷⁴ *Code du commerce*, art. L227-1, al. 1.

³⁷⁵ *Code du commerce*, art. D227-1 (par renvoi à l'article D221-5 du même code). Pour ne pas être dans l'obligation de nommer un commissaire aux comptes, la SAS ne doit pas dépasser deux des seuils suivants : 4.000.000€ de total de bilan ; 8.000.000€ de chiffre d'affaires HT, 50 salariés.

³⁷⁶ *Code du commerce*, art. L227-2, modifié par l'ordonnance n°2014-559 du 30 mai 2014.

³⁷⁷ *Code du commerce*, art. L225-1.

C'est pourquoi, toujours dans un souci d'optimisation des frais de gestion, les cabinets privilégient la SAS à la SA.

Section 3. L'acquisition des biens pour leur mise en location

Pour que l'opération de défiscalisation soit possible, il convient que le véhicule fiscal procède à l'acquisition des investissements (§1) et donc à la mise en place de leur financement (§2), puis qu'il les mette en location auprès de l'entreprise exploitante (§3).

§1. Le choix des biens

Le schéma contractuel induit par les dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI consiste, pour un véhicule fiscal composé d'investisseurs fiscaux, à procéder à l'acquisition de l'investissement et à le donner en location à l'exploitant ultra-marin pendant une durée de 5 années révolues. C'est pourquoi ce véhicule fiscal sera également nommé « loueur » ou « bailleur » et l'exploitant « locataire ».

Qu'ils aient été acquis par le loueur directement auprès des fournisseurs ou auprès du locataire lui-même, c'est le locataire qui choisit les biens neufs de la marque, du type et auprès du ou des fournisseurs qui lui conviennent, pour sa ou leur compétence et solvabilité. Il en négocie le prix, les conditions de paiement, les lieux, conditions de livraison et de mise en service. Le locataire se détermine en considération des seuls impératifs économiques qui lui sont propres, sans aucune intervention du loueur. En conséquence, le loueur ne supporte aucune responsabilité quant à ces choix, à raison de la conception, de l'état, de la conformité, du fonctionnement ou encore de la correspondance des biens aux besoins propres de l'exploitant.

La date limite de livraison des biens par les fournisseurs ou le locataire lui-même en qualité de vendeur, est fixée au 31 décembre de l'année à laquelle la réduction d'impôt doit être appliquée. Les biens sont généralement délivrés aux frais, aux risques et sous la responsabilité du locataire. Dans tous les cas, et pendant toute la durée de la location, le locataire fait son affaire personnelle de tout recours contre le

ou les fournisseurs, et ce, pour quelque cause que ce soit, notamment la mise en jeu des garanties légales et/ou conventionnelles.

Dès lors que le locataire confirme le bon état de marche des biens, leur conformité à la commande, aux lois et règlements, et qu'en conséquence, il les a mis en service, en cas d'achat direct auprès des fournisseurs, cela permet au loueur d'en régler le prix.

Au terme de la location, la propriété de l'investissement est transférée au locataire par suite de la levée d'option d'une promesse de vente et/ou d'achat, consentie au départ.

§2. Le financement

Les besoins et ressources pour financer l'investissement se présente ainsi :

Besoins	Ressources
Prix de revient de l'immobilisation	Fonds propres investisseurs
+ Frais de montage du cabinet monteur de l'opération	+ TVA NPR
+ Provision frais de gestion sur la durée locative	+ Dépôt de garantie
	+ Crédit ou crédit-vendeur
= Total besoins	= Total ressources

Classiquement, le loueur achète un bien neuf auprès du fournisseur choisi par l'exploitant, pour le prix de 100, ouvrant droit à une réduction d'impôts, actuellement de 38,25%, dont au minimum 56% doit être affecté au profit de l'exploitant. (Ces taux étant les taux généraux³⁷⁸).

³⁷⁸ Partie 1. Titre 2. Chapitre 1. Section 4. §2. A.

Les investisseurs, personnes physiques, souscrivent au capital de la structure (loueur) porteuse de l'investissement soit directement, soit par l'intermédiaire de sociétés soumises au régime d'imposition prévu à l'article 8 du CGI en France, par un apport en comptes courants.

Le loueur finance son immobilisation en général au moyen des fonds apportés par les investisseurs (ces fonds sont apportés sans aucune perspective de retour, ils le sont à fonds perdus et constituent l'aide apportée à l'exploitant) ; au moyen du dépôt de garantie versé par l'exploitant (constituant son apport personnel, cette somme peut varier en fonction des capacités financières de l'exploitant ; son versement constitue souvent la condition de l'octroi d'un prêt, étant précisé que, bien que contracté par le loueur, le prêt est mis en place en fonction des capacités de remboursement du locataire, puisque la banque sait que le loueur n'intervient que pour apporter les fonds des investisseurs) ; au moyen de la TVA NPR, lorsqu'elle est applicable³⁷⁹, et pour le solde, au moyen de fonds empruntés auprès d'une banque, souvent locale, ou par crédit consenti par le locataire (dans le cas où il a vendu les biens).

Le loueur finance les frais d'ingénierie du cabinet monteur de l'opération et de gestion sur les apports des investisseurs³⁸⁰. Ces frais varient selon le taux de rentabilité proposé aux investisseurs³⁸¹.

Ainsi, par exemple, une SNC, en 2018, souhaite financer une pelle pour une entreprise individuelle en Martinique, au prix de 245.000€ avec un dépôt de garantie versé par l'exploitant de 24.500€ (soit 245.000€ X 10%) et une TVA NPR applicable de 20.825€ (soit 245.000€ x 8,5%). Il résulte une base défiscalisable égale à 224.175,00€³⁸² (soit 245.000€ – 20.825€) et une réduction d'impôt possible de 98.906€ (soit 224.175,00€ x 44,12%³⁸³), car 56% de la réduction d'impôt seront

³⁷⁹ Partie 1. Titre 2. Chapitre 1. Section 4. §1.

³⁸⁰ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1024 sur la fiscalisation des investissements outre-mer, présenté par MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER, op. cit., p. 12.*

³⁸¹ Cf. Partie 2 – Titre 1 – Chapitre I – Section 1 - 1§ - A.

³⁸² Cf. Partie 1 – Titre 2 – Chapitre I – Section 4 - 1§

³⁸³ CGI, art. 199 undecies B, al. 35.

rétrocédés à l'entreprise locataire soit (arrondi à l'euro le plus proche) 55.387€ (98.906€ x 56%)³⁸⁴. Le cabinet monteur de l'opération propose aux investisseurs une rentabilité de 17%, c'est-à-dire que pour bénéficier d'une réduction d'impôt de 98.906€, ils doivent apporter 84.530€ (car $98.906€ - 84.530€ = 14.376€$ et $14.376€ / 84.530€ \times 100 = 17\%$). La SNC doit faire un emprunt de 144.288€ (soit $245.000€ - (55.387€ + 20.825€ + 24.500€)$). Compte tenu que les fonds apportés par les investisseurs sont d'un montant total de 84.530€ et que, sur ce montant, 55.387€ seront affectés au plan de financement de l'investissement, le solde de 29.143€ constituera le montant permettant de payer les frais de montage et de gestion. Ainsi, les investisseurs ne seront plus sollicités en trésorerie durant toute la durée de portage fixée par la loi, les seuls autres futurs besoins en trésorerie étant couverts par l'entreprise locataire (*cf. infra*). Il résulte les besoins et ressources suivants :

Besoins	Montant	Ressources	Montant
Prix de revient de l'immobilisation	245.000	Fonds propres investisseurs	55.387
		+ TVA NPR	20.825
		+ Dépôt de garantie	24.500
		+ Crédit ou crédit-vendeur	144.288
+ Frais de montage + Provision frais de gestion sur la durée locative	29.143	Solde fonds propres investisseurs	29.143
= Total besoins	274.143	= Total ressources	274.143

³⁸⁴ CGI, art. 199 undecies B, al. 26.

Afin d'optimiser le remboursement du prêt (et d'éviter d'avoir à solliciter les investisseurs), le loueur conclut un contrat de location avec l'exploitant, qui prévoit le versement d'un loyer calé sur le montant des échéances de l'emprunt bancaire (TVA en sus) qui est conclu pour une durée équivalente à celle de la location. Ainsi, le montant des loyers HT dus par le locataire est égal, à tout moment, à la somme des échéances de remboursement des crédits (assurances comprises, le cas échéant) contractés par le loueur pour acquérir les biens. Ainsi, en reprenant le même exemple que ci-dessus, si la SNC emprunte la somme de 144.288€, sous une forme linéaire, au taux de 5% sur 5 ans avec des échéances mensuelles constantes de 2.722,89€, elle conclura un contrat de location sur 5 ans avec l'entreprise exploitante pour un montant mensuel hors taxe de loyer de 2.722,89€.

Avec le temps, il a été constaté que l'emprunt bancaire revêtait un caractère quelque peu artificiel, puisque l'analyse du risque était effectuée par la banque sur la tête du locataire, souvent son propre client, et absolument pas sur celle du loueur³⁸⁵.

En outre, pour garantir aux investisseurs qu'ils ne seraient jamais recherchés en cas de défaillance dans le règlement des échéances d'emprunt (résultant exclusivement de la défaillance de l'exploitant dans le paiement de ses loyers), la pratique bancaire avait mis en place un système de recours limité de la banque à la seule mise en jeu des sûretés réelles (essentiellement le nantissement du matériel), entraînant la renonciation de sa part à rechercher les investisseurs, lorsqu'ils sont, notamment, associés dans une SNC, et donc solidairement et indéfiniment tenus aux dettes sociales. Le régime juridique de ces clauses de limitation de recours est resté longtemps incertain et reste encore l'objet de nombreux contentieux qui seront évoqués plus loin³⁸⁶.

Enfin, l'obligation faite aux bailleurs dans le Code civil de garantir les locataires en cas de défectuosité du bien loué fragilisait encore davantage le mécanisme.

³⁸⁵ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'Outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit.*, p. 67 : « les garanties demandées par la banque en contrepartie du prêt portent exclusivement sur l'entreprise qui exploite l'investissement et non sur le patrimoine des investisseurs associés au sein de la SNC ».

³⁸⁶ Michel ZUIN, « Du nouveau sur les clauses de limitation de recours », *Editions Francis Lefebvre 2007*, RJDA 2007, pp. 559 à 561.

Tirant les conséquences de cette analyse, les monteurs, dont la priorité absolue est la protection des investisseurs, exposés à travers la forme de la structure qui leur est imposée, ont plus récemment mis en place un schéma par lequel l'exploitant achète le matériel de son choix auprès du fournisseur et le revend tout aussitôt et avant mise en exploitation au loueur. Celui-ci finance son acquisition, comme précédemment, au moyen des fonds apportés par les investisseurs, par compensation avec le dépôt de garantie constituant l'apport personnel de l'exploitant et avec la TVA NPR, le cas échéant. Mais, le solde du prix fait l'objet de délais de paiement accordés par l'exploitant, en sa qualité de vendeur du matériel. Ce schéma est dénommé « crédit-vendeur ».

Le schéma du crédit-vendeur est le suivant. L'exploitant procède à l'acquisition du bien selon des modalités qui lui sont propres. Ce sera le plus souvent par la voie d'un emprunt bancaire instruit, cette fois-ci, sur sa tête en fonction de ses propres capacités de remboursement. Mais ce peut être aussi un crédit accordé par son fournisseur, bénéficiant alors d'un crédit-vendeur identique à celui qu'il accorde au loueur. Parfois, l'exploitant dispose de la trésorerie nécessaire au règlement de la part non financée au moyen de l'apport des investisseurs. Dans les deux premiers cas, le banquier ou le fournisseur peut inscrire un nantissement sur le bien financé et le loueur acquiert alors ledit bien grevé du nantissement ; sa situation reste identique à celle que l'on trouve dans l'hypothèse de l'emprunt consenti directement au loueur : son actif social est grevé au profit de celui qui aura financé la part que ne financent pas les investisseurs.

Dans tous les cas, une compensation est pratiquée entre le loyer dû par le locataire au loueur et la dette de celui-ci au titre du crédit-vendeur. Seuls les flux de TVA au titre du loyer sont constatés. L'absence de flux de trésorerie n'a rien d'anormal ou de fictif. Elle répond simplement à la nécessité de réduire autant que faire se peut les risques encourus par les investisseurs-associés se rapportant aux opérations dans lesquelles ils ont participé en effectuant leur apport à fonds perdus, dans une structure juridique qui organise leur responsabilité solidaire et indéfinie, en faisant en sorte

qu'ils ne soient plus recherchés en sus de cet apport initial pendant les cinq années durant lesquelles ils doivent conserver ce statut.

La technique du crédit-vendeur ou crédit-fournisseur a été validée en plusieurs occasions par les tribunaux et notamment par des juges commissaires, sans que leurs décisions fassent l'objet d'un recours³⁸⁷. Ainsi, dans le cas concerné par l'ordonnance du juge commissaire près le Tribunal de Grande Instance de Saint-Pierre de la Réunion – Chambre commerciale du 17 décembre 2002, une entreprise exploitante avait acheté un matériel, auprès d'un fournisseur, qu'elle avait revendu aussitôt à une société bailleuse en accordant à cette dernière un crédit-vendeur. Par suite, l'entreprise exploitante faisant l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, le mandataire liquidateur avait contesté la recevabilité de la demande en revendication de son matériel loué par la société bailleuse au motif que le contrat de vente et le contrat de location relatifs à ce matériel, établis entre l'entreprise exploitante et la société bailleuse, étaient fictifs n'entraînant aucun flux réel entre les parties et qu'il s'en déduisait que la seule opération économique établie résultait du seul achat du matériel par l'entreprise exploitante au fournisseur. Le Juge commissaire a motivé la recevabilité de la demande en revendication en retenant que :

« rien n'empêche les parties de recourir conventionnellement au mécanisme de la compensation entre deux créances et plus spécialement entre la créance du bailleur correspondant au dépôt de garantie non versé et aux loyers dus et la créance de l'acheteur relative au prix de vente [...] En fait, s'il n'y a pas de flux monétaires entre les parties, il existe cependant des flux financiers, entre ces deux sociétés, témoignés par les conventions et les écritures comptables qui leur correspondent.³⁸⁸ »

Le caractère exclusif de l'opération de financement réalisée dans chaque véhicule fiscal, tout comme la compensation légale, tout comme encore la clause de limitation

³⁸⁷ Ordonnance du juge commissaire près le Tribunal de Grande Instance de Saint-Pierre de la Réunion – Chambre commerciale, 17 décembre 2002 (en annexe 1) ; Ordonnance du juge commissaire près le Tribunal mixte de commerce de Nouméa, 17 mai 2011 (en annexe 2).

³⁸⁸ Ordonnance du juge commissaire près le Tribunal de Grande Instance de Saint-Pierre de la Réunion, Chambre commerciale, 17 décembre 2002 (en annexe 1).

de recours, constituent des outils juridiques au service de la nécessaire protection des investisseurs.

Toutes les parties trouvent un intérêt financier. Pour l'exploitant, il va bénéficier d'une « aide » provenant des investisseurs, c'est-à-dire du montant des avances effectuées à fonds perdus (55.387€ dans l'exemple ci-dessus exposé). Cette aide lui permet à la fois de réduire son apport personnel dans le financement de ses investissements et de régler des loyers minorés. De son côté, le banquier, souvent le banquier habituel de l'exploitant, accorde d'autant plus facilement le prêt sollicité que le montant de ce prêt ne représente qu'une partie du prix de l'investissement (58,89% dans notre exemple ci-dessus), alors qu'il est fréquemment garanti par un nantissement ou un gage qui porte sur 100% de l'investissement. Son risque est moindre. Pour l'investisseur, le gain résulte dans la contrepartie fiscale, gain auquel est attaché le risque tenant à l'exploitation du bien pendant cinq ans, risque dont il n'a absolument pas la maîtrise.

Au terme de cinq années de location, la propriété du bien est transférée à l'exploitant pour un prix correspondant au montant du dépôt de garantie qu'il a constitué au départ, payable par compensation avec ledit dépôt de garantie. C'est ainsi que l'exploitant aura acheté dans notre exemple précité 168.788€ (soit $245.000 - 55.387$ (apport investisseur) $- 20.825$ (TVA NPR)), outre les intérêts d'emprunt de 19.085,40€ ($2.722,89 \times 60 - 144.288$), soit au total 187.873,40€ un bien qui vaut 245.000€ en bénéficiant de cinq années pour en effectuer le paiement.

§3. La location des biens

Lorsque le propriétaire de l'immobilisation n'est pas l'utilisateur, l'avantage fiscal est octroyé à l'entreprise propriétaire, mais la réduction d'impôt prévue s'applique aux investissements productifs mis à la disposition d'une entreprise dans le cadre d'un contrat de location si diverses conditions sont réunies.

Le contrat de location, qui doit revêtir un caractère commercial, doit être conclu pour une durée au moins égale à cinq ans ou pour la durée normale d'utilisation du bien loué si elle est inférieure. Il ne doit s'accompagner d'aucune prestation annexe à la

mise à disposition du bien. La résiliation anticipée du contrat quelle qu'en soit la cause entraîne la reprise de la déduction au titre de l'exercice au cours duquel intervient la rupture du contrat (sauf quelques exceptions prévues par les textes qui seront évoquées).

De plus, l'entreprise locataire, qui doit avoir son siège en France métropolitaine ou dans un département d'outre-mer, aurait pu bénéficier de la réduction d'impôt si, imposable en France, elle avait acquis directement l'immobilisation³⁸⁹.

Par ailleurs, un certain pourcentage de la réduction d'impôts doit être reversé à l'entreprise locataire sous forme de diminution du loyer et du prix de cession du bien à l'exploitant, actuellement, il est de 66% du montant de la réduction d'impôts³⁹⁰ (56% pour les investissements dont le montant par programme et par exercice est inférieur à 250.000€ par exploitant).

Enfin, lorsque l'immobilisation acquise ou créée par l'entreprise propriétaire est destinée à être exploitée par le locataire dans l'un des secteurs d'activité soumis à agrément, celui-ci devra être demandé par le propriétaire de l'investissement, quel que soit son montant.

Ce dispositif permet de bénéficier d'une réduction d'impôts proportionnelle au montant investi. Ainsi, pour pouvoir bénéficier des avantages de la loi Girardin industriel, un particulier devra généralement passer par un intermédiaire qui se charge du montage, fréquemment par le biais d'une ou plusieurs SNC pour les dossiers hors agrément et SAS pour les dossiers avec agrément.

Section 4. La réduction d'impôt

La réduction d'impôt dans le cadre de la défiscalisation externalisée bénéficie, notamment, aux contribuables ayant souscrit au capital de sociétés procédant à l'acquisition d'investissements productifs pour les louer aux entreprises exploitantes

³⁸⁹ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 26 et art. 217 *undecies*, al. 17.

³⁹⁰ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 26.

domiennes. Son calcul est effectué sur un coût de revient desdits investissements défini selon des critères précis pour obtenir une base dite « base défiscalisable » (§1) sur laquelle divers taux peuvent être appliqués pour parvenir à un montant de réduction d'impôt qui doit être rétrocédé en partie à l'entreprise exploitante et qui est limité par divers plafonnements (§2) et qui implique, pour en bénéficier, diverses formalités à remplir par le monteur de l'opération, mais aussi par la société ayant réalisé l'investissement et le contribuable /investisseur (§3).

§1. La base de calcul dite « base défiscalisable »

La notion a évolué depuis la mise en place du dispositif. Initialement et jusqu'au 29 mai 2009, la base défiscalisable était définie ainsi : « montant, hors taxes des investissements productifs, diminué de la fraction de leur prix de revient financée par une subvention publique »³⁹¹.

Puis à compter du 29 mai 2009 et jusqu'au 30 juin 2014 inclus, il s'agit

« du montant, hors taxes et hors frais de toute nature, notamment les commissions d'acquisition, à l'exception des frais de transport, d'installation et de mise en service amortissables, des investissements productifs, diminué de la fraction de leur prix de revient financée par une subvention publique »³⁹².

Cette précision vise à exclure les frais liés à la mise en place des opérations, notamment, les commissions des cabinets monteurs des opérations qui pouvaient occasionner un surcoût significatif de l'investissement³⁹³. La valeur des immobilisations à retenir pour le calcul de la base défiscalisable est égale au prix de revient pour lequel celles-ci sont inscrites au bilan de l'entreprise propriétaire (en cela compris les biens acquis et donnés en location dans le cadre des dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI) et qui sert de base au calcul des amortissements déductibles du résultat fiscal déduction faite de toutes taxes et frais (sauf ceux de

³⁹¹ CGI, art. 199, *undecies* B (versions en vigueur jusqu'au 29 mai 2009).

³⁹² CGI, art. 199 *undecies* B I, al. 17 (versions en vigueur du 29 mai 2009 jusqu'au 30 juin 2014).

³⁹³ SENAT. Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation. *Rapport n°232 sur le projet de loi pour le développement économique de l'outre-mer, présenté par MM. Marc MASSION et Éric DOLIGÉ*, 9 février 2009, p. 66.

transport, installation et mise en service)³⁹⁴ et des subventions publiques obtenues pour le financement desdites immobilisations. Les subventions publiques correspondent à toutes les subventions accordées par l'État et les collectivités publiques (collectivités locales, établissements publics)³⁹⁵. Aux termes du III de l'article 199 *undecies* B du CGI, les aides de nature fiscale octroyées et versées par les collectivités d'outre-mer qui bénéficient de l'autonomie fiscale ne sont pas déduites du prix de revient et n'ont donc pas d'incidence sur la base défiscalisable.

Enfin la dernière modification est intervenue à compter du 1^{er} juillet 2014³⁹⁶, les termes « subvention publique » ont été remplacés par les termes « aide publique » et la mention suivante a été ajoutée : « et, lorsque l'investissement a pour objet de remplacer un investissement ayant bénéficié de l'un des dispositifs définis au présent article ou aux articles 217 *undecies* ou 244 *quater* W, de la valeur réelle de l'investissement remplacé ³⁹⁷ ». Pour les investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 2015, en application de l'article 21 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, la notion de subvention publique est donc remplacée par la notion d'aide publique. Ainsi, c'est l'ensemble des aides publiques octroyées dans le cadre d'un investissement qui doit être retiré de la base défiscalisable³⁹⁸. Cette substitution vise par exemple les primes versées par EDF pour des investissements réalisés dans le secteur de l'énergie. Cette précision s'applique autant aux DROM qu'aux COM, sans toutefois remettre en cause le régime fiscal particulier de ces COM, défini au III de l'article 199 *undecies* B du CGI.

Le même article 21 de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 introduit, pour les investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 2015, une distinction concernant les investissements initiaux et les investissements de remplacement. Cette

³⁹⁴ BOI-BIC-RICI-20-10-20-1020160601 - I-B §10.

³⁹⁵ BOI-TVA-BASE-10-10-10-20121115 § 330.

³⁹⁶ Cette modification résulte d'une évolution du Règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014, déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, qui exclut les investissements de simple renouvellement du bénéfice de l'aide fiscale (article 2 §49 et 14).

³⁹⁷ Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, art. 21.

³⁹⁸ Dans la logique du périmètre de ce qui s'entend par « aide d'Etat » selon M. Jean-Luc Albert. Cf. Introduction 1 §. B. II.

distinction s'applique dans les DROM et les COM. Cependant, pour les investissements réalisés dans les premiers et à Saint-Martin, ladite distinction ne s'applique que dans le cas où l'investissement éligible, qui remplace un investissement précédent, est un investissement initial au sens de l'article 2 du Règlement Général d'Exemption par Catégorie (RGEC)³⁹⁹, par exemple dans le cas où le remplacement permet une augmentation des capacités de production. Ainsi, lorsque l'exploitant acquiert, directement ou par l'intermédiaire d'un schéma locatif, un nouvel investissement en application des dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI, et qu'il a préalablement bénéficié d'une aide fiscale visée à l'article 199 *undecies* B, à l'article 217 *undecies* et/ou à l'article 244 *quater* W du CGI, la base éligible à la réduction d'impôt pour ce nouvel investissement est réduite de la valeur réelle du bien remplacé (*cf.* la détermination de cette valeur⁴⁰⁰).

En revanche, la base éligible d'un investissement initial reste identique. Il résulte, au regard de ces éléments, que les investissements qui consistent à remplacer du matériel usé ou obsolète, qui aurait ou non bénéficié d'une aide fiscale, aux fins d'uniquement maintenir les capacités de production de celui-ci ne sont, dès lors, plus éligibles à l'aide fiscale prévue à l'article 199 *undecies* B du CGI.

Au regard de la mention : « diminué de la fraction de leur prix de revient financée par une subvention publique », il convient ici de préciser la notion de TVA NPR.

En application d'une Instruction ministérielle de 1953, dont la trace n'a d'ailleurs pu être retrouvée⁴⁰¹, un régime tout à fait dérogatoire de taxe sur la valeur ajoutée, né de

³⁹⁹ Règlement (UE) n°651/2014 de la Commission du 17 juin 2014, art. 2 : « Tout investissement dans des actifs corporels et incorporels se rapportant à la création d'un établissement, à l'extension des capacités d'un établissement existant, à la diversification de la production d'un établissement vers des produits qu'il ne produisait pas auparavant ou à un changement fondamental de l'ensemble du processus de production d'un établissement existant, ou toute acquisition d'actifs appartenant à un établissement qui a fermé, ou aurait fermé sans cette acquisition, et qui est racheté par un investisseur non lié au vendeur, à l'exclusion de la simple acquisition des parts d'une entreprise » ; BOI-BIC-RICI-20-10-10-20-20160601 – I-B § 51 à 55.

⁴⁰⁰ *Cf.* Partie 1. Titre 1. Chapitre 2. Section 2. §1. B. I. c.

⁴⁰¹ MM Franck AVICE (sous la supervision de BOLLIET Anne) et Philippe CANNARD. *Rapport sur la TVA non perçue récupérable*. Mission d'audit de modernisation menée pour l'Inspection Générale des Finances et l'Inspection Générale de l'Administration, juillet 2007, p. 8 : « Le dispositif a été créé par une décision ministérielle de 1953 qui reste introuvable en dépit des recherches effectuées par la mission, y compris au service des archives du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie. Le principal indice de l'existence de cette mesure est fourni par une instruction du 30 juin 1954 ». Cette instruction n°168 B2/1 indique « aussi, les décisions ministérielles des 2 novembre 1953 (pour l'article 20) et 15 avril 1954 (pour l'article 21) admirent-elles qu'il soit fait application, dans les cas envisagés, de l'adage « exonération vaut paiement », c'est-à-dire que la taxe non acquittée à l'importation soit néanmoins considérée comme payée ».

la pratique administrative, était appliqué dans les départements d'outre-mer (à l'exception de la Guyane). En effet, certains produits exonérés de TVA pouvaient, du fait de leur incorporation dans un cycle de production, donner lieu à récupération de TVA, sans que celle-ci ait été payée. La TVA est alors dite « non perçue récupérable » (NPR).

Son application donne lieu à des problèmes d'interprétation, notamment du fait d'une mise à jour non automatique du CGI à la suite des modifications du tarif douanier. Par erreur ou par volonté de frauder, les entreprises peuvent déduire une TVA NPR sur des biens non éligibles et peuvent en demander le remboursement. Cette TVA NPR fait depuis 2012 l'objet d'une ligne de déclaration spécifique par l'entreprise ce qui doit permettre à l'administration fiscale des vérifications plus aisées⁴⁰². Cette TVA NPR est assise sur la valeur des biens que les entreprises immobilisent (investissements). Tout se passe comme si l'État allouait une subvention aux entreprises concernées, charge à celles-ci de répercuter cet avantage vers leurs clients au moyen d'une réduction du prix de vente. La loi a légalisé cette aide en instaurant l'article 295 A du CGI⁴⁰³, et l'administration a publié une instruction le 19 mai 2010⁴⁰⁴. Cette légalisation n'a pas modifié l'approche de cette subvention.

Dans trois départements d'outre-mer (la Guadeloupe, la Martinique et La Réunion), un certain nombre de biens et d'équipements bénéficient donc, lors de l'importation, d'une exonération de TVA, prévue à l'article 295-1-5° du CGI, dans l'objectif de minorer le prix de vente au consommateur final domicilié dans les DROM, augmenté par l'effet des handicaps structurels des économies ultramarines liés à l'éloignement ou à la taille du marché. Cependant, pour éviter qu'un bien bénéficiant de cette exonération ne se trouve finalement taxé, lorsqu'il est incorporé dans la production d'un bien ou service faisant l'objet d'une taxation, un dispositif spécifique a été mis

⁴⁰² BOI-TVA-GEO-20-30-20120912 §190.

⁴⁰³ Loi n°2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer, art. 30.

⁴⁰⁴ BOI 3G-1-10, 19 mai 2010, n°56.

en place : les entreprises assujetties à la TVA sont autorisées à déduire, la TVA NPR, sans l'avoir payée.

Le caractère dérogatoire de cette aide provient du fait que l'article 295 A du CGI prévoit de récupérer la TVA qui n'a pas été versée. En effet :

« les assujettis qui exercent une activité imposable dans les départements de Guadeloupe, de la Martinique [...] et qui y ont un établissement stable (c'est-à-dire un établissement secondaire) bénéficient d'un régime particulier de déduction... Ils sont autorisés à majorer leur droit à déduction de la TVA du montant de la taxe calculée fictivement sur la valeur des biens d'investissement neufs [...] importés en exonération de TVA⁴⁰⁵ »

L'objectif de cette mesure est de diminuer le prix de vente au consommateur final, prix qui, d'un autre côté, est augmenté du fait des handicaps structurels des économies ultramarines comme évoqués précédemment. Ainsi, si les sociétés d'exploitation ont leur siège dans un DROM ou à St Martin, St Barthelemy, en métropole ou à l'étranger mais, dans ces deux derniers cas, avec un établissement secondaire dans un DROM, c'est-à-dire une activité économique assujettie à la TVA, le mécanisme de la TVA récupérable (bien que non payée à l'importation) est applicable.

D'un point de vue juridique, seul le propriétaire du bien (c'est-à-dire le véhicule fiscal regroupant les investisseurs) peut obtenir le remboursement de la TVA d'amont, y compris la TVA décomptée fictivement⁴⁰⁶. Il s'agit d'une subvention d'investissement (qui vient diminuer la base défiscalisable). Cela étant, pour cette TVA NPR « l'exploitant local retrouve le bénéfice de la TVA NPR à travers le plan de financement du bien conclu avec la SNC qui en répercute le montant sur les loyers⁴⁰⁷ ». En conclusion, si le véhicule fiscal regroupant les investisseurs bénéficie de la TVA NPR d'un point de vue juridique, fiscal et comptable, d'un point de vue

⁴⁰⁵ *Instruction 3G-1-10 du 18 mai 2010 relative à la TVA non perçue récupérable applicable dans les DOM*, BOI n°56 du 19/05/2010, Chap. 2 : « Dispositions de droit commun ».

⁴⁰⁶ *Ibid.*, Chap. 3 : « Dispositions particulières : les schémas d'investissements locatifs ».

⁴⁰⁷ *Ibid.*

financier cette subvention est affectée indirectement à l'exploitant *via* des loyers bonifiés. Ce montant de TVA assimilé à une subvention doit donc être déduit du prix de revient des biens pour déterminer la base défiscalisable.

L'article 295 A du CGI relatif à la TVA NPR a été abrogé au 1^{er} janvier 2019⁴⁰⁸, toutefois il est prévu une période transitoire. Durant celle-ci, cette TVA NPR continue de s'appliquer pour les importations effectuées au cours de l'année 2019 dès lors que la livraison à l'importateur du DROM a été effectuée par le fournisseur étranger avant le 31 décembre 2018 et qu'un acompte lui a, *a minima*, été versé avant cette même date. Il en est de même pour les livraisons internes effectuées en Guadeloupe, Martinique et à La Réunion lorsqu'un acompte a été versé avant le 31 décembre 2018⁴⁰⁹. La principale raison de cette suppression est que cette dépense fiscale a été estimée « peu lisible, difficile à tracer, mal pilotée⁴¹⁰ », contrairement à ce qui était attendu, et que la mesure s'est donc avérée inefficace.

§2. Le calcul de la réduction d'impôt

Divers taux peuvent être appliqués à la base défiscalisable, selon l'activité ou la région concernée, pour obtenir le montant de la réduction d'impôt (A.). Dans le cadre de la défiscalisation externalisée le contribuable doit impérativement rétrocéder une partie de cette dernière à l'entreprise exploitante (B.). La réduction d'impôt est limitée par un plafonnement global, mais également par un plafonnement propre à ces investissements productifs outre-mer (C.).

A. Le taux de la réduction d'impôt

Depuis la création du dispositif, les taux de réduction d'impôt ont été revus plusieurs fois à la baisse. Avant l'entrée en vigueur de l'article 105 de la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011⁴¹¹, que l'investissement soit réalisé directement par

⁴⁰⁸ Loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, art. 17.

⁴⁰⁹ BOI-TVA-GEO-20-30-20190605 §5 et §10.

⁴¹⁰ MINISTÈRE DES OUTRE-MER. *Livre bleu Outre-mer*, juin 2018, p. 152.

⁴¹¹ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

l'entreprise utilisatrice ou dans le cadre d'un schéma locatif, les taux de réduction d'impôt étaient uniformes. Des majorations étaient prévues pour certains DROM ou COM ou secteurs d'activité. Ainsi, le taux habituellement applicable (hors majoration territoriale ou sectorielle) était de 50%.

A compter de l'entrée en vigueur de l'article 105 susmentionné, le taux applicable change en fonction de ce que l'investissement est réalisé directement par l'entreprise utilisatrice ou dans le cadre d'un schéma locatif. Comme précédemment, des majorations de taux s'appliquent aux investissements réalisés dans certains DROM ou COM ou secteurs d'activité.

L'article 83 de la loi du 28 décembre 2011 de finances pour 2012⁴¹², complété par le décret du 23 avril 2012⁴¹³, est venu une nouvelle fois modifier les taux de la réduction d'impôt prévue à l'article 199 *undecies* B du CGI à compter du 1^{er} janvier 2012. Ainsi, les taux sont fixés par la loi en fonction de divers critères : investissement réalisé directement par l'entreprise exploitante ou dans le cadre d'un schéma locatif, nature et localisation de l'investissement.

Les pouvoirs publics estiment qu'il y a une nécessité de développement économique de certains secteurs d'activité et/ou zones ultramarines, c'est ce qui explique l'application des taux différents susmentionnés afin de privilégier les investissements dans ceux-ci. Ainsi par exemple, pour le secteur de la navigation de plaisance, en 2003, le taux majoré de défiscalisation de 70%⁴¹⁴, qui était appliqué, visait à répondre au problème, spécifique aux Antilles, de la faiblesse de la flotte des navires de location. Cette flotte ayant été largement constituée et de nombreuses entreprises de location de navires de plaisance ne parvenant plus à rentabiliser leurs

⁴¹² Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

⁴¹³ Décret n°2012-547 du 23 avril 2012 pris pour l'application de l'article 83 de la loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

⁴¹⁴ CGI, art. 199 *undecies* B (versions en vigueur du 31 août 2003 au 29 mai 2009).

investissements, leur flotte étant trop importante, il a été décidé de supprimer ce taux majoré en 2009⁴¹⁵.

B. Le taux de rétrocession à l'exploitant

Concernant les schémas locatifs, le taux de réduction d'impôt dépend également du taux de rétrocession légal (c'est-à-dire le pourcentage de sa réduction d'impôt que le contribuable consent à reverser à l'exploitant par son apport à fonds perdus).

A compter de l'entrée en vigueur de l'article 105 susmentionné, dans le cadre d'un schéma locatif, le taux de rétrocession applicable peut varier entre 62,5% et 52,63% selon les investissements.

L'article 21, de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014⁴¹⁶, a modifié ces taux de rétrocession qui n'ont pas changé depuis. Il résulte qu'actuellement, pour les investissements productifs, hors agrément, mis à la disposition d'une entreprise, dans le cadre d'un contrat de location (défiscalisation externalisée), par une société soumise à l'IR, auxquels s'applique le taux de rétrocession de la réduction d'impôt de 56% (contre 52,63% pour les investissements réalisés avant le 1^{er} janvier 2015), le taux de réduction d'impôt habituellement applicable (hors majoration territoriale ou sectorielle) est de 44,12%. Ce taux de réduction d'impôt est porté à 52,95% pour les investissements réalisés en Guyane, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Wallis-et-Futuna. Ce taux de 52,95% est majoré de 8,82% pour les investissements réalisés dans le secteur de la production d'énergie renouvelable et lorsque ces investissements sont réalisés en Guyane, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Wallis-et-Futuna ; également, pour les travaux de rénovation et de réhabilitation d'hôtel, de résidence de tourisme et de village de vacances classés, lorsqu'ils sont réalisés dans les départements d'outre-mer.

⁴¹⁵ SENAT. *Rapport n°232 sur le projet de loi pour le développement économique de l'outre-mer, présenté par MM. Marc MASSION et Éric DOLIGÉ, op. cit., p. 70.*

⁴¹⁶ *Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014.*

Pour les opérations auxquelles s'applique le taux de rétrocession de 66% (contre 62,5% pour les investissements réalisés avant le 1er janvier 2015), le taux de réduction d'impôt habituellement applicable (hors majoration territoriale ou sectorielle) est de 45,3%. Ce taux de la réduction d'impôt est porté à 54,36% pour les investissements réalisés en Guyane, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Wallis-et-Futuna. Ce taux de 54,36% est majoré de 9,06% pour les investissements réalisés dans le secteur de la production d'énergie renouvelable et lorsque ces investissements sont réalisés en Guyane, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon et à Wallis-et-Futuna ; également, pour les travaux de rénovation et de réhabilitation d'hôtel, de résidence de tourisme et de village de vacances classés, lorsqu'ils sont réalisés dans les départements d'outre-mer.

Tous les investissements réalisés et mis à la disposition d'une entreprise exploitante dans le cadre d'un contrat de location par une société soumise à l'impôt sur les sociétés, relèvent obligatoirement du taux de rétrocession de 66%⁴¹⁷ (contre 62,5% avant le 1^{er} janvier 2015), quel que soit le montant de l'investissement, et donc des taux de réduction d'impôt y attachés.

C. Le plafonnement des réductions d'impôt

Le plafonnement global des avantages fiscaux est né alors que la loi Girardin existait déjà. Ainsi la loi du 27 décembre 2008 a créé l'article 200-0 A du CGI, entré en vigueur le 29 décembre 2008⁴¹⁸. Celui-ci disposait que :

« le total des avantages fiscaux mentionnés au 2 ne peut pas procurer une réduction du montant de l'impôt dû supérieure à la somme d'un montant de 25.000€ et d'un montant égal à 10% du revenu imposable servant de base au calcul de l'impôt sur le revenu⁴¹⁹ »

⁴¹⁷ CGI, art. 199 undecies B, I. al. 29.

⁴¹⁸ Loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, art. 91(V).

⁴¹⁹ CGI, art. 200-0 A 1.

La réduction d'impôt devient une combinaison entre une valeur absolue de 25.000€ et un pourcentage du revenu de 10%. M. Gilles Carrez, rapporteur général, expliquait, au soutien de l'amendement n°448 du projet de loi de finances pour 2019, que cette combinaison permettait d'éviter que les contribuables les plus fortunés puissent ne pas avoir d'impôt à payer du fait de l'accumulation de niches fiscales auxquelles ils auraient souscrit et ainsi de permettre une « vraie justice fiscale⁴²⁰ ». Il justifiait l'adoption de cette combinaison, plutôt que celle d'un choix alternatif entre une valeur absolue et un pourcentage du revenu, car la combinaison permettait d'opérer une forme de « lissage continu⁴²¹ », notamment du fait du pourcentage du revenu qui était donc proportionnel à ce dernier alors que l'impôt s'appliquait par tranches, et d'éviter que ne soient pénalisés les contribuables dont l'impôt à payer aurait été supérieur à 25.000€ et inférieur à 10% de leur revenu.

Dès la loi du 30 décembre 2009⁴²², l'article 200-0 A du CGI⁴²³ était modifié, le montant de 25.000€ était ramené à 20.000€ et le taux de 10% à 8%. Puis, une nouvelle modification est intervenue par la loi du 29 décembre 2010⁴²⁴, ramenant respectivement ces montants et taux à 18.000€ et 6%. La loi du 28 décembre 2011 diminuait encore le taux puisqu'elle l'instaurait à 4%⁴²⁵.

Ces modifications successives ont été justifiées toujours sur le fondement d'une « logique d'équité fiscale », mais aussi pour obtenir « une recette supplémentaire d'impôt sur le revenu »⁴²⁶.

Le plafond global de réduction d'impôt d'un foyer fiscal, depuis la loi du 29 décembre 2012⁴²⁷, majoré des réductions d'impôt mentionnées aux articles 199

⁴²⁰ ASSEMBLEE NATIONALE. *Compte rendu intégral*. XIIIe législature. Deuxième séance du 17 novembre 2008, p. 4.

⁴²¹ *Ibid.*, p.3.

⁴²² *Loi n°2009-1673 du 30 décembre 2009, art. 81(V)*.

⁴²³ *CGI*, art. 200-0A (version en vigueur au 1^{er} janvier 2010).

⁴²⁴ *Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010, art. 105 et 106 (V)*.

⁴²⁵ *Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011, art. 84 (V)*.

⁴²⁶ SENAT. Commission des finances. *Rapport général n°111 sur le projet de loi de finances pour 2011, présenté par Philippe MARINI*, 18 novembre 2010, p. 112.

⁴²⁷ *Loi n°2012-1509 du 29 décembre 2012 de finances pour 2013, art. 73*.

undecies A, 199 *undecies B* et 199 *undecies C* du CGI, ne peut pas excéder 18.000€ pour un même foyer fiscal pour une même année.

Initialement, il a été question de diminuer le plafonnement global des réductions et crédits d'impôt en diminuant la part forfaitaire de 18.000€ à 10.000€ et en supprimant la part proportionnelle de 4%, exception faite pour les réductions d'impôt sur le revenu en faveur des investissements outre-mer, notamment ceux réalisés dans le cadre de l'article 199 *undecies B* du CGI, pour lesquels le plafonnement de 18.000€ ajoutés à 4% du revenu devait être maintenu, au motif qu'il convenait de préserver l'attractivité des investissements dans les régions ultramarines pour lesquels ces dernières nécessitent des montants importants⁴²⁸. Mais, le Conseil constitutionnel, saisi de cette dichotomie entre le plafonnement global limité à un montant forfaitaire et celui particulier aux investissements outre-mer limité à une combinaison d'un montant forfaitaire et d'un pourcentage du revenu, a jugé qu'elle était contraire à la Constitution au motif que :

« en laissant, dans le même temps, subsister un plafonnement proportionnel au revenu imposable applicable à deux catégories d'avantages fiscaux attachés à des opérations d'investissement, le législateur a permis à certains contribuables de limiter la progressivité de l'impôt sur le revenu dans des conditions qui entraînent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques⁴²⁹ ».

C'est pourquoi, la part progressive du plafonnement de la réduction d'impôt prévue pour les investissements dans les régions ultramarines n'a pas été maintenue. Il résulte que quel que soit le revenu net imposable d'un foyer fiscal, il bénéficie au maximum d'une réduction d'impôt de 18.000€.

Le plafond global des 18.000€ est applicable en cas d'investissements outre-mer, ainsi que d'investissements Sofica. Dans ces 18.000€ sont inclus les 10.000€ de plafond global pour toutes les autres réductions d'impôts initiées lors de la même

⁴²⁸ *Projet de loi de finances pour 2013*, « Seconde partie : moyens des politiques publiques et dispositions spéciales. Titre IV : Dispositions permanentes, I. Mesures fiscales et budgétaires non rattachées », pp. 143 et 144.

⁴²⁹ CC, Décision n° 2012-662 DC, 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*, cons. 122 et 123.

année civile⁴³⁰ – hors outre-mer et Sofica. Le plafond de la réduction d'impôt dans le cadre de la loi Girardin industriel à prendre en compte dans le plafonnement global ne concerne que le montant de la réduction d'impôt « non rétrocedée ». Sans aucune autre réduction d'impôts, le plafonnement, de 18.000€ par an par foyer fiscal, se comprend « après rétrocession » d'une partie de l'avantage fiscal, ce qui équivaut pour les dossiers hors agrément fiscal, avec une rétrocession légale de 56%, à une réduction réelle maximum d'impôts de $18.000 * 100 / 44 = 40.909€$ ou $40.909€ - (40.909€ * 56\%) = 18.000€$.

Par exemple, au titre de l'année N, quel que soit son niveau de revenu net imposable, et dans le cadre de la loi Girardin industriel, le montant global de la réduction d'impôts d'un foyer fiscal est plafonné à 18.000€ « après rétrocession ». Ainsi, s'il a investi dans un dossier sans agrément, la réduction d'impôt acquise ne sera prise en compte que pour 44% de son montant (puisque le taux de rétrocession applicable est de 56%). Il ne pourra donc plus effectuer d'autre réduction d'impôts, car il aura utilisé l'ensemble de son plafond global pour sa réduction d'impôts Girardin industriel.

L'avantage fiscal dont bénéficie les contribuables selon les dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI est donc soumis à un double plafonnement : un plafonnement commun aux réductions d'impôt applicable aux investissements effectués outre-mer⁴³¹, et un plafonnement global de certains avantages fiscaux à l'impôt sur le revenu⁴³².

⁴³⁰ CGI, art. 200-0A, al. 2, 1 (depuis sa version en vigueur au 1^{er} janvier 2013) : « Le total des avantages mentionnés au premier alinéa du présent 1, retenu dans la limite de 10.000€, majoré du montant de ceux mentionnés aux articles 199 *undecies* A, 199 *undecies* B, 199 *undecies* C et 199 *unvicies*, ne peut pas procurer une réduction de l'impôt dû supérieure à la somme d'un montant de 18.000€ ».

⁴³¹ Loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009, art. 87.

⁴³² CGI, art. 200-0A.

§3. Les formalités à accomplir

La réduction d'impôt, pour être obtenue, doit faire l'objet de diverses formalités qui sont réparties entre le monteur de l'opération (A.), la société ayant réalisé l'investissement productif (B.) et enfin le contribuable /investisseur (C.).

A. Pour le monteur

L'article 242 *septies* du CGI dispose, notamment, que les monteurs doivent déclarer annuellement les opérations qu'ils ont réalisées auprès de l'administration fiscale de l'Etat, la forme de cette déclaration étant celle du formulaire n°2083-M-SD⁴³³. Cette obligation de déclaration annuelle des investissements n'était pas applicable aux investissements réalisés avant la date de promulgation de la loi de finances pour 2012. En effet, l'article 242 *septies* a certes été créé par la loi de finances pour 2011⁴³⁴, mais ensuite modifié par la loi de finances pour 2012 qui a, entre autres, modifié le champ d'application de cet article en précisant que seuls les investissements réalisés à compter de l'année 2012 étaient concernés par le texte⁴³⁵.

La loi de finances pour 2014, par son article 21, a créé deux nouveaux textes relatifs aux déductions et réductions d'impôt, et a modifié l'article 242 *septies* du CGI pour que ce dernier mentionne deux articles supplémentaires (244 *quater* W et 244 *quater* X du CGI)⁴³⁶. Cet article 21 devait n'être applicable qu'aux investissements réalisés à compter du 1^{er} juillet 2014, sous réserve que la Commission Européenne ait déclaré ses dispositions compatibles avec le traité de l'UE⁴³⁷. Mais cette mention d'applicabilité ne concernait que la création des nouveaux articles et non l'application

⁴³³ CERFA, n°13445*07.

⁴³⁴ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de Finances pour 2011, art. 101

⁴³⁵ Loi n°2011-1977 du 29 décembre 2011 de finances pour 2012, art. 85.

⁴³⁶ Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, art. 21.

⁴³⁷ La Commission européenne ayant tardé à rendre sa décision de conformité avec le droit communautaire, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, initialement prévue au 1^{er} juillet 2014, a été différée. Le crédit d'impôt en faveur de l'investissement productif a été validé par la Commission européenne par une décision rendue le 2 mars 2015, notifiée sous le numéro C (2015) 1342 final, et est appliqué depuis juillet 2015. Le second, qui bénéficie au logement social, a été validé par la Commission européenne le 10 décembre 2014, par décision notifiée sous le numéro C (2014) 9316 final, et est appliqué depuis janvier 2015.

de l'article 242 *septies* du CGI, lequel n'a été modifié que pour inclure les nouveaux articles comme mentionnés précédemment.

La loi de finances pour 2015, dans son article 67, est venue modifier l'article 21 précité, mais seulement quant aux dispositions concernant l'applicabilité dudit article 21 aux investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 2015. Ainsi, cela n'a pas modifié le fait que le champ d'application des déclarations annuelles concernait toujours les investissements réalisés à compter du 1^{er} janvier 2012⁴³⁸. Certes, le décret d'application du 10 février 2015 prévoyait sa propre entrée en vigueur deux mois après sa promulgation, mais cette date d'entrée en vigueur n'a eu aucun effet sur le champ d'application de l'article 242 *septies* du CGI. Ainsi la déclaration annuelle doit donc être effectuée à compter d'avril 2015, et ce, pour tous les investissements réalisés depuis janvier 2012, en application de l'article 171 BK de l'annexe II au CGI, créé par le décret n°2015-149 précité. Pour chaque opération doivent être précisés :

« la nature et le montant de l'investissement, son lieu de situation, les conditions de son exploitation, l'identité de l'exploitant, les noms et adresses des investisseurs, le montant de la base éligible à l'avantage en impôt, la part de l'avantage en impôt rétrocédée, le cas échéant, à l'exploitant ainsi que le montant de la commission d'acquisition et de tout honoraire demandés aux clients⁴³⁹ ».

Par ailleurs, l'article 199 *undecies* E du CGI oblige les personnes qui réalisent des investissements sur le territoire des collectivités territoriales, à informer leurs représentants: les présidents des assemblées territoriales (pour Wallis et Futuna), des gouvernements (pour la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie), de la nature, du lieu de situation, des modalités de financement et des conditions d'exploitation de ces investissements, mais également, lorsque les investissements sont réalisés par des personnes morales en vue d'être donnés en location, de l'identité du locataire et, dans les cas prévus par la loi, du montant de la fraction de l'aide fiscale rétrocédée à ce dernier. Cependant aucune précision n'est donnée quant à la forme de cette

⁴³⁸ Loi n°2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015, art. 67.

⁴³⁹ CGI, art. 242 *septies*, al. 9.

communication (formulaire, courrier, etc). Ainsi même si les déclarations effectuées par les monteurs auprès de l'administration fiscale, dont leur siège dépend, sur le formulaire n°2083-M-SD sont, *a priori*, transmises aux représentant locaux de l'Etat⁴⁴⁰, il semble rester à leur charge la communication d'informations (*cf supra*) directement aux dirigeants locaux.

B. Pour le loueur

Les loueurs doivent déclarer leurs investissements, de façon détaillés⁴⁴¹, en transmettant par voie électronique à l'administration fiscale un formulaire 2083-SD dans les mêmes délais que leur déclaration de résultat au titre de l'exercice au cours duquel l'investissement est livré. Cette déclaration indique l'identité du locataire et, dans les cas prévus par la loi, le montant de la fraction de l'aide fiscale rétrocédée à ce dernier. La déclaration donne lieu à la délivrance d'un récépissé. Ces dispositions sont codifiées à l'article 242 *sexies* du CGI.

Par ailleurs, en application de l'article L. 135 XA du livre des procédures fiscales⁴⁴², l'administration fiscale transmet aux représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie la nature, le lieu de situation, les modalités de financement et les conditions d'exploitation des investissements réalisés⁴⁴³.

Le défaut de déclaration de la 2083-SD entraîne le paiement de deux amendes : l'une d'un montant égal à la moitié de l'avantage fiscal obtenu⁴⁴⁴, l'autre de 1.500€⁴⁴⁵. Toute omission ou inexactitude dans cette déclaration entraîne l'application d'une amende de 150€ par omission ou inexactitude sans que le total ne puisse être supérieur à 10.000€.

⁴⁴⁰ CGI, art. 242 *septies* al. 10 : « Lorsque l'investissement est exploité dans une collectivité d'outre-mer ou en Nouvelle-Calédonie, l'administration fiscale transmet au représentant de l'Etat les informations mentionnées à la seconde phrase de l'alinéa précédent ».

⁴⁴¹ CGI, art. 46 *quaterdecies* Y, annexe III.

⁴⁴² Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art 100.

⁴⁴³ CGI, art. 242 *sexies*, al 1^{er}.

⁴⁴⁴ CGI, art. 1740-0 A.

⁴⁴⁵ CGI, art. 1729 B.

C. Pour l'investisseur

La réduction d'impôt est pratiquée au titre de l'année au cours de laquelle l'investissement est réalisé par les associés ou membres des structures ayant réalisé les investissements productifs proportionnellement à leurs droits détenus directement, ou par l'intermédiaire d'une EURL, dans la société ou le groupement.

Pour bénéficier de la réduction d'impôt résultant des investissements productifs outre-mer réalisés par la société au capital de laquelle il a souscrit, le contribuable/investisseur doit réaliser diverses formalités dans le cadre de sa déclaration d'impôt sur le revenu (I.), mais également dans le cadre de sa déclaration d'Impôt de Solidarité sur la Fortune (ISF) jusqu'à son remplacement par l'Impôt sur la Fortune Immobilière (IFI) en 2018 (II.)

I. La déclaration d'impôt sur le revenu

Les contribuables qui ont réalisé des investissements outre-mer, *via* un véhicule fiscal type SNC, ouvrant droit à des réductions d'impôts sont soumis à des obligations déclaratives particulières. Outre celles classiques attachées au formulaire 2042C (déclaration complémentaire de revenus), d'autres formulaires doivent être fournis à l'administration fiscale. Ces dispositions sont codifiées aux articles 242 *sexies* du CGI et 46 *quaterdecies* Y de l'annexe III au CGI.

L'investisseur qui bénéficie de la réduction d'impôt prévue à l'article 199 *undecies* B du CGI doit remplir la déclaration n° 2042 IOM et sa fiche de calcul 2041 GE, en outre, dans la catégorie des BIC non professionnels, il reporte le montant de la quote-part de déficit lui revenant dans le véhicule fiscal.

La déclaration n°2042 IOM comporte les indications sur les réductions d'impôt acquises au titre de l'année concernée par le formulaire, ainsi que les éventuels reports de réduction d'impôt des années précédentes. Elle doit donc être souscrite chaque année lors de laquelle le contribuable bénéficie d'une réduction d'impôt ou que subsiste un report de réduction d'impôt.

Il doit joindre à sa déclaration un état comportant des renseignements relatifs aux biens à raison desquels la défiscalisation est effectuée. Cet état doit faire apparaître diverses informations conformément aux dispositions du I de l'article 95T du CGI annexe 2. Ainsi cet état doit indiquer le nom et l'adresse du siège social de l'entreprise propriétaire de l'investissement ou, lorsque ce dernier fait l'objet d'un contrat de crédit-bail, de celle qui en est locataire, ainsi que le chiffre d'affaires de l'entreprise qui exploite l'investissement. Le pourcentage des droits aux résultats détenus directement ou indirectement par le contribuable dans la société ou le groupement propriétaire de l'investissement doit également être renseigné. La nature des investissements réalisés doit être précisée. Leur désignation doit être suffisamment précise pour permettre d'apprécier s'il s'agit d'une immobilisation relevant bien de l'article 199 *undecies* B du CGI. Leur date de livraison et de mise en service ou à disposition des entreprises locataires doit également être communiquée. Enfin, le montant hors taxe de l'investissement, le montant des aides publiques obtenues (avec la date de décision d'octroi) et la valeur réelle des biens remplacés doivent être communiqués. Si l'investissement est réalisé avec un agrément, une copie de celui-ci doit être transmise.

Il doit aussi s'engager à conserver les parts sociales du véhicule fiscal durant une période minimum de cinq ans.

En cas de déclaration *via* internet, le contribuable est dispensé de la fourniture de ces éléments, mais doit les conserver et les produire à la première demande de l'administration fiscale.

Si, dans le délai de cinq ans de la mise à disposition du bien loué ou pendant sa durée normale d'utilisation si elle est inférieure, l'une des conditions fixées par l'article 199 *undecies* B n'est pas respectée, la réduction d'impôt pratiquée doit faire l'objet d'une reprise au titre de l'année au cours de laquelle l'événement se réalise et en conséquence être déclaré à l'administration fiscale. Le revenu global de cette même année est alors majoré des déficits indûment imputés.

Le BOI-BIC-RICI-20-10-20-40-20160601 §10 précise que :

« La réduction d'impôt prévue au I de l'article 199 *undecies* B du CGI s'impute sur le montant de l'impôt sur le revenu résultant du barème progressif :

- après application, s'il y a lieu, du plafonnement des effets du quotient familial, de la décote, de la réfaction de 30% ou 40% sur le montant de l'impôt sur le revenu dû par les contribuables domiciliés dans les départements d'outre-mer et de toute autre réduction d'impôt dont pourrait par ailleurs bénéficier le contribuable au titre de l'année d'imposition ;
- mais avant imputation, le cas échéant, des crédits d'impôt et des prélèvements ou retenues non libératoires de l'impôt sur le revenu. »

Dans le cas où le montant de la réduction d'impôt excède celui de la cotisation d'impôt sur le revenu, la fraction non imputée peut donner lieu à report sur l'impôt dû au titre des années suivantes, le report étant soumis aux règles de plafonnement précédemment explicitées⁴⁴⁶.

II. La déclaration d'ISF jusqu'à son remplacement par l'IFI

Lorsque le contribuable relevait de l'Impôts de Solidarité sur la Fortune, il devait déclarer en actif ses titres dans les véhicules fiscaux.

Comme vu précédemment, les fonds des investisseurs sont apportés au capital de la société ou maintenus en compte courant d'associé. Sur leur valeur était établie la taxation de l'ISF. La valorisation de ces deux actifs a donné lieu à des tentatives de redressement fiscal, car l'article L17 du Livre des Procédures Fiscales dispose que

« l'administration des impôts peut rectifier le prix ou l'évaluation d'un bien ayant servi de base à la perception d'une imposition lorsque ce prix ou cette évaluation paraît inférieur à la valeur réelle des biens transmis ou désignés dans les actes ou déclarations ».

Concernant les titres, la Cour de Cassation estime pour un bien que « la valeur vénale réelle [...] est constituée par le prix qui pourrait en être obtenu par le jeu de l'offre et de la demande dans un marché réel compte tenu de l'état dans lequel se trouve le bien

⁴⁴⁶ BOI-IR-RICI-80-20-20-20150708 §60.

avant la mutation⁴⁴⁷ ». Or, d'un côté, aucun acquéreur n'aurait d'intérêt à acquérir des parts d'une société de portage d'opérations de défiscalisation, car, d'une part, l'avantage procuré par cette souscription au capital a bénéficié intégralement à l'associé initial, à savoir la réduction d'impôt. D'autre part, la société ne génère aucun profit. Les loyers, uniques produits, sont inférieurs aux charges que représentent les intérêts d'emprunt et la dotation aux amortissements des investissements (étant rappelé que les loyers sont égaux aux échéances de prêt, prêt qui représente une valeur inférieure au prix d'achat des investissements puisque l'apport des investisseurs l'a financé pour partie). Par ailleurs, il n'y a aucune plus-value latente, le bien devant être vendu à terme à un prix égal au dépôt de garantie, certes supérieur à sa valeur nette comptable, mais largement absorbé par les déficits reportables des années de location. D'un autre côté, l'associé n'a aucun intérêt à vendre ses parts sociales durant la période de portage, car il risque la reprise de sa réduction d'impôt. Ainsi, le jeu de l'offre et de la demande amène à la conclusion qu'une cession des titres ne pourrait s'effectuer au mieux que pour l'euro symbolique et qu'ils doivent donc être valorisés à ce montant.

Concernant les comptes courants, selon qu'ils sont ou non ou bloqués, ils constituent ou non une créance à terme. Il en résulte une valorisation différente pour chacun des cas. La Cour de Cassation a précisé que « un compte courant bloqué doit s'analyser comme une créance à terme susceptible d'être évaluée selon les règles prévues à l'article 760 du CGI⁴⁴⁸ », soit à la valeur nominale. Il résulte qu'en l'absence de terme, il se déduit qu'il y a lieu de retenir une évaluation du compte courant d'associé à la valeur vénale. La Cour de Cassation a jugé que la valeur réelle d'une créance « doit être appréciée en fonction de sa valeur probable de recouvrement [...] compte tenu de la situation économique et financière réelle du débiteur⁴⁴⁹ ». Comme susmentionné les apports effectués par les investisseurs le sont à fonds perdus et ne sont pas bloqués, la société ne génère que des déficits, c'est donc la valeur vénale

⁴⁴⁷ C. Cass., Ch. com., 23 octobre 1984, n°83-12.568.

⁴⁴⁸ C. Cass., Ch. com., 19 juin 1990, n° 89-12.959, non publié au bulletin.

⁴⁴⁹ C. Cass., Ch. com., 23 février 1999, n° 96-19.587, non publié au bulletin.

réelle de la créance de leur compte courant qui doit être retenue et elle est donc nulle, la probabilité de recouvrement étant inexistante.

C'est cette dichotomie valeur nominale et valeur réelle qui a été à l'origine de contentieux fiscaux.

Depuis le 1^{er} janvier 2018, l'ISF a été remplacé par l'IFI⁴⁵⁰. Seuls les immeubles et droits immobiliers sont concernés par ce dernier⁴⁵¹. Il s'agit globalement des biens immobiliers bâtis et non bâtis et de la valeur représentative de biens immobiliers détenus directement ou indirectement, quel que soit le nombre de niveaux d'interposition, par la société dont le contribuable est actionnaire ou porteur de parts. Toutefois, dès lors qu'un bien immobilier est détenu par une société exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale et que le contribuable détient dans cette société une participation de moins de 10%, la valeur représentative du bien immobilier est exclue de la base imposable à l'IFI⁴⁵². Par ailleurs et par principe, les comptes courants d'associés ne sont pas des actifs immobiliers, ils ne sont donc pas imposables à l'IFI (exception faite lorsqu'ils sont détenus par un contribuable dans une société détenant des biens immobiliers et que ledit contribuable détient une participation de plus de 10% dans cette société).

Or, compte tenu que pour la défiscalisation Girardin industriel, d'une part, il s'agit, dans la quasi-totalité des cas, d'investissements productifs (hors immobilier) et, d'autre part, que compte tenu des plafonnements de réduction d'impôt, la quasi-totalité des investisseurs/contribuables détient des participations inférieures à 10% dans les sociétés de défiscalisation, les souscriptions au capital de ces dernières n'entrent pas dans le champ de l'IFI.

⁴⁵⁰ L'article 31 de la *loi n°2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018* a supprimé l'ISF anciennement codifié de l'article 885A du CGI à l'article 885Z du CGI et a créé l'IFI codifié de l'article 964 du CHI à l'article 983 du CGI.

⁴⁵¹ *CGI*, art. 965 1° et 2°.

⁴⁵² *CGI*, art. 965 2°.

Chapitre 2. La mise en œuvre de la défiscalisation externalisée

Dans le cadre de la défiscalisation externalisée, des contraintes existent selon que la société, porteuse de l'investissement, est une société au capital composé de parts sociales ou d'actions, c'est pourquoi un cadre juridique pour les investisseurs est prévu (Section 1). En outre, le schéma d'externalisation nécessite que la société, propriétaire des investissements productifs, les mette à la disposition d'une entreprise locataire dans le cadre notamment d'un contrat de location. Il existe des précisions de l'article 199 *undecies* B du CGI qui impliquent la rédaction d'actes complémentaires et des difficultés d'interprétation (Section 2).

Section 1. Au niveau des investisseurs

Il ressort clairement de la charte de déontologie publiée en annexe au décret du 10 février 2015⁴⁵³ (dont l'étude sera développée plus loin), que la présentation des opérations d'investissement auprès des investisseurs fiscaux conduisant à la souscription de ceux-ci au véhicules d'investissements que sont notamment les SNC ou les SAS, fait partie intégrante de la mission du monteur en défiscalisation outre-mer. Il existe en conséquence diverses contraintes pour ce dernier pour « commercialiser » ses opérations (§1). Par ailleurs, le choix de la structure induit des qualités différentes des investisseurs en tant qu'associés aux diverses conséquences (§2). Cette souscription au capital des véhicules fiscaux se fait par un apport à fonds perdus de l'investisseur dont le traitement sera différencié selon la forme juridique de la société (§3). Enfin cette souscription n'ayant pour vocation qu'une réduction d'impôt, il est prévu dès sa mise en place les modalités de sortie de la société au terme de la période de portage obligatoire prévue par l'article 199 *undecies* B du CGI⁴⁵⁴ (§4).

⁴⁵³ Décret n°2015-149 du 10 février 2015 relatif aux obligations déclaratives et à la mise en concurrence des intermédiaires en défiscalisation Outre-mer.

⁴⁵⁴ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 23.

§ 1. La souscription des investisseurs au capital des véhicules fiscaux

A partir du 1^{er} janvier 2009⁴⁵⁵, le plafonnement des « niches fiscales », et donc des réductions d'impôts, limitant les montants pouvant être apportés par les contribuables investisseurs, a obligé l'ensemble des cabinets d'ingénierie fiscale à multiplier le nombre d'investisseurs nécessaires à la syndication de leurs opérations. Ainsi, alors que les monteurs d'opération de défiscalisation assuraient eux-mêmes le placement des titres des véhicules fiscaux, porteurs desdites opérations qu'ils mettaient en place, auprès de personnes, peu nombreuses, dont le taux d'imposition était très élevé, dès 2009, il leur a fallu syndiquer un plus grand nombre d'investisseurs tout en respectant des contraintes imposées par la Commission des Opérations de Bourse (COB) puis par l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)⁴⁵⁶. Les monteurs ont, en conséquence, été amenés à confier tout ou partie de la commercialisation de leurs opérations à des intermédiaires (gestionnaires de patrimoine, etc.).

Une distinction importante en termes de réglementation s'est donc présentée entre le monteur et le commercialisateur notamment au regard du placement des instruments financiers. Il résulte de la forme juridique de la structure réalisant l'investissement un cadre juridique plus large que l'entité elle-même et plus ou moins contraignant pour la syndication des opérations selon qu'il s'agit d'une société de parts sociales (A.) ou par actions (B.).

A. Les sociétés de parts sociales

Depuis que les sociétés en participation ont été exclues des formes sociales de véhicules fiscaux autorisées par l'article 199 *undecies* B et relevant de l'article 8 du CGI, les SNC représentent la quasi-totalité de ces véhicules d'investissements. La question se pose des contraintes liées à leur présentation auprès des investisseurs.

⁴⁵⁵ Loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009.

⁴⁵⁶ SENAT. Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, *op. cit.*, pp. 89, 90, 106 et 107.

Celles-ci ont évolué entre la période antérieure au 19 mars 2014 (I.) et la période postérieure (II.).

I. Le cadre légal antérieur au 19 mars 2014

Les parts sociales ne sont pas désignées par l'article L.211-1 du Code monétaire et financier (CMF) comme étant des titres financiers et ne relèvent donc pas de la réglementation qui en est issue. Les parts sociales n'étant pas qualifiées par la loi de titres financiers, la COB, puis l'AMF, n'ont pas étendu leur contrôle aux placements de ces droits sociaux et, en conséquence, aux opérations de défiscalisation outre-mer⁴⁵⁷.

Les sociétés de parts sociales ne sont pas autorisées à faire publiquement appel à l'épargne⁴⁵⁸, cependant comme pour les titres financiers, il reste à la charge des monteurs en défiscalisation outre-mer, deux contraintes applicables audit appel public à l'épargne, dans sa version antérieure à la réforme de 2009, à savoir, « l'interdiction de mener une politique commerciale active par la publicité ou la diffusion de brochures » et « l'interdiction de rassembler des " tours de table " de plus de 99 investisseurs⁴⁵⁹ »⁴⁶⁰.

Les parts sociales ne sont pas non plus des biens divers au sens de l'article L550-1 du CMF et ne relèvent donc pas de la réglementation y attachée. Après la promulgation de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne ayant encadré la profession d'intermédiaire en biens divers, la question s'est posée de savoir si les parts de SNC relevaient de cette nouvelle réglementation, notamment pour des montages impliquant la création de structures

⁴⁵⁷ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit.*, p. 63.

⁴⁵⁸ L'article 1841 du Code civil interdisait aux sociétés qui n'y était pas autorisées par la loi de procéder à une offre au public de titres financiers ou d'émettre des titres négociables. L'article 45 de la Loi 2016-1691 du 9 décembre 2016, *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* a précisé les choses en ajoutant que cette interdiction vise l'offre au public de parts sociales.

⁴⁵⁹ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit.*, p. 63 et s.

⁴⁶⁰ Cette seconde contrainte a fait l'objet d'un aménagement à travers l'article 2 du *décret n°2012-1243 du 8 novembre 2012* qui a porté à 150 le seuil en deçà duquel les investisseurs constituent un cercle restreint au sens de l'article L.411-2 du CMF et reste hors réglementation de l'offre au public.

sociales s'interposant entre le bien acquis et l'investisseur⁴⁶¹. Concernant plus particulièrement la souscription de parts de SNC, le comité juridique de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA), interrogé sur le cas précis d'intermédiaires proposant à des particuliers la souscription de parts de SNC, notamment en vue de défiscalisation d'investissements outre-mer (article 199 *undecies* B du CGI), a précisé dans une position du 6 mars 2013 relative aux sanctions du placement dans le public de parts de sociétés de personnes que

« L'acquisition de parts de SNC ne constitue pas un placement en biens divers parce qu'elle ne répond pas à la définition de l'article L. 550-1 du Code monétaire et financier ; l'associé ne disposant pas dans ce cas d'un droit direct sur l'actif social, au sens de cet article, en raison de la personnalité morale de la société ⁴⁶² ».

II. Le cadre légal postérieur au 19 mars 2014

L'article 45 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, confirme que les SNC ne sont pas autorisées à faire publiquement appel à l'épargne en précisant que l'interdiction de celui-ci vise l'offre au public de parts sociales.

L'article 110 de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation, confirme la position de l'ANSA en disposant que les parts sociales de SNC ne constituent pas un placement en biens divers en introduisant une nouvelle exception à l'article L. 550-1, IV du CMF et qu'elles sont donc exclues du régime relatif aux biens ; en conséquence, que les monteurs en défiscalisation outre-mer ne sont pas soumis à la réglementation des intermédiaires en biens divers ou en titres financiers.

Il résulte que la commercialisation des parts sociales de SNC, dès lors qu'elle respecte les contraintes précitées, n'est pas soumise aux autorités de contrôle des placements de titres financiers ou de biens divers.

⁴⁶¹ Code monétaire et financier, art. L.550-1 et s.

⁴⁶² ANSA. *Sanction du placement dans le public de parts de sociétés de personnes*, Etude du 6 mars 2013, n°13-015.

B. Les sociétés d'actions

Même si pour les sociétés par actions réalisant les opérations de défiscalisation, l'alinéa 28 de l'article 199 *undecies* B du CGI renvoie à la section III de l'Article 217 *undecies* du même code en confiant à la DGFIP, *via* la délivrance d'un agrément, le soin de vérifier les conditions de protection des investisseurs, les actions étant désignées par l'article L.211-1 du CMF comme étant des titres financiers, elles relèvent également de la réglementation qui en est issue notamment en termes de placement.

Le placement, au sens de l'article D.321-1 du CMF⁴⁶³, se caractérise par deux conditions cumulatives : l'existence d'un service rendu à un émetteur ou cédant d'instruments financiers, et la recherche, qu'elle soit directe ou indirecte, de souscripteurs ou d'acquéreurs⁴⁶⁴. La décision de la Commission des sanctions de l'AMF du 4 décembre 2013 donne une lecture plus précise de la notion de placement, service d'investissement au sens de l'article L321-1 du CMF et limite le champ d'application du service de placement⁴⁶⁵. Celui-ci suppose (i) qu'un service doit être rendu à un émetteur ou cédant d'instruments financiers par un prestataire, ce qui suppose l'existence d'une convention conclue entre celui-ci et le donneur d'ordres prévoyant un engagement de taille minimale de l'opération et (ii) que le prestataire doit être chargé de la recherche, directe ou indirecte, de souscripteurs ou d'acquéreurs, étant précisé, que s'il ne s'engage que sur une partie du montant de l'opération ou que les ordres qu'il reçoit effectivement sont inférieurs à celui-ci, alors il ne réalise par une activité de placement. A défaut d'existence d'une de ces deux conditions, l'activité d'un intermédiaire n'est pas qualifiable de placement. Ainsi, il y

⁴⁶³ Code monétaire et financier, art. D 321-1 § 6.2 : « Constitue le service de placement garanti, le fait de chercher des souscripteurs ou des acquéreurs pour le compte d'un émetteur ou d'un cédant d'instruments financiers ou sur une ou plusieurs unités mentionnées à l'article L. 229-7 du code de l'environnement, et de lui garantir un montant minimal de souscriptions ou d'achats, en s'engageant à souscrire ou acquérir les instruments financiers non placés » et selon le paragraphe 7 de l'article D 321-1 du CMF « Constitue le service de placement non garanti, le fait de chercher des souscripteurs ou des acquéreurs pour le compte d'un émetteur ou d'un cédant d'instruments financiers ou sur une ou plusieurs unités mentionnées à l'article L.229-7 du Code de l'environnement, sans lui garantir un montant de souscriptions ou d'acquisitions ».

⁴⁶⁴ AMF, « Position AMF. Placement et commercialisation d'instruments financiers », Doc n° 2012-08, 16 juillet 2012.

⁴⁶⁵ Décision de la Commission des sanctions de l'AMF du 4 décembre 2013 à l'égard de la société X, SAN-2013-26.

a placements, garantis ou non garantis, soumis au contrôle de l'AMF, en cas d'intervention d'un professionnel pour le compte d'un émetteur ou d'un cédant d'instruments financiers. *A contrario*, lorsque l'émetteur ou le cédant d'instruments financiers commercialise ses propres droits sociaux, il ne rend aucunement le service de placement visé à l'article L.321-1 du CMF.

Le type de structure juridique, véhicule fiscal, est donc déterminant de la manière dont le monteur devra faire la commercialisation des titres.

§ 2. *Le statut des investisseurs associés résultant du choix de leur souscription*

Il résulte là encore du type de société au capital de laquelle souscrit un investisseur, un statut différencié selon qu'il est par exemple associé de SNC (A.) ou associé de SAS (B.).

A. *Le statut des associés de SNC*

Les associés de SNC ont tous obligatoirement la qualité de commerçant et sont responsables indéfiniment et solidairement envers la société en cas de difficultés⁴⁶⁶. Il résulte de cette qualité de commerçant diverses obligations : obligation de capacité qui exclut certaines personnes de la souscription au capital des SNC (par exemple les mineurs non émancipés⁴⁶⁷), mais aussi obligation de compatibilité (par exemple, les personnes exerçant des professions libérales organisées en un ordre, comme les avocats⁴⁶⁸, ne peuvent pas exercer le commerce).

Tous les associés de SNC sont obligatoirement affiliés et cotisent à la Sécurité Sociale pour les Indépendants (SSI) en application de l'article L 611-1 du Code de la sécurité sociale, même s'ils exercent une autre activité professionnelle principale, par exemple salariée, en application de l'article L 171-2-1 du Code de la sécurité sociale.

⁴⁶⁶ *Code du commerce*, art. L 221-1.

⁴⁶⁷ *Code du commerce*, art. L121-2.

⁴⁶⁸ *Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat*, art. 111.

L'affiliation à la SSI est indépendante de l'affiliation à un autre régime de sécurité sociale, notamment au régime général de sécurité sociale. L'assuré se trouve donc en double affiliation, en cas de pluralité d'activités, comme Caisse Primaire d'Assurance Maladie (CPAM) et SSI, lorsqu'il exerce une activité professionnelle principale salariée et une autre activité annexe relevant de la SSI. Il résulte qu'il devient redevable de toutes les cotisations et contributions sociales personnelles obligatoires au titre de son statut de commerçant.

Lorsque le siège social des SNC est établi dans les DOM, un régime spécifique de cotisations sociales pour les DOM s'applique aux investisseurs devenus associés de ces SNC. Les dispositions du Code de la sécurité sociale leur permettent d'être exonérés de cotisations sociales⁴⁶⁹, d'autant que ces SNC n'ont pas vocation à générer du bénéfice non professionnel, mais présentent généralement un déficit et, de ce fait, ne confèrent aux associés aucun revenu ce qui les place *de facto* au-dessous de certains seuils permettant des exonérations pour faibles revenus⁴⁷⁰. Cependant, certaines contributions, comme celle à la formation professionnelle, restent forfaitairement applicables⁴⁷¹. En outre, du fait de cette affiliation toutes les obligations déclaratives liées (Déclaration Sociale des Indépendants), doivent être effectuées.

Les associés de SNC peuvent être des personnes physiques ou morales, certains voit donc l'opportunité de créer une EURL afin de faire souscrire celle-ci au capital de la SNC (souscription indirecte) évitant de ce fait la qualité de commerçant, car être associé d'EURL ne confère pas cette qualité, et limite la responsabilité au capital de l'EURL.

⁴⁶⁹ Code de la sécurité sociale, art. L 756-2 et L 756-5.

⁴⁷⁰ Code de la sécurité sociale, art. D 756-6.

⁴⁷¹ URSAFF. « Base de calcul et taux de la contribution formation professionnelle », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.urssaf.fr/portail/home/independant/mes-cotisations/quelles-cotisations/la-contribution-a-la-formation-p/base-de-calcul-et-taux-de-la-con.html>

B. Le statut des associés de SAS

La capacité commerciale n'est pas nécessaire pour être associés d'une SAS. Il résulte qu'aucune incapacité ou incompatibilité particulière ne restreint l'accès à cette forme de société. Les associés de SAS ne cotisent donc à aucun régime de protection sociale obligatoire au titre de cette souscription, dès lors qu'ils n'exercent aucun mandat ou activité salarié dans cette SAS. La responsabilité des associés et leur obligation de couvrir le passif social se limitent au montant de l'apport de chaque associé⁴⁷².

Les monteurs en défiscalisation doivent tenir compte non seulement du type de titres de société pour la manière de les commercialiser, mais également de ce statut des investisseurs dans la rédaction du contractuel qui va être établi avec l'exploitant et, de façon plus générale, avec les acteurs intervenant dans l'opération afin de protéger au mieux lesdits investisseurs.

§ 3. Le traitement de l'apport à fonds perdus des associés dans la société

Là encore, il existe une distinction dans le traitement des apports des associés, par exemple entre une SNC ou une SAS ; dans le cas de la première, le choix entre une augmentation de capital par incorporation des apports investisseurs à celui-ci et un apport laissé en compte courant est possible (A.), alors qu'il ne l'est pas dans le cadre de la SAS (B.).

A. Le cas de la SNC

L'article 199 *undecies* B alinéa 20 du CGI dispose que :

« Les dispositions du premier alinéa s'appliquent aux investissements réalisés par une société soumise au régime d'imposition prévu à l'article 8, [...], dont les parts sont détenues directement, ou par l'intermédiaire d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, par des contribuables domiciliés en France [...]. En ce cas, la

⁴⁷² Code du commerce, art. L227-1, al. 1^{er}.

réduction d'impôt est pratiquée par les associés ou membres dans une proportion correspondant à leurs droits dans la société ».

Il résulte que la seule obligation de l'investisseur qui souhaite bénéficier d'une réduction d'impôt *via* le schéma externalisé de défiscalisation d'un investissement réalisé par une société soumise au régime d'imposition prévu à l'article 8 est d'en détenir des parts sociales.

Comme cela a été précisé précédemment, la SNC est une forme juridique de société dans laquelle tous les associés répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Dans la logique de cette responsabilité solidaire et indéfinie, la loi n'impose pas que les fonds apportés par les investisseurs soient intégrés au capital social, de sorte que, par exemple, une SNC remplit tous les critères permettant aux associés de bénéficier de l'aide fiscale à l'investissement outre-mer en réalisant un investissement de plusieurs millions d'euros tout en ayant un capital social de 1€ symbolique. Dans une SNC, le mode de financement des actifs *via* des comptes courants d'associés est donc une solution classique souvent adoptée, ces derniers formant une sorte de « quasi-fonds propres ».

Les monteurs optent donc indifféremment dans le cadre d'une SNC pour obtenir des investisseurs soit des apports incorporés au capital social, soit des apports laissés en compte courant^{473 474}.

B. Le cas de la SAS

Si dans son alinéa 27, l'article 199 *undecies* B indique que la réduction d'impôt s'applique également à une « société soumise de plein droit à l'impôt sur les sociétés dont les actions sont détenues intégralement et directement par des contribuables, personnes physiques, domiciliés en France au sens de l'article 4 B31 », il apporte une

⁴⁷³ « Les investisseurs acquièrent la qualité d'associés en souscrivant en numéraire à l'augmentation de capital par émission de parts sociales nouvelles d'une ou plusieurs SNC » in Océane Finances, « Girardin Industrielle », [en ligne], s.d., [consulté le 3 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.oceanefinances.fr/girardin-industrielle.php>

⁴⁷⁴ « Le seul versement de l'investisseur se fait lors de la souscription : il représente un pourcentage de la réduction d'impôt enregistrée et prend la forme d'un apport en capital (et/ou une avance en compte courant) à la structure de portage » in StarInvest Groupe, « Impôts sur le revenu. Programme Girardin Industriel », [en ligne], s.d., [consulté le 3 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.starinvest.fr/starinvest/Solutions/Solutions-investisseurs/Impots-sur-le-revenu-IR>

précision à l’alinéa 31 en ajoutant que lesdites personnes physiques font une « souscription au capital de la société » pour ce faire. Or, l’administration fiscale précise que « les apports en compte courant [...] ne constituent pas des souscriptions au capital ⁴⁷⁵ ». Ici contrairement à la SNC, la responsabilité des associés se limite à leurs apports, de ce fait, dans le sens de la logique précitée, seuls les capitaux propres de la société peuvent être appréhendés et il convient donc d’incorporer les apports des investisseurs dans le capital social.

Les capacités d’investissement de la SAS seront analysées en fonction de ses fonds propres et/ou de son capital social, contrairement à la SNC, pour laquelle elles seront analysées au regard des capacités de remboursement des associés.

§ 4. La sortie des investisseurs

Les véhicules fiscaux constitués pour la réalisation des investissements défiscalisants n’ont pas vocation à exister au-delà des obligations de durée de portage des investisseurs ou d’exploitation des entreprises locataires.

Le monteur prévoit en conséquence des frais de gestion pour la durée précitée et a donc tout intérêt à ce que, dès la fin de cette dernière, la sortie des investisseurs soit assurée. Ainsi, il prévoit lors de leur souscription de leur faire consentir une promesse unilatérale de vente de leurs parts ou actions à son bénéfice ou, afin d’assurer la sécurité juridique également au niveau de l’exploitant, certains monteurs établissent la promesse unilatérale de vente des titres du véhicule fiscal au terme de la période locative au bénéfice du locataire, mais cela n’est possible que lorsque le véhicule n’a qu’un unique locataire. Certains monteurs font signer également des promesses unilatérales d’achat des titres des investisseurs par les locataires afin que chacun des cocontractants soit assuré du débouclage de l’opération.

⁴⁷⁵ BOI-IR-RICI-90-10-10-20140509 - I - §10.

Section 2. Au niveau des entreprises exploitantes

Afin de garantir au mieux les intérêts du véhicule fiscal et de ses associés, les monteurs sont amenés à prendre de nombreuses précautions et donc à rédiger plusieurs actes que la société porteuse de l'investissement devra signer (§1). Ils doivent également prévoir la défaillance de l'entreprise locataire par l'établissement de divers actes analogues avec une entreprise locataire de substitution (§2).

§1. Les documents contractuels signés

Divers contrats seront signés avec l'entreprise exploitante afin qu'elle prenne les engagements formels de respecter les contraintes qui lui sont imposées par l'article 199 *undecies* B du CGI et les articles auxquels il renvoie. Ces contrats devront pour certains avoir des caractéristiques édictées par lesdits articles qui ne sont pas sans poser des problèmes d'interprétation. Il s'agira tout d'abord du contrat de location base de tous les autres contrats (A.), puis des promesses unilatérales d'achat et/ou de vente (B.) qui prévoient la sortie de l'opération, mais aussi du contrat de crédit pour assurer le financement de l'opération (C.) et de l'assurance et sa délégation qui sont souvent associé à ce dernier (D.).

A. Le contrat de location

Le contrat de location est le contrat le plus significatif de la défiscalisation externalisée. Il fixe les modalités de la location. Il commence avec la livraison des investissements loués (1.) et prévoit notamment un dépôt de garantie (2.). Il doit également répondre aux impératifs édictés par les articles 199 *undecies* B et 217 *undecies* du CGI en termes de durée et avoir un caractère commercial (3.)

I. Le procès-verbal de livraison et de mise en service

La notion de livraison a évolué. Initialement, le fait générateur de la déduction fiscale était lié à la notion de date de livraison juridique au sens de l'article 1604 du Code Civil, conformément à une lettre des services de la législation fiscale datée du 2 janvier 1995, indiquant toutefois que les délais d'acheminement sur le lieu

d'exploitation devaient être normaux⁴⁷⁶. Même s'il s'agissait alors de la déduction prévue au I de l'article 238 bis HA du CGI, l'administration prenait ainsi une position formelle en faveur de l'assimilation de la date de réalisation des investissements à celle du transfert de propriété.

L'article 95Q de l'annexe II du CGI, entré en vigueur le 31 août 2002, aux fins de préciser l'année au titre de laquelle un investissement réalisé dans le cadre de l'article 199 *undecies* B du CGI donne droit à réduction d'impôt, n'apportait pas de précisions à cette lettre, mentionnant, simplement, que la réduction d'impôt intervient l'année « au cours de laquelle l'immobilisation est créée par l'entreprise ou lui est livrée ou est mise à sa disposition ⁴⁷⁷».

Le premier paragraphe du n°148 de l'instruction BOI 5 B-2-07 du 30 janvier 2007 confirme que :

« Conformément aux dispositions du vingtième alinéa du I de l'article 199 *undecies* B, la réduction d'impôt est pratiquée au titre de l'année au cours de laquelle l'investissement est réalisé. Le premier alinéa de l'article 95 Q de l'annexe II prévoit que l'année de réalisation de l'investissement s'entend de l'année au cours de laquelle l'immobilisation est créée, c'est-à-dire achevée, par l'entreprise ou lui est livrée au sens de l'article 1604 du code civil, ou est mise à disposition dans le cadre d'un contrat de crédit-bail ».

Cependant, ont suivi diverses jurisprudences tendant à remettre en question ce principe du code civil au bénéfice de la livraison physique et effective sur le lieu d'exploitation. Un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux dans son 7^{ème} considérant relatif à la déductibilité des investissements au titre de l'année 1995 indique

« que si la lettre invoquée du 2 janvier 1995, après une référence au code civil en ce qui concerne la définition de la délivrance, semble opérer une assimilation entre la

⁴⁷⁶ « En application des dispositions de l'article 46 *quaterdecies* D de l'annexe III au code déjà cité, cette déduction est pratiquée par l'entreprise propriétaire et opérée au titre de l'exercice au cours duquel l'immobilisation lui est livrée. La livraison se définit par référence à la notion de délivrance telle qu'elle est prévue par l'article 1604 du code Civil ; elle peut intervenir soit dans les départements d'outre-mer, soit en métropole ou à l'étranger. Ceci étant, il est rappelé que le bénéfice de la déduction en cause est subordonné à l'exploitation effective du bien y ouvrant droit dans les départements ou territoires d'outremer. Dès lors, l'éventuel délai d'acheminement du bien vers ces départements ou territoires doit correspondre à des délais normaux ».

⁴⁷⁷ CGI, art. 95Q, annexe II (versions en vigueur du 31 août 2012 au 30 juillet 2015).

date de la vente une fois celle-ci parfaite, et celle de la livraison, elle subordonne en revanche le bénéfice de la déduction à la preuve d'une exploitation effective du bien livré⁴⁷⁸ ».

Puis, le 10 juillet 2007, un arrêt du Conseil d'Etat subordonne le fait générateur de la défiscalisation à la livraison effective du matériel dans un DOM, en effet, il estime que la Cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en

« décidant que la circonstance que le navire "Le Napolitain" n'avait été mis à la disposition effective de la société Jet Sea qu'en 1992, et n'était parvenu qu'au cours de cette année sur son lieu d'exploitation en Guadeloupe, était sans incidence sur le droit pour la SNC Outre-mer Sailing, de pratiquer au titre de l'année 1991, date de l'acquisition du navire, la déduction du montant total de l'investissement réalisé en 1991, sans rechercher si le droit à déduction ne pouvait naître qu'à la date de la livraison du navire en Guadeloupe⁴⁷⁹ ».

Une réponse ministérielle du 4 juin 2013 relative au cas très particulier des investissements photovoltaïques semble donner une dimension plus générale de la notion de livraison⁴⁸⁰. En effet, en s'appuyant notamment sur un arrêt du conseil d'état de 2008⁴⁸¹, l'Administration considère que la notion de livraison ou plus exactement la notion de réalisation d'un investissement s'apprécie, *in concreto*, en se référant à la date de mise à disposition du bien à l'exploitant ultra marin dans des conditions permettant son exploitation effective.

Malgré cela le BOI-BIC-RICI-20-10-20-30-20160601 mentionne encore, dans son I – A – Détermination du fait générateur avant le 1^{er} janvier 2015, la notion de livraison au sens de l'article 1604 du Code Civil. Il est résulté après ces quelques années d'apparente contradiction entre la doctrine fiscale et la jurisprudence, une nécessaire

⁴⁷⁸ CAA Bordeaux, 20 mars 2007, n° 03BX02058,

⁴⁷⁹ CE 3/8 SSR, 10 juillet 2007, n° 295952, *Ministère de l'économie c/ M. Didier A.*

⁴⁸⁰ Réponse ministérielle du 4 juin 2013 à la question écrite n°18868 du 19 février 2013 de M. Jean-Claude FRUTEAU relative à l'investissement dans le secteur de l'énergie photovoltaïque dans les DOM au titre du dispositif de défiscalisation dit « Girardin Industriel », *JO du 4/06/2013*, p. 5802.

⁴⁸¹ CE, 4 juin 2008, n° 299309, *Bayart*.

précision de l'article 95Q de l'annexe II du CGI à compter du 30 juillet 2015. La mention « l'année au cours de laquelle l'immobilisation est créée par l'entreprise ou lui est livrée ou est mise à sa disposition dans le cadre d'un contrat de crédit-bail » est désormais remplacée par : « l'année au cours de laquelle l'immobilisation est mise en service ou est mise à la disposition de l'entreprise dans le cadre d'un contrat de crédit-bail ». La notion de livraison disparaît et fait notamment place à la mise en service impliquant une exploitation effective du matériel.

Cette notion de mise en service est exclusivement reprise par le même BOI-BIC-RICI-20-10-20-30-20160601 précité, dans son I – B – Modification du fait générateur par la loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 et son importance est rappelée, car cette notion reste utilisée comme point de départ de l'amortissement du bien qui bénéficie de l'avantage fiscal.

II. Le dépôt de garantie

Comme cela a été vu précédemment, le financement de son acquisition par le véhicule fiscal provient (i) de l'apport des investisseurs fiscaux, (ii) d'un emprunt bancaire ou crédit-vendeur, (iii) de la TVA NPR, lorsqu'elle s'applique, et (iv) d'un apport personnel de l'exploitant pour le solde.

Lorsqu'un prêt bancaire est mis en place, il l'est en fonction des capacités de remboursement du locataire, il est acquis pour les banques que le véhicule fiscal n'intervient qu'en tant que tel pour apporter les fonds des investisseurs. Ce n'est donc pas le locataire qui emprunte et qui achète le matériel, cependant afin de le responsabiliser et de limiter éventuellement le montant de l'emprunt bancaire, les cabinets monteurs peuvent lui demander d'effectuer un apport personnel. Cet apport doit pouvoir être versé au véhicule fiscal pour que celui-ci puisse l'utiliser pour le paiement du prix de l'investissement.

Certes l'article 2341 du Code civil prévoit que :

« Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut le

constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344 (restitution du bien gagé) ».

Cependant, il prévoit aussi dans son alinéa 2 qu'une convention contraire entre le débiteur et le créancier peut exister. Ainsi, le véhicule fiscal et le locataire peuvent tout à fait convenir que l'apport remis par le deuxième au premier pourra être utilisé par ce dernier au paiement de l'investissement.

Comme il intervient entre le bailleur et le locataire, cet apport est qualifié de dépôt de garantie.

L'investissement devant être vendu au terme de la location au locataire⁴⁸², le montant du dépôt de garantie est en général égal au prix de vente de l'investissement, au terme de la location, convenu dans la promesse d'achat qui sera étudiée plus loin⁴⁸³. Ainsi, au moment de la vente, une compensation entre le prix de vente hors taxe de l'investissement avec le montant du dépôt de garantie peut être opérée, les deux obligations étant, au moment de ladite vente, certaines, fongibles, liquides et exigibles⁴⁸⁴. L'absence de flux financier résout toute problématique liée à un éventuel défaut de paiement.

En outre, dans l'hypothèse d'une résiliation anticipée du contrat de location, le véhicule fiscal ne doit pas être en risque d'avoir à restituer cette somme, dont il est débiteur vis-à-vis du locataire, qui a été utilisée pour l'achat de l'investissement et n'est donc plus disponible. Or, ce montant peut être utilisé pour compenser une dette locative éventuelle et/ou des indemnités de résiliation anticipée qui sont en général prévues et « neutralisent » à 100% ce dépôt de garantie.

Finalement, ce dernier répond aux contraintes juridiques et fiscales qui environnent ces opérations, tout en responsabilisant l'exploitant par cet engagement financier et ainsi en limitant le risque pour les investisseurs fiscaux.

⁴⁸² *CGI*, art. 199 *undecies* B al. 26.

⁴⁸³ *BOI-BIC-RICI-20-10-10-20180404 §160*.

⁴⁸⁴ *Code civil*, art. 1347 et 1347-1.

III. Les caractéristiques du contrat de location

L'alinéa 23 de l'article 199 *undecies* B du CGI dispose que :

« Si, dans le délai de cinq ans de son acquisition ou de sa création ou pendant sa durée normale d'utilisation si elle est inférieure, l'investissement ayant ouvert droit à réduction d'impôt est cédé ou cesse d'être affecté à l'activité pour laquelle il a été acquis ou créé, ou si l'acquéreur cesse son activité, la réduction d'impôt pratiquée fait l'objet d'une reprise au titre de l'année au cours de laquelle cet événement est intervenu ».

Il résulte logiquement que la durée prévue par le contrat de location doit être, *a minima*, d'une durée au moins égale à cinq ans ou d'une durée égale à la durée normale d'utilisation du bien loué si elle est inférieure.

Par ailleurs, de façon constante depuis le 26 avril 2012, l'alinéa 26 de l'article 199 *undecies* B du CGI renvoie ainsi à l'article 217 *undecies* du CGI :

« La réduction d'impôt prévue au présent I s'applique aux investissements productifs mis à la disposition d'une entreprise dans le cadre d'un contrat de location si les conditions mentionnées aux quinzième à dix-huitième alinéas du I de l'article 217 *undecies* sont remplies ».

Or, concernant les contrats de location, les quinzième et seizième alinéas du I de l'article 217 *undecies* du CGI disposent depuis le 30 novembre 2011, également de façon constante, que :

« 1° Le contrat de location est conclu pour une durée au moins égale à cinq ans ou pour la durée normale d'utilisation du bien loué si elle est inférieure ; 2° Le contrat de location revêt un caractère commercial ».

Ainsi outre la durée susmentionnée, le contrat doit avoir un caractère commercial, ce qui n'est pas sans poser de difficultés. En effet, diverses décisions de la Cour Administrative d'Appel de Paris des 1^{er} et 16 avril 2015 confirment des décisions de première instance remettant en cause le bénéfice de la réduction d'impôt de certains

contribuables en se basant sur l'absence du caractère commercial du contrat⁴⁸⁵. Ces décisions ont principalement touché le secteur agricole, elles se sont fondées sur le caractère civil qu'aurait le contrat de location, du fait, pour certaines, de l'absence de participation du bailleur aux responsabilités et risques de l'exploitation agricole ou, pour d'autres, de l'objet de la location, soit des plants, qui relèverait d'une activité civile, mais également de l'absence du caractère commercial des parties au contrat. De telles décisions pourraient laisser à penser que le domaine agricole serait exclu de l'éligibilité du dispositif, or de façon constante depuis le 26 avril 2012, l'article 199 *undecies* B du CGI prévoit que :

« I.- Les contribuables domiciliés en France au sens de l'article 4B peuvent bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu à raison des investissements productifs neufs qu'ils réalisent dans les départements d'outre-mer [...] dans le cadre d'une entreprise exerçant une activité agricole ou une activité industrielle, commerciale ou artisanale relevant de l'article 34 »

Il s'avère que d'autres arrêts rendus plus récemment ont renversé cette jurisprudence qui semblait s'installer⁴⁸⁶, estimant que la loi ne prévoit aucune obligation de participation du bailleur aux risques d'exploitation (a.), que les plants agricoles sont des biens meubles (b.) et que le caractère civil d'une des parties au contrat serait sans conséquence sur le caractère commercial de ce dernier (c).

a. L'absence d'obligation de participation du bailleur aux responsabilités et risques de l'exploitation agricole

Dans un premier temps, les juridictions ont constaté que les contrats de location ne prévoyaient pas de participation du bailleur aux responsabilités et risques de l'exploitation agricole et conclu « qu'en l'absence de participation du bailleur aux

⁴⁸⁵ CAA Paris, 1^{er} avril 2015, n°14PA04998 ; CAA Paris, 16 avril 2015, n°14PA02341.

⁴⁸⁶ CAA Marseille, 19 octobre 2017, n° 15MA03823 ; CAA Paris, 8 juillet 2016, n° 15PA01795.

responsabilités et aux risques de l'exploitation agricole, la location de plants ou de terres agricoles revêt un caractère civil⁴⁸⁷ ».

Cette motivation semble contraire à l'esprit de la loi. Tout d'abord, il ressort des travaux préparatoires à l'article 19 de la loi n° 2000-1352 du 30 décembre 2000 de finances pour 2001, à l'origine de l'article 199 *undecies* B du CGI, qu'en ajoutant une condition tenant au caractère commercial de la location, le législateur a eu comme objectif de garantir la qualification industrielle et commerciale de l'opération de location et d'éviter une éventuelle qualification dans la catégorie des bénéfices fonciers⁴⁸⁸, nullement de faire participer le bailleur aux risques d'exploitation. Ensuite, en se reportant aux débats parlementaires et à différents rapports qui ont été rendus sur ce dispositif de défiscalisation, il est important de noter que ceux-ci donnent le ton quant à la notion de limitation des risques à supporter par les contribuables : « En outre, compte tenu de la crise économique, il nous a paru nécessaire de limiter le risque pour les investisseurs, notamment dans le cadre d'investissements productifs, en cas de défaillance de l'exploitant⁴⁸⁹ ». Ainsi, ici, seule la défaillance de l'exploitant est énoncée, mais cela démontre que la conception des opérations proposées aux investisseurs repose sur le respect de principes permettant la sécurisation de ceux-ci : (i) les investisseurs ne doivent assumer – hors le risque de réintégration éventuel consécutif à la défaillance de l'exploitant – aucun risque d'exploitation direct et (ii) l'intervention des investisseurs doit se limiter à un apport « à fonds perdus », leur responsabilité ne doit en aucune façon pouvoir être mise en jeu au-delà de cet apport.

La volonté du législateur n'a donc jamais été de faire participer le bailleur (et donc les associés/contribuables) aux responsabilités et risques de l'exploitation, notamment agricole. Par ailleurs, il n'est fait nulle part mention explicite ou implicite d'une telle

⁴⁸⁷ CAA Paris, 1^{er} avril 2015, n°14PA04998.

⁴⁸⁸ SENAT. *Rapport général n°92 sur le projet de loi de finances pour 2001, présenté par M. Philippe MARINI*, op. cit., p. 279.

⁴⁸⁹ ASSEMBLEE NATIONALE. *Compte-rendu intégral*. XIII^e Législature, séances du lundi 6 avril 2009. p.3362.

obligation. En 2017, deux arrêts de la Cour d'Appel ont rappelé cette volonté pour écarter ce motif de reprise de la réduction d'impôt⁴⁹⁰.

b. L'absence de caractère civil de la location de plants

Dans un premier temps, les juridictions ont également estimé que « la location de plants revêt un caractère civil⁴⁹¹ ».

Le Code de commerce énumère la liste des actes réputés comme actes de commerce dans ses articles L110-1 et L110-2 et notamment « tout achat de biens immeubles aux fins de les revendre » et « toute entreprise de location de meubles ».

La nature des biens loués est importante. La difficulté s'est donc portée sur le point de savoir si les plants sont meubles ou immeubles. Or, sont immeubles par nature la terre, le terrain et tout ce qui en est matériellement indissociable⁴⁹², ainsi également les végétaux et les arbres. Par ailleurs, au regard de la perception du droit spécial de mutation, les plants d'arbustes en terre ont également le caractère d'immeubles par nature⁴⁹³.

Une question s'est aussi posée pour des plants de vignes. Le Conseil d'Etat a dû décider, dans le cas d'un viticulteur, si les plants constituaient des immeubles non bâtis afin de savoir s'ils relevaient du régime des amortissements défini en matière de BIC applicable aux exploitants agricoles imposés selon le bénéfice réel⁴⁹⁴. Il a répondu par l'affirmative à cette question⁴⁹⁵. Cependant, il convient de constater qu'il s'agit du cas d'un agriculteur (ou viticulteur) qui est donc supposé à l'origine de la plantation pour ensuite en obtenir une production.

Par ailleurs, le BOI-BIC-RICI-20-10-10-30-20150708 définit clairement l'activité agricole éligible au dispositif dans son 20§ : « Il s'agit notamment des activités de

⁴⁹⁰ CAA Marseille, 19 octobre 2017, n° 15MA03823 ; CAA Paris, 08 juillet 2016, n° 15PA01795.

⁴⁹¹ CAA Paris, 16 avril 2015, 15PA00413 ; CAA Paris, 2ème chambre, 16 avril 2015, 14PA02624.

⁴⁹² *Code civil*, art. 518 et s.

⁴⁹³ En ce sens le BOI-ENR-AVS-10-0-20 N°70. Cette analyse concerne l'apport pur et simple à une société passible de l'impôt sur les sociétés de certains biens qui dépendaient de l'exploitation individuelle d'un agriculteur.

⁴⁹⁴ *CGI*, art. 38 *sexdecies* C, annexe III.

⁴⁹⁵ CE, 25 juillet 1980, n° 15122, *Plénière*.

production ou de transformation portant sur les cultures végétales (céréales, canne à sucre, fruits, légumes, fleurs et plantes ornementales etc.), d'élevage d'animaux de toutes espèces ou relatives à la production forestière ».

Une jurisprudence du Tribunal administratif de Nice indique de façon précise dans son 6^{ème} considérant :

« il résulte de l'instruction que les plantations litigieuses ont été achetées hors sol en vue d'être mises à la disposition d'exploitants agricoles dans le cadre de contrats de location; qu'elles se distinguent des terres qui les supportent [...]; qu'elles ne peuvent être regardées, eu égard à l'existence d'un contrat de location, comme s'incorporant aux terrains exploités par les agriculteurs et restent dès lors la propriété des sociétés en participation qui les ont acquises ; [...]; que, par suite, les achats de plants litigieux ont la nature d'investissements neufs réalisés en vue d'être affectés à une activité de production agricole et ouvrent, dès lors que le contrat de location revêt un caractère commercial, droit au bénéfice de la réduction d'impôt prévue par l'article 199 undecies B du code général des impôts⁴⁹⁶ ».

Implicitement, cette décision reconnaît le caractère meuble des plants. Elle en tire la conséquence que l'activité de location de plants est donc bien une prestation de services relevant de la catégorie des bénéfices industriels ou commerciaux et qu'un contrat de location conclu à ce titre revêt un caractère commercial.

Dans le schéma de défiscalisation externalisée, le véhicule fiscal, dès lors (i) qu'il ne commet pas l'erreur d'être propriétaire du foncier, n'a pas d'activité agricole, et (ii) qu'il achète des plants « hors sol » pour aussitôt les mettre en location a bien une activité commerciale de location de biens meubles. Ainsi, lorsque le véhicule fiscal met en location ses plants auprès d'agriculteurs, ces plants sont des biens ruraux permettant une production agricole qui se rapporte bien au secteur de l'agriculture et sont donc bien éligibles à la défiscalisation.

⁴⁹⁶ TA Nice, 30 décembre 2015, n° 1305411.

Des décisions récentes de juridictions d'appel ont également renversé la jurisprudence en ce sens⁴⁹⁷.

c. Le caractère civil ou commercial des parties au contrat sans conséquence sur le caractère commercial de ce dernier

Dans un premier temps, plusieurs arrêts de Cour d'Appel ont également estimé qu'en l'absence de participation aux responsabilités et aux risques de l'exploitation agricole, la location de plants revêtait un caractère civil et que les revenus qui en résultaient ne constituaient pas des bénéfices industriels et commerciaux⁴⁹⁸.

Pourtant, un acte peut être qualifié d'acte de commerce lorsque l'auteur de l'acte est commerçant et que l'acte est en relation avec son commerce. La jurisprudence fait application de cette théorie dans tous les cas de contrats : tous les contrats passés par un commerçant pour les besoins de son commerce sont commerciaux, elle pose une présomption de commercialité⁴⁹⁹.

Or, l'article L210-1 du Code de Commerce cite les sociétés qui sont commerciales par la forme indépendamment de leur objet. La présomption de commercialité du contrat du seul fait de la forme juridique commerciale du bailleur est donc acquise. Pour les personnes morales, ayant les formes juridiques utilisées pour les véhicules fiscaux (SNC, SAS, etc.), il n'y a donc pas de difficulté, dans la mesure où elles sont liées par le principe de spécialité, tous leurs actes sont nécessairement liés à leur activité.

Là encore des décisions récentes de juridictions d'appel ont rappelé que la

« condition tenant au caractère commercial de la location, a eu comme objectif de garantir la qualification industrielle et commerciale de l'opération de location et d'éviter une éventuelle qualification dans la catégorie des bénéfices fonciers ; qu'en égard à l'objet de l'article 199 undecies B, [...] la condition tenant au caractère

⁴⁹⁷ CAA Marseille, 19 octobre 2017, n° 15MA03823 ; CAA Paris, 08 juillet 2016, n° 15PA01795.

⁴⁹⁸ CAA Paris, 16 avril 2015, n° 14PA02621 ; CAA Paris, 16 avril 2015, n° 14PA03282.

⁴⁹⁹ C. Cass., Ch. Comm., 10 février 1970, n° 68-13315, publié au bulletin ; CA Aix-en Provence, 21 février 2017, n° 16/16964.

commercial de la location doit être regardée comme faisant référence à la catégorie d'imposition des bénéfices industriels et commerciaux⁵⁰⁰ »

écartant ainsi la problématique pouvant se poser sur le caractère civil du locataire agriculteur, en effet, la société propriétaire, bailleuse, relevant bien des bénéfices industriels et commerciaux.

En outre, il est également prévu par le schéma de la défiscalisation externalisée la cession des investissements au locataire au terme de ladite location.

B. L'engagement de cession des biens loués

L'article 199 *undecies* B du CGI dispose que la rétrocession minimale de réduction d'impôt à l'entreprise locataire doit être faite « sous forme de diminution du loyer et du prix de cession du bien à l'exploitant ». Ainsi, la cession même de l'investissement au locataire au terme de la période locative fait partie intégrante de la défiscalisation et s'inscrit comme une obligation. Le monteur doit tout mettre en œuvre pour s'assurer du respect complet de l'opération de défiscalisation et donc de cette cession au terme du contrat. Un engagement ferme doit donc être pris dès le départ sur ce point.

Le crédit-bail répond à ces impératifs, en effet, il est un contrat par lequel le locataire, désireux de se procurer un bien d'équipement, s'adresse à un bailleur afin qu'il en fasse l'acquisition auprès d'un fournisseur avant de lui en procurer la jouissance par un bail assorti d'une promesse unilatérale de vente au terme d'une période définie, le prix de cession convenu tenant compte des loyers versés⁵⁰¹. Cependant l'article L515-2 du CMF prévoit que les opérations de crédit-bail ne peuvent être faites que par des entreprises « agréées en qualité d'établissement de crédit ».

Les véhicules fiscaux créés par les monteurs en défiscalisation n'ont pas la qualité d'établissement de crédit et, de ce fait, ne peuvent pas pratiquer le crédit-bail. Afin de

⁵⁰⁰ CAA Marseille, 19 octobre 2017, n° 15MA03823 ; CAA Paris, 08 juillet 2016, n° 15PA0179.

⁵⁰¹ Code monétaire et financier, art. L313-7.

s'assurer de la bonne fin de la défiscalisation qui prévoit notamment la cession de l'investissement à l'entreprise locataire, ils peuvent en même temps que la signature du contrat de location faire signer aux locataires une promesse unilatérale d'achat (I.) et/ou face à la réticence de certaines entreprises locataires craignant que le matériel ne leur soit pas cédé, *in fine*, ayant seules pris un engagement vis-à-vis du véhicule fiscal, certains monteurs ont également mis en place une promesse unilatérale de vente des biens dans certaines limites(II.).

I. *La promesse unilatérale d'achat*

Les locataires peuvent en même temps que la signature du contrat de location signer une promesse unilatérale d'achat au bénéfice du véhicule fiscal pour que celui-ci puisse lever l'option sur une période prévue au terme de la période locative⁵⁰². Ainsi la cession des investissements, *in fine*, au locataire, prévue par le dispositif, est respectée.

Cependant, là encore se pose une difficulté en cas de levée d'option par le bailleur, si le locataire ne paie pas intégralement le prix de cession et notamment la TVA sur ce prix de cession, puisqu'il est d'usage que le prix de vente hors taxe soit identique au montant du dépôt de garantie, versé à la signature du contrat de location par le locataire, et, de ce fait, payé par compensation avec ce dernier au moment de la cession. En effet, les moyens d'action se trouvent, de fait, limités.

Certains monteurs ont donc intégré une clause de réserve de propriété à la promesse d'achat, ce qui leur permet de conserver la propriété des investissements jusqu'à complet paiement⁵⁰³. En effet, la clause de réserve de propriété doit être convenue au plus tard au moment de la livraison du bien⁵⁰⁴ ; ainsi, insérée dans la facture de cession au terme de la location, elle interviendrait trop tard, puisque le contrat de

⁵⁰² Océane finances, « Girardin industrielle », *op. cit.* « Ainsi, sont conclus entre la SNC et l'exploitant une « promesse unilatérale d'achat » par laquelle le locataire s'engage à racheter le matériel à l'issue de la période de location ».

⁵⁰³ Code civil, art. 2367 : « La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement ».

⁵⁰⁴ C. Cass., Ch. com., 16 septembre 2008, n° 07-18207, non publié au bulletin ; Code du commerce, art. L621-122 al. 2 et L624-16 al. 2.

vente est devenu parfait par l'effet de la levée de l'option et que le matériel est déjà en possession de l'acheteur, qui en était le locataire.

Pour cette période intercalaire où l'option serait levée, mais le prix pas encore intégralement payé, il est également prévu que l'acheteur reste responsable des biens vendus (perte, vol, etc.), étant d'ores et déjà en possession des biens.

II. La promesse unilatérale de vente

Par ailleurs pour assurer certaines entreprises locataires de la cession du matériel à leur bénéfice à l'issue du contrat et pour qu'elles ne soient pas seules à avoir pris un engagement vis-à-vis du véhicule fiscal, certains monteurs ont également mis en place une promesse unilatérale de vente des biens⁵⁰⁵. Celle-ci ne peut être utilisée que de façon ponctuelle afin que l'entreprise bailleuse ne tombe pas sous le coup de la réglementation précitée en termes de crédit-bail⁵⁰⁶.

Afin d'éviter que soit considéré dès le début de l'opération qu'il y a eu rencontre des consentements des parties sur la chose (l'investissement) et le prix, du fait de promesses ayant le même objet et stipulées dans les mêmes termes, et ainsi vente parfaite⁵⁰⁷, ce qui remettrait en cause le principe même de la location, les monteurs doivent veiller à ne pas faire signer de promesses d'achat et de vente le même jour et, en outre, prévoir des levées d'option sur des périodes totalement distinctes.

C. Le contrat de crédit

Pour financer leur projet, les véhicules fiscaux complètent leur tour de table soit au moyen d'un crédit bancaire (I.), soit au moyen d'un crédit consenti par le locataire lui-même (dit crédit-vendeur), lorsque celui-ci dispose des fonds nécessaires (II.).

⁵⁰⁵ Océane Finances, « Girardin industrielle », *op. cit.* : « Ainsi, sont conclus entre la SNC et l'exploitant [...] une « promesse unilatérale de vente » par laquelle notre SNC s'oblige à rétrocéder l'investissement à l'exploitant à la fin de la période de location ».

⁵⁰⁶ Cf. Partie 1. Titre 2. Chapitre 2. Section 2. §1. B.

⁵⁰⁷ C. Cass., Ch. Com., 22 novembre 2005, pourvoi n° 04-12183, publié au bulletin.

I. *L'emprunt bancaire*

L'emprunt bancaire est généralement garanti par le nantissement de l'investissement, et/ou une délégation des loyers⁵⁰⁸, résultant du contrat de location, et dont le montant est égal, à l'euro l'euro, aux échéances de l'emprunt, et/ou une caution de l'entreprise exploitante ou de son dirigeant, et/ou d'une délégation de l'assurance garantissant l'investissement. Ce mécanisme, quelque peu complexe en apparence, est connu et pratiqué de longue date, il permet, d'une part, de constater l'apport immédiat et à fonds perdus des investisseurs métropolitains et, d'autre part, d'organiser le paiement de la dette résiduelle du véhicule fiscal par l'exploitant pour lequel toute cette opération a été montée.

Au surplus, dans le cas où le véhicule fiscal est une SNC dans laquelle les associés sont tenus indéfiniment et solidairement de ses dettes, pour éviter que lesdits associés ne soient appelés à contribuer au paiement de la dette bancaire contractée, *in fine*, pour le compte de l'exploitant domien, la banque prêteuse accepte de limiter ses recours à l'encontre de la SNC et de ses associés à la seule mise en jeu des sûretés réelles et personnelles constituées et renonce à exercer toutes poursuites à leur encontre si la mise en jeu des sûretés ci-avant n'est pas de nature à la désintéresser complètement. En prévoyant notamment une clause de limitation de recours⁵⁰⁹, mais aussi la délégation des loyers et encore la caution de l'entreprise exploitante et/ou de son dirigeant, cela aboutit en quelques sorte à offrir un second débiteur principal à la banque.

Lorsque l'entreprise locataire ou son dirigeant ont dû se porter caution, les véhicules fiscaux ont également dû prévoir de limiter l'action subrogatoire de la caution pour le cas où elle serait appelée par la banque, car ce cas n'est pas particulièrement prévu par le contrat de prêt en lui-même, avec toutes les conséquences dommageables possibles. La jurisprudence reconnaît la possibilité pour la caution de renoncer, y

⁵⁰⁸ Océane Finances, « Girardin industrielle », *op. cit.* : « des garanties en cas de défaut de paiement [...] la délégation parfaite des loyers dus par l'exploitant au titre du contrat de location ».

⁵⁰⁹ *Ibid.* : « Les banques et les organismes [...] renoncent à tous recours contre la société de portage et les associés/actionnaires en cas de non-paiement des loyers ».

compris de manière tacite, à ses recours contre le débiteur principal, en consacrant notamment la notion de cautionnement libéralité, qui n'est autre qu'un cautionnement dans lequel la caution s'engage avec une intention libérale à l'égard du débiteur principal⁵¹⁰. Pour apprécier le caractère de libéralité d'un cautionnement, les juges recherchent quelle était la volonté de la caution, au regard des éléments de fait qui ont entouré ce cautionnement⁵¹¹. Dans le schéma externalisé de défiscalisation, la renonciation de la caution à son recours contre le débiteur principal se justifie au regard de l'environnement dans lequel ce cautionnement a été donné. Si cette intention libérale a pu être retenue en dehors de tout cadre contractuel, elle doit, *a fortiori*, l'être dans un cadre plus structuré tel qu'une opération de financement défiscalisé, assortie d'autres sûretés telles le gage sur l'investissement.

II. Le crédit-vendeur

Lorsque l'exploitant a la trésorerie disponible et qu'il acquiert l'investissement pour le revendre aussitôt au véhicule fiscal, il peut lui consentir un crédit appelé « crédit-vendeur ». Un contrat de vente est donc signé.

Le contrat de vente revêt un premier avantage, il permet à l'entreprise exploitante de consentir à la société bailleresse des facilités de paiement. En effet, l'article L.511-5 du CMF interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit, notamment, d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. L'article L.311-1 dudit Code énumère ces opérations de banque dont les opérations de crédit. Ainsi une société commerciale, n'ayant pas le statut d'établissement de crédit, ne peut pas accorder de prêt de manière habituelle et à titre onéreux. Cependant, il existe un certain nombre d'exceptions à l'interdiction précitée. Parmi celles-ci, notamment, la possibilité est donnée à un vendeur ou un prestataire de services, d'octroyer des délais ou des avances de paiement⁵¹². C'est ainsi que si l'entreprise exploitante s'interpose entre le ou les fournisseurs et le véhicule fiscal, en acquérant auprès du ou des premiers les

⁵¹⁰ C. Cass., Civ.1^e, 17 novembre 1987, n°85-15899, publié au bulletin.

⁵¹¹ François-Xavier TESTU. « Le cautionnement-libéralité », *JCP. G.*, n°7, 15 février 1989, I, 3377.

⁵¹² *Code monétaire et financier*, art. L511-7.

investissements choisis par elle-même et en les revendant (à l'état neuf et avant toute utilisation) à la société bailleuse dédiée à l'opération concernée, elle peut alors accorder des délais de paiement sous la forme d'un crédit-vendeur remboursable sur la durée de location.

Le deuxième avantage de ce schéma, et qui a une grande importance, repose sur la compensation prévue entre les échéances de loyers hors taxe dues par le locataire à la société bailleuse au titre du contrat de location et les échéances du crédit-vendeur au titre du contrat de vente dues par la société bailleuse au locataire/vendeur⁵¹³. Cette compensation s'impose d'ores et déjà légalement par la connexité de ces dettes et créances qui résultent d'un même ensemble de contrats pour une même opération de défiscalisation⁵¹⁴. Ainsi, *de facto*, tout risque d'impayé des loyers hors taxe est écarté pour le véhicule fiscal.

Par ailleurs, l'obligation est faite aux bailleurs dans le Code civil de garantir les locataires en cas de défectuosité du bien loué⁵¹⁵. Les clauses exonératoires de cette responsabilité sont valables, car l'article 1721 du Code civil n'est pas d'ordre public⁵¹⁶. Ces clauses ont été introduites dans les contrats de location du fait que cette garantie fragilisait le mécanisme de la défiscalisation en faisant peser sur le véhicule fiscal cette responsabilité et toutes les conséquences financières potentielles y attachées. C'est pourquoi, les monteurs, dont la priorité absolue est la protection des investisseurs, privilégient, quand cela est possible, le schéma par lequel l'exploitant achète le matériel de son choix auprès du fournisseur et le revend tout aussitôt et avant mise en exploitation par le véhicule fiscal. En effet, l'exploitant, fournisseur de

⁵¹³ Le blog de Franck Ladrière, « Réduction d'impôt : comparatif Girardin Industriel vs Agricole », [en ligne], s.d., [consulté le 3 octobre 2019]. Disponible sur : <http://www.franck-ladriere.fr/2017/09/07/reduction-dimpot-comparatif-girardin-industriel-vs-agricole/> : « Directement par les exploitants sous forme de crédit-vendeur réglé par compensation comptable avec les loyers : pas de flux, pas de risque financier » ; Code civil, art. 1347 et 1348-2.

⁵¹⁴ C. Cass., Ch. Com, 09 mai 1995, n°93-11724, publié au bulletin.

⁵¹⁵ Code civil, art. 1719 et 1721. Ces dispositions sont applicables au louage de biens immeubles mais également au louage de biens meubles, compte tenu du rapprochement des articles 1709, 1711 et 1713 du code civil. Sur ce point : C. Cass., Civ.1e, 22 juillet 1968, publié au bulletin N218).

⁵¹⁶ Code civil, art. 1721 : « Il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail. S'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser ».

ce dernier, ne peut pas lui demander de garantir la défektivité d'un bien qu'il lui a lui-même vendu. C'est là le troisième avantage du crédit-vendeur, non négligeable.

*D. L'assurance et sa délégation*⁵¹⁷

L'un des risques liés à la défiscalisation est la disparition du matériel ou un sinistre remettant en cause la possibilité de l'exploiter. Aussi, il convient de prévoir une couverture d'assurance suffisante pour pouvoir procéder aux réparations ou remplacement de l'investissement afin de poursuivre l'exploitation sur la durée minimale prévue par le contrat de location.

Les monteurs prévoient en général une délégation d'assurance soit au profit du véhicule fiscal, soit au profit de la banque ayant financé l'investissement à hauteur et dans la limite du capital lui restant dû au moment du sinistre.

§2. Le changement de locataire juridique

L'article 199 *undecies* B du CGI prévoit différents cas pour lesquels il n'y a pas de reprise de la réduction d'impôt en cas de changement de locataire.

Ainsi en est-il, si l'entreprise locataire initiale s'avère défailante et qu'une nouvelle entreprise reprend le contrat de location en s'engageant à exploiter les biens pour le temps restant à courir sur la durée de location prévue au contrat⁵¹⁸.

Il en est de même, lorsque le locataire initial est une personne physique et soit qu'il transmet à titre gratuit son entreprise individuelle, soit qu'il apporte à une société soumise à un régime réel d'imposition son entreprise individuelle ou une branche complète de son activité (dans les deux occurrences, compris le contrat de location et les biens y attachés), et que, dans les deux cas, le bénéficiaire de la transmission ou

⁵¹⁷ Océane Finances, « Girardin industrielle », *op. cit.* : « des garanties en cas de défaut de paiement [...] la délégation d'assurance du matériel que le contrat de location impose ».

⁵¹⁸ CGI, art. 199 *undecies* B al. 26 (version en vigueur au 1^{er} janvier 2018).

de l'apport s'engage à exploiter les biens pendant la fraction de temps restant à courir sur la durée initiale de location prévue au contrat⁵¹⁹.

Le monteur prévoit dans ces cas-là un contractuel analogue à celui fait initialement en ajoutant les mentions relatives à la durée restant à courir en termes de location.

Il résulte que le cadre juridique des opérations de défiscalisation est relativement complexe et dense en matière contractuelle, mais cela n'apporte pas pour autant une sécurité juridique absolue aux différents intervenants et surtout ne permet pas de solutionner tous les problèmes qui peuvent se présenter sur une période minimale de cinq ans.

⁵¹⁹ CGI, art. 199 *undecies* B al. 24 (version en vigueur au 1^{er} janvier 2018). L'engagement doit être « pris dans l'acte constatant la transmission ou, à défaut, dans un acte sous seing privé ayant date certaine, établi à cette occasion ».

Partie 2 – Le cadre futur de la défiscalisation des investissements productifs en outre-mer

A travers la présentation qui vient d’être faite du dispositif de défiscalisation résultant de l’article 199 *undecies* B du CGI, il apparaît rapidement de nombreuses difficultés aux niveaux de ses différents acteurs principaux que sont les investisseurs/contribuables et les entreprises exploitantes.

Ces difficultés sont multiples.

Tout d’abord, pour les investisseurs, elles tiennent aux aspects juridiques du montage des opérations dont l’application peut être en contradiction avec leur sécurité, recherchée par le législateur, mais aussi, reposent en grande partie sur les obligations qui sont imposées pour pouvoir bénéficier de la réduction d’impôt et qui ne sont pas toujours suffisamment bien délimitées ou encore bien rédigées pour en permettre une lecture unique et donc une application sans risque de requalification.

Puis, pour les entreprises exploitantes, les risques du dispositif reposent essentiellement sur leur propre exploitation. Il résulte une certaine responsabilité dans le risque de requalification, mais limitée au contexte économique qu’elles ne maîtrisent pas et qui peut les mettre en difficulté.

Toutes ces problématiques ont un impact direct sur l’analyse du dispositif et ses répercussions sur les économies domiennes.

Toutefois, toutes ces difficultés ne paraissent pas insurmontables, elles semblent pouvoir se résoudre par une actualisation de certains des aspects juridiques ou une évolution du système de défiscalisation lui-même, mais également, par une clarification des textes. Le tout encadré par un meilleur outil statistique permettrait de mesurer plus aisément la portée du dispositif, en général, sur les économies domiennes et celle, en particulier, de chacun des aménagements qui lui a été fait au

cours des années, depuis sa mise en place. Un appui sur les expertises des services régionaux seraient également une voie vers l'amélioration du système.

Depuis la mise en place de la défiscalisation, d'autres acteurs importants sont intervenus : les monteurs en opérations de défiscalisation. Leur intervention s'est accrue avec la défiscalisation externalisée qui constitue une voie de défiscalisation complexe comme cela a été évoqué. Cela a même abouti à un début de « réglementation » de la profession avec des obligations leur revenant inscrites dans la loi et faisant l'objet d'une charte de déontologie. Le monteur est donc devenu un acteur incontournable de cette défiscalisation et aller dans le sens d'une réglementation plus aboutie de cette profession est aussi une solution à une amélioration du dispositif pouvant amener à sa continuité.

En effet, mis à mal par les diverses difficultés rencontrées, ce dernier est constamment remis en question avec des tentatives de lui substituer d'autres systèmes d'avantages fiscaux comme le crédit d'impôt. Toutefois, le dispositif, bien que souvent discuté, résiste.

Ainsi, il peut être remédié en grande partie aux difficultés que présente encore l'article 199 *undecies* B du CGI (Titre1) et cela, ajouté aux améliorations qui lui ont été apportées, permettra d'envisager l'avenir de la défiscalisation externalisée (Titre2).

TITRE 1. LA NECESSAIRE AMELIORATION DE LA DEFISCALISATION EXTERNALISEE

Il est important de bien appréhender les divers risques et limites du dispositif de défiscalisation au niveau des acteurs principaux (Chapitre 1), afin de pouvoir, par suite, identifier les solutions d'amélioration envisageables pour pouvoir y remédier (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les difficultés inhérentes à la défiscalisation externalisée

Comme cela a été vu précédemment, la quantité de contrats qui sont mis en place entre les parties prenantes à une opération de défiscalisation est dense. Certains aspects découlant de ces contrats s'imposent légalement aux contractants, ainsi le contrat de société, autrement dit les statuts, oblige à avoir la qualité de commerçant aux associés de SNC.

En outre, malgré tous les cas de figure envisagés pour optimiser la bonne fin des opérations, il reste que certaines des parties prenantes tentent, à certaines occasions, de contester la validité de leurs engagements contractuels, mais aussi que certaines imprécisions des textes législatifs ou comportements opportunistes de certains acteurs amènent à des reprises de réduction d'impôt lors de contrôles de l'administration fiscale.

Par ailleurs, certaines obligations auxquelles doivent nécessairement souscrire les parties prenantes à l'opération sont extrêmement contraignantes et peuvent s'avérer décisives dans des prises de décisions sur la durée de location en présence de certains événements (difficulté financière de l'exploitant, accident, etc.).

Enfin, malgré une adaptation de la défiscalisation au cours des années, il reste qu'elle continue d'afficher des limites au regard des objectifs poursuivis.

Ces difficultés ont des répercussions majeures sur plusieurs acteurs de la défiscalisation, les principaux d'entre eux seront abordés : tout d'abord les

investisseurs (Section 1), car ce sont eux qui encourent le plus de risques et à des niveaux élevés, puis les entreprises exploitantes (Section 2) et l'économie domienne (Section 3), car elles sont les cibles bénéficiaires du dispositif, le but poursuivi étant le développement économique des DROM au travers du développement des investissements productifs.

Section 1. Les principales difficultés pour les investisseurs

Les investisseurs qui font partie des principaux bénéficiaires de la défiscalisation sont principalement exposés à divers risques liés à cette dernière, tant par la forme du véhicule fiscal au capital duquel ils souscrivent, notamment par le statut des associés que la forme juridique impose (§1), que par leur manquement à leurs obligations pour le maintien de leur réduction d'impôt ou bien encore du fait de situations ou comportements d'autres parties prenantes sur lesquels ils n'ont aucune influence qui conduisent nécessairement à une requalification de l'opération (§2) et à sa principale conséquence : une reprise de l'avantage fiscal (§3).

§ 1. Les risques liés à leur statut d'associés de SNC

La SNC est une des formes les plus utilisées par les monteurs comme véhicule fiscal pour les opérations sans agrément⁵²⁰, plusieurs difficultés sont liées au statut de leurs associés dont, notamment, d'une part, leur qualité de commerçant qui en découle et qui emporte une obligation de s'affilier au régime social des indépendants sans que cela soit justifié par une activité professionnelle (A.). Puis, d'autre part, leur responsabilité indéfinie et solidaire avec la société qui engendre un risque bien supérieur aux sommes investies et/ou à la réduction d'impôt obtenue, insécurité financière qui peut être un frein aux souscriptions à ce dispositif (B.).

⁵²⁰ Partie 1. Titre 2. Chapitre 1. Section 2. §1.

A. L'affiliation obligatoire à la SSI

En tant qu'associés de SNC, l'associé doit obligatoirement s'affilier à la SSI, or cela lui génère (i) une obligation annuelle : celle de déclarer ses revenus à cet organisme et (ii) une obligation de s'acquitter de certaines contributions forfaitaires, comme celle de la formation professionnelle⁵²¹.

Si la déclaration sociale des indépendants (déclaration des revenus) n'est pas effectuée ou retournée avant la date limite par les investisseurs, des cotisations sont calculées par la SSI sur la base de taux et de revenus forfaitaires⁵²². Il s'ensuit de nombreux désagréments et une mobilisation de temps nécessaire pour la régularisation du dossier.

Certains monteurs indiquent dans leur présentation de défiscalisation externalisée que, compte tenu de la domiciliation des SNC dans un DROM et du bénéfice industriel et commercial non professionnel de celles-ci égal à 0 euro, ou tout au moins inférieur à 390€, les associés des SNC sont exonérés de toutes cotisations sociales⁵²³, mais ils omettent de faire mention des contributions. Or, ces dernières ont nécessairement un effet sur la rentabilité qui est annoncée à l'investisseur lors de sa souscription, en effet, ce sont des sommes qui viendront se déduire, chaque année, du montant de l'avantage fiscal dont il aura bénéficié l'année de sa souscription. Ainsi, en 2019, une contribution forfaitaire de 101€ par an est due au titre de la formation

⁵²¹ URSAFF. « Base de calcul et taux de la contribution formation professionnelle », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.urssaf.fr/portail/home/independant/mes-cotisations/quelles-cotisations/la-contribution-a-la-formation-p/base-de-calcul-et-taux-de-la-con.html> ; Code du travail, art. L6331-48 : « Les travailleurs indépendants, y compris ceux n'employant aucun salarié, ainsi que les chefs d'entreprise immatriculés au répertoire des métiers et affiliés au régime général de sécurité sociale en application des 11°, 12° et 23° de l'article L.311-3 du code de la sécurité sociale, consacrent chaque année au financement des actions définies à l'article L.6331-1 du présent code : 1° Une contribution qui ne peut être inférieure à 0,25% du montant annuel du plafond de la sécurité sociale pour les personnes mentionnées au premier alinéa, à l'exception de celles mentionnées au 2° du présent article. Ce taux est porté à 0,34% lorsque ces personnes bénéficient du concours de leur conjoint collaborateur dans les conditions prévues au « premier alinéa du I de l'article L.121-4 du code de commerce ».

⁵²² URSAFF. « L'absence de déclaration des revenus d'activité », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.urssaf.fr/portail/home/independant/mes-cotisations/les-etapes-de-calcul/la-declaration-sociale-des-indep/labsence-de-declaration-des-reve.html> ; Code de la sécurité sociale, art. L242-12-1 al. 1 : « Lorsque les données nécessaires au calcul des cotisations n'ont pas été transmises, celles-ci sont calculées à titre provisoire par les organismes chargés du recouvrement sur une base majorée déterminée par référence aux dernières données connues ou sur une base forfaitaire ».

⁵²³ « En tant qu'associé de SNC, l'investisseur en nom propre doit normalement s'acquitter des cotisations sociales. Cependant, lorsque sont réunies les deux conditions simultanées de la domiciliation des SNC dans un DOM et d'un bénéfice BIC non professionnel inférieur à 390€, les associés de la SNC sont exonérés de toutes cotisations sociales » Inter Invest, « Doit-on payer des cotisations sociales en tant qu'associé d'une SNC Girardin industriel ? » [en ligne], s.d., [consulté le 3 octobre 2019]. Disponible à l'adresse <https://www.inter-invest.fr/faq/associe-SNC-payer-cotisations-sociales>.

professionnelle⁵²⁴. Les investisseurs étant associés en moyenne durant 6 ans, ils doivent déboursier au total environ 606€ à ce titre. Le taux de rentabilité ou de rendement en 2019 se situe chez divers monteurs en défiscalisation entre 10 et 17%⁵²⁵. Ainsi cela ferme l'accès de la défiscalisation aux petits contribuables. A titre d'exemple, en prenant un taux de rentabilité de 15%, le minimum d'impôt à effacer juste pour absorber cette contribution est déjà de 4.600€ (4.000€ d'apports pour effacer 4.600€ cela fait une économie de 600€, soit $(600/4.000) * 100 = 15\%$ de rentabilité).

Or cela va à l'encontre du but recherché par le législateur qui a volontairement plafonné ce dispositif afin d'éviter de le concentrer sur une minorité et de l'étendre au plus grand nombre en obligeant les monteurs à chercher d'autres investisseurs pour pouvoir boucler leur tour de table⁵²⁶.

Il convient également de noter qu'outre les difficultés liées à l'interprétation de l'article 199 *undecies* B du CGI s'ajoutent toutes celles relatives aux articles du code de la sécurité sociale relatives aux commerçants. Ainsi, il en est résulté diverses procédures contentieuses sur l'étendue de l'exonération, dont peut bénéficier l'associé de SNC domiciliée en outre-mer, sur les cotisations concernées, sur l'exonération totale de la contribution à la formation professionnelle régie par l'article L6331-14 du code du travail jusqu'à son abrogation par la loi n°2014-288 du 5 mars 2014⁵²⁷.

⁵²⁴ *Code du travail*, art. L631-48 – cf. renvoi⁵²¹ indique que la contribution est égale au montant annuel du plafond de la sécurité sociale x 0,25%, soit pour 2017 : 40.524€ (<https://www.urssaf.fr/portail/home/taux-et-baremes/plafonds.html>) x 0,25% = 101€.

⁵²⁵ « *Le taux de rentabilité des opérations Girardin Industriel du Groupe Financière Magenta, sont variables en fonction de la période de souscription : ils varient entre + 17% en début d'année (apport de 8.550€ pour une réduction d'impôt de 10.000€), en diminuant graduellement jusqu'à + 10% en fin d'année (apport de 9.100€ pour une réduction d'impôt de 10.000€)* » Financière Magenta, « *Rentabilité 2019* » [en ligne], s.d., [consulté le 3 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.fmagenta.com/lf-2019-et-plafonnement/>; « *Votre impôt sur le revenu vous offre la possibilité grâce à la loi Girardin d'investir dans des opérations dans les DOM-COM pour bénéficier d'un rendement garanti de 17%, tout en contribuant au développement économique de l'Outre-mer* », Profina, « *La loi Girardin* », p.5, [en ligne], s.d., [consulté le 3 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.groupe-profina.com/plaquette-profina.pdf>.

⁵²⁶ MINISTERE DES OUTRE-MER, *Interview de M. Yves JÉGO, secrétaire d'Etat chargé de l'outre-mer, "Le Point" du 29 mai 2008, sur le plafonnement de l'avantage fiscal sur les investissements en outre-mer et le développement du logement social*, [en ligne], 2008, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/083002538.html>.

⁵²⁷ Tribunal des affaires de la sécurité sociale de la Mayenne, 20 novembre 2015, n°21400168 ; Tribunal des affaires de la sécurité sociale des Hauts de Seine, 15 avril 2015, n°1401755 ; Tribunal des affaires de la sécurité sociale de Caen, 23 février 2015, n°20130405.

B. La responsabilité indéfinie et solidaire

Les investisseurs métropolitains, une fois leur apport en fonds propres et à fonds perdus effectué, n'ont plus vocation à être de nouveau sollicités financièrement. Mais, si l'entreprise exploitante s'avère défaillante dans le paiement de ses loyers, *de facto*, l'emprunt bancaire n'est plus remboursé. C'est pourquoi la clause de non recours contre la SNC et ses associés est prévue dans les contrats de prêt ainsi qu'une caution, en général, le dirigeant de l'entreprise exploitante.

Cependant, certaines banques ou organismes financiers n'ont pas hésité à en contester la validité pour éviter les conséquences en découlant lorsqu'elle est mise en jeu (I.). En outre, la clause de non recours peut être remise en cause, si la SNC n'y prend pas garde, par une voie indirecte, celle de la caution qui sera actionnée par la banque et qui fera valoir son recours subrogatoire vis-à-vis de la SNC, débiteur principal (II.).

I. Les arguments de remise en cause de la clause de non recours de la banque

Plusieurs arguments sont invoqués par les banques pour remettre en cause la clause de non recours, notamment : la clause de non recours, contredisant l'obligation au remboursement du prêt, ôterait tout cause au contrat de prêt (a.), lorsqu'il existe dans le même temps une délégation des loyers de l'entreprise exploitante par le véhicule fiscal au bénéfice de la banque, la clause se heurterait au régime juridique de cette dernière (b.), aucune clause ne pourrait affranchir l'associé de SNC de sa responsabilité indéfinie et solidaire (c.) et la gravité du comportement de la SNC débitrice vis-à-vis de la banque ou organisme prêteur remettrait en question la validité de la clause (d.).

a. La nullité de la clause de non recours du fait de l'article 1131 du code civil

Dans un contrat de prêt, l'obligation essentielle de l'emprunteur à l'égard du banquier est d'assurer le remboursement du capital emprunté et le paiement des intérêts. Les banques estiment, à ce titre, que toute clause limitative de responsabilité, en raison

d'un manquement à cette obligation, devrait être réputée non écrite si elle contredit cet engagement. La banque ne saurait renoncer à agir en paiement contre l'emprunteur sans priver le contrat de prêt de toute cause. Par conséquent, la clause de non recours encourrait la nullité pour absence de cause.

Dans un arrêt du 7 avril 2009, n°08-12.192, la Cour de Cassation a indiqué que la cause du contrat de prêt réalisé par un établissement de crédit ne réside pas dans l'action en paiement contre l'emprunteur, mais dans la délivrance des fonds. Dès lors, la banque ne peut se prévaloir de la prétendue absence de cause du contrat de prêt du fait de la présence de la clause particulière susvisée dans la mesure où la cause du contrat de prêt se situe dans la remise des fonds par le prêteur et non dans la faculté d'une action en paiement contre l'emprunteur.

b. Le régime juridique de la délégation comme obstacle à la clause de non recours

L'article 1336 du code civil alinéa 1 dispose que : « La délégation est une opération par laquelle une personne, le délégant, obtient d'une autre, le délégué, qu'elle s'oblige envers une troisième, le délégataire, qui l'accepte comme débiteur ». Préalablement à la délégation, il existe une obligation du délégant envers le délégataire, celle-là même à laquelle s'oblige le délégué vis-à-vis du même délégataire.

La délégation peut être imparfaite ou parfaite. La distinction entre les deux résulte sur le fait que la première maintient l'obligation du délégant envers le délégataire, alors que la seconde le libère totalement de ladite obligation (étant précisé que cette décharge doit être expressément stipulée)⁵²⁸.

Ainsi, dans le cas où la délégation des loyers est parfaite, le délégant (débiteur principal, soit le véhicule fiscal) est déchargé de sa dette, de telle sorte que le

⁵²⁸ Code civil, art. 1337, al. 1.

déléataire n'a plus aucun recours à son encontre⁵²⁹, cette forme de délégation ne pose donc pas de difficulté particulière.

En ce qui concerne la délégation imparfaite, le recours du délégataire vis-à-vis du délégant demeure. Ainsi, en cas de défaillance du délégué (l'entreprise exploitante), la banque conserve ses recours à l'encontre du véhicule fiscal qui reste obligé au remboursement⁵³⁰. Les banques déduisent de cette situation que la SNC ne peut pas leur opposer la clause de non recours dès lors que la mise en jeu de la garantie donnée sur les loyers ne leur a pas permis de recouvrer l'intégralité de leur créance et que les SNC restent obligées au remboursement de la dette du fait du caractère imparfait de la délégation. Cependant, la Cour d'appel de Saint Denis, dans des arrêts (définitifs) rendus respectivement en 2005⁵³¹ et en 2006⁵³², précise qu'une délégation imparfaite de loyers ne fait pas obstacle, dans le même temps, à une clause de non recours contractuelle contre le débiteur principal/délégant, dès lors que cette dernière formulait de façon « claire » que la banque limitait son recours à sa garantie contre le délégué, qu'il n'en résultait pas un amoindrissement de l'obligation du délégué à son égard ni de ses recours contre celui-ci, qu'en outre cette clause précisait être valable dans le cas où la mise en jeu de son recours contre le délégué « couvrirait " insuffisamment " le montant de sa créance ».

En outre, la Cour, au visa de l'article 1131 du code civil évoqué précédemment, a précisé que « l'abandon par le banquier de tout recours complémentaire contre l'emprunteur ne faisait pas disparaître l'obligation essentielle dont il était titulaire ni ne déséquilibrait l'économie du contrat de crédit-bail ». Elle a donc ajouté un argument au maintien de la cause du contrat de prêt.

⁵²⁹ *Code civil*, art. 1276.

⁵³⁰ *Code civil*, art. 1275.

⁵³¹ CA Saint-Denis-de-la-Réunion, chambre commerciale, 21 février 2005 n° 03-22, Sté Crédit Moderne OI c/ Sté Austral Loc 2.

⁵³² CA Saint-Denis-de-la-Réunion, chambre commerciale, 20 février 2006 n° 03-22, Sté Crédit Moderne OI c/ Sté Austral Loc 2.

c. L'inefficacité de la clause de non recours contre les associés de SNC

L'article L.221-1 du Code de commerce dispose dans son premier alinéa que la responsabilité, quant aux dettes sociales, des associés d'une SNC est indéfinie et solidaire. Selon les banques cette clause étant d'ordre public, aucune clause statutaire ou contractuelle ne pourrait les exonérer de cette responsabilité, ainsi la clause de non recours contre les associés serait nulle.

Cependant, l'alinéa 2 de l'article L221-1 précité dispose que « Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé, qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire ». Il résulte que si le créancier accepte de réduire, voir de renoncer à l'exercice de ses droits contre la SNC débitrice, *de facto*, il réduit ou renonce de la même façon à ses droits contre les associés ; cela ne remettant aucunement en question la solidarité des associés vis-à-vis des dettes de la SNC. Il résulte que les clauses de limitation, au travers de la jurisprudence sont validées d'un point de vue juridique.

De ce fait, les banques et organismes financiers tentent de la rendre inefficace en faisant valoir la faute grave de la SNC vis-à-vis d'elles.

d. La gravité du comportement du débiteur

En réponse à cette jurisprudence, les banques ont, pour certaines, introduit une sorte de contrepartie à cette limitation de recours, par exemple, la SNC s'engage à apporter son soutien et à faire ses meilleurs efforts en vue de la préservation des intérêts de la banque⁵³³. Ainsi, cela permet à cette dernière d'invoquer la passivité de la SNC à plusieurs titres : absence de récupération du matériel⁵³⁴, ou d'action pour recouvrer la créance.

Or, un arrêt de la Cour de cassation précise que la faute doit être lourde et que pour tenir en échec une limitation de responsabilité contractuelle elle « ne saurait résulter

⁵³³ Cass. Com., 27 mai 2014, n°13-16673, non publié au bulletin.

⁵³⁴ Cass. Com., 6 décembre 2017, n°15-16993, non publié au bulletin.

du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur⁵³⁵ ».

Toutefois, cela permet à la banque d'invoquer de nombreuses considérations laissées à l'appréciation du juge quant à leur gravité.

Il est donc indéniable que la clause de limitation de recours, censée protéger les investisseurs contre toute nouvelle contribution financière aux opérations de défiscalisation, subit les assauts répétés des organismes financiers et banques et que la sécurité juridique de cette clause est loin d'être définitivement acquise.

II. La remise en cause de la clause de non recours par la caution

Si la banque demande à la caution de payer la dette du débiteur principal, la SNC, la question se pose quant à l'opposabilité de la clause de non recours à la caution par la SNC, s'il n'a pas été prévu une renonciation expresse de la caution à son recours subrogatoire. Cette situation est parfaitement illustrée par un litige qu'a eu à trancher la Cour d'Appel Administrative de Fort de France⁵³⁶. Un prêt a été consenti à une SNC apparaissant formellement comme le débiteur du prêt bancaire, bien que n'étant pas le bénéficiaire réel de l'opération. Ce prêt prévoyait une clause de non recours contre la SNC et ses associés. Pour ce prêt, un cautionnement a été consenti à la banque à titre personnel par le dirigeant du bénéficiaire effectif final de l'opération, l'entreprise exploitante.

Le dirigeant de l'entreprise a saisi le Tribunal de commerce de Fort de France d'une action personnelle en paiement fondée sur l'article 2305 du code civil⁵³⁷.

La SNC défendait, de son côté, que la clause de limitation de recours figurant dans le prêt faisait échec à l'action de la caution, d'une part, en se fondant sur les

⁵³⁵ Cass. Com., 13 juin 2006, n°05-12619, publié au bulletin.

⁵³⁶ CAA Fort de France, 06-12-2016, n°15/00165.

⁵³⁷ Code civil, art. 2305 : « La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur ».

dispositions de l'article 2306 du Code civil⁵³⁸, et, d'autre part, en mettant en évidence que le contrat de prêt faisait partie et était indissociable d'un ensemble contractuel plus large (contrat de location, etc.) visant le même objet, c'est-à-dire, *in fine*, de permettre au dirigeant et à son entreprise d'acquérir à moindre coût un outillage nécessaire à l'activité de cette dernière, tout en permettant à la banque prêteuse et aux investisseurs ayant constitué la SNC d'en tirer un avantage fiscal. Elle estimait que l'intention des parties, dans la réalisation de l'ensemble contractuel, était respectée en faisant peser le risque de l'opération sur la caution dirigeante du locataire véritable bénéficiaire, et non sur la SNC en la mettant à l'abri de tout recours.

La démarche des juges du fond a été de mettre en évidence chacun des contrats pris individuellement sans regarder l'ensemble contractuel, démarche qui ne correspond pas à la philosophie globale de ces opérations. Et en l'absence de stipulation expresse par la caution de sa renonciation à son recours subrogatoire, ce dernier a donc été admis.

§ 2. Les risques liés à la requalification

Il existe également d'autres risques de reprise de la réduction d'impôt qui ne sont pas du fait de la volonté ou du comportement de l'investisseur. Sa situation personnelle peut évoluer brutalement, en outre, il n'est pas le monteur des opérations donc n'en connaît pas bien la mise en place (notions d'éligibilité ou autres), par ailleurs, il n'a aucune maîtrise sur le comportement de l'entreprise exploitante.

Il résulte, d'une part, des requalifications du fait de l'investisseur lui-même (A.) et, d'autre part, de l'opération de défiscalisation en ce qu'elle ne respecte pas à la lettre les obligations prévues par l'article 199 *undecies* B du CGI (B.).

⁵³⁸ Code civil, art. 2306 : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

A. Du fait de l'investisseur

L'investisseur ayant investi dans un véhicule fiscal doit conserver ces titres (parts ou actions) pendant au moins cinq ans à compter de la réalisation de l'investissement⁵³⁹. À défaut, la réduction d'impôt pratiquée fait l'objet d'une reprise, il en allait de même, en principe, dans le cas du décès du contribuable.

Cependant une réponse ministérielle de 2011, estimant que, dans ce dernier cas, les conséquences étaient sévères, a indiqué qu'il pouvait être « admis qu'en cas de décès du contribuable ou de l'un des époux soumis à une imposition commune avant l'expiration du délai de cinq ans, la réduction d'impôt ayant été imputée ne fasse pas l'objet d'une reprise⁵⁴⁰ ». Cette tolérance a été reprise et admise en 2015 par un bulletin officiel des impôts BOI-BIC-RICI-20-10-20-50 §170.

Ceci étant, la loi prévoit qu'une SNC prend fin par le décès de l'un de ses associés, les monteurs ont donc dû prévoir dans les statuts soit qu'elle continue avec le conjoint survivant ou avec ses héritiers ou légataires, avec agrément ou non de ces derniers par les associés survivants, soit qu'elle continue avec les seuls associés survivants. Cela implique de nombreuses complications possibles.

Dans le premier cas, il faut que la personne amenée à remplacer l'associé décédé soit en capacité juridique de le faire, or comme cela a déjà été évoqué, la qualité de commerçant liée au statut d'associé au SNC interdit, par exemple, à un mineur d'être associé. En outre, si la personne prévue pour remplacer l'associé n'accepte pas d'être associée, il faut annuler les parts de la société appartenant à l'associé décédé, réduire le capital social en proportion des parts annulées et rembourser aux ayants droit la valeur des parts annulées.

Dans le second cas, il en est de même qu'en cas de refus de l'ayant droit d'être associé.

⁵³⁹ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 23.

⁵⁴⁰ Réponse ministérielle du 24 mai 2011 à la question écrite n°96586 du 21 décembre 2010 de M. Gilbert LE BRIS relative au maintien de la réduction d'impôt en cas de décès du contribuable dans le cadre d'un investissement dans les DOM au titre du dispositif de défiscalisation dit « Girardin Industriel », JO du 24/05/2011, p.5440.

B. Du fait de l'opération

Bien que l'investisseur ait une obligation de portage durant une période de cinq ans, l'administration peut contrôler les opérations durant cette période, mais aussi au-delà. La vérification peut s'effectuer sur divers points : le respect des obligations fiscales et sociales et de dépôts des comptes sociaux de l'entreprise exploitante (I.), les éléments relatifs à l'investissements en lui-même (II.), l'éligibilité de l'activité et de l'investissement (II.), le respect du taux de rétrocession (III.), le respect des seuils d'agrément préalable (IV.) et la justification du montant du crédit-vendeur (V.).

I. Le respect des obligations fiscales et sociales et de dépôts des comptes sociaux de l'entreprise exploitante

Le respect de ses obligations fiscales et sociales et de dépôts de ses comptes sociaux par l'entreprise exploitante est une vérification *a priori* qui doit être effectuée par le cabinet monteur pour réaliser l'investissement souhaité. En effet, le respect de ces obligations doit être effectif à la date réalisation de l'investissement, dans le cas contraire, ce dernier n'ouvre pas droit à réduction d'impôt⁵⁴¹.

Si pour les obligations sociales, des attestations fournies par les services administratifs compétents semblent suffire à le prouver, il ne semble pas en être de même pour les obligations fiscales (a.) et de dépôt des comptes sociaux (a.).

a. Les obligations fiscales

Les entreprises exploitantes doivent fournir des documents attestant de leur régularité au titre de leurs obligations fiscales tant en termes de déclaration que de paiement. Les cabinets monteur ont donc résolu de leur demander des attestations de régularité fiscale émanant des services fiscaux eux-mêmes⁵⁴², la délivrance de telles attestations

⁵⁴¹ CGI, art. 199 *undecies* B al. 26.

⁵⁴² Ecofip, « Professionnels, une aide directe de 25% sur vos investissements neufs avec Ecofip Guadeloupe » », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.ecofip.gp>.

étant déjà utilisée aux fins d'obtention de marchés publics⁵⁴³, et étant, *a priori*, le moyen le plus sûr d'obtenir une information exacte.

Le cas du contrôle des obligations déclaratives sera ici uniquement abordé pour illustrer le propos.

Avant l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, pour délivrer de telles attestations, l'administration fiscale prenait en compte des éléments précis⁵⁴⁴. Pour les impôts directs, au jour de la délivrance, elle prenait en considération, pour l'impôt sur les sociétés : les déclarations de résultats qui étaient déposées au cours de l'année N-1 et des années antérieures ; pour l'impôt sur le revenu : la déclaration de revenus n° 2042 de l'année N-2 déposée en N-1 et des années antérieures, les déclarations professionnelles portant sur les bénéficiaires industriels et commerciaux, sur les bénéficiaires agricoles ou sur les bénéficiaires non commerciaux de l'année N-2 déposées en N-1 et des années antérieures. Pour la TVA, au jour de la délivrance, l'administration fiscale prenait en compte les déclarations devant être réalisées au plus tard au 31 décembre N-1. En outre, cette délivrance d'attestation ne pouvait être effectuée qu'une fois par an quels que soient les besoins du demandeur en cours d'année⁵⁴⁵. Comme les entreprises doivent être à jour de leurs obligations à la date réalisation des investissements, cela créait une insécurité pour les investisseurs pour toutes les opérations réalisées à une date de l'année N si, à cette date et depuis le 01/01/N, d'autres obligations déclaratives incombaient aux entreprises exploitantes. Par exemple, si une entreprise, clôturant ses comptes au 31/12 de chaque année et soumise à l'impôt sur les sociétés, fournissait une attestation de régularité fiscale au 31/12/N-1 datée du 01/06/N, si l'investissement était réalisé le 01/07/N, l'investisseur n'était pas certain qu'à cette dernière date, ladite entreprise soit à jour du dépôt de sa déclaration de résultat de son

⁵⁴³ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

⁵⁴⁴ BOI-DJC-ARF-20130315 §270 à §320.

⁵⁴⁵ BOI-DJC-ARF-20130315 §200.

exercice clos au 31/12/N-1⁵⁴⁶, bien que celui-ci ait dû intervenir avant le 2^{ème} jour ouvré suivant le 01/05/N⁵⁴⁷.

Cependant existait une contradiction, en effet, la notice explicative de l'attestation de régularité fiscale indiquait en « remarque importante » :

« La présente attestation certifie seulement que, à la date de sa rédaction, le demandeur a souscrit les déclarations fiscales lui incombant et acquitté les impôts, droits ou taxes découlant desdites déclarations⁵⁴⁸ ».

Ainsi à la lecture de cette notice, il était possible de comprendre qu'à la date de rédaction de l'attestation, et non seulement au 31/12/N-1, cela emportait certification de ce que le demandeur était à jour de ses obligations. Pour reprendre l'exemple précédant, cela changeait la solution, en effet, l'attestation étant délivrée le 01/06/N, soit postérieurement à la date limite de dépôt de sa déclaration de résultat (le 2^{ème} jour ouvré suivant le 01/05/N), l'investisseur était assuré que l'entreprise exploitante était à jour du dépôt de sa déclaration de résultat de son exercice clos au 31/12/N-1 à la date de réalisation de l'investissement du 01/07/N.

Après l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, la doctrine fiscale a évolué⁵⁴⁹. Pour les impôts directs (qu'il s'agisse d'impôts sur les sociétés ou sur le revenu) comme pour la TVA, au jour de la délivrance, l'administration fiscale prend, dorénavant, en considération les délais de dépôt des déclarations qui sont échus au dernier jour du mois précédant la demande. Ainsi, en reprenant le même exemple que précédemment, l'investisseur est assuré de la deuxième solution, à savoir qu'avec l'attestation délivrée le 01/06/N, l'entreprise exploitante est bien à jour du dépôt de sa déclaration de résultat de son exercice clos au 31/12/N-1 et, en conséquence, avant la date de réalisation de l'investissement du 01/07/N.

⁵⁴⁶ CAA Nantes, 1^{ère}, 12 mai 2016, n°14NT02284.

⁵⁴⁷ BOI-IS-DECLA-10-10-10-20160406 §190.

⁵⁴⁸ Cf. Attestation de régularité fiscale : formulaire 3666SD.

⁵⁴⁹ BOI-DJC-ARF-20161207 §300.

Toutefois, il convient de noter que l'article 199 *undecies* B du CGI ne prévoit pas le formulaire 3666SD comme étant la forme de l'attestation requise pour justifier de la régularité fiscale de l'entreprise exploitante, ce qui laisse un périmètre indéfini de celle-ci, sujet à interprétation et, en conséquence, à motif de redressement en cas de contrôle de l'administration fiscale.

b. Les dépôts des comptes sociaux

Seules les sociétés par actions⁵⁵⁰, les SARL⁵⁵¹ et certaines SNC (celles détenues par des associés eux-mêmes sociétés par actions ou SARL)⁵⁵² sont concernées par cette obligation de dépôt des comptes sociaux.

Certains contrôleurs ont pu remettre en question l'opération de défiscalisation en indiquant que les publicités en ce sens au Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales (BODACC) ne démontraient pas que l'entreprise exploitante, obligée à ce dépôt, avait rempli cette obligation depuis sa création. Un amendement a été déposé pour clarifier cette situation et demander qu'il soit précisé que cette obligation ne soit imposée que pour l'année précédant l'investissement. L'amendement a été rejeté⁵⁵³.

Il paraît difficile de demander aux entreprises d'effectuer une régularisation sur plusieurs années. Il semble effectivement que peu d'entreprises déposent leurs comptes sociaux, ainsi le rapporteur public à l'Assemblée nationale du projet de loi à l'origine de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises indiquait : « En réalité, il faut souligner que moins de la moitié des entreprises, y compris des sociétés par actions, déposent leurs comptes⁵⁵⁴ ». Plus récemment, cette situation a été encore confirmée par une enquête d'infolegale qui révèle : « En 2016, 7 % des entreprises françaises ont déposé leurs comptes, soit 679.473 entreprises sur

⁵⁵⁰ Code de commerce, art. L.232-23.

⁵⁵¹ Code de commerce, art.L.232-22.

⁵⁵² Code de commerce, art.L.232-21.

⁵⁵³ ASSEMBLEE NATIONALE. *Projet de loi de finances pour 2008, n°235*, Amendement n° II. 1614, rejeté.

⁵⁵⁴ ASSEMBLEE NATIONALE. Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. *Rapport n°2095 sur le projet de loi (n°1596) de sauvegarde des entreprises, fait par M. Xavier DE ROUX*, 11 février 2005.

un total de 9.457.473⁵⁵⁵ » et ce, malgré des mesures tendant à renforcer le respect de cette obligation⁵⁵⁶.

Par ailleurs, les sociétés concernées par le dépôt des comptes sociaux d'un exercice doivent l'effectuer soit dans le mois qui suit l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale des actionnaires ou associés, soit dans les deux mois si ce dépôt est effectué par voie électronique⁵⁵⁷. Or, l'assemblée générale d'approbation des comptes sociaux annuels doit se tenir dans les six mois suivant la date de clôture de l'exercice concerné⁵⁵⁸, exception faite pour la SAS qui a le libre choix statutaire des conditions et formes de cette assemblée⁵⁵⁹. Il résulte, de façon générale, de ce qui précède que, par exemple, pour les sociétés dont l'exercice se termine le 31/12/N-1, elles ont jusqu'au 31/07/N pour déposer leurs comptes. Mais, ce délai peut être plus long non seulement pour les SAS (cf *supra*), mais également dans le cas où la société concernée demande dûment et obtient du Président du Tribunal de commerce la possibilité de reporter la date de ce dépôt des comptes⁵⁶⁰.

Pour ces raisons, à la date de réalisation des investissements, les cabinets monteurs n'ont pas toujours la capacité de vérifier si les exploitants ont bien déposé leurs comptes au greffe du tribunal de commerce dans les délais requis. Or, cela oblige à faire supporter aux investisseurs, pour tous investissements réalisés avant une date très avancée dans l'année (si l'exemple précédent est repris : le 31 juillet de l'année), le risque que l'entreprise ne dépose jamais ses comptes sociaux.

En outre, aucune régularisation de leur situation réalisée après la réalisation des investissements ne semble possible. L'administration fiscale a procédé à des reprises de réduction d'impôt à ce titre et a été soutenue par des Cours d'appel administratives

⁵⁵⁵ INFOLEGALE, « 7% des comptes des entreprises françaises sont réellement disponibles en 2016 » [en ligne], 2017, [consulté le 4 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://blog.infolegale.fr/7-pour-cent-des-comptes-des-entreprises-françaises-sont-reellement-disponibles-en-2016>.

⁵⁵⁶ *Code de commerce*, art. R.247-3, L.123-5-1 et L.611-2.

⁵⁵⁷ *Code de commerce*, art. L.232-21, L.232-22 et L.232-23.

⁵⁵⁸ *Code de commerce*, art. L.222-26 et L.225-100.

⁵⁵⁹ *Code de commerce*, art. L.227-9.

⁵⁶⁰ *Code de commerce*, art. R.225-64.

qui ont maintenu celles-ci en rejetant les arguments divers mis en avant : prescription de l'obligation⁵⁶¹, régularisation de la situation après la date de réalisation de l'investissement⁵⁶².

II. *Les éléments relatifs à l'investissement*

Divers risques liés à l'activité et l'investissement peuvent exister : ceux liés à l'éligibilité de l'activité et de l'investissement (a.), à l'existence et l'exploitation effective et continue de l'investissement durant 5 ans ou la période normale d'utilisation de ce dernier (b.) et à une éventuelle surfacturation (c.).

a. L'éligibilité de l'activité et de l'investissement

Là encore, bien qu'il s'agisse d'une vérification *a priori* qui doit être effectuée par le cabinet monteur pour réaliser l'investissement souhaité, il n'en demeure pas moins qu'à l'occasion de certains contrôles, une interprétation différente des textes a amené à des redressements fiscaux (exemples des problématiques évoquées précédemment concernant les véhicules de tourisme, les plants agricoles).

b. L'existence et l'exploitation de l'investissement

Malgré les vérifications des cabinets monteur et les procès-verbaux de livraison, certains investissements se sont avérés non réalisés lors de l'année de défiscalisation, même dans le cas d'agrément délivrés⁵⁶³.

Pour que la réduction d'impôt puisse être maintenue et acquise définitivement, l'investissement doit être exploité de façon effective sur une période continue de cinq ans ou sur la période normale d'utilisation si elle est inférieure⁵⁶⁴. Or, durant cette période, l'entreprise locataire est soumise à divers aléas économiques qui peuvent remettre en question l'utilisation de l'investissement (par exemple : un sinistre) ou

⁵⁶¹ CAA Paris, 7^e, 18 novembre 2016, n°15PA02539.

⁵⁶² CAA Nancy, 2^e, 16 novembre 2016, n°15NC01170 ; CAA Nantes, 1^e, 14 juin 2017, n°16NT01995.

⁵⁶³ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER*, op. cit., p.71.

⁵⁶⁴ CGI, art. 199 undecies B al. 23.

l'existence même de l'entreprise (par exemple : une liquidation judiciaire, la vente du fonds de commerce). L'investisseur n'est pas du tout maître de ces événements.

Or si l'investissement sinistré n'est pas remplacé (faute de moyens et de couverture d'assurance insuffisante), si l'investissement loué à une entreprise mise en liquidation judiciaire ou qui cède son fonds de commerce n'est pas reloué, *de facto*, l'exploitation cesse et une reprise de l'économie d'impôt est effectuée au titre de l'année durant laquelle intervient l'événement⁵⁶⁵. Même si cette reprise est limitée aux trois quarts du montant de la réduction d'impôt dans le cas où l'entreprise exploitante cesse son activité⁵⁶⁶, il n'en reste pas moins une reprise significative pour le contribuable.

L'administration fiscale prévoit que l'avantage fiscal n'est pas repris si, dans le cas d'un locataire défaillant, les biens sont repris et donnés en location à un nouveau locataire ayant une activité similaire au précédent, dès lors qu'il remplit les conditions d'éligibilité au dispositif de défiscalisation et que le délai d'exploitation est prorogé d'autant de mois que la recherche du repreneur aura duré⁵⁶⁷. Cependant aucune précision n'est donnée quant au délai dont dispose le véhicule fiscal pour relouer le bien. Un délai a été avancé dans un rapport d'information au Sénat, celui d'un an⁵⁶⁸. Pour autant, il ne s'agissait que d'une simple proposition et aucun texte réglementaire n'a depuis confirmé explicitement ce délai. Une incertitude juridique demeure donc en cas de contrôle pour le contribuable.

c. L'absence de surfacturation

La surfacturation est aussi une problématique qui s'est avérée lors de contrôles fiscaux et qui a entraîné des reprises de réduction d'impôt⁵⁶⁹. L'éloignement des

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ CGI, art. 199 *undecies* B al. 26.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit., p. 130.*

⁵⁶⁹ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1024 sur la fiscalisation des investissements outre-mer, présenté par MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER, op. cit., p.37.*

DROM justifie un surcoût des biens d'investissements dû notamment aux frais d'approche, cependant, sous le couvert de ce surcoût, des facturations exagérées ont été effectuées.

Cela est favorisé par la chaîne d'intermédiaires dans le processus de vente lorsque plusieurs de ces intermédiaires sont aux mains de mêmes dirigeants. Une société importe les biens dans les DROM, puis les revend aux véhicules fiscaux en pratiquant une marge très importante. Ces derniers les louent ensuite à des sociétés exploitantes pouvant bénéficier de la défiscalisation et ayant les mêmes dirigeants que la société importatrice.

Force est de constater que ce point ne parvient pas être réglé ; en effet, dès 1998, M. Didier Migaud révélait dans son rapport un problème de surfacturation dans le domaine de la navigation de plaisance. Précisément, il s'agissait d'un fournisseur de Miami vendant des bateaux à un revendeur de Saint Barthelemy avec un prix majoré de 44%, revendeur qui pratiquait à son tour une marge lorsqu'il revendait aux exploitants alors que son intervention n'apportait aucune prestation et aucune retombée économique pour l'Etat de par sa situation à Saint Barthelemy (pas d'imposition). Ce rapport précisait que même l'institution d'un agrément n'avait pas mis fin à ces « tentatives frauduleuses⁵⁷⁰ ».

III. Le respect du taux de rétrocession

Comme cela a été vu précédemment, l'une de conditions à la réduction d'impôt est la rétrocession d'une partie de celle-ci à l'entreprise exploitante⁵⁷¹. Lorsque les immobilisations sont données en location, le propriétaire non utilisateur peut bénéficier de la réduction d'impôt sous réserve du respect de certaines conditions, parmi lesquelles une obligation de rétrocession d'une partie de la réduction d'impôt à l'entreprise locataire sous forme de diminution du loyer ou du prix de cession du bien.

⁵⁷⁰ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1060 sur les incitations fiscales à l'investissement Outre-mer, présenté par M. Didier MIGAUD, op.cit.*, pp. 142 à 144.

⁵⁷¹ CGI, art. 199 undecies B al. 26.

Le taux minimum de la rétrocession est fixé à 66 %. Ce n'est donc que par exception qu'un taux inférieur, soit 56%, peut être appliqué.

En outre, le texte précise que l'exception de taux applicable vise « les investissements dont le montant par programme est inférieur à 300.000€ par exploitant », c'est donc en considération du locataire et non du bailleur que s'apprécie ce seuil de 300.000€. Il appartient, le cas échéant, à l'exploitant de communiquer au bailleur les informations nécessaires à l'application de cette règle⁵⁷². Or si le locataire ne fournit pas ces informations, le risque fiscal est patent et c'est de nouveau le contribuable/investisseur qui encourt le redressement fiscal.

Ceci étant, quel que soit le taux de cette rétrocession, il se détermine comme suit : (Montant du coût hors taxe de l'investissement – aide publique - valeur actualisée de l'ensemble des sommes mises à la charge du locataire⁵⁷³) / montant de la réduction d'impôt⁵⁷⁴.

L'administration fiscale édicte les modalités de calcul de cette valeur actualisée. Cette dernière doit être déterminée en retenant un taux d'actualisation égal à la moyenne pondérée, en fonction du montant des emprunts effectués pour financer l'investissement et des taux d'intérêts y attachés. Dans le cas où le locataire finance l'investissement du bailleur par un crédit-vendeur, le taux d'actualisation est celui que supporte ledit locataire pour pouvoir mettre à la disposition du bailleur ce financement. La date qui doit être retenue pour le taux d'actualisation est la date de réalisation de l'investissement. Cette valeur actualisée est donc complexe à calculer, en effet, (i) les échéances d'emprunt et les loyers ne sont pas forcément payés à des dates identiques, (ii) les loyers ne sont pas toujours les seuls débours que doit effectuer le locataire pour la mise à disposition des investissements (assurance décès sur emprunt, etc.). La différence de calcul sur cette valeur actualisée devient source de contentieux avec l'administration fiscale : « " Selon la méthode de calcul utilisé,

⁵⁷² BOI-BIC-RICI-20-10-10-10-20180404 §130.

⁵⁷³ Sommes lui permettant d'obtenir la disposition du bien (notamment, les loyers) et d'en acquérir la propriété au terme de la location (prix d'acquisition).

⁵⁷⁴ BOI-BIC-RICI-20-10-10-10-20180404.

nous ne parvenons pas au même résultat et il y a désormais des contentieux sur ce point », relève Rémi Dhonneur⁵⁷⁵ ».

IV. *Le respect des seuils d'agrément*

Dans son II.-1, l'article 199 *undecies* B du CGI prévoit des seuils de montant d'investissements au-delà desquels un agrément préalable est requis pour les investissements réalisés dans le cadre d'activités, hors secteurs sensibles. Ainsi pour des investissements réalisés directement par une entreprise exploitante, le seuil, au-delà duquel l'agrément préalable est requis, est de 1.000.000€ et pour ceux réalisés *via* un schéma externalisé de 250.000€. Dans ce deuxième cas, il précise que ce seuil « s'apprécie au niveau de l'entreprise, société ou groupement qui inscrit l'investissement à l'actif de son bilan », autrement dit au niveau de l'entreprise bailleuse, propriétaire.

Bien que cette précision paraisse claire, la doctrine fiscale a estimé durant de nombreuses années qu'il convenait de l'analyser au regard d'une autre disposition mentionnée au seizième alinéa du I de l'article 217 *undecies* du CGI, auquel renvoie l'article 199 *undecies* B dans son I. vingt-sixième alinéa, selon laquelle « l'entreprise locataire aurait pu bénéficier de la déduction si, imposable en France, elle avait acquis directement le bien ». De la lecture croisée de ces dispositions, elle appliquait le principe d'une double condition pour ne pas avoir d'obligation d'agrément préalable : la société bailleuse, propriétaire, ne devait pas réaliser plus de 250.000€ d'investissements par programme ET son locataire, l'entreprise exploitante, ne devait pas réaliser plus de 1.000.000€ d'investissements, ce seuil devant tenir compte, non seulement, des acquisitions réalisées directement ou indirectement par l'entreprise exploitante, mais également, des matériels pris par elle en location⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Pélagie TERLY, « Défisiscalisation à l'IR, la nécessaire sécurisation du Girardin industriel », *L'Agefi Actifs*, 1^{er} octobre 2010, p. 16.

⁵⁷⁶ *BOI 4 H-2-07* §126 ; *BOI-BIC-RICI-20-10-20- 0120912* §20.

Une jurisprudence inconstante est née de ce principe : certaines Cours ont suivi ce dernier dans leur raisonnement⁵⁷⁷, et d'autres ont refusé de le faire⁵⁷⁸. Durant cette période, des contribuables ont donc été redressés sur ce chef.

Un arrêt du Conseil d'Etat en date du 30 décembre 2014 a scellé une interprétation définitive en infirmant la doctrine administrative⁵⁷⁹. Le rapporteur public avait mis en avant plusieurs points dans ses conclusions⁵⁸⁰. Il a en effet jugé que la précision relative à la personne au regard de laquelle s'apprécie le seuil, en l'espèce celle « qui inscrit l'investissement à l'actif de son bilan », était suffisante et qu'il n'y avait pas lieu de se référer à la condition posée par le seizième alinéa de l'article 217 *undecies* du CGI auquel se réfère le vingt-sixième alinéa du I de l'article 199 *undecies* B du CGI qui n'est pas relative à l'agrément. Ainsi, peu importe que la société locataire ait pris en location auprès de plusieurs loueurs d'autres matériels correspondant à un investissement supérieur à 1.000.000€, seuil d'agrément préalable qui lui aurait été personnellement applicable si elle avait acquis directement l'ensemble des biens loués. Ceci étant, si cette décision a apporté un éclairage certain sur cette notion de seuil pour les activités hors secteur sensibles, il n'en est pas de même au sujet de ces derniers.

Dans son II.- 2 l'article 199 *undecies* B du CGI pose le postulat d'un agrément préalable pour les investissements réalisés dans les secteurs sensibles, sans faire état de seuils à respecter, et renvoie directement et explicitement aux conditions d'agrément prévues par le III de l'article 217 *undecies* du CGI. Or, le III de l'article 217 *undecies* du CGI dispose que la règle générale est que les investissements dans les secteurs sensibles doivent avoir reçu un agrément préalable mais prévoit certains cas de dispense. Les cas de dispense sont précisés :

⁵⁷⁷ CAA Lyon, 5^e ch., 6 décembre 2012, n°11LY02158 ; CAA Paris, 7^e ch., 17 mai 2013, n°12PA03142 ; CAA Nantes, 1^e ch., 7 mars 2013, n°12NT01226.

⁵⁷⁸ CAA Nancy, 2^e ch., 18 octobre 2012 n°11NC00231 ; CAA Versailles, 1^e ch., 8 octobre 2013 n°12VE00283.

⁵⁷⁹ CE, 10^e et 9^e ss-sect., 30 décembre 2014, n°369101, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

⁵⁸⁰ Conclusions de M. Edouard CREPEY, *Revue de droit fiscal*, mars 2013, n°10, pp. 56-58.

« Toutefois, les investissements mentionnés au I dont le montant total n'excède pas 250.000€ par programme sont dispensés de la procédure d'agrément préalable lorsqu'ils sont réalisés par une entreprise qui exerce son activité dans les départements visés au I depuis au moins deux ans dans l'un des secteurs mentionnés au premier alinéa du 1. Il en est de même lorsque ces investissements sont donnés en location à une telle entreprise⁵⁸¹ ».

Il n'est pas ici précisé que ledit seuil s'apprécie au niveau de l'entreprise bailleuse, propriétaire, pour le cas de la défiscalisation externalisée. Or la décision du Conseil d'état du 30 décembre 2014 s'est basée sur les termes de l'article 199 *undecies* B du CGI, qu'elle a estimés suffisamment explicites, en ce qu'ils précisent que c'est au niveau de l'entreprise qui a inscrit l'investissement à l'actif de son bilan que s'apprécie le seuil au-delà duquel un agrément est exigé pour les opérations hors secteurs sensibles. Le cas des secteurs sensibles est donc différent en ce que l'article 199 *undecies* B du CGI ne donne aucune indication sur les conditions d'agrément relatives aux investissements réalisés dans ces secteurs, mais renvoie aux dispositions mêmes de l'article 217 *undecies* B du CGI. Par ailleurs, le BOI-SJ-AGR-40 § 260 du 6 juillet 2016 précise :

« Le programme d'investissements est apprécié en globalisant, le cas échéant, les investissements financés en tout ou partie, dans le cadre des dispositions du I et II de l'article 217 *undecies* du CGI, à l'article 199 *undecies* B du CGI, aux f et g du 2 de l'article 199 *undecies* A du CGI, et à l'article 244 quater W du CGI ».

Il résulte de ce qui précède que le seuil d'agrément pour les secteurs « sensibles » semble continuer de s'apprécier hors taxe par programme d'investissements au niveau de l'exploitant. Il serait audacieux de considérer de façon certaine que l'arrêt du Conseil d'État précité règle aussi ce point, même si les conclusions du rapporteur public plaident qu'il est impossible, en défiscalisation externalisée, pour les

⁵⁸¹ CGI, art.217 *undecies*, III-3.

investisseurs de savoir si l'exploitant a déjà réalisé d'autres investissements par ailleurs⁵⁸², ce qui est tout aussi vrai pour les secteurs sensibles que pour les autres.

Il demeure donc une insécurité juridique quant à la personne au regard de laquelle s'apprécie le seuil d'agrément pour les investissements réalisés dans les secteurs sensibles.

V. *Les risques liés au crédit-vendeur*

Le véhicule fiscal achète le matériel à l'entreprise exploitante, qui lui consent un crédit-vendeur, pour les lui donner aussitôt en location. Les échéances de remboursement de ce crédit-vendeur se compenseront progressivement avec les loyers hors taxe dus par l'exploitant au bailleur au titre du contrat de location. Leurs montants étant égaux, il n'existe aucun flux financier y attaché.

Il résulte que cette pratique peut masquer des surfacturations pour maximiser la réduction d'impôt et les marges des divers intervenants, le bien acheté par l'exploitant étant revendu, dans ce cas, bien plus cher au bailleur⁵⁸³.

Mais aussi, initialement l'exploitant dispose d'une facture du bien à son nom qui peut lui donner une apparence trompeuse de propriétaire et l'amener à vendre une seconde fois le matériel à un tiers de bonne foi.

Par ailleurs, en termes de recouvrement, il reste la TVA sur loyers à encaisser. En cas d'impayé, il résulte un décalage de trésorerie qui oblige la société bailleresse à reverser une partie de TVA quand bien même elle n'a reçu aucune somme à ce titre. En effet, la location est une prestation de service, sauf option différente, soumise au

⁵⁸² Conclusions de M. Edouard CREPEY, *Revue de droit fiscal*, mars 2013, n°10, p. 57. « Requirir de l'investisseur un agrément au seul motif que l'un de ses locataires aurait par ailleurs pris à bail d'autres matériels semble en effet difficilement praticable : l'investisseur externe n'a aucune raison de disposer d'informations sur les éventuels autres fournisseurs du tiers exploitant, sauf dans le cas, qui est, il est vrai, celui de l'espèce, où derrière ces autres fournisseurs apparents figurent en réalité les mêmes associés. En dehors de cette hypothèse particulière, la mise en œuvre de la règle voulue par le ministre exigerait un mécanisme administratif lourd qui n'a pas été organisé ».

⁵⁸³ France Antilles, « Escroquerie à la défiscalisation : des bateaux chers payés », [en ligne], 2017, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.martinique.franceantilles.fr/actualite/faitsdivers/escroquerie-a-la-defiscalisation-des-bateaux-chers-payes-436662.php>.

régime de TVA sur encaissement et décaissement⁵⁸⁴. Ainsi, en admettant un loyer de 100 hors taxe, soit de 108,50 toutes taxes comprises (dont 8,5% de TVA), si sur les mois M et M+1, le locataire ne paye pas sa TVA, il n'en demeure pas moins que, par l'effet de la compensation de son loyer avec l'échéance du crédit-vendeur, en M il a payé 100 ainsi qu'en M+1. Il résulte pour le trésor public que la SNC a encaissé 200. Elle doit donc reverser $200 - (200/1,085) = 16$ (arrondi fiscal à l'euro le plus proche) alors qu'elle n'a constaté aucun flux financier entrant.

§ 3. *Les conséquences de la requalification*

Les conséquences de la requalification sont prévues par l'article 199 *undecies* B du CGI qui dispose que :

« Si, dans le délai de cinq ans de la mise à disposition du bien loué ou pendant sa durée normale d'utilisation si elle est inférieure, l'une des conditions visées au présent alinéa cesse d'être respectée, la réduction d'impôt pratiquée fait l'objet d'une reprise au titre de l'année au cours de laquelle cet événement se réalise. Lorsque l'entreprise locataire cesse son activité dans le délai mentionné à la troisième phrase, la reprise de la réduction d'impôt est limitée aux trois quarts du montant de cette réduction d'impôt ».

Ainsi, le texte ne prévoit pas de dégressivité de la reprise de la réduction d'impôt proportionnelle à la période de respect des conditions de la défiscalisation. Il concède uniquement un abattement forfaitaire d'un quart de la reprise en cas de cessation de l'activité de l'entreprise locataire.

Section 2. Les principales difficultés pour les entreprises exploitantes

Pour l'entreprise exploitante, le principal risque qu'elle supporte est relatif à son exploitation. En effet, elle peut se montrer défailante au cours de la période d'utilisation normale de l'investissement et encourir le paiement de sommes significatives en conséquence de cette défaillance.

⁵⁸⁴ BOI-TVA-BASE 20-20-20181107 §30.

En cas de déclarations mensongères sur les points lui permettant de bénéficier d'une rétrocession de la réduction d'impôts, l'entreprise exploitante risque également diverses sanctions.

Ainsi, ses risques reposent principalement, dans le premier cas, sur un défaut d'exploitation durant la période de portage des investisseurs qui lui occasionnera d'éventuelles indemnités contractuelles vis-à-vis du véhicule fiscal et/ou de ses associés, ou après cette période avec des amendes prévues par le CGI (§1). Dans le deuxième cas, le risque repose sur un comportement anormal et répréhensible de l'entreprise consistant en de fausses déclarations encourageant l'application de diverses sanctions prévues par le CGI et/ou le droit commun (§2).

§ 1. Les risques liés au défaut d'exploitation

L'entreprise exploitante peut être défaillante au cours de la période d'utilisation normale de l'investissement, c'est-à-dire ne plus être en capacité de payer ses loyers ou bien encore de poursuivre son activité. Cette période d'utilisation normale de l'investissement peut se découper en deux périodes distinctes : la période de portage des parts sociales du véhicule fiscal par les investisseurs (A.), puis une période supplémentaire allant au-delà de ladite période de portage (B.).

A. Pendant la période de portage des investisseurs

La période de portage des titres sociaux du véhicule fiscal par les investisseurs est de cinq ans ou moins, si la durée normale d'utilisation de l'investissement est inférieure.

En cas de défaillance et de résiliation anticipée de son contrat de location, l'entreprise exploitante encourt des indemnités de résiliation très conséquentes. En effet, dans le cas d'une résiliation anticipée du contrat pour quelque motif que ce soit, les cabinets monteur en défiscalisation prévoit une indemnité de résiliation permettant de solder tous les encours de la SNC afin d'éviter d'avoir à solliciter les associés de cette dernière en trésorerie (de limiter la participation financière de ceux-ci « au seul

apport qu'ils effectuent lors de l'entrée dans l'opération⁵⁸⁵ ») et de les dédommager de la reprise d'impôt qui en résultera.

Il résulte que cette indemnité peut être particulièrement élevée afin de dissuader l'entreprise exploitante d'une telle résiliation. Elle peut être constituée d'un montant destiné à solder l'encours bancaire ou le crédit-vendeur au jour de la résiliation, d'un autre destiné à se compenser avec le dépôt de garantie versé à l'origine par le locataire, mais aussi d'un montant destiné à compenser la réintégration fiscale qu'auront à supporter les associés⁵⁸⁶. L'entreprise exploitante peut être dispensée de ce dernier montant dans le cas où le bien est reloué dans les termes prévus par l'article 199 *undecies* B du CGI⁵⁸⁷, les associés n'ayant pas à craindre la reprise de leur réduction d'impôt dans ce cas⁵⁸⁸.

B. Après la période de portage des investisseurs

Pour certains investissements dont la durée normale d'utilisation est supérieure ou égale à sept ans, si au terme de cinq ans les associés/investisseurs ont bien rempli leur obligation de conservation de leurs droits sociaux, l'entreprise exploitante, quant à elle, doit s'engager, sur une période minimum supplémentaire, de deux ans ou dix ans, consécutive à ces cinq ans, à conserver et à maintenir dans leur affectation initiale les investissements qu'elle a loués et va acquérir⁵⁸⁹.

A défaut de respect de cet engagement, sauf cas particuliers, elle devra supporter une amende égale à 60 % du montant de la rétrocession de l'avantage fiscal qu'elle a

⁵⁸⁵ Ecofip, « Le Principe », [en ligne], s.d., [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://cgp.ecofip.com/wp-content/uploads/sites/2/2015/01/ECOFIP-Note-dinformation-2015-sur-les-investissements-industriels-Outre-mer.pdf>.

⁵⁸⁶ CA Paris, pôle 5, 6^{ème} chambre, 19 juin 2014, n°13/07335.

⁵⁸⁷ CGI, art. 199 *undecies* B al. 26 : « Il n'est pas procédé à la reprise mentionnée à la troisième phrase lorsque, en cas de défaillance de l'entreprise locataire, les biens ayant ouvert droit à la réduction d'impôt sont donnés en location à une nouvelle entreprise qui s'engage à les maintenir dans l'activité pour laquelle ils ont été acquis ou créés pendant la fraction du délai de cinq ans restant à courir dans les conditions prévues au présent alinéa ».

⁵⁸⁸ CA Paris, pôle 5, 6^{ème} chambre, 19 juin 2014, n°13/07335.

⁵⁸⁹ CGI, art. 199 *undecies* B al. 33 : « Pour les investissements dont la durée normale d'utilisation est égale ou supérieure à sept ans, et qui sont loués dans les conditions prévues au vingt-sixième alinéa, la réduction d'impôt prévue est applicable lorsque l'entreprise locataire prend l'engagement d'utiliser effectivement pendant sept ans au moins ces investissements dans le cadre de l'activité pour laquelle ils ont été acquis ou créés. Cet engagement est porté à quinze ans pour les investissements consistant en la construction, la rénovation ou la réhabilitation d'hôtels, de résidences de tourisme ou de villages de vacances ».

obtenue en application de l'article 199 *undecies* B du CGI. Cette amende est calculée de façon dégressive et proportionnellement à la durée de non-respect de l'engagement⁵⁹⁰.

Il résulte de ce qui précède que lorsque l'entreprise exploitante envisage un investissement, il convient qu'elle analyse le dimensionnement de ce dernier, qu'il ne soit pas par exemple au-dessus de ses capacités de production générant ainsi un coût trop élevé, déconnecté des produits qui en sont attendus au risque d'obérer la situation de l'entreprise, et ce d'autant plus qu'en cas de remise en question de son contrat de location viendraient s'ajouter des charges conséquentes liées aux indemnités de résiliation.

§ 2. Les sanctions liées aux fausses déclarations

La loi n°2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer a créé l'article 1756 *quater* du CGI. Cet article visait à accompagner les modifications apportées à l'article 199 *undecies* B du CGI par la même loi en prévoyant des sanctions fiscales, outre les sanctions de droit commun, applicables à toute personne ayant fourni de fausses informations dans le but d'obtenir pour autrui l'avantage fiscal prévu par l'article 199 *undecies* B du CGI, notamment, mais aussi à celle qui aurait provoqué, par ses agissements ou dissimulations, la remise en cause dudit avantage. Ainsi, toute entreprise exploitante qui aurait fourni de fausses informations ayant permis d'obtenir indument un avantage fiscal pour les investisseurs ou dont les agissements auraient provoqué la reprise de cet avantage encourrait une amende fiscale d'un montant équivalent à ce dernier.

Cet article 1756 *quater* a été abrogé au 1^{er} janvier 2006 et remplacé par l'article 1740A du CGI. Celui-ci est plus général puisqu'il énonce que le fait de délivrer de façon intentionnelle des certificats, états, factures ou attestations permettant à un contribuable d'obtenir de façon induite « une déduction du revenu ou du bénéfice

⁵⁹⁰ CGI, art. 1740-00A.

imposables, un crédit d'impôt ou une réduction d'impôt⁵⁹¹ » donne lieu à une amende d'un montant égal à la réduction ou au crédit d'impôt. Les entreprises exploitantes encourent, outre cette sanction, celle de droit commun, notamment, en cas d'établissement et/ou d'usage de fausses attestations⁵⁹².

Section 3. Les principales difficultés pour l'économie domienne

Le système de défiscalisation connaît une constante évolution depuis sa mise en place visant à une adaptation optimale afin de pallier aux handicaps structurels des régions d'outre-mer. Ces évolutions devraient être normalement le résultat d'une analyse de l'économie en temps réel qui doit amener à un ciblage, notamment des tailles d'entreprises et des activités visées par ce dispositif. Mais force est de constater que :

« cette transformation progressive s'est déroulée en fonction du contexte économique, social, mais aussi politique, et des enjeux constatés dans les territoires d'outre-mer et en France hexagonale, des prises de positions des différents gouvernements et surtout des nombreuses critiques émises à l'encontre du régime⁵⁹³ ».

Les limites de la défiscalisation ont été abordées au fur et à mesure du temps par divers rapports notables avant la loi dite « Girardin industriel » (§1.) et après (§2.).

§1. Les rapports notables avant la loi Girardin Industriel

Deux rapports importants ont été effectués sur la défiscalisation outre-mer avant la loi Girard Industriel : ceux de M. Didier Migaud (A.) et de M. Roland Du Luart (B.).

A. Le rapport de M. Didier Migaud de 1998

Un premier rapport notable d'un groupe de travail ministériel a été effectué en 1998⁵⁹⁴. A la lecture de ce rapport, il apparaît qu'il est basé sur des données ayant

⁵⁹¹ CGI, art. 1740 A.

⁵⁹² Code pénal, art. 441-7.

⁵⁹³ M. Louis LENGRAND et associés. *Evaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer*. Rapport intermédiaire. Etat des lieux, avril 2017, p29.

⁵⁹⁴ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1060 sur les incitations fiscales à l'investissement Outre-mer, présenté par M. Didier MIGAUD, op.cit.*

déjà plus de quatre ans au moment de l'intervention du rapporteur général M. Didier Migaud (données statistiques fréquemment basées sur 1992 et 1993). Le rapport ne manque pas de préciser à ce sujet, dès son préambule, que les données statistiques sont « lacunaires et d'exploitation délicate » dans les DOM et encore plus dans les TOM⁵⁹⁵.

Ce rapport fait l'analyse d'autres rapports antérieurs, notamment celui commandé par les milieux économiques, rapport du cabinet Arthur Andersen International⁵⁹⁶, en indiquant que celui-ci faisait déjà état de difficultés statistiques rendant « difficile l'analyse de l'impact économique de la défiscalisation » et de « l'absence de bases statistiques exhaustives à la direction générale des impôts⁵⁹⁷ ».

Ceci étant, le rapport du groupe de travail ministériel note que la défiscalisation avait des « effets positifs mais inégaux⁵⁹⁸ » sur l'activité outre-mer. Parmi les effets positifs sont mentionnés, notamment, le développement du tourisme, la modernisation des principaux secteurs d'activités et l'abaissement du seuil de rentabilité des entreprises.

Cependant, il ajoute que le cumul des aides, dont la défiscalisation, masque une réalité économique différente, car il peut amener à viabiliser une activité, qui ne serait vraisemblablement pas rentable sans lesdites aides, entraînant ainsi une atténuation de l'effet positif effectif. Le rapport va même plus loin, en indiquant qu'à l'extrême, la défiscalisation peut financer des investissements non rentables et que cela avait pu amener des entreprises domiennes à prendre des décisions inadéquates d'investissement.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p.9.

⁵⁹⁶ Rapport réalisé en octobre 1996 pour le compte de la FEDOM.

⁵⁹⁷ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1060 sur les incitations fiscales à l'investissement Outre-mer, présenté par M. Didier MIGAUD, op.cit.*, p.80.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, pp.124 et 125.

B. Le rapport de M. Roland Du Luart de 2002

Dès le 7 novembre 2002, M. Roland du Luart établissait un rapport dans lequel il indiquait que le système de défiscalisation était « un instrument jugé nécessaire mais insuffisant⁵⁹⁹ ». Il relevait ainsi que si le dispositif ne permettait pas le développement de l'outre-mer comme attendu, il permettait, *a minima*, d'« éviter une dégradation de la compétitivité de ces économies⁶⁰⁰ ».

Cependant, de l'aveu même de l'auteur, il lui était difficile d'étayer cette analyse de spécialistes des économies ultramarines tant l'information économique et sociale était « pauvre », et, en outre, les services de l'état n'ayant jamais demandé d'étude d'impact de la défiscalisation. Il expliquait cette pauvreté, notamment, d'une part, par le manque de fiabilité du peu d'informations existantes du fait que les entreprises locales prenaient des « libertés avec leurs obligations déclaratives en matière fiscale⁶⁰¹ » et, d'autre part, par l'impossibilité d'isoler les impacts de la défiscalisation d'autres dispositifs d'aide. Il concluait qu'il convenait d'améliorer l'information sur la défiscalisation tant dans son évaluation que dans son contrôle.

§2. Les rapports notables après la loi Girardin Industriel

Des rapports importants ont également été effectués après l'entrée en vigueur de la Girardin Industriel tels que ceux de MM. Jean-Claude Fruteau et Patrick Ollier (A.), de MM. Éric Doligé et Serge Larcher (B.) et de M. Louis Lengrand et associés (C.).

A. Le rapport de MM. Jean-Claude Fruteau et Patrick Ollier de 2012

Le rapport de MM. Jean-Claude Fruteau et Patrick Ollier a rappelé les limites et risques mis en avant par la cour des comptes dans son rapport public annuel de

⁵⁹⁹ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit.*, p. 15.

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*, p.16.

2012, notamment : une rentabilité excessive pour les contribuables sans adéquation avec le risque pris par ces derniers, une absence de maîtrise de la dépense fiscale, des problèmes de fraude et notamment de surfacturation, l'excès d'investissement dans certains secteurs, comme le transport, et un manque de visibilité sur l'impact du dispositif pour les mêmes raisons que celles évoquées par le rapport de 2002 précité de M. Roland du Luart⁶⁰².

B. Le rapport de MM. Éric Doligé et Serge Larcher

Après avoir noté l'existence de « friches hôtelières », de « projets industriels fantômes », et globalement, de diverses dérives, ainsi que des assauts répétés de la Cour des comptes et de l'Inspection générale des finances visant à « supprimer les défiscalisation Girardin⁶⁰³ », la commission des affaires économiques du Sénat et la délégation sénatoriale de l'outre-mer ont résolu d'évaluer l'impact de la défiscalisation sur les économies ultramarines.

Le rapport qui en est résulté constatait que le dispositif permettait d'orienter l'épargne de la métropole vers les investissements indispensables aux régions d'outre-mer, un meilleur accès au crédit bancaire, une compensation des surcoûts structurels, en tout état de cause, était avant tout « l'oxygène indispensable au tissu économique⁶⁰⁴ ».

C. Le rapport de M. Louis Lengrand et associés de 2017

Un rapport sur l'évaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer a été effectué en 2017, il indique que « le régime est aujourd'hui

⁶⁰² ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1024 sur la fiscalisation des investissements outre-mer, présenté par MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER, op. cit., pp.36 et 37.*

⁶⁰³ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit., p.7.*

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p.9.

encore à la recherche d'un point d'équilibre et ballotté entre les différents intérêts des parties⁶⁰⁵ ».

Il est facile de comprendre que les risques inhérents à la défiscalisation restent importants malgré toutes les précautions qui peuvent être prises pour les éviter. Mais cela ne doit pas être considéré comme une fatalité, car certaines précisions ou modifications législatives permettraient de les atténuer, voire de les faire disparaître définitivement.

Chapitre 2. Les mesures à prendre pour pérenniser la défiscalisation externalisée

Les risques liés à la défiscalisation externalisée sont très diversifiés, ils résultent tout autant de l'outil juridique autorisé par l'article 199 *undecies* B du CGI, c'est-à-dire, notamment, de la forme juridique des véhicules fiscaux, que de vérifications du respect d'obligations mises à la charge des monteurs d'opérations et, en conséquence, des investisseurs, que des comportements de ces derniers et des entreprises exploitantes et encore, d'imprécision et/ou contradictions liées à la rédaction des textes législatifs et doctrinaux.

Les conséquences sont essentiellement supportées par le contribuable/investisseur.

Par ailleurs, l'impact de ce dispositif est limité, car les données ne sont pas maîtrisées, en l'absence d'un outil statistique performant. Il résulte des dispositions législatives qui ne sont pas adaptées de façon optimale, car elles répondent plus à une logique fiscale qu'économique du dispositif.

Il apparaît que des solutions existent dont la mise en œuvre ne nécessite pas nécessairement de grands bouleversements. Certaines viendront d'une adaptation, d'une mise à jour du texte législatif qui n'a pas été effectuée au fur et à mesure des aménagements de la loi, notamment relative à la forme juridique des véhicules

⁶⁰⁵ M. Louis LENGREND et associés. *Evaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer*. Rapport intermédiaire. Etat des lieux, avril 2017, p.45.

fiscaux (Section 1). D'autres pourront venir d'une rédaction plus lisible et moins sujette à interprétation ou encore d'une simplification de certains principes (Section 2).

Des voies d'amélioration des collectes de données ont été engagées, mais un travail sur leur organisation et leur pertinence reste à effectuer, celui-ci pourrait s'accompagner d'une mobilisation accrue des services régionaux et du ministère des outre-mer qui apporteraient également une analyse économique de proximité (Section 3).

Section 1. Les mesures relatives à la forme juridique du véhicule fiscal

L'article 199 *undecies* B du CGI dispose que les contribuables domiciliés en France, peuvent bénéficier d'une réduction d'impôt sur le revenu, en effectuant des apports à fonds perdus dans les départements ou collectivités d'outre-mer, *via*, notamment, leur souscription à des sociétés soumises au régime d'imposition prévu à l'article 8 du CGI, à l'exclusion des sociétés en participation. Globalement, la forme juridique la plus utilisée est la SNC. Elle présente divers inconvénients majeurs pour leurs associés (§1). La Société en Commandite Simple, qui n'a pas ces inconvénients pour tous ses associés, paraît plus adaptée et pourrait donc être une forme juridique autorisée pour le portage des opérations de défiscalisation (§2)

§ 1. Le rappel des inconvénients majeurs de la SNC

Comme cela a été vu, la SNC implique pour tous ses associés deux inconvénients majeurs : ils acquièrent, *de facto*, la qualité de commerçant avec toutes les obligations y attachées (A.), et ils sont indéfiniment et solidairement responsables de la société (B.).

A. La qualité de commerçant des associés

Le contribuable n'intervient en rien dans la vie de la SNC et encore moins dans celle de l'entreprise locataire. Il est un associé passif qui se contente, comme dans une SARL, de participer aux assemblées générales et, notamment, à celle annuelle

approuvant les comptes sociaux et donnant quitus à la gérance. Cela est d'ailleurs si vrai que les bénéfices ou déficits de la SNC de défiscalisation sont déclarés comme « non professionnels » au sens de l'article 156 du CGI⁶⁰⁶.

Pourtant, alors que la quasi-totalité des contribuables exercent à titre habituelle une profession qui n'a aucun lien avec la SNC, ils se retrouvent affiliés aux organismes sociaux des indépendants (notamment l'ancien RSI) avec des obligations déclaratives annuelles et certaine contribution forfaitaire à payer chaque année ce qui affecte la rentabilité de l'opération de défiscalisation et ainsi limite la démocratisation du dispositif qui n'a plus d'attrait pour les « petits » contribuables. En effet, le montant « forfaitaire » des contributions affecte plus, de façon mécanique, la rentabilité des petits contribuables⁶⁰⁷. Sans compter tous les dysfonctionnements pouvant naître d'une affiliation à un régime social supplémentaire⁶⁰⁸.

Cette qualité de commerçant ne se justifie donc absolument pas.

B. L'insécurité financière résultant de la responsabilité solidaire et indéfinie des associés

Pour réaliser les investissements, la SNC doit, outre les apports des associés/contribuables, obtenir des crédits auprès des organismes bancaires pour finaliser le plan de financement desdits investissements. Les loyers hors taxe de l'entreprise locataire sont prévus pour couvrir à 100% le montant des échéances de prêt, mais en cas de défaillance, l'emprunteur étant la SNC, c'est donc vers celle-ci que l'organisme financier se tourne pour le paiement et, à défaut de possibilité de régularisation, vers ses associés – c'est-à-dire les contribuables investisseurs.

Les entreprises qui louent les investissements doivent les assurer convenablement sur la durée locative de cinq ans. Il peut arriver qu'un sinistre survienne et que

⁶⁰⁶ CGI, art. 156 I. 1°. Les activités des associés « ne comportent pas la participation personnelle, continue et directe [...] à l'accomplissement des actes nécessaires à l'activité ».

⁶⁰⁷ Cf. l'exemple en Partie 2. Titre 1. Chapitre 1. Section 1. §1. A.

⁶⁰⁸ Réponse ministérielle du 12 mai 2016 à la question écrite n°21097 du 7 avril 2016 de M. Gilbert ROGER relative au dysfonctionnement du régime social des indépendants, JO du 12/05/2016, p. 2006.

l'assurance soit résiliée pour divers motifs, ou, bien encore, que l'assurance refuse la prise en charge du sinistre, le contrat ne prévoyant pas le cas concerné...

Certains cabinets monteurs d'opérations en défiscalisation vont vérifier que les contrats de prêts mentionnent une clause de non recours à l'égard de la SNC et de ses associés⁶⁰⁹, que les investissements sont bien assurés par l'entreprise locataire ou, mieux, prendre une assurance pour garantir une insuffisance ou une absence d'assurance des locataires⁶¹⁰.

Mais, le contribuable est donc dépendant des diligences et du sérieux du cabinet monteur qu'il a choisi, il n'est pas sécurisé par la forme juridique même de la société. Ainsi, non seulement, les contribuables ont un risque fiscal de requalification lié à des situations comme, par exemple, une entreprise locataire qui serait placée en liquidation judiciaire et dont l'investissement ne trouverait pas repreneur pour le louer pour la durée restante du contrat de location. Mais également, ils doivent supporter un risque financier lié à l'activité même du locataire (impayé, sinistre) sur laquelle ils n'ont aucune influence.

Si la reprise de la réduction d'impôt, outre les apports déjà effectués à fonds perdus auprès de la SNC, est un risque inhérent à l'opération de défiscalisation que les investisseurs associés doivent accepter, tous autres risques financiers qui amèneraient ces derniers à payer des sommes, en sus des reprises et apports précités, ne sont pas dans l'esprit du législateur⁶¹¹.

La Société en Commandite Simple (SCS) est une forme de société qui, si elle était admise au dispositif pour l'intégralité de ses associés, permettrait de pallier ces deux inconvénients majeurs.

⁶⁰⁹ « La transparence de l'opérateur [...] L'investisseur devra pouvoir consulter les clauses de non recours le protégeant en cas d'impayés du locataire » Inter Invest, « Quelles sont les précautions à prendre avant d'investir en Loi Girardin ? », [en ligne], 2019, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.inter-invest.fr/faq/precautions-avant-investir>.

⁶¹⁰ « Contrat d'assurance " chapeau " exclusifs [...] En cas d'accident d'un matériel exploitant non ou mal assuré », Ecofip, « L'investissement Girardin industriel garanti » [en ligne], 2019, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.ecofip.com/investissement-girardin-industriel-garanti/>.

⁶¹¹ Cf. Partie 2. Titre 1. Chapitre 2. Section 2. §1. B. III.

§ 2. La Société en Commandite Simple (SCS) comme réponse aux inconvénients majeures de la SNC

Dans la liste des sociétés soumises au régime d'imposition prévu à l'article 8 du CGI, la SCS est déjà mentionnée, mais uniquement pour la part de bénéfices revenant aux commandités.

Cette situation s'explique historiquement par le fait que les dispositifs de défiscalisation permettaient, jusqu'en 1998, la remontée du résultat du véhicule fiscal (société acquéreuse des investissements) et donc sa déductibilité du revenu global de ses associés⁶¹². Il résultait la nécessité que ledit véhicule adopte une forme juridique permettant une « transparence » fiscale. Or, pour le cas des SCS, cette dernière n'est possible que pour la part de bénéfices revenant aux associés commandités.

Depuis, la législation a évolué, en effet le résultat du véhicule fiscal qui est un déficit relevant de la catégorie des BIC non professionnels ne peut être imputé que sur d'autres BIC non professionnels⁶¹³. La liste de ces derniers est très limitée et donc l'imputation rarement utilisée. Il semble donc inutile d'opérer une distinction entre les différentes catégories d'associés de la SCS. En effet, la SCS présente deux catégories d'associés : les commandités et les commanditaires, qui ont des statuts juridiques différents (A.) et une fiscalité différenciée (B.). Une extension de l'éligibilité aux associés commanditaires de la SCS au dispositif peut être envisagée (C.).

A. Les statuts juridiques différents de ses associés

Les commandités, comme les associés de SNC, acquièrent la qualité de commerçant et sont responsables indéfiniment et solidairement de la société. Il s'agit d'associés actifs exerçant leur activité professionnelle au sein de la société.

⁶¹² Loi n° 97-1269 du 30 décembre 1997 de finances pour 1998 - L'article 72 de la loi de finances pour 1996 a pratiqué une distinction entre BIC professionnels, avec possibilité d'imputation du déficit sur le revenu global et BIC non professionnels, avec possibilité d'imputation du déficit mais uniquement sur des bénéfices de même nature. Cette disposition prévoyait une exception en faveur des investissements outre-mer. La loi de finances pour 1998 a supprimé cette exception.

⁶¹³ CGI, art. 156, I. 1° bis.

A l'inverse, les commanditaires n'acquièrent pas la qualité de commerçant et leur responsabilité se limite aux apports qu'ils effectuent au capital social de la société. Il s'agit d'associés passifs agissant en tant que simples apporteurs de capitaux.

Cette dichotomie de statut juridique entre commandités et commanditaires est donc en parfaite adéquation avec le dispositif de défiscalisation précité.

D'un côté, une part sociale de commandité serait attribuée à l'entreprise locataire qui exploite ou bien au cabinet monteur qui suit les dossiers (ce qui irait dans le sens d'une responsabilisation accrue de ces derniers souhaitée par le législateur qui a, par exemple, mis en place une charte de déontologie) et d'un autre, les contribuables ne seraient titulaires de droits sociaux qu'en tant que commanditaires et auraient à supporter uniquement le risque de requalification.

B. La fiscalité différenciée de ses associés

Il existe également une fiscalité différenciée entre les commandités et les commanditaires⁶¹⁴. Les premiers sont passibles de l'impôt sur le revenu pour la part des bénéfices proportionnelle à leurs droits sociaux. Pour les seconds, ces mêmes bénéfices sont tout d'abord passibles de l'impôt sur les sociétés, puis ils peuvent recevoir des dividendes qui sont soumis à l'impôt sur le revenu. Cela ne devrait, *a priori*, pas présenter de difficulté.

C. Les modifications législatives simples pour son éligibilité

Il n'y aurait que peu de modifications législatives à entreprendre pour que la SCS soit admise pour l'ensemble de ses associés. Il faudrait qu'elle soit expressément désignée dans l'article 199 *undecies* B du CGI, en ce compris les commanditaires, comme structure juridique pouvant être utilisée pour les investissements de plein droit. Il n'y aurait pas nécessité de toucher au statut fiscal desdits commanditaires. En effet, il convient de noter que, par exemple, les associés de Société par Action Simplifiées

⁶¹⁴ BOI-IS-CHAMP-10-40-20120912 A §60 et §70.

(SAS), utilisée pour les investissements soumis à agrément préalable⁶¹⁵, ont la même fiscalité que les commanditaires.

Il résulte que l'ouverture du bénéfice du dispositif de défiscalisation aux associés commanditaires des SCS permettrait aux investisseurs d'éviter un statut de commerçant qui n'est pas en adéquation avec leur rôle dans le véhicule fiscal et limiterait par leur statut même de commanditaires leur responsabilité aux apports qu'ils auront effectués⁶¹⁶.

Section 2. Les mesures relatives aux dispositions législatives

De nombreux risques de reprise de l'avantage fiscal résident dans une imprécision des textes qui amène à des jurisprudences et doctrines fiscales contradictoires. Certaines mentions sont très générales et laissent donc la possibilité d'y intégrer de nombreuses notions.

Concernant toutes les obligations permettant l'obtention de l'avantage fiscal, il y a les obligations mises à la charge de l'entreprise exploitante, notamment, les obligations fiscales dont le périmètre est incertain et les obligations contestables de dépôts des comptes (§1).

Sur divers points le législateur a tenté des précisions avec parfois un résultat apportant plus de confusion que de clarté résultant d'une doctrine fiscale qui n'évolue pas en temps réel avec les textes législatifs. Un décalage entre les textes législatifs et les instructions fiscales qui sont sensées leur apporter des précisions représente également un risque patent pour l'investisseur. Une meilleure coordination ou circulation de l'information pourrait y remédier (§2).

⁶¹⁵ CGI, art. 199 undecies B al. 27 : « La réduction d'impôt prévue au présent I s'applique, dans les conditions prévues au vingt-sixième alinéa, aux investissements réalisés, par une société soumise de plein droit à l'impôt sur les sociétés dont les actions sont détenues intégralement et directement par des contribuables, personnes physiques, domiciliés en France au sens de l'article 4 B ».

⁶¹⁶ Aurore PACOTTE. « La Société en commandite simple (SCS) : une forme de société méconnue et pourtant qui serait mieux adaptée à la défiscalisation outremer », *Les Affiches parisiennes*, 2 octobre 2018.

La complexité de certaines notions, telles que le calcul du taux de rétrocession de l'avantage fiscal et la notion de seuils d'agrément, sont porteuses de risque et nécessitent une simplification (§3).

La défaillance des entreprises ou le sinistre de l'investissement sont des risques majeurs, les mentions y relatives qui prévoient les cas pour y remédier et maintenir l'avantage fiscal sont insuffisamment précises et n'atteignent pas, *in fine*, leur objectif de limitation desdits risques. Il résulte que l'ajout de simples précisions solutionnerait cette problématique pour le cas des entreprises défaillantes, mais aussi pour le cas du sinistre de l'investissement (§4).

Toutes les conséquences des situations résultant de ce qui précède sont essentiellement supportés par l'investisseur. Si un risque est inhérent à la défiscalisation et doit être accepté comme tel par ce dernier, une proportionnalité des conséquences est nécessaire et se justifie pour maintenir attractif ce dispositif (§5).

§ 1. Les obligations fiscales et de dépôts de comptes à redéfinir

Parmi les obligations de l'entreprise exploitante figure celle d'être à jour de ses obligations fiscales. Si les termes relatifs à ces dernières en eux-mêmes ne sont pas empreints de complexité, le périmètre qu'ils recouvrent est moins clair (A.).

L'obligations de dépôts des comptes sociaux est également mentionnée, il apparaît qu'outre le périmètre incertain, le dispositif et la jurisprudence tendent à transférer vers le contribuable/investisseur un rôle légalement dévolu à des institutions judiciaires qui ont un pouvoir de contrôle et coercitif que lui-même n'a pas. De ce fait, cette obligation ne semble pas être justifiée (B.).

A. Le périmètre à délimiter pour les obligations fiscales

Lorsqu'il est question d'« obligations fiscales » qui doivent être respectées, que comprennent précisément ces termes ? Si, d'emblée, il est possible de comprendre qu'il s'agit autant des obligations déclaratives que de paiement, il reste à définir le périmètre de ces obligations.

Sans plus de précision, la notion « fiscale » est très large, il peut s'agir de l'impôt sur les sociétés ou les revenus, de la TVA, de diverses autres taxes (contribution foncière des entreprises, taxe sur les véhicules de société, etc.). Compte tenu des nombreuses obligations préalables à une opération de défiscalisation et des vérifications qui en découlent à effectuer, des divers régimes fiscaux existants, des situations d'entreprises différentes (avec ou sans employés, etc.), il résulte objectivement, pour un cabinet monteur en opération de défiscalisation, une impossibilité de connaître aisément la liste exhaustive des obligations de chacune des entreprises domiennes pour lesquelles un investissement défiscalisant doit être réalisé. Il conviendrait donc de rationaliser ses interventions en précisant le périmètre des obligations fiscales.

Il n'est pas besoin pour ce faire de créer de nouveaux textes, il existe déjà pour les marchés publics des précisions quant aux obligations fiscales des entreprises qui souhaitent contracter avec les services de l'Etat et aux documents qu'elles doivent fournir pour justifier en être à jour. Il ne paraît pas incohérente de ne pas exiger plus d'obligations fiscales d'une entreprise qui souhaite réaliser un investissement défiscalisant que d'une entreprise souhaitant signer un contrat avec les services publics. Dans les deux cas, cela relève d'une disposition relative à l'argent public.

Ainsi, dans le corps de l'article 199 *undecies* B du CGI, une simple référence aux dispositions relatives aux marchés publics et à l'attestation de régularité fiscale y attachée, comme périmètre aux dites obligations fiscales, serait suffisante. Cela renverrait aux « dispositions Juridiques Communes - Attestation de régularité fiscale⁶¹⁷ » qui précise que l'attestation de régularité fiscale n°3666-SD suffit pour justifier de la régularité de la situation fiscale d'une entreprise à la date de sa demande et que

« seules les obligations fiscales afférentes à la TVA, l'IS et l'IR/PS sont ainsi visées. L'attestation ne porte en aucun cas sur les obligations déclaratives et de paiement relatives à la contribution économique territoriale (CET). Dès lors, l'attestation délivrée par les services fiscaux ne comporte aucune mention relative aux obligations

⁶¹⁷ BOI-DJC-ARF-20161207.

fiscales en matière de cotisation foncière des entreprises (CFE) et/ou de cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) et/ou de taxe sur les salaires (TS) ⁶¹⁸».

Ainsi, la défiscalisation reposerait sur une obligation de régularité fiscale commune à tous les cas où elle est exigée et suffisamment précise pour éviter tous risques d'interprétation.

B. La possible suppression de l'obligation de dépôts de comptes sociaux

L'obligation de dépôt des comptes sociaux de l'entreprise exploitante, qui y est légalement soumise, est un préalable à la réalisation des investissements défiscalisant. Le périmètre de cette obligation n'est pas clairement défini. (I.) Son contrôle est transféré de façon indirecte et injustifiée sur les investisseurs (II.). En outre, cette obligation a été contestée pour plusieurs motifs (III.).

I. Le périmètre insuffisamment défini de cette obligation

L'article 199 *undecies* B alinéa 26 du CGI se contente d'indiquer que :

« L'octroi de la réduction d'impôt [...] est subordonné au respect par les entreprises réalisant l'investissement et, le cas échéant, les entreprises exploitantes [...] de l'obligation de dépôt de leurs comptes annuels selon les modalités prévues aux articles L.232-21 à L.232-23 du code de commerce à la date de réalisation de l'investissement ».

Il n'apporte pas la précision des périodes qui doivent être couvertes par cette obligation pour bénéficier du dispositif. Cette problématique a été clairement évoquée dans un amendement (qui a été rejeté) ainsi :

« Dans un souci d'homogénéité et de précision, la modification proposée subordonne l'aide fiscale au dépôt des comptes annuels à la date de mise en service tout en

⁶¹⁸ BOI-DJC-ARF-20161207 §90.

précisant qu'il s'agit des derniers comptes annuels en date, puisque la rédaction actuelle ne précise pas quels sont les comptes qui doivent être déposés au RCS⁶¹⁹ ».

Il résulte une insécurité pour l'investisseur qui pourrait être réglée par une simple précision.

Une certaine logique voudrait que seul le dernier exercice social de l'entreprise exploitante soit concerné. En effet, ce contrôle de régularité relève légalement d'autres acteurs qui sont censés avoir mené toutes actions nécessaires en ce sens, le cas échéant.

II. Le transfert de contrôle injustifié de cette obligation

Si effectivement le code de commerce a prévu ces obligations et les organes en ayant la charge (I.), il a également prévu un arsenal législatif afin de faire respecter ces dernières. En effet, non seulement des sanctions civiles sont possibles (II.), mais également des sanctions pénales (III.).

a. Les organes de contrôle compétents légalement

Il existe trois acteurs désignés par le code de commerce pour connaître des défauts de dépôts des comptes sociaux des sociétés qui y sont soumises⁶²⁰. Le greffe du tribunal vérifie si le dépôt des comptes sociaux a été effectué. S'il constate le défaut de celui-ci, il peut adresser une mise en demeure de déposer ses comptes à la société qui n'y a pas procédé dans les délais légaux. A défaut de régularisation de la société contrevenante, il a ensuite un rôle d'information auprès du président du tribunal ainsi qu'auprès du représentant de l'Etat dans le département.

b. Les sanctions civiles

Par suite de l'information qu'il a reçue, le président du tribunal de commerce peut, de sa propre initiative ou sur demande de tout tiers intéressé ou bien encore du ministère public, enjoindre sous astreinte, qui peut atteindre 2% du chiffre d'affaires

⁶¹⁹ ASSEMBLEE NATIONALE. *Projet de loi de finances pour 2019, n°1255. Amendement n°II-2351.*

⁶²⁰ *Code de commerce*, art. L232-24.

journalier⁶²¹, au dirigeant de la société défaillante de procéder au dépôt des comptes de celle-ci au registre du Commerce et des Sociétés⁶²², dans le mois suivant la notification d'une ordonnance qu'il aura rendue en ce sens⁶²³. L'injonction de dépôt des comptes annuels au greffe est susceptible de concerner les cinq derniers exercices⁶²⁴.

Il peut également convoquer le dirigeant de la société à un entretien et se faire communiquer tous documents par divers organismes pour connaître la « situation économique et financière du débiteur⁶²⁵ ».

Toute personne qui aurait un intérêt peut donc également saisir la justice afin de mettre en cause la responsabilité de la société et/ou son dirigeant afin d'obtenir des dommages et intérêts, le cas échéant.

c. Les sanctions pénales

Le défaut de satisfaire aux obligations de dépôt des comptes annuels au greffe est puni d'une amende de 1.500€ et de 3.000€ en cas de récidive⁶²⁶. Le délai de prescription de l'infraction pénale est d'un an à compter de la date à laquelle les comptes auraient dû être déposés au plus tard.

Il résulte qu'en imposant une condition de dépôts des comptes sociaux préalables à un investissement défiscalisant, le législateur fait basculer le contrôle et la régularisation de cette obligation légale d'une administration judiciaire vers les cabinets monteurs et les investisseurs contribuables, alors que la première est dotée de texte de loi lui permettant d'intervenir efficacement. Il est patent que le nombre de société ne déposant pas leurs comptes est très significatif (42% en 2013) et ladite administration

⁶²¹ Code de commerce, art. L123-5-2.

⁶²² Code de commerce, art. L123-5-1.

⁶²³ Code de commerce, art. R611-13.

⁶²⁴ ANSA. Communication du comité juridique n° 18-004 du 7 février 2018 BRDA 8/18 Inf. 2.

⁶²⁵ Code de commerce, art. L611-2 – II.

⁶²⁶ Code de commerce, art. R247-3.

judiciaire ne mène que très rarement des actions auprès des contrevenants⁶²⁷, finalement c'est son insuffisance que le législateur tente de pallier.

III. Les arguments de contestation de cette obligation

Divers arguments ont été mis en avant pour contester le bien-fondé de cette obligation de dépôt de comptes.

Tout d'abord, le fait que certaines entreprises soient obligées de déposer leurs comptes et pas d'autres a été combattu au motif que cela plaçait les entreprises dans une situation contrevenant au principe essentiel d'égalité devant la loi. Cet argument a été rejeté par une décision du Conseil d'Etat qui a estimé que, ces dispositions résultant du code de commerce, elles se justifiaient par une « différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi⁶²⁸ ».

Puis, la contestation a été placée également sur le point de la date de réalisation de l'investissement à laquelle l'entreprise locataire doit être à jour, soutenant que le contribuable pouvait ne pas pouvoir avoir cette information en temps voulu. Dans la même décision que celle précitée, le Conseil d'Etat a considéré qu'il s'agissait d'un risque inhérent à la défiscalisation et qui ne pouvait remettre en question l'objectif du législateur visant à « renforcer la transparence des opérations de défiscalisation » en se basant sur une norme établie par le code de commerce, qui constitue un « critère objectif et rationnel ».

Comme cela a été vu précédemment, la tentative d'amendement du 12 novembre 2018 précitée⁶²⁹, mettant en avant ces mêmes arguments, demandait que cette obligation de dépôt des comptes soit cantonnée au dernier exercice social, elle a été rejetée.

⁶²⁷ SENAT. Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale. *Avis n°170 sur le projet de loi de finances pour 2016 adopté par l'Assemblée nationale, présenté par M. André REICHARDT*, 19 novembre 2015, p.23, qui précise que le taux de 42% « demeure stable au fil des années » et prend l'exemple du président du tribunal de commerce de Grenoble qui a mis en place une politique active de relance en cas de non-dépôt des comptes et atteint ainsi un taux de dépôt des comptes de 92%.

⁶²⁸ CE 3/8 ch.-r, 12-10-2018, n°422427, inédit au recueil Lebon.

⁶²⁹ ASSEMBLEE NATIONALE. *Projet de loi de finances pour 2019 n°1255. Amendement n°II-2351.*

En outre, le but du dépôt des comptes est d' « assurer la confiance dans les relations commerciales, permettant de connaître la consistance économique et financière d'un éventuel partenaire commercial, client ou fournisseur⁶³⁰ », or l'ordonnance n° 2014-86 du 30 janvier 2014 allégeant les obligations comptables des microentreprises⁶³¹, et petites entreprises⁶³², permet aux sociétés qui correspondent à la définition des microentreprises de « déclarer que les comptes annuels qu'elles déposent ne seront pas rendus publics » et à celles qui répondent à la définition des petites entreprises de « demander que le compte de résultat ne soit pas rendu public⁶³³ ». Cette possibilité atténuée de façon importante la portée de l'argument du Conseil d'Etat dans son arrêt précité mettant en avant le renforcement de « la transparence des opérations de défiscalisation ».

Enfin, il résulte une différence de traitement entre des entreprises qui sont soumises au même champ d'application des dispositions du code de commerce, celles qui souhaitent bénéficier de la défiscalisation devant nécessairement régulariser leur situation, voir même une forme de concurrence déloyale, puisque cette différence de traitement amène ces dernières à exposer leurs comptes sociaux renseignant ainsi de potentiels concurrents sur leur santé financière alors même que ces derniers ne communiquent rien sur la leur.

Cette condition de dépôt des comptes sociaux n'a donc aucun fondement sérieux, ou, en tout état de cause, justifiant l'insécurité juridique qu'elle génère au niveau de l'investisseur/contribuable.

⁶³⁰ SENAT. Avis n°170 sur le projet de loi de finances pour 2016 adopté par l'Assemblée nationale, présenté par M. André REICHARDT, op. cit., p.22.

⁶³¹ Code de commerce, art. L. 123-16-1 et D. 123-200. Il s'agit d'entreprises qui ne dépassent pas à la clôture de l'exercice précédent deux des trois seuils suivants : 350.000€ de total de bilan, 700.000€ de montant net du chiffre d'affaires et 10 salariés.

⁶³² Code de commerce, art. L.123-16 et D. 123-200. Il s'agit d'entreprises qui ne dépassent pas à la clôture de l'exercice précédent deux des trois seuils suivants : 4.000.000€ de total de bilan, 8.000.000€ de montant net du chiffre d'affaires et 50 salariés.

⁶³³ Code de commerce, art. L. 232-25.

§ 2. *La clarification des textes via une doctrine fiscale plus réactive*

La doctrine fiscale n'est pas toujours une source de clarification du texte législatif. Comme cela a été évoqué en première partie⁶³⁴, alors que la doctrine avait apporté des précisions sur la notion de véhicules de société notamment quant aux véhicules utilitaires à usage multiple (transport de voyageurs et marchandises) de la catégorie N1 pour savoir ceux qui étaient éligibles ou non au dispositif de défiscalisation, le premier alinéa du I de l'article 1010 du CGI a été complété de nouveaux véhicules relevant de la définition des véhicules de tourisme et donc non éligibles à la défiscalisation⁶³⁵, depuis le 1^{er} janvier 2019 ainsi qu'il suit :

« et les véhicules comprenant au moins cinq places assises et dont le code de carrosserie européen est camions pick-up, sauf ceux mentionnés au e du 6° du IV de l'article 206 de l'annexe II au présent code, lorsqu'ils répondent à un impératif de sécurité pour les salariés ».

Le code carrosserie européen « camion pick-up » auquel il renvoie définit tout véhicule appartenant à cette catégorie ainsi :

« un véhicule dont la masse maximale n'excède pas 3.500 kg et dans lequel les places assises et la zone de cargaison ne se trouvent pas dans un compartiment unique⁶³⁶ ».

Or, le BOI-TFP-TVS-10-20 §40 dans une nouvelle version en vigueur au 02 janvier 2019 ne modifie en rien les termes du BOI-TFP-TVS-10-20 §40 du 7 octobre 2015⁶³⁷ qui est donc en total contradiction avec cette nouvelle disposition. Ainsi le contribuable/investisseur se trouve de nouveau dans une incertitude.

⁶³⁴ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 2. Section 2. §1. B. II.

⁶³⁵ CGI, art.199 *undecies* B. Sauf à être strictement indispensable à l'activité de l'entreprise exploitante.

⁶³⁶ Règlement (UE) n°678/2011 de la Commission, 14 juillet 2011, remplaçant l'annexe II et modifiant les annexes IV, IX et XI de la directive 2007/46/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la réception des véhicules à moteur, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités techniques destinés à ces véhicules, p.48.

⁶³⁷ BOI-TFP-TVS-10-20-20151007 §40 : « si les véhicules concernés sont équipés d'une plateforme arrière ne transportant pas les voyageurs et les marchandises dans un compartiment unique (tel un véhicule de type 4 x 4 pick-up, à cabine simple ou à double cabine) ils ne répondent pas à cette définition de véhicules à usages multiples au sens de la directive 2007/46/CE du 5 octobre 2007 et sont alors exclus du champ d'application de la TVS. À défaut, c'est-à-dire si les véhicules transportent les voyageurs et les marchandises dans un compartiment unique, ils constituent bien des véhicules de tourisme taxables à la TVS ».

La modification d'un texte de loi, dès son entrée en vigueur, a pour effet de rendre caduque toute interprétation communiquée par l'administration fiscale sur la loi antérieure⁶³⁸. Mais la nouvelle instruction précitée postérieure d'un jour au changement de législation est opposable à l'administration fiscale, même s'il semble évident qu'elle est dorénavant en totale contradiction avec le texte législatif. Pour autant, le contribuable peut très bien estimer que l'administration fiscale ne peut qu'être avertie de cette modification législative et, en conséquence, avoir émis sa nouvelle instruction en toute connaissance.

En tout état de cause, lorsqu'une instruction fiscale modifie son interprétation d'une loi, c'est à la date du fait générateur de l'impôt concerné par cette dernière qu'il convient de se placer pour savoir qu'elle doctrine trouve finalement application⁶³⁹.

En l'espèce, s'agissant de l'impôt sur le revenu c'est au 31 décembre de l'année d'imposition qu'il convient de faire cette appréciation⁶⁴⁰. Il se trouve qu'une nouvelle instruction a été publiée le 29 mai 2019 cohérente, cette fois, avec la modification législative de l'article 1010 du CGI du 1^{er} janvier 2019. Il résulte que, par exemple, si un investisseur s'en est tenu à l'instruction du BOI-TFP-TVS-10-20 publiée le 2 janvier 2019 pour réaliser un investissement dans un véhicule répondant à la définition complémentaire du véhicule de tourisme dudit article 1010 du CGI, avec la nouvelle instruction intervenue le 29 mai 2019, confirmant les dispositions relativement explicites de la loi, s'il effectue sa déclaration de revenu en tenant compte de la réduction d'impôt liée à l'investissement précité, il encourra une reprise de celle-ci en cas de contrôle.

Il serait donc nécessaire qu'avant toute nouvelle publication de ses instructions, l'administration vérifie qu'aucune modification majeure du texte législatif n'est intervenue entretemps pour rendre la lecture des instructions et de la loi plus cohérente et de ce fait plus compréhensible par le contribuable.

⁶³⁸ CE, 15 mai 1992, n°71854, inédit au recueil Lebon.

⁶³⁹ CE, 18 mars 1988, n°73693, publié au recueil Lebon ; CE, 26 octobre 1994, n°116715, inédit au recueil Lebon.

⁶⁴⁰ BOI-SJ-RES-10-10-10-20130718 §380.

§ 3. La simplification de certaines dispositions

Certaines dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI sont particulièrement complexes, leur simplification atténuerait significativement cette complexité et les rendrait plus compréhensibles (A.). Par ailleurs, les seuils d'agrément, tels que définis aujourd'hui, sont également porteurs de confusion et devraient être unifiés, ne serait-ce que dans une logique économique (B.).

A. Le calcul simplifié du taux de rétrocession de l'avantage fiscal à l'exploitant

Le taux de rétrocession de l'avantage fiscal à l'exploitant domien est difficile à calculer compte tenu des éléments nombreux qui sont à prendre en considération et du décalage temporel qui peut exister entre le remboursement des échéances d'emprunt et le paiement de loyers⁶⁴¹.

La solution serait de fixer une liste exhaustive des éléments devant être pris en compte dans le calcul et de supprimer l'actualisation de la valeur de l'ensemble des sommes mises à la charge du locataire⁶⁴², quitte à revaloriser le taux de rétrocession lui-même.

B. L'unification du seuil d'agrément pour une logique économique de la défiscalisation

Le Conseil d'Etat a jugé que pour les investissements de plein droit réalisés directement par une entreprise exploitante, le seuil, au-delà duquel l'agrément préalable est requis, est de 1.000.000€ et pour ceux réalisés *via* un schéma externalisé de 250.000€⁶⁴³.

Afin d'éviter la demande d'agrément préalable, certaines entreprises exploitantes peuvent faire le choix de la défiscalisation externalisée. Mais alors que l'un des

⁶⁴¹ Pélagie TERLY, « Défiscalisation à l'IR. La nécessaire sécurisation du Girardin industriel », *L'Agefi Actifs*, 1^{er} octobre 2010, p. 16.

⁶⁴² Cf. Partie 2. Titre 1. Chapitre 1. Section 1. §2. B. III.

⁶⁴³ CE, 10^e et 9^e ss-sect., 30 décembre 2014, n°369101, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

objectifs de l'agrément est d'évaluer la pertinence économique et sociale des gros projets, ces derniers sont fragmentés et ne font donc pas l'objet d'une telle analyse. Il résulte, en premier lieu, que cela est de nature à fausser les données statistiques, le découpage potentiel des projets laissant à penser qu'il y en a plusieurs alors que ce n'est pas le cas. En second lieu, il ne paraît pas cohérent que la soumission à l'agrément dépende moins de son montant que du schéma fiscal retenu.

Certes, si l'un des objectifs premiers du législateur est l'optimisation de la protection des investisseurs afin de pérenniser le dispositif de la défiscalisation, il ne faut pas, *in fine*, que cette logique fiscale prime sur la logique économique.

Par ailleurs, une société porteuse d'investissements peut très bien en porter plusieurs pour des entreprises exploitantes sans lien juridique ou autre entre elles. Il y a donc là également une absence de logique à vouloir lui imposer un agrément dès lors qu'elle dépasserait 250.000€ d'investissements.

Les sociétés porteuses pour les dossiers de « plein droit » sont dites « fiscalement transparentes ». Cette transparence est également vraie pour les organismes financiers et bancaires qui effectuent leur étude de solvabilité en fonction des données économiques de l'entreprise exploitante et non de celles du véhicule fiscal.

Il conviendrait donc également pour les agréments que les seuils soient établis au regard de l'entreprise exploitante. Cela aurait plusieurs effets favorables. Tout d'abord, la donnée statistique serait plus fiable, puis l'attrait économique des gros projets serait vérifié, enfin cela permettrait de réduire les coûts d'échelle des cabinets monteurs en défiscalisation.

En effet, depuis plusieurs années, la loi fait régulièrement augmenter le taux de rétrocession de l'avantage fiscal à l'exploitant⁶⁴⁴. En outre, la concurrence entre les cabinets monteurs d'opérations les amène à pratiquer des taux de rétrocession plus élevés que le minimum exigé par la loi. Il résulte que pour maintenir un niveau de l'avantage fiscal attrayant pour les investisseurs, les cabinets monteur n'ont d'autres

⁶⁴⁴ Cf. Partie 1. Titre 2. Chapitre 1. Section 4. §2. B.

possibilités que diminuer leur commission, étant rappelé que celle-ci constitue, certes, leur rémunération, mais doit également leur permettre de faire face aux nombreux frais de gestion liés aux véhicules fiscaux (création, suivis juridique, fiscal et comptable pendant toute la durée de portage, etc.).

Par exemple, en 2009⁶⁴⁵, pour un investissement réalisé dans le secteur du bâtiment en Martinique ayant une base défiscalisable de 100.000€, l'avantage fiscal du contribuable était de 50%, soit 50.000€ ($100.000 * 50\%$) et le taux minimum de rétrocession à l'exploitant de 50%, soit 25.000€. Pour un taux de rentabilité proposé au contribuable de 20%, celui-ci devait donc apporter 42.000€ ($((50.000 - 42.000) / 42.000 * 100) = 20\%$). Il restait au cabinet 17.000€ ($42.000 - 25.000$) pour assurer sa rémunération et toutes les charges de la création du véhicule fiscal à la fin de l'opération.

En 2018, après les évolutions de la loi⁶⁴⁶, pour le même investissement, l'avantage fiscal du contribuable est de 38,25%, soit 38.250€ ($100.000 * 38,25\%$) et le taux minimum de rétrocession à l'exploitant de 56%, soit 21.420€. Pour un taux stable de rentabilité proposé au contribuable de 20%, celui-ci doit donc apporter 31.870€ ($((38.250 - 31.870) / 31.870 * 100) = 20\%$). Il reste au cabinet 10.450€ ($31.870 - 21.420$) pour les mêmes charges que précédemment.

Ainsi, ne pas soumettre le véhicule fiscal à un agrément systématique à partir de 250.000€ d'investissement permettrait de faire des économies d'échelle importantes, en outre, la mutualisation du risque telle qu'évoquée plus loin pourrait être réalisée au sein d'une même entité juridique plutôt que de répartir ledit risque sur plusieurs sociétés⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ CGI, art. 199 *undecies* B (versions en vigueur du 29 décembre 2008 au 1^{er} mai 2010).

⁶⁴⁶ CGI, art. 199 *undecies* B (versions en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2014).

⁶⁴⁷ Cf. Partie 2. Titre 1. Chapitre 2. Section 2. §5. A.

§ 4. Les précisions pour les cas de défaillances de l'entreprise locataire ou liées à l'investissement

Sur cinq années de portage des opérations de défiscalisation, divers incidents peuvent arriver. L'article 199 *undecies* B du CGI prévoient certaines dispositions à cet égard, mais qui sont insuffisamment précises et font naître une insécurité juridique lors de ces évènements que sont, notamment, la défaillance des entreprises (A.) et le sinistre de l'investissement (B.) que de simples précisions pourraient éviter.

A. Les possibilités de maintien de l'avantage fiscal en cas de défaillance de l'entreprise locataire

Comme cela a déjà été évoqué, il existe de nombreux motifs de reprise de l'avantage fiscale, cependant un des principaux est celui lié à la défaillance de l'entreprise locataire (procédure collective, défaut de paiement). La loi permet le maintien de l'avantage fiscal en cas de défaillance sous certaines conditions, mais qui ne sont pas toujours suffisamment définies.

Ainsi, le principe de la reprise de l'investissement est admis sous des conditions précises, à savoir : que le nouveau locataire doit reprendre les engagements pris par le locataire initial, notamment en termes de durée de location, et qu'en outre, il doit avoir une activité similaire. Toutefois, le délai pour effectuer ce remplacement n'est pas clairement défini laissant place à l'incertitude. Il conviendrait de préciser ledit délai dans lequel doit s'effectuer cette reprise, en tenant compte, notamment, des formalités liées aux procédures collectives (revendication de la propriété de l'investissement⁶⁴⁸, demande de poursuite du contrat⁶⁴⁹, notamment) et de la diligence des organes de ces dernières à répondre aux cocontractants et créanciers qui ne permet pas toujours un traitement rapide de la situation. En effet, le formalisme des procédures collectives est extrêmement contraignant. Concernant les contrats de location en cours, les bailleurs ne peuvent pas les résilier du fait de l'ouverture de la procédure

⁶⁴⁸ *Code de commerce*, art. L624-17, R624-13.

⁶⁴⁹ *Code de commerce*, art. L622-13, R627-1 et L641-11-1.

collective⁶⁵⁰, cela implique donc une déclaration de créances, une demande de poursuite du contrat en lui-même et une revendication de la propriété de l'investissement. Si la déclaration de créances n'a pas d'impact sur la disposition du matériel, il en va autrement des deux autres formalités que sont la demande de poursuite du contrat (I.) et la revendication de l'investissement (II.).

I. La demande de poursuite du contrat

En cas de redressement judiciaire, seul l'administrateur judiciaire ou, à défaut de nomination de celui-ci, le débiteur (c'est-à-dire l'entreprise exploitante défailante) ou en cas de liquidation judiciaire, seul le mandataire judiciaire peut se prononcer sur la poursuite du contrat. Selon qu'il y a acquiescement (a.) ou refus ou défaut d'acquiescement (b.) à cette demande des difficultés diverses peuvent se présenter.

a. L'acquiescement à la poursuite du contrat

Si le bailleur n'est pas tenu par un délai pour effectuer sa demande, les organes de la procédure ou le débiteur doivent se prononcer sur la poursuite du contrat dans le mois suivant la demande⁶⁵¹.

Dans le cas du redressement judiciaire, l'acquiescement ne pose pas toujours de difficulté, car l'exploitation du matériel peut se poursuivre conformément aux dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI, mais il en est autrement de la liquidation judiciaire.

Dans ce dernier cas, le mandataire judiciaire peut opter pour la poursuite du contrat pour diverses raisons. Par exemple, il peut avoir intérêt à maintenir le contrat aux fins d'optimiser la cession du fonds de commerce du débiteur⁶⁵². Dans ce cas, il y a une carence manifeste d'exploitation du matériel sur une période donnée qui rend, *in fine*, une reprise de réduction d'impôt possible. En effet, le débiteur étant liquidé il

⁶⁵⁰ *Code de commerce*, art. L622-13.

⁶⁵¹ *Code de commerce*, art. L622-13 et L641-11-1.

⁶⁵² *Code de commerce*, art. L642-7.

n'exploite plus, et tant que la cession du fonds n'est pas effective, il n'y a pas d'exploitation du côté du repreneur.

b. Le défaut de réponse ou le refus de poursuite du contrat

Une fois l'interrogation sur la poursuite du contrat effectuée, le destinataire peut également répondre qu'il n'entend pas poursuivre le contrat. La société bailleuse est ainsi immédiatement fixée sur le sort du contrat. A défaut de réponse dans le mois suivant la réception de la demande, le contrat est réputé résilié de plein droit⁶⁵³.

Ainsi, informée de la procédure collective par une publication au BODACC⁶⁵⁴, si la société bailleuse réagit rapidement, elle peut savoir sous un mois si la location se poursuit ou non.

II. La revendication et la restitution

Les demandes en revendication et en restitution doivent être effectuées selon que le contrat de location a été publié ou non (a.) et selon un formalisme particulier (b.). Cette revendication est importante car elle permet au véhicule fiscal d'opposer sa propriété de l'investissement aux organes de la procédure collective (c.).

a. La publication du contrat de location

Un bailleur dont le locataire est sous le coup d'une procédure collective est sensé avoir connaissance de la situation de son débiteur ou en prendre connaissance par ses propres moyens (connaissance du contenu des informations publiées dans les journaux d'annonces légales ou au BODACC).

Lorsque le contrat de location n'est pas publié, le bailleur est tenu par des délais pour effectuer sa demande en revendication et restitution du matériel loué. Au-delà de ce délai, sa demande encourt la forclusion.

⁶⁵³ Code de commerce, art. L622-13.

⁶⁵⁴ Code de commerce, art. R621-8.

Lorsque le contrat de location est publié, le bailleur est averti personnellement par les organes de la procédure collective de l'ouverture de celle-ci à l'encontre de son cocontractant, il est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété et, en conséquence, d'intenter une action en revendication de matériel⁶⁵⁵. Il peut agir directement en restitution du bien, action qui n'est enfermée dans aucun délai légal.

b. Le formalisme de la revendication

Le propriétaire dispose d'un délai de trois mois à compter de la publication au BODACC du jugement d'ouverture de ladite procédure collective pour effectuer sa demande en revendication. Dès lors que l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire a été interrogé sur une demande de revendication, il dispose d'un mois pour répondre. A défaut, à l'issue de ce délai, le propriétaire dispose d'un mois pour saisir le juge commissaire de sa demande⁶⁵⁶, et là, se pose une problématique dans le sens où ce dernier n'est pas tenu par un délai pour convoquer les parties.

De nombreux mois peuvent donc s'écouler entre la saisine et la décision du juge commissaire. Or, sans un jugement faisant droit à sa demande, la société bailleresse ne peut pas récupérer son matériel et celui-ci peut donc rester de nombreux mois sans être exploité. De ce fait, une reprise de la réduction d'impôt est encourue.

c. L'opposabilité de la propriété

Dès lors que la demande en revendication d'un bien est nécessaire, le propriétaire doit être vigilant, en effet, si celle-ci est frappée de forclusion, il résulte une inopposabilité de son droit de propriété sur ledit bien aux organes de la procédure collective qui peuvent donc en disposer librement jusqu'à la vente à un tiers⁶⁵⁷.

Ainsi, d'une part, une fois le bien vendu, il n'y a plus d'exploitation et, de ce fait, une reprise de la réduction d'impôt y attachée consécutive est encourue par les

⁶⁵⁵ Code de commerce, art. L624-10, R624-14 et R624-15.

⁶⁵⁶ Code de commerce, art. L624-17 et R624-13.

⁶⁵⁷ C. Cass., Ch. Com., 15 décembre 2015, n°13-25.566, publié au bulletin.

investisseurs et, d'autre part, le cas échéant, le bien étant devenu le gage commun des créanciers, le prix de vente ne sera pas dédié au seul propriétaire⁶⁵⁸ !

Compte tenu des délais relativement longs liés aux formalités à effectuer dans le cadre de procédure collective, une disposition devrait prévoir la computation des délais de remplacement du matériel à compter de la prise de position formelle des organes de la procédure collective.

B. Les possibilités de maintien de l'avantage fiscal en cas de défaillance liée aux investissements

La défaillance peut provenir d'un sinistre individuel ou collectif en cas de catastrophe naturelle. Là encore, les textes ne sont pas suffisamment explicites, seule la charte de déontologie des monteurs d'opérations en défiscalisation aborde cette situation en mentionnant :

« dans l'hypothèse d'un sinistre affectant les biens loués, le monteur en défiscalisation outre-mer s'assure que l'exploitant procède à leur remise en état ou, s'il y a lieu, à leur remplacement par des biens similaires ⁶⁵⁹»

Cela n'est pas du tout repris dans l'article 199 *undecies* B du CGI et, en outre, la charte ne donne aucune précision sur les délais dans lesquels il doit être procédé à la remise en état ou au remplacement.

Afin de ne pas ajouter une nouvelle contrainte distincte des autres cas de défaillance, les conditions pourraient être alignées sur celles de la défaillance liée à l'entreprise exploitante. Une distinction au niveau des délais pour réaliser les réparations ou remplacement pourrait être prévue pour les cas de catastrophes naturelles qui peuvent

⁶⁵⁸ C. Cass., Ch. Com., 23 mai 1995, n°93-10439, publié au bulletin.

⁶⁵⁹ Charte de déontologie annexée au décret n°2015-149 du 10 février 2015 relatif aux obligations déclaratives et à la mise en concurrence des intermédiaires en défiscalisation outre-mer, art. IV, dernier alinéa.

induire une ampleur significative des dégradations subies et une difficulté à pouvoir réagir rapidement⁶⁶⁰.

A ce jour, si les pouvoirs publics prennent des mesures exceptionnelles pour répondre à des situations exceptionnelles, ces mesures ne sont pas connues *a priori* et laissent donc place à une incertitude durant le portage de l'investissement et jusqu'à ce qu'une prise de position formelle de l'administration fiscale soit communiquée dans de telles circonstances et parfois parce qu'elle est demandée par des associations locales⁶⁶¹.

§ 5. L'ajustement de la reprise de l'avantage fiscal

Dans le schéma de défiscalisation externalisée ce sont les investisseurs qui supportent à 100% ces défaillances. Les cabinets monteurs en opération de défiscalisation tentent depuis des années de limiter le risque des investisseurs par une syndication des apports qu'ils effectuent sur plusieurs supports afin de pérenniser la collecte de fonds (A.).

Considérant que les défaillances sont indépendantes de toute volonté desdits investisseurs, cette mutualisation pourrait s'accompagner d'une reprise de la réduction d'impôt tenant compte de l'absence de maîtrise de l'investisseur sur les événements et, en conséquence, plus proportionnelle à la durée durant laquelle l'investissement a été exploité (B.).

A. La mutualisation du risque

Les cabinets monteurs en opération de défiscalisation ont mis en place des systèmes de mutualisation du risque pour limiter les impacts fiscaux d'une telle situation sur l'investisseur. En effet, ils font souscrire celui-ci sur plusieurs véhicules fiscaux, en

⁶⁶⁰ Le Monde. « L'ouragan Irma, catastrophe naturelle la plus coûteuse de l'histoire de l'assurance outre-mer » [en ligne], 2018, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/climat/article/2018/09/03/l-ouragan-irma-catastrophe-naturelle-la-plus-couteuse-de-l-histoire-de-l-assurance-outre-mer_5349726_1652612.html.

⁶⁶¹ FEDOM. *Bercy répond à la FEDOM sur le traitement des investissements relatifs aux biens détruits à St Martin et St Barth*, [en ligne], 2018, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible sur : <https://fedom.org/2018/03/26/bercy-repond-a-la-fedom-sur-le-traitement-des-investissements-suite-a-irma-et-maria/>.

même temps, afin de limiter les montants attribués à chaque exploitant et, en cas de défaillance de l'un d'entre eux, d'avoir une reprise moins significative et de conserver ainsi une partie du bénéfice de la défiscalisation (sur les autres locataires)⁶⁶².

B. La reprise proportionnelle de la réduction d'impôt

Si la défaillance dans l'exploitation de l'investissement est définitive (pas de possibilité de remplacer le matériel), non seulement les investisseurs ont versé à fonds perdus au véhicule fiscal le montant leur permettant une réduction d'impôt, mais, en sus, ils doivent s'acquitter des trois quarts du montant de la réduction d'impôt à laquelle ils ont prétendu, sans compter les intérêts de retard légaux⁶⁶³.

Par exemple, si l'investisseur a versé au véhicule fiscal, en N, 8.000€ pour obtenir 9.200€ de réduction d'impôt (avec une rentabilité de 15%) et que l'entreprise est défaillante, en sus il devra payer 6.000€ ($8.000 \times 3/4$) au Trésor public outre les intérêts légaux. Ainsi, cela lui coûte, hors intérêts, 6.000€ de plus que s'il n'avait pas défiscalisé.

En tenant compte de ce que les investisseurs n'ont aucune prise sur l'activité de l'entreprise exploitante, comme cela vient d'être vu, et que de ce fait ils « supportent » notamment la gestion de son activité par cette dernière, mais aussi de ce qu'ils dépendent totalement de la diligence de tiers (*cf.* par exemple les organes de la procédure collective⁶⁶⁴), une reprise dégressive à compter de la quatrième année pourrait se substituer à celle déjà existante comme cela a déjà été envisagé en 2002-2003 dans le rapport de M. Roland Du Luart « la quatrième année d'exploitation du

⁶⁶² « La mutualisation du risque proposée par certains monteurs est donc la solution optimale pour réduire l'impact que pourrait avoir la liquidation judiciaire ou la cessation d'activité d'un locataire » Inter Invest, « Les risques en Loi Girardin » », [en ligne], 2019, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse ; <https://www.inter-invest.fr/faq/risques-girardin-snc>; « la répartition des investissements sur un ensemble de SNC situées dans différentes régions d'outremer, permet de mutualiser et sécuriser le risque fiscal » Ecofip, « L'investissement Girardin industriel garanti » », [en ligne], 2019, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse ; <https://www.ecofip.com/investissement-girardin-industriel-garanti/>

⁶⁶³ CGI, art. 199 undecies B, al. 26.

⁶⁶⁴ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 2. Section 2. §4. A. 2. b.

bien, la reprise serait de 50 % [...] la cinquième année, la reprise serait de 25 % de l'avantage fiscal ⁶⁶⁵».

Section 3. Les mesures relatives à l'usage de l'outil statistique et des expertises locales

Afin d'améliorer la pertinence de la défiscalisation, il faut pouvoir en mesurer l'impact sur les économies domiennes (§1), mais aussi savoir s'appuyer sur les expertises locales (§2).

§ 1. L'outil statistique pour adapter le dispositif de défiscalisation

Il est indispensable d'avoir l'information statistique la plus précise possible pour pouvoir en analyser les effets et adapter au mieux le dispositif au fur et à mesure des remontées des résultats.

Depuis 2006, divers textes de loi ont permis de créer des obligations en termes de déclarations de données (A.), mais il a fallu attendre 2009, pour obtenir des précisions législatives sur la liste de celles-ci (B.). Par ailleurs, malgré des sanctions prévues à défaut d'effectuer lesdites déclarations (C.), à ce jour, la collecte ne permet pas l'analyse qui en est attendue ; des efforts sont annoncés et devront être nécessairement effectifs (D.).

A. La première avancée avec la loi de finances rectificatives pour 2006

Afin de remédier aux données statistiques lacunaires, une première avancée est intervenue suite à la loi de finances, en imposant aux personnes morales réalisant des investissements, pour les donner en location dans le cadre de l'article 199 *undecies* B

⁶⁶⁵ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit., p.131.*

du CGI, de communiquer aux services fiscaux, dans le même délai que celui de leur déclaration de résultats relatifs à l'année de réalisation de l'investissement :

« la nature, le lieu de situation, les modalités de financement et les conditions d'exploitation de ces investissements, l'identité du locataire et, dans les cas prévus par la loi, le montant de la fraction de l'aide fiscale rétrocédée à ce dernier⁶⁶⁶ ».

Cette obligation a été codifiée par l'article 242 *sexies* du CGI. Un décret devait suivre immédiatement pour transmettre les modalités de communication, mais n'est pas intervenu.

B. Les précisions apportées par la loi n°2009-594 et le décret n°2010-136

Il a fallu attendre, dans un premier temps, la loi n°2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer pour obtenir des précisions sur ces modalités. Elle ajoutait à l'article 242 *sexies* du CGI que la transmission d'informations sur les investissements serait réalisée *via* la voie électronique.

Puis, dans un deuxième temps, le décret n°2010-136 du 10 février 2010⁶⁶⁷ indiquait de manière très précise les mentions devant figurer sur la déclaration. Celle-ci devait permettre, notamment, de fournir des renseignements sur le propriétaire de l'investissement, à savoir le véhicule fiscal (siège, forme juridique), mais aussi ses associés (coordonnées), sur l'investissement en lui-même (secteur d'activité, date de mis en location, montant de la base défiscalisable, lieux d'exploitation...), sur le financement (subventions obtenues, TVA NPR...).

Un document notable était créé à cet effet : le formulaire 2083-SD.

⁶⁶⁶ Loi n° 2006-1771 du 30 décembre 2006 de finances rectificative pour 2006, art. 100.

⁶⁶⁷ Décret n° 2010-136 du 10 février 2010 relatif à la déclaration des investissements réalisés outre-mer prévue à l'article 242 *sexies* du Code général des impôts.

C. Les sanctions prévues à défaut de respect d'obligations déclaratives

Des sanctions lourdes sont prévues en cas de non-respect de cette obligation.

Tout d'abord, l'article 1740-0 A du CGI prévoit une amende d'un montant égal à la moitié de l'avantage fiscal obtenu applicable à la personne ayant réalisé l'investissement et qui aurait dû se soumettre à l'obligation précitée.

Puis, l'article 1729 B du CGI prévoit, en outre, une amende forfaitaire de 1.500€ en cas de défaut de production de la 2083-SD et une amende de 150€ par omission ou inexactitude dans cette dernière dans la limite de 10.000€.

D. L'amélioration de la donnée statistique

Malgré, les efforts déjà réalisés, force est de constater qu'en 2016, les données collectées ne sont pas encore bien communiquées (I.) et que de gros efforts indispensables restent à fournir (II.).

I. L'absence de communication des données collectées au service les plus à même de les traiter

Sur la base des informations qui devaient être communiquées, le rapport présenté en 2016 par MM. Claude Bartolone et Gaël Yanno estimait qu'« en procédant par échantillonnage, l'administration fiscale devrait pouvoir mieux cibler ses contrôles », mais notait également une « imperfection » de l'article 20 de la loi n°2009-594 car, les services déconcentrés de l'État n'étaient pas nécessairement destinataires de la déclaration, alors qu'étant les plus à même d'identifier des « contournements de la lettre ou de l'esprit de la loi⁶⁶⁸ », le cas échéant.

Bien que les sanctions précitées puissent apparaître comme dissuasives, un rapport d'information au Sénat de 2013 posait la question suivante :

⁶⁶⁸ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°2828 sur la mise en application de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des Outre-mer, présenté par MM. Claude BARTOLONE et Gaël YANNO, op.cit., p.31.*

« Comment expliquer que, malgré l'existence de cette déclaration obligatoire, aucune donnée statistique n'existe ? Aucun interlocuteur du groupe de travail - tant à Paris qu'à La Réunion - n'a été en mesure de communiquer des données portant sur le plein droit, y compris les représentants de l'administration fiscale. Qu'advient-il donc de la déclaration n° 2083-SD ?⁶⁶⁹ »

Il résultait de l'analyse qui suivait que les déclarations étaient transmises à l'INSEE et permettaient à cette dernière de conclure que « les déclarations représentent entre 60 et 80 % des investissements » réalisés en 2008, mais aussi l'étonnement que « les déclarations n°2083-SD ne soient pas réellement traitées par l'INSEE et qu'aucune évaluation statistique ne puisse donc être transmise à l'administration fiscale ⁶⁷⁰ ». Un « manque de volonté de mise en œuvre d'une mesure d'encadrement du plein droit » était également pointé du doigt.

II. *La nécessité de l'effectivité des efforts annoncés*

Le rapport annuel de l'autorité de la statistique publique de 2016 indique que les services statistiques ministériels de la DGFIP ont livré cette année-là, *via* le centre d'accès sécurisé aux données, un fichier rassemblant les déclarations 2083-PRO relatives aux opérations de défiscalisation en outre-mer aux fins d'utiliser ces données fiscales pour évaluer les effets de ces dispositifs d'aide spécifique, à la demande de la Commission européenne⁶⁷¹.

En dépit de ces efforts, un rapport sur l'état des statistiques dans les départements et régions d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer concède qu'il peut parfois persister le sentiment d'une insuffisance de statistiques relatives à l'outre-mer et cite comme une des causes à cela le fait que les données concernant le DROM « ne sont pas toujours simples à consulter dans les publications de la statistique publique⁶⁷² » et illustre cela par la consultation de tableaux régionaux qui ne donnent aucune

⁶⁶⁹ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer*, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit., p.62.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, p.63.

⁶⁷¹ AUTORITE STATISTIQUE PUBLIQUE. *Rapport annuel de l'Autorité de la statistique publique 2016*, mars 2017, p.32.

⁶⁷² INSEE. *Rapport sur l'état des statistiques dans les départements et régions d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer (DROM et COM)*. Statistique publique n°2018-1, p.5.

information sur les DROM, car la donnée est publiée sur un autre support n'étant pas en parfaite homogénéité avec les autres territoires.

Ce rapport indique par ailleurs qu'il existe une réelle volonté des pouvoirs publics de maintenir leur effort pour limiter, voire supprimer, les lacunes statistiques résultant de leurs services du fait d'un réel « besoin de connaissance fine de ces territoires ⁶⁷³».

Il faut donc espérer que les efforts seront réellement consentis, car seules ces données plus complètes et efficaces permettront de répondre de façon optimale aux besoins locaux par l'adaptation du dispositif de défiscalisation en conséquence.

§2. L'expertise des services régionaux et du ministère des outre-mer à privilégier pour optimiser économiquement la défiscalisation

A ce jour, globalement, lorsqu'un secteur d'activité ou un investissement est éligible, il l'est pour l'ensemble des DROM sans qu'il soit fait une analyse des besoins de chacun d'eux.

Il y a un taux global fixé pour chaque secteur d'activité et une majoration de ce taux pour tous les secteurs en fonction de la région ultramarine concernée, là encore sans vérifier si les besoins locaux sont en adéquation et s'il est nécessaire d'opérer cette incitation à l'investissement. Ainsi, les investissements qui disposent d'un taux de réduction d'impôt de 38,25%, voient cette réduction portée à 45,9% dès lors qu'ils sont réalisés en Guyane ou à Mayotte⁶⁷⁴.

Une fois les améliorations statistiques sus mentionnées effectuées, le taux de l'avantage fiscal pourrait être modulé à la hausse ou à la baisse en fonction des besoins spécifiques dans les différents secteurs d'activité de chaque région d'outre-mer. Cela permettrait de concentrer les fonds de la défiscalisation sur les secteurs de chaque région nécessitant réellement une aide économique et d'éviter des investissements qui relèvent d'un effet d'aubaine. Cette adaptation permettrait

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ *CGI*, art. 199 *undecies* B, al.17.

également de répondre à certaines contraintes édictées par la commission européenne qui, à plusieurs reprises, s'est prononcée par le passé sur une limitation de l'intensité des aides de l'Etat en fonction des régions⁶⁷⁵.

Comme cela a été évoqué précédemment, le législateur a défini une liste de conditions à remplir pour obtenir un agrément fiscal, afin que celui-ci soit octroyé aux investissements qui participent au développement économique et social de l'outre-mer (intérêt économique, création ou maintien d'emplois, adéquation avec la politique d'aménagement du territoire, protection des investisseurs, etc.). Ces agréments sont délivrés après consultation de divers services situés dans les régions ultramarines et du ministère des outre-mer. Une analyse plus générale pourrait être confiée au ministère des outre-mer avec l'appui des services régionaux. Ainsi, une évaluation *a priori* des besoins économiques et sociaux par région pourrait définir les activités éligibles et l'intensité de l'aide y attachée pour parvenir, sur les opérations de « plein droit », au même objectif de logique économique que l'agrément. Cela permettrait de mettre à profit l'expertise économique desdits services régionaux et de ce ministère.

Le manque de précision du texte législatif, une double lecture possible de ce dernier aboutissent à des analyses différentes jusqu'à des jurisprudences divergentes comme cela a pu être évoqué. Il résulte que l'insécurité des investisseurs n'est pas seulement inhérente aux risques liés à la défiscalisation elle-même (entreprises exploitantes défaillantes, etc.), mais aussi au texte lui-même et ainsi à la lecture que les contrôleurs et inspecteurs des finances publiques en font.

Il ne peut être logiquement demandé à un investisseur/contribuable de respecter à la lettre les dispositions de la défiscalisation lorsque celles-ci laissent une telle place à l'interprétation. Si nul n'est censé ignorer la loi, encore faudrait-il que celle-ci soit sans équivoque.

⁶⁷⁵ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit.*, p. 115 : « Un taux " minoré " s'appliquerait par exemple à l'agriculture en Guyane, pour laquelle la Commission a estimé que l'intensité de l'aide fiscale ne pouvait aller au-delà de 50%. »

TITRE 2. LES PERSPECTIVES D'EVOLUTION DE LA DEFISCALISATION EXTERNALISEE

La défiscalisation *via* les investissements productifs existe depuis de nombreuses années. Bien qu'annoncée par les projets de loi de finances pour une durée déterminée, le dispositif est reconduit sans discontinuité depuis plus de 30 ans, certes avec des dispositions qui évoluent, mais toujours sur la base d'un constat : qu'il reste beaucoup à faire et que les buts poursuivis ne sont pas encore atteints. Aujourd'hui encore, une reconduction a été adoptée jusqu'à fin 2025, ainsi se pose la question de savoir si au terme de cette période, une nouvelle prorogation du dispositif sera décidée et pour quelle durée, le cas échéant.

En tout état de cause, l'activité de monteurs en opérations de défiscalisation se professionnalise, le législateur a pris l'initiative en 2011 de l'ébauche d'une réglementation de cette profession (Chapitre I), par ailleurs, d'autres dispositifs sont élaborés comme proposition de substitution au dispositif existant et semblent donc menacer sa poursuite (Chapitre 2).

Chapitre 1. Vers une réglementation de la profession de monteurs en opérations de défiscalisation

Les Parlementaires et les Pouvoirs publics ont reconnu l'activité consistant à monter des opérations de défiscalisation outre-mer dès le rapport rédigé par M. Roland du Luart. Ledit rapport présentait cette profession comme « au cœur de la défiscalisation externalisée ⁶⁷⁶».

Un début de mise en place de règles a été ébauché avec la loi de finances pour 2011⁶⁷⁷, mais c'est surtout la loi de finances pour 2012 qui est revenue sur le sujet, en soumettant les monteurs à diverses obligations⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit., p.63.*

⁶⁷⁷ *Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.*

Ainsi la profession de monteur en opérations de défiscalisation a connu une nette évolution de la loi Pons jusqu'à la loi de finances pour 2012 (Section 1) jusqu'à aboutir à la signature d'une charte de déontologie dont les dispositions ne semblent pas en contradiction avec celles d'autres professions réglementées (Section 2). Ce début de réglementation et la charte y associée restent à parfaire sur de nombreux points (Section 3).

Section 1. L'évolution de la profession jusqu'à la loi de finances pour 2012

L'activité consistant à monter des opérations de défiscalisation outre-mer, bien qu'existant depuis la loi Pons⁶⁷⁹, est restée en dehors de toute réglementation jusqu'en janvier 2011 (§1) et a connu les prémices d'une réglementation en janvier 2011, date d'effet de la loi de finances n°2010-1657 pour 2011 du 29 décembre 2010 et de la promulgation de l'article 242 *septies* du CGI (§2). La loi de finances pour 2012⁶⁸⁰, suivi d'un décret contenant une charte de déontologie, a poursuivi la prescription de règles de l'activité des monteurs (§3).

§1. Le cadre légal antérieur à la loi de finances pour 2011 et à la promulgation de l'article 242 septies du CGI

La profession de conseil en défiscalisation (ou de conseil en défiscalisation d'opérations défiscalisées) dans le secteur des investissements réalisés outre-mer, née de la pratique, ne faisait, jusqu'en décembre 2011, l'objet d'aucune réglementation spécifique.

Jusqu'à la loi de finances pour 2009⁶⁸¹, les cabinets d'ingénierie financière exerçaient eux-mêmes l'ensemble des missions attachés à une opération de défiscalisation outre-

⁶⁷⁸ Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

⁶⁷⁹ Loi n°86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986.

⁶⁸⁰ Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

⁶⁸¹ Loi n°2008-1425 du 27 décembre 2008 de finances pour 2009.

mer. Leurs obligations résultaient essentiellement, d'une part, de leur relation contractuelle avec les investisseurs et, notamment, du mandat de recherche que leur confiaient ces derniers en faisant un intermédiaire professionnel (A.) et, d'autre part, de leur mandat social lorsqu'ils étaient dirigeants du véhicule fiscal dans le cadre des opérations de défiscalisation externalisée (B.).

A. Le monteur en défiscalisation est un intermédiaire professionnel

Le monteur fait souscrire des investisseurs à une opération complète leur permettant de bénéficier d'une réduction d'impôt. Il doit donc assurer leur protection au regard du produit dont il a assuré le montage et qu'il leur fait souscrire.

Certaines vérifications deviennent, *de facto*, des obligations contractuelles dont les principales consistent à faire en sorte que l'ensemble des prescriptions exigées par la loi fiscale, tant du chef de l'exploitant que de celui desdits investisseurs, soit pleinement et correctement respecté, de façon à ce que le produit qu'il fait souscrire soit sécurisé au maximum.

Une relation se crée entre les investisseurs et les cabinets qui commence généralement par un mandat de recherche⁶⁸², aux termes duquel le cabinet est chargé de trouver un investissement « défiscalisant » pour le compte de son client, l'investisseur. Il en résulte une responsabilité de nature contractuelle qui s'apprécie au regard des obligations nées de ce mandat.

Le monteur en défiscalisation est finalement un intermédiaire professionnel entre le véhicule fiscal et ses clients. Ses obligations sont appréciées de manière sévère par la jurisprudence qui s'est formée à l'égard d'autres intermédiaires professionnels qui placent des produits auprès d'investisseurs comme les établissements bancaires, les prestataires en services d'investissements et, encore, les conseillers en

⁶⁸² « Des offres spécifiques à chaque opérateur [...] d'autres proposent une formule de mandat de recherche » *Toutsurmesfinances.com*, « Girardin industriel 2018 : fonctionnement et risques de la défiscalisation outre-mer », [en ligne], 2016, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.toutsurmesfinances.com/impots/girardin-industriel-fonctionnement-et-risques-de-la-defiscalisation-outre-mer.html>.

investissements financiers (CIF). Une jurisprudence établie étend l'obligation des intermédiaires professionnels à un devoir renforcé d'information, de diligences et de mise en garde⁶⁸³. En quelque sorte, les monteurs doivent assurer la sécurité du produit « défiscalisant » qu'ils font souscrire à leurs « mandants ». Toutefois, il s'agit là d'une obligation de moyens et non de résultat.

Ainsi, les monteurs intervenaient à différents niveaux. Tout d'abord, ils « montaient » les opérations à proprement parler, ce qui consiste à rechercher les projets d'investissements outre-mer, les financements bancaires permettant de les réaliser et, le cas échéant, à constituer et déposer une demande d'agrément fiscal. Puis, il en effectuait la commercialisation auprès des investisseurs fiscaux, en les réunissant et les faisant souscrire au sein des structures de portage (souscription à des parts de SNC, d'actions de SAS, etc.). Enfin, ils assuraient la gestion et la gérance de ces dernières, pendant la durée légale du portage de cinq années, qui consistent, notamment, à suivre le cours du contrat de location de l'investissement conclu avec l'exploitant local pour en assurer la bonne fin, à céder l'investissement en fin de location, ainsi qu'à se charger du respect des obligations sociales, fiscales et juridiques qui s'imposent aux structures de portage.

In fine, le monteur avait le devoir de veiller au respect des obligations permettant l'obtention et la conservation de l'avantage fiscal au regard de son obligation contractuelle vis-à-vis de son client (I.) mais aucunement vis-à-vis de l'Etat (II.).

I. Les obligations quant au montage des opérations

Le fonds de commerce du monteur reposant sur une syndication annuelle d'apports, ces opérations de défiscalisation doivent rester attrayantes pour les investisseurs et c'est donc naturellement que certaines obligations se sont imposées à lui pour sécuriser le montage de ces opérations et ainsi optimiser la souscription de ses clients pour ce dispositif chaque année. Lesdites obligations du monteur consistent à faire en sorte que l'ensemble des conditions, prescrites par l'article 199 *undecies* B du CGI,

⁶⁸³ CA Versailles, 11 octobre 2018, n° 17/03226, Infirmerie ; CA Versailles, 06 septembre 2018, n°16/06459, Confirmation partielle.

pour qu'une opération permette à un investisseur une réduction au titre de son impôt sur le revenu, soit respecté au moment où les investisseurs souscrivent (a.) mais aussi à mettre en place le véhicule fiscal pour porter l'investissement (b.).

a. Les obligations édictées par le texte législatif

Il appartient ainsi au monteur de vérifier que l'investissement, choisi par l'exploitant, entre dans les prévisions du texte, et spécialement qu'il est réalisé dans un département ou une collectivité d'outre-mer et ne relève pas d'un secteur d'activité exclu.

Les dispositions de l'article 199 *undecies* B du CGI prévoit non seulement que l'investissement doit être donné en location à l'exploitant, pendant une durée minimale de cinq années (ou période normale d'utilisation), mais aussi qu'au terme de cette période, celui-ci puisse se porter acquéreur dudit investissement. Le monteur doit donc rédiger une promesse de vente et/ou une promesse d'achat relative à l'investissement ou aux titres de participation des investisseurs dans les structures de portage pour, qu'*in fine*, de façon directe ou indirecte les investissements deviennent la propriété de l'entreprise exploitante⁶⁸⁴.

Enfin, le monteur doit vérifier si l'investissement entre dans le champ d'une procédure d'agrément préalable obligatoire dont les conditions sont développées lors d'un précédent chapitre⁶⁸⁵.

A compter de la loi du 27 mai 2009, les Monteurs doivent également vérifier que les exploitants sont à jour de leurs obligations fiscales et sociales et du dépôt de leurs comptes sociaux à la date de réalisation de l'investissement.

b. Les obligations spécifiques au schéma externalisé

Concernant les opérations de défiscalisation externalisée, le monteur doit créer les structures de portage pour y loger les investissements éligibles préalablement ou

⁶⁸⁴ Cf. Partie 1. Titre 2. Chapitre 2. Section 2. §1. B.

⁶⁸⁵ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 2. Section 2. §2.

concomitamment à l'entrée des investisseurs. A ce titre, il doit veiller à ce que l'investisseur souscrive à la structure de portage, qui a réalisé l'investissement éligible, au titre de la même année que celle dont il a tiré des revenus imposables à l'impôt sur lesquels il souhaite pratiquer la réduction prévue par la loi, car celle-ci doit être pratiquée au titre de l'année au cours de laquelle l'investissement est réalisé.

II. *L'absence d'obligation vis-à-vis des services fiscaux*

La sécurisation des investisseurs incombe normalement aux services fiscaux.

Pour les dossiers avec agrément, ceux-ci le font à travers diverses vérifications lorsqu'ils instruisent la demande d'agrément. En effet, la loi indique que, dans le cadre de l'instruction de la demande d'agrément, les services fiscaux doivent tenir compte, entre autres, de la protection des investisseurs.

Pour les dossiers de plein droit, la vérification opérée par les services fiscaux n'a pas lieu *a priori*, mais peut être exercée *a posteriori*, via un contrôle fiscal. Il résulte que la sécurité des investisseurs n'est pas assurée puisqu'ils ont déjà procédé à leur opération de défiscalisation et encourent un redressement. C'est pourquoi les cabinets monteurs se sont orientés vers la protection des investisseurs, du fait qu'ils en sont les prestataires et qu'ils agissent en tant que professionnels ; ils leur doivent contractuellement la sécurité du produit qu'ils leur proposent.

Cependant, il est nulle part indiqué dans les textes, ni requis par les tribunaux, que, pour les investissements de plein droit, le monteur en opération de défiscalisation serait investi d'une mission générale de police et devrait s'assurer que l'exploitant n'a commis aucune infraction relative aux prescriptions fiscales, juridiques, administratives ou autres qui s'imposent à lui. Les cabinets de défiscalisation n'ont aucun pouvoir de diligenter des contrôles fiscaux, sociaux, ou autres, contrairement à l'Etat. Ainsi, le cabinet a seulement une obligation de moyens vis-à-vis des investisseurs, aucune vis-à-vis de l'Etat.

B. Le monteur en défiscalisation est un mandataire social

Pour la commercialisation des titres des véhicules fiscaux, les monteurs en défiscalisation outre-mer, se doivent de respecter des règles se rapportant à l'appel public à l'épargne⁶⁸⁶, quant à la commercialisation de leurs titres, à savoir, l'interdiction de mener une politique commerciale active par la publicité ou la diffusion de brochures et l'interdiction de rassembler au sein de la même structure sociétaire plus de 99 investisseurs⁶⁸⁷ (cette limite a été portée à 149 en 2012⁶⁸⁸).

Après leur souscription, les investisseurs acquièrent le statut d'associé et le monteur en défiscalisation, souvent, directement ou par l'intermédiaire d'une filiale, celui de gérant des structures de portage. Des obligations apparaissent donc pour celui-ci après que les investisseurs aient acquis des droits sociaux dans le véhicule de portage fiscal. Le monteur doit veiller au respect des prescriptions fiscales incombant à ce dernier pendant toute la période de conservation des droits sociaux par les investisseurs, c'est-à-dire jusqu'à l'expiration de la cinquième année de portage. Il résulte pour lui des obligations liées à ce mandat social telles que prescrites par le Code de commerce⁶⁸⁹.

Par l'effet du plafonnement des « niches fiscales », les monteurs ont été obligés de multiplier le nombre d'investisseurs nécessaires à la syndication de leurs opérations. Il en est résulté la nécessité de confier à des intermédiaires la commercialisation de leurs opérations. Une dichotomie entre le monteur et le commercialisateur s'est généralisée et a amené à une première réglementation de la profession.

⁶⁸⁶ Devenu « offre au public de titres financiers » depuis l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 (CMF, art. L 411-1).

⁶⁸⁷ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit.*, p. 65 et suivantes.

⁶⁸⁸ *Décret n°2012-1243 du 8 novembre 2012* qui a porté à 150 le seuil en deçà duquel les investisseurs constituent un cercle restreint au sens de l'article L.411-2 du CMF.

⁶⁸⁹ *Code de commerce*, art. L221-1 et s. pour les SNC.

§ 2. La loi de finances pour 2011⁶⁹⁰ et la promulgation de l'article 242 septies du CGI dans sa version initiale issue de cette loi

Lors des débats préalables à loi de finances pour 2011, présentés au Sénat, la commission des finances semblait vouloir un début de réglementation assimilant les monteurs en défiscalisation aux CIF, lesquels sont soumis aux dispositions des articles L 541-1 et suivants du CMF, avec notamment une obligation d'inscription au registre tenu par l'Organisme pour le Registre des Intermédiaire d'Assurances (ORIAS)⁶⁹¹. Ladite loi de finances pour 2011 a introduit l'article 242 *septies* du CGI ainsi rédigé :

« Les entreprises exerçant l'activité professionnelle consistant à obtenir pour autrui les avantages fiscaux prévus par les articles 199 undecies A, 199 undecies B, 199 undecies C, 217 undecies ou 217 duodecies [les monteurs d'opérations de défiscalisation Outre-Mer ou monteurs d'opérations Girardin] mais qui ne sont pas des conseillers en investissements financiers au sens de l'article L. 541-1 du code monétaire et financier doivent respecter les obligations prévues aux articles L. 541-8-1 du même code et être immatriculées dans les conditions prévues à l'article L. 546-1 du même code ⁶⁹²».

Cette rédaction laissait à penser que le monteur d'opérations de défiscalisation outre-mer avait le choix entre le statut de CIF et celui de simple adhérent à l'ORIAS (« être immatriculés dans les conditions prévues à l'article L.546-1 » du CMF) devant respecter les obligations prévues aux articles L.541-8-1 du même code.

Or, le statut des CIF était bien défini par les articles L.541-1 et suivants du CMF. Ainsi, pour accéder à cette profession, il convenait de remplir des conditions d'âge, de compétence professionnelle, d'honorabilité, de souscrire une assurance de

⁶⁹⁰ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

⁶⁹¹ SENAT. Rapport général n°111 sur le projet de loi de finances pour 2011, présenté par Philippe MARINI, op., cit., p.65 : « la loi prévoit déjà, pour les conseillers en investissement financiers (CIF), une procédure d'enregistrement et des obligations à respecter pour pouvoir exercer cette profession. [...] Il paraît donc plus opérationnel, pour moraliser l'exercice de l'activité de conseils en défiscalisation et favoriser le développement de cabinets de conseil sérieux et compétents, de prévoir que les entreprises exerçant une activité de conseil en défiscalisation outre-mer, qui ne seraient pas déjà soumises au statut de CIF, devront se conformer aux obligations déjà prévues pour ceux-ci et s'inscrire, comme eux, au registre unique géré par l'Organisme pour le Registre des Intermédiaires en Assurance (ORIAS) »

⁶⁹² Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art.101.

responsabilité civile professionnelle et d'adhérer à une association professionnelle agréée. En outre, le CIF devait respecter un certain nombre de règles de bonne conduite, énumérées dans le Règlement Général de l'AMF (RGAMF)⁶⁹³, et devait être immatriculé en cette qualité sur un registre spécifique⁶⁹⁴. Dès lors que le monteur souhaitait adopter ce statut CIF, il devait se conformer à toutes ces obligations⁶⁹⁵.

Pour le monteur ne souhaitant pas adopter ce statut CIF, l'article 242 *septies* du CGI, dans sa première version issue de la loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010, prévoyait un statut très proche, mais avec moins de contraintes que celui de CIF. Il lui fallait respecter un ensemble de règles de bonne conduite imposées aux CIF⁶⁹⁶, et être immatriculé sur le registre tenu par l'ORIAS en sa qualité de monteur d'opérations de défiscalisation outre-mer.

Le choix s'opérait généralement en fonction de la nature de la prestation réalisée par le monteur. Soit ce dernier créait le produit de défiscalisation, en faisait le montage et les opérations y attachées, auquel cas il relevait du statut formalisé par une simple inscription en cette qualité sur le registre tenu par l'ORIAS. Soit, outre ses propres produits, il commercialisait des droits sociaux de véhicules d'investissements créés par d'autres monteurs d'opérations en défiscalisation outre-mer, et les plaçait, au nom et pour le compte de ces derniers, auprès d'investisseurs en fournissant des recommandations personnalisées et alors il devait adopter le statut de CIF.

Cette version initiale de l'article 242 *septies* du CGI a soulevé de nombreuses interrogations et des voix se sont élevées pour souligner les impossibilités matérielles de respecter des obligations qui pouvaient apparaître comme contradictoires. Notamment, saisi de la réforme, l'ORIAS a constaté que cette mission n'entraînait pas dans le champ des compétences qui lui étaient dévolues par la loi et, en conséquence,

⁶⁹³ RGAM, art. 325-3 et s..

⁶⁹⁴ A l'origine, et jusqu'au 31 décembre 2012, les listes étaient établies par les associations agréées pour être transmises à l'AMF qui en tenait le registre et en assurait la publicité. Depuis le 1^{er} janvier 2013, ce fichier public a été remplacé par le registre unique de l'ORIAS.

⁶⁹⁵ AMF. *Décision de la Commission des sanctions du 7 juin 2016 à l'égard des sociétés GPI, Kalys Investissements et M. Louis Sanguinetti.*

⁶⁹⁶ CMF, art. L.541-8-1.

son incapacité de prendre en charge sur son registre l'inscription des monteurs en défiscalisation outre-mer⁶⁹⁷.

Alors que ses conditions d'application devaient être fixées par décret en Conseil d'Etat, ce décret n'a jamais été rédigé, il en est résulté que, conformément à l'article 1^{er} du Code civil, diverses dispositions de l'article 242 *septies* du CGI dans sa version initiale issue de la loi de finances pour 2011, ne sont jamais entrées en vigueur, notamment celles relatives à une charte de déontologie. Le rapport enregistré à la Présidence du Sénat le 5 juin 2013 indiquait à ce sujet :

« Cependant, et en dépit des demandes répétées des professionnels eux-mêmes, le décret en Conseil d'État prévu pour l'application de l'article 242 *septies* du CGI n'a pas été publié si bien qu'aucune charte de déontologie ne peut être souscrite⁶⁹⁸ ».

La loi de finances n° 2011-1977 pour 2012 du 28 décembre 2011 a tiré les conséquences de l'inapplicabilité totale du premier texte et l'a corrigé.

§3. Le cadre légal de la profession de monteur après la loi de finances pour 2012⁶⁹⁹.

La réglementation de la profession de monteur a donc été initiée dans un premier temps par des textes avec des règles exclusivement fiscales, puis elle s'est poursuivie avec la loi de finances pour 2012 qui a permis l'élaboration d'une Charte éthique, imposant des obligations et des règles de bonne conduite pour les monteurs.

La loi, son décret d'application (A.) et une charte professionnelle (B.) fixent dorénavant les obligations de ce dernier. Les monteurs doivent s'engager à respecter la charte de déontologie qui mentionnent des règles de bonne conduite de la profession.

⁶⁹⁷ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1024 sur la fiscalisation des investissements outre-mer, présenté par MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER, op. cit., p 110.*

⁶⁹⁸ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit., p.107.*

⁶⁹⁹ *Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.*

A. Le décret

La loi de finances pour 2012 a mis en place des dispositions sur la profession de monteur qui sont encore en vigueur à ce jour et ont été complétées depuis. Ainsi, notamment, la distinction entre le CIF et le non CIF est supprimée. Un décret d'application est publié le 12 février 2015⁷⁰⁰, finalisant de façon autonome le statut de la profession de monteur d'opérations en défiscalisation outre-mer. Il prévoit diverses obligations déclaratives (I.) ainsi que des obligations de mise en concurrence (II.)

I. Les obligations déclaratives

Le décret vise principalement à obliger à des déclarations les monteurs sur les opérations réalisées aux fins d'obtenir des informations relatives au véhicule fiscal (dénomination, forme juridique, siège social, noms et adresses des associés/investisseur, etc.), aux entreprises exploitantes (mêmes informations que pour les véhicules fiscaux), aux investissements eux-mêmes (nature, montant, situation), aux données financières (base défiscalisable, part de l'avantage fiscal rétrocedé).

II. Les obligations de mise en concurrence

Ce décret prévoit, désormais, pour les investissements dont le montant les conditionne à l'agrément préalable du ministre chargé du budget, et qui seront exploités par une société dont plus de 50 % du capital sont détenus par une ou plusieurs personnes publiques, une mise en concurrence obligatoire des cabinets monteurs dans le cas de l'intervention éventuelle de l'un d'eux. Cette mise en concurrence vise le « respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats⁷⁰¹ ».

⁷⁰⁰ Décret n°2015-149 du 10 février 2015 relatif aux obligations déclaratives et à la mise en concurrence des intermédiaires en défiscalisation outre-mer.

⁷⁰¹ CGI, art. 171 BL, annexe II, créé par le décret n°2015-149 du 10 février 2015, art. 1.

B. La charte de déontologie annexée

La charte de déontologie publiée en annexe au décret du 10 février 2015, n'énumère pas les principales fonctions exercées par les monteurs en défiscalisation outre-mer, mais précise à quelles conditions doit satisfaire le cabinet pour pouvoir exercer l'activité de monteur (I.), fixe les principes généraux de la profession (II.) et précise certaines obligations des monteurs en défiscalisation (III.).

*I. Les conditions d'exercice*⁷⁰²

La charte reprend les dispositions de l'article 242 *septies* du CGI qui obligent les monteurs à s'inscrire sur un « registre tenu par le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité dans lequel cette entreprise a son siège social ». Elle rappelle que les cabinets doivent justifier d'une aptitude professionnelle de leurs dirigeants, qui, en outre, doivent avoir un casier judiciaire n°3 vierge, de la souscription d'une assurance de responsabilité civile professionnelle, de leur régularité fiscale et sociale et d'une certification annuelle d'un commissaire aux comptes. Elle prévoit également que les cabinets doivent s'engager en signant cette charte.

*II. Les principes généraux*⁷⁰³

La charte poursuit en posant divers principes généraux de la profession visant à écarter les conflits d'intérêts potentiels (a.), relatifs au montage des opérations (b.) et à leurs mandats sociaux auprès des véhicules fiscaux (c).

a. L'évitement des conflits d'intérêts

La charte cite plusieurs situations que le monteur doit éviter afin de ne pas se trouver en conflit d'intérêts sur une opération. Ainsi, il ne peut ni détenir d'intérêts, ni assurer la direction d'une entreprise exploitante. Par ailleurs, il ne peut ni percevoir,

⁷⁰² Charte de déontologie, *op.cit.*, I.- Préambule.

⁷⁰³ Charte de déontologie, *op.cit.*, II.- Principes généraux.

ni verser de rémunération à un quelconque intermédiaire⁷⁰⁴, dans le but d'obtenir ou d'effectuer une opération. Par exemple, il ne peut pas verser une commission à un fournisseur pour obtenir de financer l'investissement de l'un des clients de celui-ci.

Sa rémunération doit être uniquement la résultante de sa prestation de montage, de syndication des fonds et de la gestion des opérations pendant leur durée de portage.

b. La vérification de l'intérêt et la faisabilité du projet

La charte édicte les points qui doivent conduire le monteur à effectuer ou non une opération. Il s'agit de faire une analyse équivalente à celle dévolue à l'administration fiscale dans le cadre des agréments : le projet doit avoir un intérêt économique pour le DROM-COM, le prévisionnel d'activité de l'entreprise exploitante doit laisser envisager une pérennité de celle-ci au minimum sur la durée normale d'utilisation de l'investissement. Mais aussi, le monteur doit opérer certaines vérifications : l'exploitant doit justifier de l'origine des fonds qu'il apporte au financement du projet et avoir la capacité de s'engager.

c. Le respect des obligations liées au mandat social

Les obligations liées au mandat social du monteur sont également abordées, il doit veiller à ce que le véhicule fiscal qu'il a constitué, lorsqu'il en est le dirigeant, soit à jour de toutes ses obligations fiscales, comptables et sociales, se rémunérer au fur et à mesure de sa mission, et, s'il mandate des sous-traitants, s'assurer de leurs compétences.

III. Les divers engagements des monteurs

Diverses obligations sont imposées aux monteurs tant au niveau des investisseurs (a.) que des exploitants (b.) et de l'administration fiscale (c.)

⁷⁰⁴ Autre qu'un apporteur d'affaires dûment déclaré comme tel.

*a. Les engagements vis-à-vis des investisseurs*⁷⁰⁵

La charte donne la définition du terme « syndication » comme étant « l'opération consistant à regrouper et organiser l'intervention des investisseurs fiscaux, dans les opérations d'investissements », et développe ainsi les relations que doivent avoir les monteurs avec les investisseurs fiscaux tant en termes d'information (1.) que d'assistance (2.).

1. L'information complète

Les monteurs doivent aux investisseurs fiscaux une « présentation claire et exhaustive des opérations fiscales proposées », une information complète sur les conditions pour bénéficier de la défiscalisation et les risques y attachés, mais aussi la fourniture d'une assistance leur permettant de faire les calculs nécessaires pour obtenir leur réduction d'impôts tout en restant dans la limite des plafonds légaux. Et ce, soit directement, soit indirectement lorsque l'opération est présentée par un intermédiaire prestataire en service d'investissements (PSI), ou un CIF.

2. L'assistance

Les monteurs doivent fournir aux investisseurs tous éléments de nature à les aider à répondre aux interrogations de l'administration fiscale, le cas échéant. Une assistance indirecte est également fournie aux investisseurs par les monteurs, car ceux-ci doivent veiller à la sauvegarde des intérêts du véhicule fiscal lorsque l'entreprise locataire est défaillante et/ou au remplacement du matériel loué pour maintenir l'avantage fiscal.

*b. Les engagements vis-à-vis des exploitants*⁷⁰⁶

La Charte s'attache aussi à mettre en avant certaines obligations des monteurs vis-à-vis des entreprises exploitantes tant en termes d'information (a.) que de vérification (b.).

⁷⁰⁵ Charte de déontologie, *op.cit.*, IV.- Relations avec les investisseurs fiscaux.

⁷⁰⁶ Charte de déontologie, *op.cit.*, V.- Relations avec les exploitants.

1. L'information complète

De la même façon que pour les investisseurs, les monteurs doivent aux exploitants une présentation claire de l'opération, à savoir : une proposition financière explicite tenant compte des rétrocessions des aides publiques, le rappel des obligations relatives aux entreprises exploitantes auxquelles celles-ci s'engagent contractuellement, les risques y attachés et les sanctions à défaut de leur respect.

2. Les vérifications

Les monteurs s'assurent de la régularité fiscale et sociale de l'exploitant ainsi que de l'origine des fonds qu'il est susceptible d'apporter dans l'opération.

*c. Les engagements vis-à-vis de l'administration*⁷⁰⁷

Outre les informations qu'ils se doivent de délivrer aux investisseurs et exploitants sur les sanctions encourues en cas de fourniture de renseignements inexacts, les monteurs doivent répondre aux interrogations des services de l'Etat métropolitains et ultramarins.

Il convient de noter que la charte de déontologie ne prévoit aucune sanction en cas de non-respect de l'une ou l'autre de ses règles. Cela limite donc, en l'état, grandement sa portée juridique. C'est pourquoi, il sera évoqué plus loin la nécessité de poursuivre la réglementation de la profession.

Section 2. L'évolution de la profession sans contradiction avec celles d'autres professions réglementées

Il apparaît que le placement des titres des véhicules fiscaux fait partie des missions du monteur en défiscalisation, en effet, la charte prévoit que les opérations de financement puissent être présentées par des intermédiaires (CIF par exemple), mais seulement comme une alternative,⁷⁰⁸ et non comme une obligation.

⁷⁰⁷ Charte de déontologie, *op.cit.*, VI.- Relations avec l'administration

⁷⁰⁸ Charte de déontologie, *op.cit.*, « lorsque l'opération d'investissement a été présentée aux investisseurs fiscaux par l'intermédiaire [...] de conseillers en investissements financiers ».

Il paraît difficilement concevable que des dispositions légales puissent régir expressément le cas des monteurs en défiscalisation outre-mer effectuant eux-mêmes la commercialisation des droits sociaux émis par les véhicules d'investissements alors qu'une telle prestation serait interdite par d'autres textes. Et ce d'autant plus, que la loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 pouvait amener à une certaine confusion sur ce point.

Toutefois la question peut tout de même se poser à propos de cette commercialisation de droits sociaux, à savoir si elle ne met pas les monteurs en défiscalisation en infraction avec les textes régissant les PSI et CIF, de par la manière dont ils les délivrent aux investisseurs (§1), ou de par la nature des droits sociaux eux-mêmes qui sont des parts sociales ou des actions, pour ces dernières, dans le cas des véhicules fiscaux portant des opérations soumises à agrément (§2).

§1. La délivrance conforme de l'information

Le statut de CIF s'impose au professionnel qui pratique le conseil en investissement, service d'investissements listé à l'article L.321-1 du CMF. Ce service est défini au paragraphe 4 de l'article D.321-1 du CMF, comme :

« Le fait de fournir des recommandations personnalisées à un tiers, soit à sa demande, soit à l'initiative de l'entreprise qui fournit le conseil, concernant une ou plusieurs transactions portant sur des instruments financiers ou sur une ou plusieurs unités mentionnées à l'article L.229-7 du Code de l'environnement ».

Selon l'article 314-43 du RGAMF, par « recommandations », il faut entendre toutes préconisations portant sur la réalisation d'une opération relevant notamment de l'achat, la vente, la souscription, l'échange, le remboursement ou la détention d'un instrument financier particulier. Cet article précise que la recommandation peut être explicite ou résulter de l'émission d'un avis, d'une opinion ou d'un jugement de valeur sur l'opportunité d'acheter, de souscrire ou de vendre un instrument financier particulier. Il ajoute encore que la recommandation s'oppose à la simple fourniture d'une information à la demande du client.

Il résulte de cette définition que le conseil en investissement est censé permettre à l'investisseur d'effectuer un choix parmi une gamme de produits ou services. Pour ce faire, le conseil doit comprendre non seulement un diagnostic des objectifs et des besoins du client, mais aussi un examen de sa capacité de financement ou de placement, avant de recommander un produit, non sans avoir au préalable exposé précisément les coûts et profits possibles de chacun d'eux⁷⁰⁹.

Or, lorsqu'il commercialise les droits sociaux des véhicules d'investissements, le monteur en défiscalisation outre-mer ne réalise pas une prestation de conseil en investissement puisqu'il ne recommande pas à l'investisseur un produit qui lui paraît plus adapté dans une gamme qui lui aurait préalablement présentée. La charte de déontologie indique que

« le monteur en défiscalisation outre-mer veille à fournir aux investisseurs fiscaux : [...] les éléments ainsi que l'assistance nécessaire leur permettant de calculer le montant de l'avantage fiscal auquel ouvre droit leur participation à l'opération d'investissement, compte tenu le cas échéant des règles de plafonnement ⁷¹⁰».

Il existe une différence importante entre délivrer une information sur une opération d'investissement en défiscalisation outre-mer qui relève clairement de la responsabilité du monteur d'opérations en défiscalisation outre-mer, et fournir une recommandation personnalisée, qui consiste à donner un conseil à l'investisseur sur l'opportunité d'acquérir un instrument financier.

L'obligation d'information, édictée par la charte de déontologie, que doit le monteur en défiscalisation outre-mer, porte à la fois sur les conditions de souscription, de détention et de rétrocession des droits sociaux proposés, et aussi sur la réduction d'impôt attendue et encore sur les risques fiscaux, juridiques et financiers inhérents à ce produit spécifique. En conséquence, le monteur en défiscalisation outre-mer ne délivre pas de conseils en investissement au sens de l'article L.321-1 du CMF.

⁷⁰⁹ *Jurisclasseur Banque Crédit Bourse*, fasc. 1562 : « Conseiller en investissements financiers », n° 6 et 10.

⁷¹⁰ Charte de déontologie, *op.cit.*, IV.- Relations avec les investisseurs fiscaux.

Par ailleurs, en vertu des dispositions des articles 314-43 du RGAMF et D. 321-1 du CMF, le « conseil en investissement » tout autant que « la recommandation personnalisée » portent sur des instruments financiers exclusivement, cela exclut également, *de facto*, la commercialisation des parts sociales qui ne constituent pas un instrument financier au sens de l'article 211-1 du CMF, mais pourrait concerner les actions.

§2. La possible commercialisation des droits sociaux

La nature des droits sociaux se divise principalement en deux grandes catégories : les actions (A.) et les parts sociales (B.).

A. Les actions

Les actions de société font partie de la liste des instruments financiers⁷¹¹.

Comme cela a été vu précédemment⁷¹², le placement de titres financiers, au sens de l'article L.321-1 du CMF, suppose l'intervention d'un professionnel qui recherche de façon directe ou indirecte, pour le compte d'un émetteur ou d'un cédant d'instruments financiers qui le rémunère, des souscripteurs ou acquéreurs.

Il résulte qu'en commercialisant directement auprès des investisseurs fiscaux les droits sociaux des véhicules d'investissements qu'ils ont préalablement constitués, les monteurs en défiscalisation outre-mer ne sont pas en infraction avec les textes régissant les professions de PSI et de CIF. Et lorsque le monteur délègue le placement desdits titres financiers à un intermédiaire, ce dernier, seul, doit appliquer la réglementation à laquelle il est lui-même soumis.

En tout état de cause, la charte de l'activité de monteur en défiscalisation outre-mer permet expressément le placement des droits sociaux des structures sociétaires constituées par lui-même, dont les actions de SAS, sans qu'il y ait lieu de se placer sous une réglementation spécifique liée au placement d'instrument financier.

⁷¹¹ CMF, art. L211-1.

⁷¹² Cf. Partie 1. Titre 2. Chapitre 2. Section 1. §1. B.

B. Les parts sociales

Les SNC représentent la grande majorité des véhicules d'investissements constitués par les monteurs.

Comme cela a déjà été évoqué⁷¹³, après la promulgation de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne ayant encadré la profession d'intermédiaire en biens divers, la question s'est posée de savoir si les parts de SNC devaient être considérées comme des biens divers et donc relever de la nouvelle réglementation relative à ces derniers⁷¹⁴.

Le comité juridique de l'ANSA a répondu par la négative⁷¹⁵. Cette position a été relayée par la jurisprudence⁷¹⁶, et par la commission des sanctions de l'AMF qui indique que des opérations doivent être qualifiées d'opérations sur biens divers, au sens de l'article L. 550-1 du CMF, notamment, dès lors que les associés (cas d'une SEP) sont titulaires d'un droit à une fraction de l'actif à partager constitué en commun, et n'acquièrent qu'une quote-part indivise dudit actif, l'opération ne donnant aux participants aucun droit à l'attribution en propriété ou en jouissance de parties déterminées d'un ou plusieurs immeubles bâtis⁷¹⁷.

La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation a finalement consacré cette position selon laquelle l'acquisition de parts sociales de SNC ne constituent pas un placement en biens divers en introduisant cette nouvelle exception à la liste de ces derniers mentionnée par l'article L. 550-1, IV du CMF. Les propositions portant sur des instruments financiers et parts sociales, c'est-à-dire tous les droits sociaux, sont exclus du régime relatif aux biens divers.

Finalement les monteurs en défiscalisation outre-mer ne sont pas soumis à la réglementation des CIF ou PSI ni de par les modalités de leurs prestations, ni de par

⁷¹³ Cf. Partie 1. Titre 2. Chapitre 2. Section 1. §1. A.

⁷¹⁴ CMF, art. L.550-1 et s..

⁷¹⁵ ANSA. *Sanction du placement dans le public de parts de sociétés de personnes*, 6 mars 2013, n°13-015.

⁷¹⁶ CA Versailles, 24 novembre 2015, n°14/08403.

⁷¹⁷ AMF. *Décision de la Commission des sanctions du 23 juillet 2013 à l'égard de la société Solabios*, SAN-2013-17.

la nature des droits qu'ils commercialisent et en conséquence ne sont pas soumis à l'autorité de contrôle de l'AMF.

Cependant, un débat a eu lieu lors d'une séance à l'assemblée nationale en date du 24 avril 2013 sur la question de l'autorité de contrôle de la profession de monteur, entre les membres de cette profession, à l'occasion de l'établissement du rapport d'information sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation aux outre-mer en présence de certains monteurs en défiscalisation⁷¹⁸. Ce débat a montré une divergence d'opinion sur l'organisme qui devrait chapeauter la profession. Certains estimaient que les monteurs vendant des actions de sociétés, soit des instruments financiers, devraient relever *de facto* du CMF et, ainsi, de l'agrément délivré par l'ACP. Qu'un « tel organisme de contrôle chapeaute la réglementation de notre profession et assure le suivi périodique des opérations⁷¹⁹ », il résulterait une moralisation de la profession, une amélioration de l'image de celle-ci et une sécurisation des investisseurs. D'autres répondaient qu'il ne fallait pas reproduire la situation qui s'était présentée deux années auparavant auprès de l'ORIAS qui s'était déclaré incompétent pour intégrer les monteurs à son registre, ces derniers ne répondant pas au cahier des charges de référencement dans celui-ci. Que les monteurs n'étant pas des établissements financiers ils encourraient une réponse similaire de l'AMF. Le rapporteur de la Commission des finances avait finalement relevé qu'il y avait là un véritable intérêt pour les futures discussions relatives à la moralisation de la profession.

Au moment de ces débats, une démarche avait déjà été initiée vers une réglementation de la profession avec la Charte de déontologie.

Section 3. La possible évolution vers une réglementation effective

Les critères pour réglementer une profession ont fait l'objet de deux directives notables de l'Union européenne. Une première directive de 2005 a donné la définition

⁷¹⁸ ASSEMBLEE NATIONALE. Délégation aux Outre-mer. *Compte rendu n°16, Présidence de M. Jean-Claude FRUTEAU*, 24 avril 2013.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p.8.

d'une profession réglementée et la deuxième de 2018 est venue préciser les objectifs et critères requis pour sa modification ou sa mise en place (§1). Ces dispositions pourraient s'appliquer en grande partie à la profession de monteurs en opérations de défiscalisation qui semble respecter ces critères et objectifs (§2).

§1. Les préalables à la réglementation d'une profession selon l'Union européenne

Une profession réglementée est selon une directive européenne de 2005 :

« une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession de qualifications professionnelles déterminées; l'utilisation d'un titre professionnel limitée par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives aux détenteurs d'une qualification professionnelle donnée constitue notamment une modalité d'exercice⁷²⁰ »

Une autre directive européenne de 2018 rappelle que les Etats membres sont compétents afin de décider des professions à réglementer « dans les limites des principes de non-discrimination et de proportionnalité⁷²¹ ».

Ainsi, les dispositions doivent être non-discriminatoires et justifiées par des objectifs ou des raisons impérieuses d'intérêt général (A.). Quant à la proportionnalité des dispositions, elle doit être examinée notamment pour vérifier que la restriction d'accès à une profession induite par une réglementation est appropriée à l'objectif poursuivi, son incidence sur le choix des consommateurs et sur la qualité du service fourni, ou encore pour s'assurer qu'il n'y a pas de possibilité de recourir à des moyens moins restrictifs (B.).

⁷²⁰ Directive (CE) 2005/36 du parlement européen et du conseil, 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles. Article 3. 1. a).

⁷²¹ Directive (UE) 2018/958 du parlement européen et du conseil, 28 juin 2018, relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions. Considérant (2).

A. Les raisons impérieuses des objectifs d'intérêt général

La directive précitée reprend les objectifs d'intérêt général tels que désignés par le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne⁷²². Ces objectifs sont le maintien de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique.

Les raisons impérieuses sont quant à elles définies par la jurisprudence de la Cour de justice européenne et sont, notamment, la protection des consommateurs, des destinataires de services, la protection de la bonne administration de la justice, la lutte contre la fraude et la prévention de la fraude et de l'évasion fiscales, la sauvegarde de l'efficacité des contrôles fiscaux⁷²³.

En tout état de cause, cette jurisprudence rejette de cette définition les motifs purement économiques, ainsi que purement administratifs, comme la réalisation de contrôles ou la collecte de statistiques.

B. Le principe de proportionnalité

Le principe de proportionnalité est l'un des principes généraux du droit de l'Union. Il implique que les mesures nationales nouvelles ou modifiées limitant l'accès à des professions réglementées ou leur exercice, c'est-à-dire limitant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le TFUE, ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt général⁷²⁴. Cette proportionnalité doit non seulement être examinée au moment de la mise en place des mesures, mais aussi, par la suite, pour mesurer leurs réels effets.

Il résulte de ce qui précède que la directive préconise une liste de critères d'évaluation de cette proportionnalité. Notamment, tout Etat devrait tenir compte des risques pour les bénéficiaires des services concernés, par exemple, du décalage de

⁷²² TFUE, 2012C 326/01, 26 octobre 2012 (version consolidée).

⁷²³ CJCE, Grande chambre, 6 mars 2007, C-338/04, affaire Placanica, note de Diane GRISEL. « Arrêt Placanica : un pas supplémentaire vers la libéralisation du marché des paris et des jeux de hasard » Centre d'études juridiques européennes. Actualités. [en ligne], 20 mars 2017. Disponible à l'adresse : <https://www.ceje.ch/fr/actualites/libre-circulation-des-marchandises-et-des-services/2007/03/arret-placanica-un-pas-supplementaire-vers-la-liberalisation-du-marche-des-paris-et-des-jeux-de-hasard/>

⁷²⁴ Directive (UE) 2018/958 du parlement européen et du conseil du 28 juin 2018 relative à un contrôle de proportionnalité avant l'adoption d'une nouvelle réglementation de professions, considérant (3).

connaissances et de compétences entre le professionnel et le consommateur. Puis, il devrait porter une attention particulière à l'adéquation des responsabilités et enjeux résultant de la pratique de la profession avec le niveau de qualification requis, la formation à suivre pour maintenir les compétences nécessaires, le degré d'autonomie, et encore avec la possibilité de partage ou d'échange de l'information avec d'autres professionnels. Enfin, tout Etat devrait veiller à ce que ces nouvelles mesures ou modifications de celles-ci soient compatibles avec d'autres exigences déjà existantes résultant, par exemple, d'organismes professionnels déjà en place (ordre, etc.), d'éthique professionnelles (code de déontologie, etc.), d'incompatibilité professionnelle, etc.

§2. La réglementation de la profession de monteur

La plupart des professions règlementées sont régulées dans les pays de l'OCDE notamment en termes de nombre d'opérateurs admis sur le marché, de contraintes d'installation et de restrictions à la liberté de tarification de leurs services. Ces régulations se justifient, entre autres, dans les cas où l'asymétrie d'informations sur le service ou le produit proposé est importante et patente entre le professionnel et son client. En effet, cela implique un contrôle accru des professionnels entrants et des sanctions dissuasives pour des services de mauvaise qualité.

L'Etat français a dû nécessairement faire cette approche d'objectif d'intérêt général et de proportionnalité puisqu'il a commencé à prévoir, avec l'article 85 de la loi de finances pour 2012⁷²⁵, des obligations, pour la profession de monteur en opérations de défiscalisation, correspondant à celles de professions règlementées.

La question se pose donc de savoir si les dispositions existantes sont propres à garantir la poursuite de l'objectif poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier (A.). En outre, ce travail de réglementation reste à parfaire en restant dans ce même cadre (B.).

⁷²⁵ Loi n°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

A. Le respect des objectifs d'intérêt général et de proportionnalité par la Charte de déontologie

Au travers de tous les aspects de la défiscalisation qui ont été présentés et de la confusion, ou tout au moins du manque de lisibilité, des textes législatifs qui est régulièrement présente, il semble évident que le consommateur/investisseur puisse rapidement être perdu et ne pas bien comprendre la portée de son engagement dans une opération de défiscalisation. Les monteurs en opérations de défiscalisation jouent, de ce fait, un rôle important dans le sens où ces professionnels concourent à une optimisation de la sécurité fiscale et juridique nécessaire à la bonne réalisation des opérations.

Cette intervention a également un rôle économique important pour les régions ultramarines puisqu'elle permet de pérenniser jusqu'à ce jour un flux régulier de capitaux vers celles-ci.

En outre, ces fonds, même s'ils ne transitent pas par les caisses de l'Etat, n'en demeurent pas moins des fonds publics. En effet, il s'agit d'un impôt sur le revenu à la collecte duquel renonce l'Etat, dès lors que les sommes y attachées sont affectées à des opérations d'investissements outre-mer dans le cadre des dispositions légales le prévoyant.

Enfin, les fraudes relatives à la défiscalisation ont été diminuées du fait de tous les contrôles que les monteurs ont opérés au fur et à mesure de l'évolution de la loi et ce préalablement à la réalisation des opérations.

Compte tenu de ce qui précède et des enjeux pour les investisseurs, pour les régions ultramarines et pour l'administration fiscale, réglementer la profession semble répondre à l'objectif d'intérêt général préalable qui est nécessaire.

Par ailleurs, la Charte de déontologie prévoit la nécessité d'une inscription obligatoire sur un registre tenu par un représentant de l'Etat et, ce, après avoir justifié de l' « aptitude professionnelle des dirigeants et des associés », présenté « pour chacun des dirigeants et associés, un bulletin n° 3 du casier judiciaire vierge de toute condamnation », signé « une charte de déontologie », contracté « une assurance

contre les conditions pécuniaires de leur responsabilité civile professionnelle⁷²⁶ ». De plus, elle ajoute à ces diverses obligations, celles qui ont été détaillées précédemment relatives à l'information de l'investisseurs, de l'entreprise exploitante et la relation des monteurs avec l'administration fiscale⁷²⁷.

Toutes ces obligations correspondent à celles requises pour les professions dites « règlementées » et qui paraissent proportionnées à l'objectif d'intérêt général.

B. Les mesures à prendre

La définition des monteurs est donnée par les articles du CGI, mais la description de leurs principales fonctions figure dans la Charte de déontologie précitée. Dans sa rédaction actuelle, cette dernière appelle, d'ores et déjà, à des ajustements dans sa forme. (I.)

En outre, elle met en place diverses obligations, mais pour certaines insuffisamment précises (II.). Par ailleurs, si des obligations sont prévues, il n'est pas fait mention de l'entité en charge de vérifier leur application, ni des sanctions à défaut de leur respect, points auxquels pourrait répondre la mise en place d'une organisation professionnelle dédiée (III.).

I. Les ajustements de pure forme de la charte existante

Les différents articles du CGI relatifs à la profession de monteurs en donnent la définition, mais ne reprennent pas la description des principales fonctions de celle-ci qui est donnée par la Charte. Il résulte que la Charte qui cite les articles du CGI devient obsolète dans ses citations dès lors que lesdits articles évoluent dans leur rédaction.

Ainsi, le 1^{er} janvier 2019, l'article 242 *septies* du CGI a évolué dans sa rédaction et, notamment, oblige les monteurs à « Contracter une assurance contre les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile professionnelle couvrant tous les risques

⁷²⁶ Charte de déontologie, *op.cit.*, I. Préambule.

⁷²⁷ Cf. Partie 2. Titre 2. Chapitre 1. Section 1. §3. B. III.

afférents au montage des opérations réalisées pour le bénéfice des avantages fiscaux». Cette nouvelle obligation n'est donc pas mentionnée dans la Charte qui retranscrit dans son préambule ledit article 242 *septies* du CGI dans sa version en vigueur du 30 décembre 2011 au 1^{er} juillet 2014. Il conviendrait, en conséquence, d'établir dans la Charte la liste des articles du CGI liés et d'y renvoyer, plutôt que de les citer, en précisant que ces derniers sont un tout indivisible avec ladite Charte et d'ajouter quel texte prédominerait sur l'autre en cas de contradiction (la Charte ou le CGI) afin d'éviter tous litiges à ce sujet.

Par ailleurs, le décret oblige à ce que la Charte soit signée, pourtant, il suffirait d'indiquer que la Charte s'applique aux Monteurs dès lors qu'ils sont inscrits sur le registre tenu par le représentant de l'Etat. En effet, elle s'imposerait de plein droit à ceux-ci comme n'importe quel autre texte de loi dès sa publication au journal officiel.

II. Les dispositions de la charte à préciser

Des précisions doivent être apportées à la Charte de déontologie, en effet, celle-ci prévoit l'obligation d'une aptitude professionnelle dans des termes très généraux (a.), de la même façon, elle indique que l'activité de monteur doit être exercée à titre principal, mais sans préciser de niveau ou de critères à partir desquels la notion de « principal » est atteinte (b.) et enfin, elle interdit diverses activités liées très limitées, sans tenir compte d'autres activités moins directement liées à la défiscalisation, mais avec des risques de conflits d'intérêts (c.).

a. L'aptitude professionnelle⁷²⁸

Compte tenu des évolutions législatives régulières, une simple aptitude professionnelle du dirigeant et des associés du cabinet monteur comme prérequis à son inscription sur le registre des professionnels monteurs ne paraît pas suffisante. En effet, les monteurs doivent suivre de près les modifications législatives régulières et leurs effets éventuels sur leur mode de fonctionnement en cours, afin de déterminer rapidement si des ajustements s'imposent.

⁷²⁸ Charte de déontologie, *op.cit.*, I. Préambule 1°.

L'obligation de suivre un contingent annuel d'heures de formation professionnelle répondrait à cette obligation de maintien de compétences des monteurs.

Par ailleurs, comme cela a été vu précédemment, l'activité de monteur s'accompagne de la mise en place d'un contractuel complexe avec divers acteurs (exploitant, banque, etc.) ; mais aussi, consiste à être mandataire social du véhicule fiscal, ce dont il résulte la tenue d'une comptabilité, des déclarations fiscales et encore du suivi juridique (création de la personne morale, assemblées, générales, etc.) et la nécessité soit de suivre lui-même ces activités diverses, soit d'employer des salariés pour ce faire, soit encore de sous-traiter *via* des professionnels spécialisés (experts-comptables, avocats ou autres).

En tout état de cause, il conviendrait que soit précisé lesquels de ces domaines d'activité doit englober l'aptitude professionnelle et lorsqu'elle n'existe pas de quels moyens doit se doter le monteur pour y remédier.

Par ailleurs, l'aptitude professionnelle devrait être mieux définie sur sa forme : diplôme particulier, niveau d'études, années d'expérience dans le domaine, etc. En effet, cela permettrait d'avoir une base de prérequis définie par lesdits diplômes ou l'expérience professionnelle qui serait équivalente pour tous les monteurs et qui serait gage, *a priori*, de façon uniforme, de leurs compétences et donc de sécurité dans ce domaine complexe de la défiscalisation.

*b. L'exercice de l'activité à titre principal*⁷²⁹

La Charte indique que les monteurs doivent exercer à titre principal cette activité et liste diverses situations pour lesquelles ils doivent éviter de se trouver en conflits d'intérêts pour une opération. Ces notions sont là encore insuffisamment précises. Il n'est pas indiqué jusqu'à quel niveau il peut être considéré que les monteurs exercent cette activité à titre principal et sur quelle base elle est déterminée.

Plusieurs approches de l'activité principale existent. Ainsi, lorsqu'un exploitant cumule plusieurs activités professionnelles, la « principale s'entend normalement de

⁷²⁹ Charte de déontologie, *op.cit.*, III. Principes généraux, al. 2.

celle qui constitue pour le redevable l'essentiel de ses activités économiques, même si elle ne dégage pas la plus grande part de ses revenus (cas de l'entreprise déficitaire)⁷³⁰ ». Si les activités ont une importance équivalente, il convient de vérifier pour chacune le temps et les moyens qui y sont consacrés. Pour certaines activités comme les activités agricoles, l'approche est faite par les activités dites accessoires. Deux seuils sont considérés et selon la première occurrence atteinte. Ces activités accessoires ne doivent pas dépasser un certain taux de l'activité globale et, en outre, ne doivent pas dépasser un montant de recette en valeur absolue⁷³¹.

Les monteurs communiquent beaucoup sur le montant d'investissements que les opérations qu'ils mettent en place permettent de réaliser⁷³². Cependant, afin d'éviter d'avoir à entrer dans des considérations laissant place à l'interprétation et aux litiges pouvant en découler, l'approche du type des activités agricoles, c'est-à-dire par le chiffre d'affaires, semble être celle la plus à même d'établir le caractère principal de cette activité de monteur. Compte tenu de la complexité de la profession, des compétences à mobiliser et ainsi du nécessaire caractère principal de l'activité, un taux minimum de chiffre d'affaire y attaché, assez élevé, serait justifié.

*c. L'exercice de l'activité incompatible avec d'autres professions*⁷³³

La Charte interdit d'ores et déjà un certain nombre d'activités aux monteurs estimant que ces dernières représentent un conflit d'intérêts potentiel. Il convient de noter que ces activités interdites sont en lien avec celle de monteur, en effet, par exemple, celui-ci ne doit pas avoir d'intérêts dans une entreprise qui fournit l'investissement.

⁷³⁰ BOI-PAT-ISF-30-30-10-30-20120912 §10.

⁷³¹ BOI-BA-CHAMP-10-40-20180704 §160.

⁷³² « a ainsi levé près de 100 mi € auprès d'investisseurs fiscaux français dans le cadre de ses activités Girardin » Inter Invest, « Inter Invest lance son fonds de dotation Inter Invest Solidarité Outre-mer » [en ligne], 2019, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.inter-invest.fr/communiqués/inter-invest/00171/inter-invest-lance-son-fonds-de-dotation-inter-invest-solidarite-outre-mer> ; « 150.000.000€ d'investissements réalisés [...] en loi Girardin » Ecofip, « Ecofip en chiffres » [en ligne], 2019, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.ecofip.com/ecofip-en-chiffres/>.

⁷³³ Charte de déontologie, *op.cit.*, III. Principes généraux, al. 5 et 6.

Or, ce conflit d'intérêts peut tout à fait exister sur d'autres activités liées aux opérations de défiscalisation. En effet, ces dernières nécessitent, notamment, des crédits et la collecte de fonds auprès d'investisseurs pour compléter le plan de financement des investissements. Il résulte que toute activité financière ou de conseils en investissement du monteur qui interviendrait pour l'un ou l'autre de ces besoins représenterait *de facto* un conflit d'intérêts potentiel. Il est effectivement envisageable que ces activités ne soient pas menées en totale autonomie, sans interaction avec l'intérêt du monteur à réaliser le montage des opérations. Par exemple, alors qu'une recommandation personnalisée auprès de l'investisseur fait partie de l'activité de CIF⁷³⁴, il est difficile de concevoir que ce dernier proposerait d'autres produits aux investisseurs plus adaptés à leurs situations ou leur profil que celui de l'opération de défiscalisation outre-mer qu'il monterait.

Par ailleurs, de nombreuses professions règlementées sont, elles aussi, soumises à des codes éthiques et des règles de fonctionnement. Poser clairement la notion d'incompatibilité avec celles-ci écarterait de possibles contradictions avec ceux édictés pour l'activité de monteurs.

Enfin, et cela est un point crucial, cette interdiction de cumul d'activités susceptible de conflits d'intérêts éviterait de créer une confusion dans l'esprit de l'investisseur/consommateur relative au professionnel qui lui délivrerait sa prestation. En effet, en cas de litige, il est difficile de savoir pour lui devant quel ordre ou organisation professionnelle il peut porter ledit litige ou encore, s'il souhaite aller directement sur le plan judiciaire, quelle juridiction peut être saisie. En effet, si l'activité de monteur est aujourd'hui une activité commerciale relevant de la compétence du tribunal de commerce, adjointe à une profession libérale, le doute pourrait exister puisque dans ce dernier cas la juridiction compétente est le Tribunal de Grande Instance⁷³⁵. Cela amènerait, nécessairement et préalablement, à identifier clairement l'origine du conflit, à préciser de quelle activité il résulte (montage de

⁷³⁴ *CMF*, art. D. 321-1.

⁷³⁵ *Code de commerce*, art. L 721-3 et s.

l'opération, conseil pour y souscrire, etc.) sans pour autant être certain que la juridiction saisie ne s'estime malgré tout incompétente.

III. La mise en place d'une organisation professionnelle dédiée

La lecture des textes n'est pas la même pour tous, en ce compris les tribunaux qui ne tranchent pas toujours dans le même sens pour un même litige, comme cela a pu être développé à plusieurs reprises. Il résulte une concurrence déloyale basée sur des analyses divergentes de textes, certains ayant une lecture plus restrictive que d'autres, et des investisseurs perturbés dans leur choix du fait de cette discordance de voix.

Il paraît donc indispensable d'organiser la profession de telle sorte qu'*a minima*, les acteurs se concertent et déterminent une position commune. Les prémices d'une telle organisation ont été initiés en 2004 (a.) mais sans suite alors qu'il existe une nécessité d'aboutir à cette organisation professionnelle (b.).

a. Les prémices d'une organisation

Un groupement d'intérêts économiques - ingénierie financière outre-mer - GIFOM⁷³⁶ - a été créé en 2004 et actif pendant 11 ans, ils regroupaient plusieurs monteurs en opération de défiscalisation « représentant 60 % du flux d'investissement sous agrément et 30 % du flux de plein droit ⁷³⁷ » en 2013.

Ce groupement connu et reconnu a été auditionné lors de la rédaction de divers rapports d'informations⁷³⁸. Dans un rapport de 2013⁷³⁹, son nom est cité à 16 reprises. Il est interrogé sur divers thèmes : le rétrécissement de la cible des contribuables susceptibles de venir sur les opérations de défiscalisation, notamment par l'éviction

⁷³⁶ L'information est présentée sur le site « [societe.com](https://www.societe.com/societe/group-inter-eco-ingeni-financ-outre-m-478584311.html) ». [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.societe.com/societe/group-inter-eco-ingeni-financ-outre-m-478584311.html>.

⁷³⁷ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit.*, p.50.

⁷³⁸ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°2828 sur la mise en application de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des Outre-mer, présenté par MM. Claude BARTOLONE et Gaël YANNO, op.cit.* ; ASSEMBLEE NATIONALE. *Délégation aux Outre-mer. Compte rendu n°16, Présidence de M. Jean-Claude FRUTEAU, op.cit.*

⁷³⁹ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit.*

des gros contribuables du fait du plafonnement de la réduction d'impôts, la nécessité consécutive d'augmenter le nombre d'investisseurs et la complexité des schémas de défiscalisation en résultant. Il est également contributif dans l'apport de données statistiques (même si elles sont partielles puisque ne concernant que ses adhérents) dont le rédacteur tire divers enseignements et conclusions (par exemple : le constat d'investissements photovoltaïques devenus nuls en 2011, un montant total d'investissements sans évolution significative sur la période de 2009 à 2013).

Ce groupement était même allé jusqu'à rédiger une charte signée par ses adhérents dont Mme Brigitte Girardin, alors ministre des outre-mer, précisait, dans une tribune du 6 décembre 2004, qu'il s'agissait d'« une charte de qualité, sorte de " code de déontologie" ou de guide des bonnes pratiques⁷⁴⁰ ». Elle formulait le souhait que cette charte s'étende au-delà du groupement et s'applique à toute la profession pour rendre la défiscalisation à la fois plus « efficace » et « éthique ».

Ce groupe a été dissout en 2015. Bien qu'il n'ait existé que durant onze ans, il a montré la possibilité d'une information statistique centralisée de ses membres, mais aussi qu'il était un interlocuteur à privilégier compte tenu de la connaissance « terrain » du dispositif de défiscalisation par ses adhérents. En effet, ceux-ci, étant confrontés aux réalités de la mise en place des opérations, en ont une approche effective et sont à même d'identifier rapidement la difficulté, voire l'infaisabilité, de contraintes législatives y liées qui sont imposées.

b. La nécessaire organisation professionnelle

Depuis le décret de 2012⁷⁴¹, la charte des monteurs annexée (et largement inspirée de celle rédigée par le GIFOM⁷⁴²) a revêtu un caractère législatif. Sa signature est

⁷⁴⁰ MINISTÈRE DES OUTRE-MER, *Interview de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'outre-mer, "La Tribune" du 6 décembre 2004, sur la défiscalisation des investissements outre-mer, intitulée « Défiscalisation : un cadre rénové pour l'outre-mer »* [en ligne], 2004, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/043003172.html>.

⁷⁴¹ Décret 2015-149 du 10 février 2015 relatif aux obligations déclaratives et à la mise en concurrence des intermédiaires en défiscalisation outre-mer.

⁷⁴² Profina, « Nos offres – Notre expertise en investissements financiers » [en ligne], septembre 2015, [consulté le 5 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.groupe-profina.com/notre-offre/notre-expertise/>.

obligatoire pour qu'un cabinet monteur s'inscrive sur le registre de l'Etat en tant que tel, cependant aucune entité n'est désignée pour vérifier son application ni prendre des sanctions en cas de non-respect de certaines obligations.

Il conviendrait de revenir à une organisation professionnelle, à laquelle il faudrait adhérer ou contribuer (1.), qui aurait un rôle de médiation avec les pouvoirs publics, de centralisation et d'uniformisation de l'information et superviserait la profession (2.), mais aussi en cas de défaillance d'un monteur pour assurer la bonne fin des opérations fiscales mises en place par ce dernier (3.) sans toutefois aller jusqu'à une réglementation de sa rémunération (4.).

1. L'obligation d'adhésion ou de contribution

Il existerait une obligation d'adhésion et/ou de contribution financière à cet organisme professionnel ne serait-ce que pour le doter des moyens minimaux pour répondre à ses missions précitées et qui emporterait l'adhésion à toute charte et/ou code éthique mis en place par la profession en concertation avec les pouvoirs publics.

2. Le rôle de médiation et de centralisation

Cette organisation pourrait notamment être désignée comme organisme de médiation pour tous litiges qui opposeraient un investisseur, ou un intermédiaire en défiscalisation à un cabinet monteur.

Par ailleurs, elle pourrait collecter et centraliser les demandes d'information, organiser les concertations, rédiger les positions adoptées par la profession en concertation avec les ministères des finances et des outre-mer et les circulariser. A ce titre, elle pourrait être l'interlocuteur privilégié de ces derniers et ainsi recevoir des retours rapides sur ses interrogations et créer une base de données de référence pour uniformiser les usages et positions de ses adhérents.

3. Le rôle prépondérant en cas de défaillance du monteur

Une certification annuelle de leur compte par un commissaire aux comptes est exigée des monteurs⁷⁴³. Si cette certification est gage de rigueur dans la présentation de leurs comptes sociaux et qu'outre sa fonction de certification des comptes annuels, le commissaire aux comptes est en droit de saisir le tribunal ou le parquet en cas de constatation d'une difficulté d'ordre financier ou d'un délit pénal du monteur, le cas du monteur en défiscalisation défaillant n'est pas à exclure. Le cas échéant, l'organisation professionnelle pourrait prendre toutes dispositions sur la prise en charge du portefeuille d'opérations afin d'en assurer la gestion jusqu'à son terme.

Pour permettre cette prise en charge dans les meilleures conditions, elle devrait pouvoir également demander chaque année un compte-rendu des monteurs, notamment, sur le traitement et l'affectation des frais de gestion qui doivent permettre d'assurer la gestion des véhicules fiscaux jusqu'au débouclage des opérations. Ainsi cela permettrait de s'assurer qu'il sera possible de doter de fonds suffisants tout mandataire qui devrait reprendre le portefeuille dans le cas de la défaillance précitée d'un monteur.

La logique conséquence de ce qui précède serait, qu'outre le prélèvement des frais de gestion au *prorata temporis* prévu par la Charte, soit déterminé et imposé un taux de répartition de la rémunération du monteur entre les frais de montage et lesdits frais de gestion afin que la dotation pour ces derniers soit suffisante.

Pour autant la rémunération globale des monteurs n'a pas à être encadrée.

4. L'encadrement inutile de la rémunération des monteurs

La complexité du mécanisme d'aide fiscale à l'investissement outre-mer oblige les monteurs à mobiliser de nombreuses compétences. Leur rôle est multiple, notamment, juridique, fiscale, comptable. De la pérennité de la défiscalisation dépend celle de

⁷⁴³ CGI, art. 242 septies, 5°.

leur activité. Ils sont donc particulièrement investis dans la mise en place et le bon déroulement de l'opération et jouent un rôle prépondérant dans la sécurisation des investissements. Tout cela justifie une rémunération qui ne doit pas être considérée comme « une simple fuite dans le dispositif, une déperdition d'efficience, même si elle correspond effectivement à une somme qui n'est pas directement injectée dans l'économie ultramarine⁷⁴⁴ ».

Cela justifie d'un encadrement et d'une réglementation stricte de la profession, mais pour autant ne nécessite pas un contrôle des rémunérations. Le nombre d'opérateurs permet la concurrence et c'est celle-ci qui est garante de l'optimisation des sommes injectées dans les investissements. Si le décret n°2015-149 prévoit la mise en concurrence des monteurs pour les opérations réalisées par des sociétés détenues à plus de 50% par une ou des personnes publiques, celle-ci s'est mise en place naturellement pour les personnes privées par le jeu de l'offre et de la demande et du nombre d'opérateurs sur le marché. Ainsi les monteurs peuvent pratiquer des taux de rétrocession de l'avantage fiscal supérieurs au taux minimal légal⁷⁴⁵.

La profession de monteurs en opérations de défiscalisation existe depuis de nombreuses années puisqu'elle est née de la loi n° 86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986. A plusieurs reprises, il a été fait mention d'encadrement⁷⁴⁶, de réglementation de la profession, puis les textes législatifs sont venus effectivement régler cette activité.

Ce système de défiscalisation est pérenne depuis plus de 30 ans et les études montrent que les problèmes structurels des régions ultramarines existent toujours et vont donc nécessiter encore de nombreuses années d'aides pour tenter d'y remédier. La défiscalisation, externalisée notamment, telle qu'elle existe aujourd'hui, même si elle

⁷⁴⁴ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit., p.106.*

⁷⁴⁵ SENAT. *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer, présenté par M. Roland du LUART, op. cit., p. 50.*

⁷⁴⁶ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit., pp.14, 106, 107, 108 ; ASSEMBLEE NATIONALE. *Compte rendu n°16, Présidence de M. Jean-Claude FRUTEAU, op. cit.**

reste perfectible, a des effets positifs qui sont régulièrement soulignés⁷⁴⁷. Les lois de finances ont apporté des modifications régulières au dispositif créant à chaque fois beaucoup de perturbation et d'instabilité contre-productives dans les régions ultramarines⁷⁴⁸.

Il conviendrait donc de continuer à organiser cette profession dont les apports sont manifestes pour stabiliser cette politique pour l'outre-mer, pour parvenir à obtenir des données fiables et régulières sur les apports du dispositif afin de l'optimiser au mieux dans le rapport dépenses publiques/apports économiques au niveau des DROM-COM.

Chapitre 2 – Vers un nécessaire maintien de la défiscalisation

Depuis, la loi Pons de 1986⁷⁴⁹, les aides fiscales de soutien à l'investissement en outre-mer ont connu de nombreuses modifications. Les principales ont été successivement, à compter de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003, dite loi Girardin⁷⁵⁰, la loi pour le développement économique des outre-mer du 27 mai 2009, dite LODEOM⁷⁵¹ et la loi de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer du 14 février 2017, dite loi EROM⁷⁵².

L'article 199 *undecies* B du CGI a évolué au gré de ces lois.

A partir du 1^{er} juillet 2014, il lui a été inséré une nouvelle condition à l'éligibilité des entreprises au dispositif de défiscalisation relative au chiffre d'affaires de celles-ci.

⁷⁴⁷ SENAT. Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, *Rapport n°393 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, d'orientation pour l'outre-mer, présenté par M. José BALARELLO*, 7 juin 2000, p.43 et 44 ; SENAT. Commission des affaires économiques, *Avis n°243 sur le projet de loi pour le développement économique de l'outre-mer, présenté par M. Daniel MARSIN*, 4 mars 2009, p.18.

⁷⁴⁸ Selon l'intergroupe parlementaire de l'Outre-mer (IGPOM), « *il est grand temps de mettre fin au nomadisme fiscal* ». Cf. *Résolution de l'Intergroupe parlementaire des Outre-mer du 17 juin 2013* [en ligne], 17 juin 2013, [consulté le 5 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.georgespatient.fr/resolution-de-lintergroupe-parlementaire-des-outre-mer/1843/>. Signalons également la critique formulée par l'ancienne ministre des DOM-TOM : « *une loi qui a fait ses preuves, prévue pour quinze ans. Au bout de cinq ans, on brise la confiance en changeant les règles du jeu* ». Cf. Pierre-Yves LAUTROU, « Une double peine pour l'Outre-mer », *L'Express* [en ligne], 19 février 2009, [consulté le 5 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.lexpress.fr/actualite/politique/une-double-peine-pour-l-outre-mer_742196.html.

⁷⁴⁹ *Loi n° 86-824 du 11 juillet 1986 de finances rectificative pour 1986*.

⁷⁵⁰ *Loi n° 2003-660 du 21 juillet 2003 de programme pour l'outre-mer*.

⁷⁵¹ *Loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer*.

⁷⁵² *Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique*.

Dans le même temps, l'article 244 *quater* W du CGI a été créé mettant en place un dispositif de crédit d'impôt avec de nombreuses obligations similaires à la défiscalisation. Puis, d'autres modifications sont intervenues sur l'article 199 *undecies* B du CGI réduisant le montant dudit chiffre d'affaires permettant à une entreprise d'être éligible.

Globalement, coexistent à ce jour deux régimes d'incitation fiscale à l'investissement outre-mer : la défiscalisation et le crédit d'impôt (Section 1). Le crédit d'impôt a été pressenti pour se substituer à la défiscalisation, pourtant les deux dispositifs ont une fin programmée au 31 décembre 2025. Cette substitution et cette fin programmée semblent difficilement envisageables (Section 2).

Section 1. La coexistence de la défiscalisation et du crédit d'impôt

Jusqu'en 2014, la défiscalisation telle qu'elle a été présentée précédemment était le seul dispositif à l'investissement productif outre-mer (§1).

A compter du 1^{er} juillet 2014, en même temps qu'un chiffre d'affaires maximal était imposé aux entreprises pour être éligibles au dispositif résultant de l'article 199 *undecies* B du CGI, l'article 244 *quater* W du CGI a été créé instituant le crédit d'impôt (§2), non seulement pour les entreprises ayant un chiffre d'affaires supérieur, mais également, pour les autres entreprises, sur option⁷⁵³, offrant ainsi un choix possible entre les deux dispositifs (§3).

§1. La défiscalisation

La défiscalisation externalisée prévue par l'article 199 *undecies* B du CGI qui a été développée précédemment, et dont un bref rappel de l'objet (A.) et des bénéficiaires (B.) suit, a connu une nouvelle obligation à compter de l'entrée en vigueur de l'article 244 *quater* W du CGI (C.).

⁷⁵³ CGI, art. 244 *quater* W, V.

A. Le rappel de l'objet

La défiscalisation a pour objet d'octroyer une aide fiscale aux fins de réalisation d'investissements productifs neufs dans les régions ultramarines, dans des secteurs d'activité considérés comme prioritaires, notamment pour le développement économique (industrie, agriculture, bâtiment, transport, etc.).

B. Le rappel des bénéficiaires

L'article 199 *undecies* B du CGI permet l'obtention d'une réduction d'impôt sur le revenu pour tout contribuable qui réalise lesdits investissements sous diverses conditions dont principalement une exploitation de l'investissement pendant cinq ans (sauf durée normale d'utilisation inférieure) et une rétrocession de l'avantage fiscal au locataire, dans le cas du schéma externalisé.

C. La nouvelle condition de chiffre d'affaires à compter de 2014

Les conditions d'éligibilité des entreprises exploitantes ont été étendues à un montant maximum de chiffre d'affaires que doivent effectuer celles-ci, ce montant évolue depuis 2014 (I.) et s'entend dans un périmètre qui est celui de l'entreprise exploitante mais également des entreprises liées au sens du 12 de l'article 39 du CGI (II.).

I. Les évolutions du montant maximum de chiffres d'affaires

Dans un premier temps, cette limitation est ainsi posée : « Lorsque l'activité est exercée dans un département d'outre-mer, l'entreprise doit avoir réalisé un chiffre d'affaires, au titre de son dernier exercice clos, inférieur à 20 millions d'euros » et pour le cas du schéma externalisé : « Lorsque la réduction d'impôt s'applique dans les conditions prévues aux vingt-sixième et vingt-septième alinéas, le chiffre d'affaires s'apprécie au niveau de l'entreprise locataire ou crédit-preneuse⁷⁵⁴ ».

⁷⁵⁴ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 1 (version en vigueur du 1^{er} juillet 2014 au 31 décembre 2015).

Puis dans un second temps, il est prévu une dégressivité de ce plafond de chiffres d'affaires au fur et à mesure des années :

« Ce seuil de chiffre d'affaires est ramené à 15 millions d'euros, 10 millions d'euros et 5 millions d'euros pour les investissements que l'entreprise réalise au cours des exercices ouverts à compter, respectivement, du 1er janvier 2018, du 1er janvier 2019 et du 1er janvier 2020⁷⁵⁵ ».

Enfin dans un troisième temps, le seuil de 5 millions est abandonné et la dégressivité repoussée d'un an, le seuil de 10 millions étant maintenu à compter de 2020.

II. *Le périmètre du chiffre d'affaires à considérer*

L'article 199 *undecies* B du CGI ajoute une précision quant au périmètre du chiffre d'affaires à prendre en considération :

« Lorsque l'entreprise [...] est liée, directement ou indirectement, à une ou plusieurs autres entreprises au sens du 12 de l'article 39, le chiffre d'affaires à retenir s'entend de la somme de son chiffre d'affaires et de celui de l'ensemble des entreprises qui lui sont liées⁷⁵⁶ ».

Il convient donc de se référer aux dispositions du 12 de l'article 39 du CGI pour comprendre ce que signifie la notion d'entreprises liées. Or, celles-ci indiquent que des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision (liens de dépendance bilatéraux) (a.) et/ou lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies précédemment, sous le contrôle d'une même tierce entreprise (situation triangulaire)⁷⁵⁷ (b.).

⁷⁵⁵ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 1 (version en vigueur du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2017).

⁷⁵⁶ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 1 (version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018).

⁷⁵⁷ BOI-BIC-CHG-40-20-10-20130610 §30.

a. Les liens de dépendance bilatéraux

En ce qui concerne la présomption de liens de dépendance bilatéraux, elle repose sur un critère de droit et un critère de fait⁷⁵⁸.

Le critère de droit est déterminée par la détention directe ou indirecte de la majorité du capital social d'une entreprise, c'est-à-dire par une participation supérieure à 50% du capital de la société concernée détenue, soit directement, soit indirectement pour tout ou partie, par l'intermédiaire de plusieurs sociétés, et ce, quel que soit le degré de filiation. Par exemple, l'entreprise A détient (i) 30% de la société B qui détient elle-même 20% de la société C, (ii) 15% de la société D qui détient elle-même 50% de la société C et (iii) 30% de la société E qui détient elle-même 10% de la société F qui détient elle-même 10% de la société C. *In fine*, l'entreprise A détient au total $(20 \times 30\%) + (50 \times 15\%) + ((10 \times 30\%) \times 10\%) = 13,8\%$ du capital de la société C et ne détient donc pas directement ou indirectement une participation supérieure à 50% du capital de la société C.

Le critère de fait est, quant à lui, déterminé par la détention directe ou indirecte du pouvoir de décision, c'est-à-dire qu'une entreprise détient, directement ou indirectement, soit la gestion de droit ou de fait d'une autre entreprise, soit plus de 50% des droits de vote.

b. Les liens de dépendance résultant d'une situation triangulaire

En ce qui concerne la présomption de liens de dépendance entre deux entreprises résultant d'une situation triangulaire, elle repose sur des liens qui existent entre chacune d'elles et une tierce entreprise, même en l'absence de liens bilatéraux entre les deux premières⁷⁵⁹.

Ainsi, sont réputées dépendantes l'une de l'autre les entreprises liées à une tierce entreprise qui détient, directement ou indirectement, la majorité du capital de l'une et

⁷⁵⁸ *Ibid.* §40.

⁷⁵⁹ BOI-BIC-CHG-40-20-10-20130610 §50.

l'autre d'entre elles ou y exerce en fait le pouvoir de décision (*cf. supra* - conditions analogues à celles définies pour les liens bilatéraux).

Il résulte de ce qui précède qu'il convient de vérifier pour toute entreprise : par qui elle est détenue (directement et/ou indirectement) et dirigée (directement et/ou indirectement) et dans quelle(s) entreprise(s) elle détient une participation (directement et/ou indirectement) et/ou un pouvoir de décision (directement et/ou indirectement). Puis, il convient de faire la même démarche pour chaque entité apparaissant lors de cette vérification pour identifier tous les liens de dépendance existants et ainsi définir le périmètre du chiffre d'affaires à retenir tel que mentionné dans l'article 199 *undecies* B du CGI précité. La principale difficulté dans cette démarche tient essentiellement à l'appréciation de la gestion « de fait » qui peut laisser place à une certaine interprétation.

§2. Le crédit d'impôt

Le crédit d'impôt pour investissement productif outre-mer est entré en vigueur avec la loi de finances pour 2014⁷⁶⁰, et la création de l'article 244 *quater* W du CGI.

La rédaction de ce dernier a globalement évolué aux mêmes dates que les modifications apportées à l'article 199 *undecies* B du CGI, car de nombreuses dispositions similaires régissent les deux articles (A.). Cependant, leurs principales différences reposent sur leur territorialité et leurs bénéficiaires (B.).

A. Les dispositions similaires à l'article 199 *undecies* B du CGI

Ce crédit d'impôt reprend globalement les mêmes conditions d'éligibilité que l'article 199 *undecies* B du CGI tant en matière de secteur d'activité que de caractéristiques relatives à l'investissement (I.). La base de calcul de l'avantage fiscal et les taux applicables restent les mêmes (II.), ainsi que le fait générateur (III.) et le seuil d'agrément pour un investissement direct (IV.). Les obligations de l'entreprise exploitante sont également identiques (V.).

⁷⁶⁰ Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014.

I. Les opérations éligibles

L'article 244 *quater* W du CGI reprend les mêmes secteurs d'activité (a.) et caractéristiques relatives aux investissements que l'article 199 *undecies* B du CGI (b.).

a. Les secteurs d'activité

Globalement, les entreprises qui exercent une activité agricole ou une activité industrielle, commerciale ou artisanale relevant de l'article 34 du CGI, peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt.

Toutefois, ce dispositif exclut les mêmes secteurs d'activité que ceux mentionnés par l'article 199 *undecies* B du CGI, par renvoi aux dispositions de ce dernier, et prévoit la même exception à ces exclusions relative aux navires de croisière neufs d'une capacité maximum de 400 passagers affectés exclusivement à la navigation dans la zone économique des DROM⁷⁶¹.

b. Les caractéristiques relatives aux investissements

De la même façon que pour l'article 199 *undecies* B du CGI certains types d'investissements sont éligibles (1.), ils peuvent être effectués directement ou indirectement (2.) et doivent être exploités sur une même durée (3.).

1. Les investissements éligibles

Les investissements éligibles à ce crédit d'impôt sont de même nature que ceux qui peuvent bénéficier de la réduction d'impôt définie à l'article 199 *undecies* B du CGI.

Les deux exclusions notables de ce dernier sont reprises par l'article 244 *quater* W du CGI, il s'agit des véhicules définis à l'article 1010 du CGI qui ne sont pas strictement indispensables à l'activité de l'entreprise et les installations de production d'électricité dès lors que celles-ci font appel à l'énergie radiative du soleil⁷⁶².

⁷⁶¹ CGI, art. 244 *quater* W, I-1.

⁷⁶² *Ibid.*, I-2.

2. *La réalisation directe ou indirecte de l'investissement*

Le crédit d'impôt est également accordé aux entreprises qui exploitent dans un département d'outre-mer ces mêmes investissements dès lors qu'ils sont mis à leur disposition au titre d'un contrat de location avec option d'achat ou d'un contrat de crédit-bail. Comme les contrats de locations simples des investissements aux entreprises exploitantes dans le cadre des schémas externalisés prévus par l'article 199 *undecies* B, les contrats de location avec option d'achat et de crédit-bail doivent être conclus pour une durée au moins égale à cinq ans ou pour la durée normale d'utilisation du bien loué si elle est inférieure. Ils doivent avoir un caractère commercial et l'entreprise exploitante qui en est bénéficiaire aurait pu obtenir le crédit d'impôt si elle avait réalisé elle-même l'investissement⁷⁶³.

3. *La durée d'exploitation des investissements*

Pour que le crédit d'impôt puisse être maintenu, l'investissement productif neuf concerné doit être exploité, par l'entreprise pour laquelle il a été réalisé, pendant une durée minimale continue de cinq ans, ou sa durée normale d'utilisation si elle est inférieure, à compter de son acquisition ou de sa création.

A défaut, les deux mêmes cas particuliers que la défiscalisation sont prévus pour ne pas remettre en cause le crédit d'impôts⁷⁶⁴.

Ainsi en cas de transmission des investissements dans le cadre des opérations mentionnées aux articles 41, 151 *octies*, 210 A ou 210 B du CGI, le crédit d'impôt n'est pas repris dès lors que le bénéficiaire de la transmission s'engage, dans l'acte authentique constatant la transmission ou dans un acte sous seing privé ayant date certaine, « à maintenir l'exploitation des biens dans un département d'outre-mer dans le cadre d'une activité éligible pendant la fraction du délai de conservation restant à courir ». Il convient de noter, toutefois, que la rédaction de cette exception est moins

⁷⁶³ *Ibid.*, I-3.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, VIII-1.

contraignante que celle de l'article 199 *undecies* B du CGI dans le sens où les investissements peuvent être exploités dans le cadre d'une activité éligible en général et non seulement maintenus à leur affectation initiale ce qui sous-entend une activité similaire⁷⁶⁵.

Le crédit d'impôt n'est pas repris, non plus, en cas de défaillance de l'entreprise exploitante, dès lors que les investissements sont exploités par une autre entreprise qui s'engage « à les maintenir dans l'activité pour laquelle ils ont été acquis ou créés pendant la fraction du délai de conservation restant à courir », en conséquence, cette fois avec les mêmes contraintes que celles prévues par l'article 199 *undecies* B du CGI⁷⁶⁶.

II. *La base défiscalisable et les taux applicables*

Le crédit d'impôt est calculé sur la même base que pour la défiscalisation, il s'agit du prix d'acquisition de l'investissement augmenté des frais amortissables de transport, d'installation et de mise en service et diminué des aides publiques attribuées à cet investissement, le cas échéant⁷⁶⁷. Lorsque l'investissement a pour objet de remplacer un investissement ayant bénéficié du dispositif prévu par les articles 199 *undecies* B et 217 *undecies* du CGI ou du crédit d'impôt, l'assiette de calcul est, en outre, diminuée de la valeur réelle de l'investissement remplacé⁷⁶⁸.

Pour chaque type d'investissement relatifs à la production d'énergie renouvelable, un plafond est également fixé, par watt installé, par un arrêté conjoint des ministres chargés du budget, de l'outre-mer et de l'énergie⁷⁶⁹.

Le taux du crédit d'impôt s'élève à 38,25 % pour les entreprises soumises à l'impôt sur le revenu et à 35 % pour les entreprises et les organismes soumis à l'impôt sur les sociétés. Le taux de 38,25% est porté à 45,90 % pour les investissements réalisés en

⁷⁶⁵ CGI, art. 199 *undecies* B, al. 24.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, al. 26.

⁷⁶⁷ CGI, art. 244 *quater* W, II -1.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, II -2.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, II -1.

Guyane et à Mayotte, exception faite pour les navires de croisière susmentionnés⁷⁷⁰. Ces différences de taux sont motivées de la même façon que pour la défiscalisation⁷⁷¹. Le montant total des aides publiques attribuées à un investissement, en ce compris le crédit d'impôt, ne doit pas dépasser la limite des aides d'Etat fixée par les règles européennes⁷⁷². En outre, le bénéfice du crédit d'impôt prévu au I de l'article 244 *quater* W du CGI est subordonné au respect du règlement (UE) n°651/2014 de la Commission, du 17 juin 2014, déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité dont les lignes directrices sont prévues à ce jour pour la période 2014-2020⁷⁷³.

III. *Le fait générateur*

De la même façon que pour l'article 199 *undecies* B du CGI, le bénéfice du crédit d'impôt est accordé au titre de l'année au cours de laquelle l'investissement est mis en service lorsque l'entreprise exploitante l'acquiert directement⁷⁷⁴.

Dans le cadre d'un contrat de location avec option d'achat ou de crédit-bail, le fait générateur du droit au crédit d'impôt est la mise à disposition de l'investissement auprès de l'entreprise exploitante locataire ou crédit preneuse⁷⁷⁵.

IV. *Le seuil d'agrément pour un investissement direct*

De la même façon que l'article 199 *undecies* B du CGI, l'article 244 *quater* W renvoie aux II *quater*⁷⁷⁶ et au III⁷⁷⁷ de l'article 217 *undecies* B du CGI pour fixer les

⁷⁷⁰ *Ibid.*, III.

⁷⁷¹ Cf. Partie 1. Titre 2. Chapitre 1. Section 4. §2.

⁷⁷² *TFUE* (2012/C 326/01).

⁷⁷³ *CGI*, art. 244 *quater* W, X.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, IV. 1.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, IV. 3.

⁷⁷⁶ *CGI*, art. 217 *undecies*, II *quater*. « – Les programmes d'investissement dont le montant total est supérieur à 1.000.000€ ne peuvent ouvrir droit à la déduction mentionnée aux I, II et II *ter* que s'ils ont reçu un agrément préalable du ministre chargé du budget dans les conditions prévues au III.

Les dispositions du premier alinéa sont également applicables aux investissements mentionnés au I et dont le montant total par programme est supérieur à 250.000€, lorsqu'ils sont réalisés par une société ou un groupement mentionnés à l'avant-dernière phrase du premier alinéa de ce même I. »

⁷⁷⁷ *Ibid.*, III. « – 3. Toutefois, les investissements mentionnés au I dont le montant total n'excède pas 250.000€ par programme sont dispensés de la procédure d'agrément préalable lorsqu'ils sont réalisés par une entreprise qui exerce son activité dans les départements

seuils de programme d'investissements au-dessus desquels l'agrément est obligatoire et donne les mêmes objectifs d'agrément à savoir que celui-ci doit être délivré au regard, notamment, de l'intérêt économique de l'investissement et de son intégration dans la politique d'aménagement du territoire, de l'environnement et de développement durable⁷⁷⁸.

V. Les obligations fiscales et sociales, et de dépôts de comptes

A la date de réalisation de l'investissement, l'entreprise, qui souhaite bénéficier du crédit d'impôt, doit être à jour de ses obligations déclaratives et contributives fiscales et sociales et de l'obligation de dépôt de ses comptes annuels lorsqu'elle y est tenue par les dispositions des articles L. 232-21 à L. 232-23 du Code de commerce. Les entreprises qui bénéficient d'un plan d'apurement de leurs cotisations et le respectent et qui, pendant ce plan, s'acquittent à bonne date de leurs cotisations en cours sont considérées comme étant à jour des obligations précitées⁷⁷⁹.

B. Les dispositions propres au crédit d'impôt

La territorialité du crédit d'impôt diffère de celle de la défiscalisation (I.), de la même façon que ses bénéficiaires (II.).

I. La territorialité

Alors que les dispositions de la défiscalisation s'appliquent dans les DROM et Saint Martin, mais également, en Nouvelle-Calédonie, Polynésie Française, Saint-

visés au I depuis au moins deux ans dans l'un des secteurs mentionnés au premier alinéa du 1. Il en est de même lorsque ces investissements sont donnés en location à une telle entreprise. L'entreprise propriétaire des biens ou qui les a acquis en crédit-bail joint à sa déclaration de résultat un état récapitulatif des investissements réalisés au cours de l'exercice et au titre desquels la déduction fiscale est pratiquée.

Le premier alinéa ne s'applique pas au secteur des transports, à l'exception des véhicules neufs de moins de sept places acquis par les entreprises de transports publics de voyageurs et affectés de façon exclusive à la réalisation desdits transports lorsque les conditions de transport sont conformes à un tarif réglementaire ».

⁷⁷⁸ CGI, art. 244 quater W, VII.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, VIII. 3.

Barthélemy, Saint- Pierre-Et-Miquelon et Wallis et Futuna, celle du crédit d'impôt ne concernent que les DROM et Saint Martin du fait de la fiscalité propre, et de ce fait de l'inapplicabilité du mécanisme du crédit d'impôt, aux autres territoires d'outre-mer. Le crédit d'impôt s'applique donc exclusivement dans les DROM⁷⁸⁰.

II. Les bénéficiaires

Une autre différence du crédit d'impôt avec la défiscalisation est que ce n'est plus le contribuable en général qui bénéficie d'une réduction d'impôt, mais les entreprises locales, qui sont soumises à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu d'après leur bénéfice réel et qui exercent une activité agricole ou une activité industrielle, commerciale ou artisanale relevant de l'article 34 du CGI⁷⁸¹.

Que les entreprises soient soumises à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés, elles peuvent directement réduire leur imposition pour les investissements productifs neufs réalisés par elle-même ou pris en location par contrats de location avec option d'achat ou de crédit-bail, en imputant le crédit d'impôt sur leurs revenus. Dans le cas où l'entreprise ne paye pas d'impôt ou lorsque le montant de son impôt dû est inférieur à celui du crédit d'impôt, respectivement le crédit d'impôt ou l'excédent lui est remboursé par l'Etat.

Pour les sociétés de personnes⁷⁸², ou les groupement fiscalement translucides⁷⁸³ qui ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés, leurs associés peuvent utiliser proportionnellement à leurs droits sociaux le crédit d'impôt dès lors qu'ils sont (i) redevables eux-mêmes de l'impôt sur les sociétés ou (ii) des personnes physiques qui participent de manière directe, continue et personnelle, à l'activité⁷⁸⁴.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, I.1.

⁷⁸¹ BOI-BIC-RICI-10-160-10-20180404 §1.

⁷⁸² Sociétés mentionnées au CGI, art. 8, art. 238 bis L, art. 239 ter et art. 239 quater A.

⁷⁸³ Groupements mentionnés au CGI, art. 238 ter, art.239 quater, art.239 quater B, art.239 quater C et art.239 quinquies.

⁷⁸⁴ BOI-BIC-RICI-10-160-10-20180404 §80.

§3. Le choix possible entre la défiscalisation et le crédit d'impôt

Comme cela été évoqué précédemment pour les entreprises dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires, seul le crédit d'impôt leur est ouvert depuis 2014.

Pour les autres, elles ont le choix et celui-ci est effectué au moyen de l'exercice d'une option pour le crédit d'impôt, le cas échéant. Cette option vaut renoncement au bénéfice de la défiscalisation prévue aux articles 199 *undecies* B et 217 *undecies* du CGI⁷⁸⁵. L'option s'exerce par investissement productif neuf et s'applique à tous les investissements faisant partie d'un même programme. C'est l'entreprise ou l'organisme qui exploite l'investissement, qui réalise l'option au crédit d'impôt et ce, au plus tard, à la date de mise en service de ce dernier ou à la date de mise à sa disposition dans les cas d'investissements exploités par contrats de location avec option d'achat ou de crédit-bail. Le loueur ou le crédit bailleur est informé de l'option et la joint à sa déclaration de résultat du même exercice que la mise à disposition précitée.

Section 2. Le maintien de la défiscalisation malgré le crédit d'impôt

Initialement prévue jusqu'au 31 décembre 2017, la loi dite « Girardin Industriel » a tout d'abord été maintenue dans les DROM jusqu'au 31 décembre 2020. A cette date le dispositif devait prendre fin, toutefois cette dernière était conditionnée à :

« la mise en place d'un mécanisme pérenne de préfinancement à taux zéro des investissements productifs neufs mentionnés au présent article en complément du maintien du dispositif de crédit d'impôt prévu à l'article 244 quater W ou, à défaut, par la création d'un dispositif pérenne permettant aux entreprises ultramarines d'échelonner sur cinq ans le paiement de leurs investissements productifs mentionnés au présent article sans recourir à un emprunt bancaire et à un prix de revient diminué d'un taux d'abattement équivalent aux taux prévus au III du même article 244 quater W⁷⁸⁶ ».

⁷⁸⁵ CGI, art. 244 quater W, V.

⁷⁸⁶ CGI, art. 199 *undecies* B, VI-al. 2 (version en vigueur du 1^{er} janvier 2016 au 30 décembre 2018).

Puis la fin du dispositif a été reportée de cinq ans, soit jusqu'au 31 décembre 2020⁷⁸⁷, avec une suppression des conditions sus énoncées.

Parallèlement, le crédit d'impôt a été instauré le 1^{er} juillet 2014 avec une date initiale de fin au 31 décembre 2017⁷⁸⁸, puis de la même façon que le dispositif de l'article 199 *undecies* B du CGI, sa fin a été reportée au 31 décembre 2020, sous condition également, mais uniquement celle relative à l'existence de :

« un dispositif pérenne permettant aux entreprises ultramarines d'échelonner sur cinq ans le paiement de leurs investissements productifs mentionnés au présent article, sans recourir à un emprunt bancaire et à un prix de revient diminué d'un taux d'abattement équivalent aux taux prévus au III⁷⁸⁹ »

Enfin, sa fin a été reportée au 31 décembre 2025⁷⁹⁰.

En finançant une partie des investissements la défiscalisation permet un abaissement du coût du capital d'investissement et se substitue ainsi pour tout ou partie aux subventions d'investissements⁷⁹¹.

Le crédit d'impôt permet aux entrepreneurs locaux de réduire leur propre imposition pour les investissements neufs réalisés et est également assimilable à une subvention d'investissement de la part de l'Etat.

L'unique choix de crédit d'impôt, pour les entreprises dont le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à certains seuils, et cette possible option, pour les autres, résultent d'une volonté de déplacer le dispositif de défiscalisation tel qu'institué par l'article 199 *undecies* B du CGI vers un crédit d'impôt dédié aux entreprises pour qu'elles défiscalisent directement sans passer, notamment, par un schéma

⁷⁸⁷ *Ibid.*, VI-al.1.

⁷⁸⁸ CGI, art. 244 *quater* W, IX-al.1 (version en vigueur du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2018).

⁷⁸⁹ *Ibid.*, IX-al.2.

⁷⁹⁰ CGI, art. 199 *undecies* B, VI (versions en vigueur à compter du 31/12/2018).

⁷⁹¹ « En abaissant le coût du capital, la défiscalisation se substitue donc de facto à une politique de subvention. » FEDOM. *Investir outre-mer : les principaux dispositifs nationaux spécifiques aux entreprises ultramarines*, [en ligne], s.d., [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://fedom.org/wp-content/uploads/2017/05/Investir-Outre-Mer.pdf>.

externalisé⁷⁹². Il est envisagé que ce dispositif devienne progressivement celui de droit commun adopté par l'Etat pour accompagner l'investissement productif neuf dans les départements d'outre-mer.

En effet, certains estiment que le crédit d'impôt apporte une aide équivalente à la défiscalisation aux entreprises ultramarines et, à tout le moins, une aide plus simple à mettre en œuvre et directe, permettant ainsi d'éviter les coûts d'intermédiation et de montage que représentent, notamment, les honoraires des cabinets monteur en opération de défiscalisation dans le cas de la défiscalisation externalisée⁷⁹³. D'autres vont même jusqu'à affirmer que le crédit d'impôt serait une disposition « plus vertueuse pour les finances publiques et moins coûteuse pour l'exploitant⁷⁹⁴ ».

Cependant, les mêmes pointent une difficulté d'importance. Ainsi, contrairement à la défiscalisation prévue par l'article 199 *undecies* B du CGI, qui permet de mettre à la disposition de l'entreprise exploitante les fonds des investisseurs dès l'acquisition de l'investissement, le crédit d'impôt intervient avec un décalage d'environ une année après la réalisation de ce dernier. Dès lors, bien que le crédit d'impôt puisse être cédé ou nanti, l'entreprise doit préfinancer celui-ci pour réaliser son investissement.

Ainsi, alors que le crédit d'impôt semble une menace pour la défiscalisation, il apparaît que nombre de ses avantages mis en avant sont contestables (§1). De la même façon, alors que certains rapports critiquent et prônent l'arrêt de la défiscalisation, d'autres encouragent à sa poursuite, car l'estiment efficace même si elle reste à améliorer (§2).

§1. Les avantages discutables du crédit d'impôt

Une des critiques de la défiscalisation externalisée est qu'elle aurait un coût élevé au regard du montant qui bénéficie effectivement aux entreprises ultramarines, étant donné que plusieurs acteurs captent une partie de l'avantage fiscal. Une autre critique

⁷⁹² ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport n°1153 sur la défiscalisation dans les outre-mer, présenté par MM. Philippe GOMÈS et Philippe VIGIER, op. cit.*, p. 9.

⁷⁹³ COMMISSION EUROPEENNE. *Courrier à M. Laurent FABIOUS du 2 mars 2015 réf C (2015) 1342 final, point 106.*

⁷⁹⁴ ASSEMBLEE NATIONALE. *Projet de Loi de Finances pour 2018. Amendement n°II-1619.*

repose sur la non maîtrise du budget dédié à la défiscalisation. Une troisième critique porte sur la difficulté de récupérer l'avantage fiscal indument versé.

A ces critiques sont opposés les avantages, contestables, d'une défiscalisation directe ou du crédit d'impôt notamment en ce qu'ils bénéficieraient à 100% aux entreprises ultramarines par l'absence d'intermédiation (A.) et que leur coût serait moindre (B.). En outre, le crédit d'impôt pose une difficulté majeure : celle de son préfinancement (C.).

A. L'absence d'intermédiation

Dans le cadre des montages externalisée, il est vrai que l'avantage fiscal ne bénéficie pas aux seules entreprises exploitantes d'outre-mer. En effet, ces dernières perçoivent un pourcentage dudit avantage par rétrocession d'une partie de celui-ci obtenu par le contribuable/investisseur, étant précisé qu'une partie revient également aux intermédiaires. Ainsi dans le rapport public annuel 2012 de la Cour des comptes, le taux de 60% a été évoqué comme étant celui bénéficiant effectivement aux entreprises ultramarines : « En 2009, pour aider, à hauteur de 420 M€, 1,4 Md€ d'investissements productifs réalisés outre-mer, l'Etat a renoncé, en 2010, à 700 M€ de recettes fiscales. Sur ces 700 M€, 280 M€ ont profité aux seuls contribuables investisseurs⁷⁹⁵ ».

Pourtant, supprimer la défiscalisation externalisée pour éviter notamment l'intermédiation n'emporte pas systématiquement la disparition des frais liés à la mise en place d'autres aides de l'Etat (I.) et fait disparaître un contrôle, *a priori*, des opérations qui a contribué à un assainissement du dispositif (II.).

I. Les honoraires persistants pour l'entreprise exploitante

Les honoraires des cabinets monteurs en opérations de défiscalisation sont justifiés non seulement par la mise en place de l'opération qui nécessite leur expertise fiscale, économique et juridique, mais également par son suivi afin d'assurer la bonne fin de

⁷⁹⁵ COUR DES COMPTES. *Rapport public annuel : les défiscalisations « Girardin » en faveur de l'outre-mer*, février 2012, p.86.

ladite opération. Ainsi MM. Éric Doligé et Serge Larcher indiquait au sujet des monteurs que :

« Ils contribuent ainsi à la sécurisation et donc à la pérennisation de l'exploitation.

Ces fonctions d'intermédiation, d'expertise et d'accompagnement justifient une rémunération qui ne doit pas être analysée comme une simple fuite dans le dispositif, une déperdition d'efficience, même si elle correspond effectivement à une somme qui n'est pas directement injectée dans l'économie ultramarine⁷⁹⁶ ».

Toutefois, le crédit d'impôt étant un avantage fiscal versé directement à l'entreprise exploitante, certains ont milité en sa faveur estimant qu'ainsi, il n'y avait pas de coût d'intermédiation lié aux cabinets monteurs en opération de défiscalisation et que ledit avantage fiscal bénéficiait totalement à l'entreprise exploitante et non pas partiellement aux investisseurs / contribuables.

Ce postulat ne s'avère pas aussi évident, en effet, il ressort que les bénéficiaires du crédit d'impôt se font généralement accompagnés pour réaliser leur dossier par les monteurs en défiscalisation, notamment, qui « investissent de plus en plus le marché du crédit d'impôt⁷⁹⁷ ». Ceux-ci facturent, en conséquence, leurs honoraires directement aux entreprises exploitantes. Si cette facturation ne se fait plus au titre d'une intermédiation, elle demeure, toutefois, au titre de l'accompagnement et des conseils prodigués pour obtenir le crédit d'impôt.

II. *La disparition d'un contrôle a priori aux conséquences dommageables*

Dans le cadre du crédit d'impôt, un contrôle, *a priori*, n'est pas appliqué (a.), ainsi, un contrôle, *a posteriori*, peut aboutir soit à l'absence du versement du crédit d'impôt, soit à la reprise de celui-ci, dans les deux cas, avec des conséquences graves (b.).

⁷⁹⁶ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit., p.106.*

⁷⁹⁷ M. Louis LENGREND et associés. *Evaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer. Rapport intermédiaire. Etat des lieux, avril 2017, p.57.*

a. La disparition du contrôle a priori du monteur

Pour le crédit d'impôt, l'intervention des monteurs en opérations de défiscalisation n'est pas encadrée par une législation dédiée, contrairement à l'intermédiation dans le cadre de la défiscalisation externalisée qui les responsabilise pleinement puisqu'ils encourent d'éventuelles amendes notamment prévues par l'article 1740 du CGI.

Or, les obligations, mises à la charge des monteurs dans le cadre de la défiscalisation, les amènent à un travail de vérification, *a priori*, qui n'est pas à négliger, car il permet de s'assurer du respect d'un certain nombre d'obligations par les entreprises exploitantes avant de les faire bénéficier de l'avantage fiscal et, en conséquence, de la validité de l'affectation des fonds publics.

Le rapport d'information de MM. Éric Doligé et Serge Larcher mettait en avant que la fraude fiscale touchait davantage les opérations de plein droit, c'est-à-dire celles qui ne font pas l'objet d'un contrôle *a priori* de l'administration fiscale⁷⁹⁸, or, au moment du rapport, environ 16.000 dossiers par an étaient effectués de plein droit⁷⁹⁹. Il précisait qu'un encadrement renforcé avait été mis en place pour moraliser la défiscalisation de plein droit et avait été permis par l'existence des cabinets monteurs en opérations de défiscalisation qui faisaient tous ces contrôles, *a priori*, dans le but d'assurer au mieux la bonne fin des opérations auprès des investisseurs/contribuables et ainsi de maintenir leur clientèle.

b. Les conséquences dommageables du contrôle a posteriori

Comme cela sera évoqué ci-après, les entreprises exploitantes sont amenées à préfinancer le crédit d'impôt au travers de prêts bancaires.

Dans le cas où les banques acceptent de prêter, et dans l'hypothèse qu'elles l'aient fait en tenant compte de la situation économique de l'entreprise et non seulement de

⁷⁹⁸ SENAT. Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, *op. cit.*, p.71.

⁷⁹⁹ SENAT. Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, *op. cit.*, p.105. Selon les estimations du GIFOM.

sa créance en devenir sur l'Etat, un rejet de l'octroi du crédit d'impôt peut s'avérer difficile à supporter en termes de trésorerie, fragiliser, voir même hypothéquer la poursuite de son activité, l'entreprise exploitante devant assumer intégralement le coût d'acquisition de son investissement et les intérêts du prêt y attaché. La situation peut s'avérer tout autant désastreuse dans le cas où le crédit d'impôt a été consommé par l'entreprise exploitante et qu'elle doit le restituer à l'Etat.

Le risque d'insolvabilité de l'entreprise exploitante est patent, notamment lorsqu'il est mis régulièrement en avant l'absence de trésorerie et de fonds propres des très petites, petites et moyennes entreprises dans les DROM. Cette insolvabilité peut aboutir à l'ouverture d'une procédure collective de l'entreprise exploitante, avec bien souvent une clôture de celle-ci pour insuffisance d'actif et, en conséquence, des fonds perdus pour l'Etat.

En cas de défiscalisation externalisée et de remise en cause de la réduction d'impôt, ce sont les investisseurs qui doivent restituer à l'administration fiscale le montant de la réduction d'impôt, dont ils ont bénéficié.

La Cour des comptes pointait, dans son rapport de 2012, la complexité de la récupération des indus en cas de redressement du fait qu'un même investissement était généralement réparti sur plusieurs investisseurs⁸⁰⁰. Elle indiquait que cela engendrait une charge de travail importante, les services fiscaux devant, pour une même opération, établir plusieurs rôles rectificatifs et recouvrer auprès de plusieurs contribuables. Elle ajoutait que certains contribuables de bonne foi n'hésitaient pas à saisir la justice ce qui augmentait encore ladite charge de travail.

En revanche, le point qu'omet de souligner la Cour des comptes, est que les contribuables sont vraisemblablement solvables, leur niveau de revenus les amenant à défiscaliser. Le recouvrement est en conséquence plus sûr et plus aisé pour l'Etat en cas de redressement justifié.

⁸⁰⁰ COUR DES COMPTES. *Rapport public annuel : les défiscalisations « Girardin » en faveur de l'outre-mer*, février 2012, p.90.

B. Le moindre coût budgétaire incertain

Dans le cas de la défiscalisation externalisée, l'entreprise exploitante passe en charge les loyers de locations soit, en conséquence, par un montant global d'environ 59% du montant de l'investissement pour reprendre notre exemple en partie 1⁸⁰¹ (étant rappelé que ce taux de 59% correspond à la part du coût de l'investissement financée par un crédit bancaire ou un crédit-vendeur et dont les échéances sont strictement égales au montant du loyer).

Le véhicule fiscal constate l'amortissement à 100%, mais le déficit résultant de cet amortissement n'est pas déductible fiscalement au niveau des investisseurs⁸⁰², et n'a donc aucun coût budgétaire. En effet, le véhicule fiscal est une société, généralement détenue par des personnes physiques, soumise au régime fiscal des sociétés de personnes, relevant de l'article 8 du CGI. La quote-part de bénéfice revenant aux personnes physiques associées de celle-ci est déterminée en application des limites fixées au 2 du II de l'article 39 C du CGI, c'est-à-dire, que l'amortissement des investissements est admis en déduction dans la limite du montant des loyers facturés, déduction faites des autres charges relatives auxdits investissements⁸⁰³.

Ainsi par exemple, si sur un exercice, la location d'un bien permet de constater en produit 7.000€ de loyer hors taxe et des charges liées à ce bien (entretien, etc.) pour un total de 2.500€ hors taxe, et que le montant de l'annuité de l'amortissement est de 10.000€, la fraction non déductible de ce dernier en application du 2 du II de l'article 39 C du CGI est de 5.500€ (= 10.000 - (7.000 - 2.500)). Elle pourra faire l'objet d'une déduction sur les résultats des exercices suivants.

En outre, ce sont des BIC non-professionnels qui sont réalisés par le véhicule fiscal, en effet, il n'y a, de la part des associés, aucune participation personnelle, directe et continue à l'accomplissement des actes nécessaires aux activités de la société, c'est-à-dire à la gestion opérationnelle de celle-ci. Or, un déficit relevant de la catégorie

⁸⁰¹ Cf. Partie 1. Titre 1. Chapitre 1. Section 3. §2.

⁸⁰² CGI, art. 39 C, II.1.

⁸⁰³ BOI-BIC-AMT-20-40-10-20-20170301.

des BIC non-professionnels ne peut pas être imputé sur le revenu global du contribuable. Il peut seulement être imputé sur les autres bénéfices non professionnels réalisés au titre de la même année, ou des six années suivantes, ce qui constitue une situation très marginale. Il résulte que peu de contribuables peuvent bénéficier des déficits des véhicules fiscaux, de ce fait, le budget de l'Etat n'est pas grevé par ceux-ci.

Dans le cas du crédit d'impôt, l'entreprise exploitante est amenée à constater en amortissement 100% de la valeur de l'investissement qui se déduit de sa base imposable et, de ce fait, diminue son imposition.

Il n'est donc pas du tout certain que, sur du moyen terme, le crédit d'impôt ait un coût budgétaire moindre que celui de la défiscalisation⁸⁰⁴.

C. La difficulté du préfinancement du crédit d'impôt

Le décalage du crédit d'impôt, qui intervient environ un an après la réalisation de l'investissement concerné, crée un besoin de préfinancement pour l'entreprise exploitante (I.), or celui-ci n'est pas sans créer une difficulté qui est régulièrement constaté par les élus (II.). Une banque institutionnelle a été créée pour y remédier mais s'avère insuffisante (III.)

I. Le besoin de préfinancement

Dans le cadre de la défiscalisation, les fonds apportés par les investisseurs le sont l'année de la réalisation et de la mise en service des investissements productifs neufs industriels, alors qu'avec le crédit d'impôt l'entreprise exploitante perçoit son avantage fiscal de façon décalée, soit l'année suivant la réalisation desdits investissements.

Si le crédit d'impôt n'est pas de nature à affecter certaines grandes entreprises qui disposent de la trésorerie suffisante pour assurer une période « tampon », il en va

⁸⁰⁴ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport n°1153 sur la défiscalisation dans les outre-mer, présenté par MM. Philippe GOMÈS et Philippe VIGIER, op.cit., p. 26.*

autrement pour les petites et moyennes entreprises qui représentent 95% du tissu économique des DROM, fonctionnent souvent à flux tendus et ne peuvent pas faire face à ce besoin de préfinancement. En effet, de nombreuses entreprises ultramarines sont confrontées à des problèmes récurrents de fonds propres, ce qui les handicape pour obtenir des crédits dans de bonnes conditions⁸⁰⁵.

Déjà, dans son rapport, fait au nom de la commission des finances, déposé le 14 mai 2003, M. Roland du Luart notait que bien que le crédit d'impôt présente pour les entreprises exploitantes des conditions avantageuses pour effectuer leurs investissements, la totalité de la réduction d'impôt leur étant affectée, il n'en demeurait pas moins que la plupart desdits investissements se réalisait de façon « externalisée ». Il trouvait l'explication dans le fait que le schéma externalisé permettait un apport immédiat de fonds, celui des investisseurs, alors que l'entreprise devait attendre un délai plus ou moins long, selon son montant d'imposition, pour bénéficier du crédit d'impôt⁸⁰⁶. Il ajoutait qu'ainsi la défiscalisation externalisée était privilégiée par les petites entreprises qui n'avaient pas toujours une situation financière les rendant imposables et leur permettant de déduire le crédit d'impôt et, de ce fait, se retrouveraient avec une trésorerie « tendue » pendant cinq ans, dans l'attente d'être remboursées par le Trésor Public⁸⁰⁷.

C'est le même constat qui a amené M. Serge Letchimy à présenter un sous-amendement⁸⁰⁸, pour la loi de finances 2016⁸⁰⁹, devenu l'article 110 de celle-ci, qui a

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p.27.

⁸⁰⁶ SENAT. *Rapport n°296 sur le projet de loi de programme pour l'outre-mer, présenté par M. Roland de LUART, op. cit.*, p.47. Le sénateur Roland du Luart précisait au sujet de ce délai que « si le montant de l'avantage excède celui de l'impôt dû au titre d'une année, la différence est reportée sur l'exercice suivant, et ce pendant cinq ans. Au terme de ce délai, le solde est alors remboursé par le Trésor Public »

⁸⁰⁷ SENAT. *Rapport n°296 sur le projet de loi de programme pour l'outre-mer, présenté par M. Roland de LUART, op. cit.*, p.71.

⁸⁰⁸ ASSEMBLEE NATIONALE. *Projet de loi de finances pour 2016*, Sous-amendement n°II-1183 (Rect) à l'amendement n°1171 (Rect) du Gouvernement, 12 novembre 2015.

⁸⁰⁹ LOI n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finances pour 2016.

subordonné l'extinction de la défiscalisation, notamment, à la mise en place d'un « mécanisme pérenne de préfinancement à taux zéro⁸¹⁰ ».

Un rapport de 2018 de M. Joël Giraud fait encore le même constat, il précise que si, selon des informations transmises par le gouvernement, 65 % des entreprises bénéficiaires du crédit d'impôt ont un chiffre d'affaires inférieur à 2 millions d'euros, et ainsi démontrent que la majorité des entreprises bénéficiaires sont des petites structures en termes de chiffre d'affaires, cela ne doit pas cacher leur difficulté à accéder à cet avantage fiscal⁸¹¹. Il appuie son analyse sur le fait que :

« les entreprises dont le chiffre d'affaires est inférieur à 0,5 million d'euros représentent 64% des entreprises utilisatrices du dispositif de l'article 199 undecies B (3 800 entreprises), contre seulement 43% pour le crédit d'impôt »

et il fait part de l'inquiétude du Rapporteur spécial sur

« un éventuel durcissement des conditions de financement des investissements par les TPE en cas de disparition de la défiscalisation sans que soit mis en place un dispositif de préfinancement⁸¹²».

II. *Le constat politique des difficultés du préfinancement*

Des débats parlementaires se sont emparés des problématiques liées à ce préfinancement.

L'exposé sommaire de l'amendement n°I-772 pour le PLF 2018, du 13 octobre 2017, rappelle ces points et ajoute qu'il n'existe « aucun dispositif efficace, pérenne de préfinancement à taux zéro ». Il en tire des conclusions alarmistes sur les conséquences économiques locales en cas de fin du dispositif de défiscalisation 199 *undecies* B du CGI, en l'état, et propose de prolonger ce dernier de cinq ans rappelant de nouveau la nécessité de « donner de la stabilité et de la visibilité dans le temps sur

⁸¹⁰ ASSEMBLEE NATIONALE. *Projet de loi de finances pour 2016*, Sous-amendement n°II-1183 (Rect) à l'amendement n°1171 (Rect) du Gouvernement, 12 novembre 2015.

⁸¹¹ ASSEMBLEE NATIONALE. Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire. *Rapport n°1055 sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, de règlement du budget et d'approbation des comptes de l'année 2017 (n° 980). ANNEXE n°31 Outre-Mer*, par le rapporteur spécial M. Olivier SERVA, 13 juin 2018, p.20.

⁸¹² *Ibid.*

des dispositifs essentiels au développement économique des Outre-mer ». En outre, il préconise une évaluation du crédit d'impôt avant de le substituer à la défiscalisation. Cet amendement a été rejeté.

Un mois plus tard un nouvel amendement renchérisait sur cette problématique de préfinancement nécessaire du crédit d'impôt, mettant en exergue que, dans un « contexte d'offre bancaire plus tendu dans les DOM que dans l'hexagone », il est difficile pour les PME et TPE de financer cette période intermédiaire, qu'il n'existe pas au moment de sa rédaction « de dispositif efficace de préfinancement du crédit d'impôt⁸¹³ ». Cette fois l'amendement a été adopté reportant d'une année la dégressivité du chiffre d'affaires de 20 à 10 millions des entreprises ne pouvant plus avoir recours à l'article 199 *undecies* B du CGI, comme cela a été évoqué précédemment.

Par suite, lors de la séance du Sénat du 8 décembre 2017 et de débats relatifs à deux amendements présentés, M. Olivier Dussopt, secrétaire d'État, indiquait :

« Le Gouvernement a évidemment conscience que la question du préfinancement se pose en matière de crédit d'impôt, et qu'il existe notamment un problème en matière de délai de traitement des instructions. Nous envisageons de faire en sorte que les assises des outre-mer, qui se tiendront jusqu'au printemps 2018, soient l'occasion d'examiner les difficultés liées à ce préfinancement et d'étudier notamment le rôle des établissements de crédit avec lesquels il importe de trouver un accord pour garantir ledit préfinancement⁸¹⁴ » .

Ainsi, il mettait également en avant une difficulté relative au délai d'instructions.

MM. Philippe Gomès et Philippe Vigier dans leur rapport d'information sur la défiscalisation précisait que :

« La capacité des entreprises à surmonter ce décalage de perception des fonds, dépend étroitement de la solidité de leur trésorerie et, par là-même, de leur puissance

⁸¹³ ASSEMBLEE NATIONALE. *Projet de loi de Finances pour 2018* n°235. Amendement n°II-1619, 10 novembre 2017, adopté.

⁸¹⁴ SÉNAT. Séance du 8 décembre 2017, p. 7554, [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/seances/s201712/s20171208/s20171208.pdf>

économique et financière. Or il est patent que la plupart des entreprises ultramarines font face à un manque chronique de fonds propres, qui les empêche bien souvent d'avoir accès au crédit dans des conditions satisfaisantes. Le succès de la mise en œuvre du crédit d'impôt est donc étroitement lié à la possibilité de mettre en place un préfinancement quelle que soit la taille de l'entreprise, que ce soit par les institutions spécialisées ou les banques du secteur concurrentiel, dans l'attente de l'imputation ou de la restitution du crédit d'impôt⁸¹⁵ ».

IV. *La création insuffisante d'une banque institutionnelle*

La Banque publique d'investissement (BPI France) est une filiale de la caisse des dépôts et de l'Etat, créée par la loi du 31 décembre 2012 « au service du financement et du développement des entreprises, agissant en appui des politiques publiques conduites par l'Etat et conduites par les régions⁸¹⁶ ».

L'article 1 de la loi précitée prévoit notamment son soutien à « la croissance durable, l'emploi et la compétitivité de l'économie », sa contribution au financement en prêts et en fonds propres en priorité au très petites, petites et moyennes entreprises, et plus particulièrement dans le secteur industriel. Ainsi, BPI France intervient auprès des banques du secteur concurrentiel pour leur garantir à hauteur de 70% les prêts de préfinancement du crédit d'impôt qu'elles consentent, mais octroie également directement aux entreprises exploitantes le « Prêt de Développement Outre-Mer » (PDOM)⁸¹⁷ mis en place en 2017 avec le ministère de l'Economie et des Finances. Ce dernier permet de financer les investissements immatériels (par exemple : la recherche et développement), ce que refusent les banques commerciales, mais aussi les besoins en fonds de roulement (par exemple : le préfinancement du crédit d'impôt).

⁸¹⁵ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport n°1153 sur la défiscalisation dans les outre-mer, présenté par MM. Philippe GOMÈS et Philippe VIGIER, op.cit., p.27.*

⁸¹⁶ LOI n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement, art.1.

⁸¹⁷ Ce prêt peut aller de 10.000€ à 300.00€, est remboursable sur cinq ans avec un amortissement différé d'un an et n'est assorti d'aucune demande de garantie.

BPI France n'est pas en mesure de préciser quelle part dudit PDOM permet de préfinancer le crédit d'impôt, car elle n'a pas l'outil statistique lui permettant de le déterminer.

Les banques du secteur concurrentiel préfinancent donc le crédit d'impôt, toutefois, la Fédération Bancaire Française (FBF) a été interrogée par MM. Philippe Gomès et Philippe Vigier qui relayaient sa réponse dans leur rapport ainsi :

« les banques commerciales ont un rôle à jouer dans le préfinancement de ce crédit d'impôt productif. Le préfinancement n'est jamais automatique car les demandes doivent toujours être étudiées au cas par cas, il est important de rappeler que ce sujet relève du domaine concurrentiel⁸¹⁸ »

Ainsi, même si le crédit d'impôt est une créance cessible et nantissable⁸¹⁹, il reste l'incertitude de sa bonne fin, de son effective attribution (éligibilité, etc.), dès lors, la banque qui envisage d'accorder le prêt s'appuie avant tout sur la situation financière et économique de son client pour prendre sa décision d'octroi de prêt.

Le même rapport indiquait que le 30 mai 2018, M. Fabrice Thibier, conseiller technique au cabinet de la Ministre des outre-mer, avait reconnu que « BPI France n'avait pas encore donné de réponse satisfaisante pour soulager les entreprises qui étaient prêtes au basculement de la défiscalisation au crédit d'impôt⁸²⁰ » et préconisait, notamment, le maintien du possible choix entre la réduction d'impôt prévu par l'article 199 *undecies* B du CGI et le crédit d'impôt pour les entreprises ayant un chiffre d'affaires inférieur à 20 millions d'euros et parallèlement la mise en place d'un système de préfinancement efficient.

⁸¹⁸ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport n°1153 sur la défiscalisation dans les outre-mer, présenté par MM. Philippe GOMÈS et Philippe VIGIER, op.cit.*, p.29.

⁸¹⁹ Le crédit d'impôt représente une sorte de créance sur l'Etat qui peut être cédée ou donnée en nantissement conformément aux articles 199 *ter* U du CGI et 220Z *quater* du CGI (uniquement dans les cas et les conditions prévus aux articles L. 313-23 à L. 313-35 du Code monétaire et financier) avant qu'il ne soit imputé respectivement sur l'impôt sur le revenu ou sur l'impôt sur les sociétés et sous condition préalable d'information de l'administration fiscale.

Cette cession ou ce nantissement ne peut être effectué qu'une fois et auprès d'un seul établissement de crédit ou de financement.

Cette possibilité est offerte que l'investissement soit réalisé directement ou *via* un contrat de crédit-bail.

⁸²⁰ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport n°1153 sur la défiscalisation dans les outre-mer, présenté par MM. Philippe GOMÈS et Philippe VIGIER, op.cit.*, p.30.

Dans un avis présenté par M. Max Mathiasin dans le cadre du projet de loi de finances pour 2019, celui-ci confirmait que les solutions de préfinancement disponibles, notamment celles proposées par BPI France, n'étaient pas à la hauteur des besoins des entreprises d'outre-mer et estimait qu'il convenait de stopper la diminution du chiffre d'affaires obligeant à utiliser le mécanisme du crédit d'impôt plutôt que celui de la défiscalisation⁸²¹.

Dès le 9 novembre 2017, lors de discussion à l'assemblée nationale sur le projet de loi de finances pour 2018, M David LORION indiquait que les banques, en ce compris BPI France, refusaient de supporter tout risque entre la naissance de la créance du crédit d'impôt et la liquidation de ce dernier. Il concluait à la nécessité de la création d'un fonds de garantie de l'Etat⁸²².

Sur ce sujet Mme Annick Girardin, ministre des outre-mer, déclarait à l'Assemblée nationale le 21 février 2018 qu'il était possible d'améliorer l'offre de préfinancement notamment en utilisant le PDOM proposé par BPI France, mais notait qu'il fallait aller au-delà de ce qu'offrait la BPI « pour garantir aux acteurs une plus grande possibilité d'investissement⁸²³ ». Elle proposait ainsi de travailler sur la création d'un fonds d'investissement.

§2 Les rapports successifs alternativement détracteurs ou défenseurs de la défiscalisation externalisée

Au fil des années, des rapports successifs ont vu le jour, certains remettant en cause l'existence même du dispositif de défiscalisation externalisée et d'autres le défendant comme étant indispensable aux économies ultra marines.

⁸²¹ ASSEMBLEE NATIONALE. Commission des affaires économiques. *Avis n°1288 sur le projet de loi de finances pour 2019, présenté par M. Max MATHIASIN*, 3 octobre 2018, p.17.

⁸²² ASSEMBLEE NATIONALE. *Projet de loi de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022*. Mission outre-mer (état b). Séance du jeudi 9 novembre 2017 à 9h30.

⁸²³ MINISTERE DES OUTRE-MER, *Déclaration de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'outre-mer, à l'Assemblée nationale le 21 février 2018, sur la politique économique en outre-mer*, [en ligne], 2018, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/183000368.html>

Un rapport de la Cour des comptes de 2012, suivi dans un premier temps par le ministre du budget, conclut à une « évaporation » de l'aide fiscale, d'environ un quart de la totalité de la dépense fiscale, vers les contribuables et intermédiaires et prône la mise en place d'un budget défini distribué par un système de subventions ou encore du crédit d'impôt, les deux mettant fin à la défiscalisation (A.). Puis le ministère des outre-mer s'est saisi du sujet en demandant que soit établi un rapport en 2013 évaluant le dispositif et répondant aux critiques précitées (B.). Enfin, le livret Bleu de l'outre-mer livre en 2018 confirme la nécessité du maintien de la défiscalisation (C.)

A. Le rapport accablant, mais contestable de la Cour des comptes

La Cour des comptes, dans son rapport de 2012, a indiqué que la défiscalisation représentait un coût non maîtrisé (I.), élevé et croissant pour l'Etat (II.), en outre, disproportionné aux bénéfices effectifs pour les économies domiennes et dont l'allocation était contestable (III.). Elle en a donc conclu à la nécessité de lui substituer d'autres mesures (IV.).

I. Le constat d'un coût non maîtrisé

La Cour des comptes critique le dispositif du fait que les dépenses de l'Etat y attachées ne sont pas maîtrisées et ainsi pointe un écart systématique entre la dépense prévue par les projets de loi de finances et le constat des chiffres effectifs quelques années plus tard. Elle cite pour exemple l'estimation faite initialement en 2007 pour les investissements à réaliser en 2009 qui était de 550 millions d'euros pour un constat en 2009 d'investissements effectivement réalisés de 640 millions d'euros⁸²⁴.

II. La dénonciation d'une dépense fiscale fortement accrue mais sur la base d'indicateurs peu pertinents

La Cour des comptes, au soutien de son affirmation que la dépense fiscale aurait rapidement crue, prend pour indicateur la progression des contribuables bénéficiaires du dispositif qui serait, par exemple, passée de 7.700, en 2005, à 18.600, en 2009, soit

⁸²⁴ COUR DES COMPTES. *Rapport public annuel : les défiscalisations « Girardin » en faveur de l'outre-mer*, février 2012, p. 82.

une progression d'environ 142%⁸²⁵. Ce qu'elle omet de préciser c'est que durant cette période un plafonnement de la défiscalisation a été mis en place.

Alors qu'en 2005, un contribuable pouvait défiscaliser sans limite de montant, à compter du 29 décembre 2008, une limite de la réduction du montant de l'impôt est fixée par deux conditions cumulatives : la réduction d'impôt ne peut excéder « la somme d'un montant de 25.000€ et d'un montant de 10% du revenu imposable servant de base au calcul de l'impôt sur le revenu⁸²⁶ ». Ainsi, un ménage sans enfant, qui avait un revenu imposable d'un million d'euros juste avant le plafonnement, pouvait effacer l'intégralité de son impôt à payer de 376.000€, alors qu'avec le plafond applicable de 25.000€ plus 10 % d'un million, la réduction maximale d'impôts passe à 125.000€. Le ménage conserve désormais une charge de 251.000€ (376.000 - 125.000)⁸²⁷. *De facto*, pour que la dépense publique reste au même niveau, d'autres contribuables ont pu défiscaliser à hauteur de ces 251.000€ en 2009. Si l'on considère des contribuables avec le même très haut niveau de revenus, par raisonnement purement mathématique, le nombre d'investisseurs pouvait donc augmenter de 300% pour une dépense publique identique.

L'analyse de la Cour des comptes ne paraît donc pas pertinente sur ce point, occultant, en outre, une démocratisation manifeste de la défiscalisation découlant de ce plafonnement.

III. *La prétendue mauvaise allocation de l'aide publique*

La Cour des comptes indique également que ces aides fiscales ne bénéficient pas seulement aux entreprises qui en ont besoin et qu'en outre, elles sont allouées aux investissements les moins risqués pour les contribuables⁸²⁸. Par ailleurs, elle estime que ce dispositif permet une rentabilité excessive aux contribuables au regard des

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ CGI, art.200-0 A.

⁸²⁷ SENAT. *Projet de loi de finances pour 2009*. Article de la IIe Partie, Débats en 1^e lecture du 17 novembre 2008 [en ligne], s.d., [consulté le 21 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/commission/fin/pjlf2009/articles/44bis/44bis1.html>

⁸²⁸ COUR DES COMPTES. *Rapport public annuel : les défiscalisations « Girardin » en faveur de l'outre-mer*, février 2012, p. 98.

risques qu'ils prennent effectivement et que pour le rendre attractif pour ces derniers le taux de rétrocession aux entreprises exploitantes est limité⁸²⁹.

Pourtant quelle que soit l'entreprise, elle est nécessairement touchée par les difficultés structurelles dues à l'éloignement des DROM et à l'insularité de la plupart d'entre eux. En outre, concernant les investissements à réaliser, l'Etat peut toujours modifier ceux qui sont éligibles ou non, preuve en est que la Cour des comptes prenait en exemple le secteur du photovoltaïque et que, depuis, des mesures ont été prises pour supprimer la défiscalisation liée à la « production d'électricité utilisant l'énergie radiative du soleil⁸³⁰ ».

IV. La préconisation de dispositions substitutives à la défiscalisation

La Cour de comptes estime qu'il est possible de répondre, pour les 4.000 dossiers par an (selon des données qu'elle tire de l'INSEE), au coût de crédit élevé dans les DROM, par des mécanismes de bonifications d'intérêts ou de garanties, et/ou à l'insuffisance de fonds propres, par des subventions ou interventions de sociétés capital-risque pour les apporter. En outre, elle affirme que « quelques dizaines d'agents suffiraient pour les instruire⁸³¹ ».

Ces chiffres sont en total décalage avec ceux d'autres organismes « de terrain » comme le GIFOM (*cf supra*) qui estimait en 2012 le nombre de dossiers hors agrément à 16.000⁸³². Il résulte que le nombre d'agents devrait être multiplié, *a minima*, par quatre, induisant un coût budgétaire bien plus important que celui supposé par la Cour des comptes.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 1.

⁸³⁰ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, art. 36.

⁸³¹ COUR DES COMPTES. *Rapport public annuel : les défiscalisations « Girardin » en faveur de l'outre-mer*, *op.cit.*, p. 86.

⁸³² *Cf.* Partie 2. Titre 2. Chapitre 2. Section 2. §1. A. II. a.

B. Le rapport d'information n° 628 (2012-2013) de MM. Éric Doligé et Serge Larcher

Suite au rapport de la Cour des comptes précité, et sur demande du ministère des outre-mer MM. Eric Doligé et Serge Larcher, d'une part, et MM. Jean-Claude Fruteau et Patrick Ollier, d'autre part, ont établi un rapport pour évaluer le dispositif et juger du bien-fondé des critiques susmentionnées. Ceux-ci tirent de leurs analyses des conclusions fondamentalement différentes, notamment : une diminution des investissements défiscalisants (I.) et une allocation accrue des aides aux entreprises exploitantes par l'effet de la concurrence (II.). Ils tirent de leurs analyses la conclusion de la nécessité du maintien de la défiscalisation mais avec diverses préconisations (III.).

I. La diminution importante des investissements défiscalisants

Le rapport de MM. Eric Doligé et Serge Larcher constate, de 2009 à 2013, une diminution importante de 47% des investissements productifs bénéficiant des dispositions de l'article 199 *undecies* B du code général des impôts⁸³³. Cette diminution est expliquée notamment par la suppression de certains secteurs défiscalisants (comme la production d'énergie photovoltaïque) mais également par la mise en place du dispositif de défiscalisation dans le logement social en 2009⁸³⁴.

La démonstration est donc faite de ce que le législateur a la capacité de recentrer la dépense fiscale liée à la défiscalisation sur les secteurs qui lui paraissent les plus nécessaires ou opportuns.

⁸³³ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit.*, p. 50.

⁸³⁴ CGI, art. 199 *undecies* C (version en vigueur depuis le 29 mai 2009).

II. *L'allocation de l'aide publique optimisée par la concurrence*

Le même rapport de MM. Eric Doligé et Serge Larcher répond également aux arguments de dilution de l'aide fiscale en notant qu'il existe une concurrence entre les cabinets de défiscalisation qui, non seulement, les contraignent au niveau des investisseurs à de nombreuses diligences pour optimiser la fin des opérations fiscales et à de bon taux de souscription, le justifiant par le fait que « drainer des financements privés suppose en certain niveau d'attractivité sans lequel les flux se tarissent⁸³⁵ » ; mais également au niveau des exploitants, qui n'hésitent pas à faire marcher ladite concurrence, pour obtenir de meilleurs taux de rétrocession de l'avantage fiscal.

C'est donc essentiellement la marge commerciale des cabinets qui se trouve amputée par la rétrocession de l'économie d'impôt et non l'avantage rétrocédé aux entreprises exploitantes.

III. *Les préconisations du rapport*

Le rapport de MM. Jean-Claude Fruteau et Patrick Ollier, après avoir fait le constat que « ce dispositif [de défiscalisation] était bien adapté à la collecte de l'épargne sur des objectifs ciblés, que ce soit la réalisation de grands projets structurants dans les DOM et dans les COM » et que « une grande partie du dispositif mérite d'être conservée », préconise son impérative conservation avec quelques améliorations⁸³⁶. Il souhaite un contrôle de la rémunération des intermédiaires par, notamment, d'une part, la mise en place généralisée de l'appel d'offre et, d'autre part, une réglementation de la profession. Il ajoute la nécessité d'un « fléchage » territorial des investissements sur une base contractuelle établie par l'Etat en concertation avec les collectivités locales afin de permettre une homogénéité de l'aide fiscale⁸³⁷. Avant de

⁸³⁵ SENAT. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux Outre-mer, présenté par MM. Éric DOLIGÉ et Serge LARCHER, op. cit., p. 73.*

⁸³⁶ ASSEMBLEE NATIONALE. *Rapport d'information n°1024 sur la fiscalisation des investissements outre-mer, présenté par MM. Jean-Claude FRUTEAU et Patrick OLLIER, op. cit., pp. 50 et 51.*

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 57.

lancer la mise en place du crédit d'impôt, qu'il limite aux entreprises avec un chiffre d'affaires important, ce rapport préconise une évaluation de son impact éventuel sur la défiscalisation. La réduction du seuil d'agrément est également abordée et, en conclusion, l'urgence d'aboutir dans les négociations avec Bruxelles est soulignée pour obtenir le renouvellement du régime fiscal dérogatoire venant à échéance fin 2013⁸³⁸.

C. Le Livret bleu outre-mer du 28 juin 2018

De façon beaucoup plus récente et faisant suite aux assises de l'outre-mer, un Livret bleu outre-mer a été rédigé rappelant qu'il convient de

« sécuriser et pérenniser l'aide fiscale à l'investissement outre-mer : l'aide fiscale en faveur des investissements en outre-mer compense les handicaps structurels dont souffrent les économies ultramarines, afin de leur permettre de rattraper leur retard de développement économique et social »

et, en conséquence, indiquant que « la durée de validité des mécanismes actuels sera étendue jusqu'en 2025⁸³⁹ ».

Ainsi, même si régulièrement le dispositif est critiqué, contesté, modifié, il n'en demeure pas moins qu'un dernier rapport datant de juillet 2018, rappelle, dans son introduction, que le développement économique des régions ultramarines est un objectif constant de l'Etat depuis le début de la Vème République et que l'aide fiscale à l'investissement est, de ce fait, devenu l'un des dispositifs les plus « efficace » et, dans sa conclusion, que le dispositif d'aide fiscale à l'investissement outre-mer « demeure le socle essentiel du financement des logements sociaux et des investissements productifs réalisés par les entreprises ultramarines⁸⁴⁰ ». Il préconise des améliorations dans la rédaction et la clarté du texte de l'article 199 *undecies* B du CGI et rappelle la nécessité de sécuriser les investisseurs.

⁸³⁸ *Ibid.*, p.40.

⁸³⁹ MINISTÈRE DES OUTRE-MER. *Livret bleu outre-mer. La France des outre-mer et le monde*, p.151.

⁸⁴⁰ ASSEMBLÉE NATIONALE. *Rapport n°1153 sur la défiscalisation dans les outre-mer, présenté par MM. Philippe GOMÈS et Philippe VIGIER, op.cit.*, p.49.

La défiscalisation externalisée, régulièrement menacée, résiste tant elle semble, malgré encore quelques améliorations à lui apporter, un outil éprouvé maintenant sur plus de 30 ans et démontrant, avec le recul, son efficacité.

Conclusion

La loi de défiscalisation des investissements productifs outre-mer n'est pas toujours perçue positivement pour les diverses raisons évoquées au cours de cette étude. Pourtant, elle a d'ores et déjà résisté plus de 30 ans aux alternances politiques.

Son objectif économique reste le même depuis le début, il s'agit de mobiliser, de collecter l'épargne des contribuables, essentiellement métropolitains, pour l'acheminer vers les régions ultra-marines en l'injectant dans les économies locales et en créant ainsi de l'activité et de l'emploi.

Toutefois, la loi de défiscalisation a évolué sur le plan purement fiscal passant d'une déduction du montant des investissements réalisés du revenu global à une réduction de l'impôt sur le revenu. Elle a également évolué dans sa technique juridique, puisque le schéma de défiscalisation externalisée a été mis en place et s'est largement imposé sur les opérations de plein droit, cela étant si vrai qu'une réglementation de la profession des monteurs en opérations de défiscalisation a été initiée.

Pour autant, il est patent que les économies ultra marines sont loin d'avoir rattrapé une « égalité réelle » avec la France hexagonale. Un rapport de M. Victorin Lurel établi en 2016 a précisément abordé cette notion en indiquant que « pour les outre-mer, l'égalité réelle est donc la conjonction de l'égalité civique, politique, sociale et économique convergeant vers les niveaux de vie nationaux. Tel est l'objet du présent rapport⁸⁴¹ ». Il précise compte tenu de la diversité des situations des terres d'outre-mer entre elles et vis-à-vis de la métropole que « la marche vers l'égalité réelle n'est pas d'imposer aux outre-mer un modèle de développement, celui de l'Hexagone, mais de proposer un nouveau modèle de développement économique qui permette de réduire les inégalités par rapport à l'Hexagone⁸⁴² ».

⁸⁴¹ ASSEMBLÉE NATIONALE. Rapport au premier ministre. Egalité réelle outre-mer. M. Victorin LUREL, mars 2016, p.7.

⁸⁴² *Ibid.*, p.121.

Si ce rapport relève des progrès incontestables, il n'en constate pas moins « des écarts forts et persistants » entre les terres ultramarines et la métropole et envisage pour tenter d'y remédier des stratégies de développement sur 25 ans « spécifiques à chaque territoire et reposant sur des engagements contraignants des parties et des financements pérennes⁸⁴³ ».

Le rapport de M Victorin Lurel aborde l'impérieuse nécessité de mettre à niveau des infrastructures de base relatives aux transports, à l'énergie et à l'assainissement. Constatant que cette mise à niveau nécessite des fonds colossaux, il préconise d'étendre la défiscalisation à tous les équipements publics de base réalisés par les collectivités ou établissements public : infrastructures de transport, réseaux d'alimentation en eau potable et assainissement, réseaux de fibres optiques pour le très haut débit, etc⁸⁴⁴. Et il conclut qu'au regard de la nécessité de faire cette mise à niveau, « le système de défiscalisation outre-mer ne semble donc pas créer un avantage exagéré en faveur des contribuables⁸⁴⁵ ».

Il apparaît que l'évolution même de la société a créé de nouveaux secteurs à développer et à mettre au niveau de celui de la métropole, notamment, le secteur du numérique et celui de l'énergie et de l'environnement. Ce sont là de vrais enjeux car, d'une part, le développement du numérique permet de remédier à l'éloignement et à l'isolement en résultant des régions ultra marines et, d'autre part, les investissements dans le secteur de l'énergie et de l'environnement doivent permettre de répondre à des problèmes de plus en plus aigus comme ceux des traitements de l'eau et des déchets, de l'indépendance énergétique.

Ainsi le livret bleu outre-mer présente deux ambitions majeures des DOM sur le plan environnemental : le plan EAU DOM⁸⁴⁶, qui a pour objectif de remettre en état les infrastructures liée à l'acheminement de l'eau dans les foyers pour permettre aux

⁸⁴³ *Ibid.*, p.9.

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p.24

⁸⁴⁵ *Ibid.*, p.34

⁸⁴⁶ MINISTERE DES OUTRE-MER. *Livret bleu outre-mer. La France des outre-mer et le monde*, p .20

populations ultramarines d'accéder à une eau de qualité et le plan 100% EnR⁸⁴⁷, dont l'objectif est, dans un premier temps, de ne plus mettre en service de nouvelles infrastructures de production électrique fonctionnant sur la base des ressources fossiles, puis dans un deuxième temps, de substituer à de telles installations existantes d'autres à énergies renouvelables dites propres (énergie radiative du soleil ou autres).

Les régions ultra-marines, notamment les DROM, bénéficient dans le domaine de l'énergie d'un immense potentiel en énergie solaire, éolienne, marine, géothermique, hydraulique compte tenu de leur situation géographique et climatique qui s'avère être dans ce cas un atout considérable. D'une part, une production locale leur permettrait de réduire leur dépendance aux importations des énergies fossiles et de répondre à une demande croissante en énergie de la population. Et d'autre part, leur diversité géographique et climatique permet d'y expérimenter divers modes de production énergétiques renouvelables (le Conseil Économique, Social et Environnemental (CESE) qualifie même ces territoires de « laboratoire »), ce qui leur donne un avantage considérable sur la métropole, car ces atouts certains leur permettent d'envisager le développement d'activités avec des retombées économiques potentielles très importantes.

Cette fois la « solidarité nationale » , qu'évoque un rapport du CESE⁸⁴⁸, vis-à-vis de ces territoires revêt un caractère intéressé. En effet, l'expérience de ces territoires devient un enjeu national, car les débouchés industriels sont potentiellement importants si un réseau de connaissances scientifiques et techniques de qualité naît de ce laboratoire et peut devenir un savoir-faire national exportable.

Si l'Etat français veut parvenir à un objectif d'égalité réelle, étant précisé que l'égalité réelle ne peut être une égalité sur tous les points telle que définie par M Victorin Lurel, il doit envisager d'orienter la défiscalisation vers ces secteurs hautement stratégiques, selon les besoins identifiés de chacun des territoires pour

⁸⁴⁷ *Ibid.*, p.33.

⁸⁴⁸ Patrick GALENON. *Les énergies renouvelables Outre-mer : laboratoire pour notre avenir*. Les avis du Conseil économique, social et environnemental, juillet 2011, p.16.

chacun de ces secteurs, en appliquant des taux différenciés incitatifs et de nature à orienter l'épargne métropolitaine en ce sens. Ainsi la défiscalisation conserverait le « mérite inestimable » que lui a attribué, dès 1991, M. Alain Richard, alors rapporteur général du budget à l'Assemblée nationale, en relevant qu'elle « ne correspond pas à une logique d'assistance mais, au contraire, stimule l'initiative et favorise les adaptations⁸⁴⁹ ».

Tel est l'état d'esprit qui doit prévaloir au maintien de la défiscalisation pour en assurer, *in fine*, l'atteinte de ses objectifs, même si c'est à plus long terme que ce qui pourrait être espéré.

Nous laisserons ici le mot de la fin à Mme Brigitte Girardin qui a déclaré à propos du Président de la République M. Jacques Chirac que :

« Au-delà de l'affection profondément sincère qu'il témoignait à nos concitoyens ultramarins, il avait cette capacité d'écoute et de dialogue inégalée pour apporter des solutions concrètes aux problèmes si complexes de ces territoires. C'est grâce à cette attention exigeante et toujours empreinte d'une grande humilité qu'il comprenait l'outre-mer et avait réussi à imposer, en matière de développement économique et social par exemple, des mesures fortes **brisant la spirale humiliante de l'assistanat et respectant l'identité de chacun**. La loi programme que j'ai défendue en 2003 n'aurait jamais pu voir le jour sans lui⁸⁵⁰ ».

⁸⁴⁹ SENAT. *Rapport général n°92 sur le projet de loi de finances pour 2001, présenté par M. Philippe MARINI, op. cit.*, p.284.

⁸⁵⁰ Outremer360°. Décès de Jacques Chirac-Brigitte Girardin : « La loi de programme que j'ai défendue en 2003 n'aurait jamais pu voir le jour sans lui », [en ligne], 26 septembre 2019, [consulté le 27 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://outremer360.com/politique/deces-de-jacques-chirac-brigitte-girardin-la-loi-programme-que-jai-defendue-en-2003-naurait-jamais-pu-voir-le-jour-sans-lui/>

Bibliographie

I – OUVRAGES

CASTAGNEDE Bernard, *La politique fiscale*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2008.

Jurisclasseur Banque Crédit Bourse, fasc. 1562 : « Conseiller en investissements financiers », n° 6 et 10.

Office des publications officielles des Communautés européennes, « Traité sur l'Union européenne », [en ligne], 1992, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_fr.pdf

II – RAPPORTS

ASSEMBLEE NATIONALE.

- *Compte rendu intégral*. XIIIe législature, deuxième séance du 17 novembre 2008.
- *Compte-rendu intégral*. XIIIe Législature, séances du lundi 6 avril 2009.
- *Projet de loi de programmation des finances publiques pour les années 2018 à 2022*. Mission outre-mer (état b). Séance du jeudi 9 novembre 2017 à 9h30.
- *Fiche de synthèse n°11*, [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www2.assemblee-nationale.fr/decouvrir-l-assemblee/role-et-pouvoirs-de-l-assemblee-nationale/les-institutions-francaises-generalites/l-organisation-territoriale-de-la-France>.

AUTORITE STATISTIQUE PUBLIQUE. *Rapport annuel de l'Autorité de la statistique publique 2016*, mars 2017.

AVICE Franck (sous la supervision de BOLLIET Anne) et CANNARD Philippe. *Rapport sur la TVA non perçue récupérable*. Mission d'audit de modernisation menée pour l'Inspection Générale des Finances et l'Inspection Générale de l'Administration, juillet 2007.

BALARELLO José. *Rapport n°393 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence*. Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, *d'orientation pour l'outre-mer*. 7 juin 2000.

BARTOLONE Claude et YANNO Gaël. Rapport d'information n°2828 sur la mise en application de la loi n° 2009-594 du 27 mai 2009 pour le développement économique des outre-mer. Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire. 29 septembre 2010.

CONSEIL DES PRELEVEMENTS OBLIGATOIRES. *Entreprises et « niches » fiscales et sociales. Des dispositifs nombreux*. Rapport de synthèse, [en ligne], octobre 2010, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/EzPublish/Rapport_de_synthese_Entreprises_et_niches_fiscales_et_sociales_071010_2.pdf.

CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL.

- *Dynamiser l'investissement productif en France. Avis du Conseil économique et social sur le rapport présenté par M. Nasser MANSOURI-GUILANI au nom de la section des questions économiques générales et de la conjoncture*, Séance des 11 et 12 mars 2008.
- *Evaluation de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003*, 12 juillet 2006.

COUR DES COMPTES. *Les défiscalisations « Girardin » en faveur de l'outre-mer*. Rapport public annuel de la Cour des comptes, février 2012.

DARSIERES Camille. Rapport d'information n°3034 sur les régions ultrapériphériques et sur les propositions de règlement du Conseil. Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne. 3 mai 2001.

DE ROUX Xavier. Rapport n°2095 sur le projet de loi (n°1596) de sauvegarde des entreprises. Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République. 11 février 2005.

DOLIGÉ Éric. *Rapport n°519 sur la situation des départements d'outre-mer*. Mission commune d'information. 7 juillet 2009.

DOLIGÉ Éric et LARCHER Serge. *Rapport d'information n°628 en conclusion des travaux du groupe de travail sur l'impact économique des dispositifs de défiscalisation spécifiques aux outre-mer*. Commission des affaires économiques et de la délégation sénatoriale à l'outre-mer. 5 juin 2013.

DU LUART Roland.

- *Rapport d'information n°51 sur la défiscalisation dans les départements et les territoires d'outre-mer*. Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, annexé au procès-verbal de la séance du Sénat. 7 novembre 2002.
- *Rapport n°296 sur le projet de loi de programme pour l'outre-mer*. Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, annexé au procès-verbal de la séance du Sénat. 14 mai 2003.

FRUTEAU Jean-Claude. *Compte rendu n°16*. Délégation aux outre-mer. 24 avril 2013.

FRUTEAU Jean-Claude. et OLLIER Patrick. *Rapport d'information sur la fiscalisation des investissements outre-mer*. Délégation aux outre-mer. 15 mai 2013, n°1024.

GOMÈS Philippe et VIGIER Philippe. *Rapport n°1153 sur la défiscalisation dans les outre-mer*. Délégation aux outre-mer. 11 juillet 2018.

IEDOM.

- *Rapport annuel 2007*, [en ligne], édition 2008, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2007_iedom.pdf
- *Guadeloupe. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_guadeloupe.pdf

- *La Réunion. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_reunion.pdf
- *Martinique. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_martinique-2.pdf
- *Mayotte. Rapport annuel 2008*, [en ligne], édition 2009, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2008_mayotte.pdf
- *Guyane. Rapport annuel 2009*, [en ligne], édition 2010, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2009_guyane-.pdf
- *Martinique. Rapport annuel 2009*, [en ligne], édition 2010, [consulté le 28 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2009_martinique.pdf
- *La Réunion. Rapport annuel 2013*, [en ligne], édition 2014, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2013_la_reunion_avec_liens_sommaire.pdf
- *La Réunion. Rapport annuel 2014*, [en ligne], édition 2015, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2014_la_reunion.pdf
- *La Réunion. Rapport annuel 2015*, [en ligne], édition 2016, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra_2015_iedom_reu_.pdf
- *Martinique. Rapport annuel 2015*, [en ligne], édition 2016, [consulté le 29 septembre 2019], Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra_2015_iedom_mar_.pdf
- *La Réunion. Rapport annuel 2016*, [en ligne] édition 2017, [consulté le 26 septembre 2019] Disponible à l'adresse : [\[https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2016_la_re_union.pdf \]](https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2016_la_re_union.pdf).
- *La Réunion. Rapport annuel 2017*, [en ligne], édition 2018, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/ra2016_la_re_union.pdf

- *Rapport sur l'état des statistiques dans les départements et régions d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer (DROM et COM)*. Statistique publique n°2018-1.

JOURDA Gisèle et M. MAGRAS Michel. Rapport d'information n°247 sur le « sucre des régions ultrapériphériques en danger : sauver une filière vitale des méfaits d'une politique commerciale dogmatique ». Délégation sénatoriale à l'outre-mer. 10 décembre 2015.

LARCHER Serge. Avis n°165 sur le projet de loi de finances pour 2016. Commission des affaires économiques. 19 novembre 2015.

LENGRAND Louis et associés. Evaluation de l'impact de l'aide fiscale à l'investissement productif neuf outre-mer. Rapport intermédiaire. Etat des lieux, avril 2017.

LETCHEMY Serge. Rapport sur l'article 349 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : contribution à l'application du cadre dérogatoire au service d'un projet global de développement des régions ultrapériphériques. Remis au Premier Ministre, M. Jean-Marc AYRAULT, [en ligne], mai 2013, spéc. p. 37, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000312.pdf>

LUREL Victorin. Rapport au premier ministre. Egalité réelle outre-mer. Mars 2016.

MARINI Philippe.

- *Rapport général n°92 sur le projet de loi de finances pour 2001*. Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, annexé au procès-verbal de la séance du Sénat. 23 novembre 2000.
- *Rapport général n°111 sur le projet de loi de finances pour 2011*. Commission des Finances. 18 novembre 2010.

MARSIN Daniel. *Avis n°243 sur le projet de loi pour le développement économique de l'outre-mer*. Commission des affaires économiques. 4 mars 2009.

MASSION Marc et DOLIGÉ Éric. *Rapport n°232 sur le projet de loi pour le développement économique de l'outre-mer*. Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation. 9 février 2009.

MATHIASIN Max. Avis n°1288 sur le projet de loi de finances pour 2019. Commission des affaires économiques. 3 octobre 2018.

MIGAUD Didier. Rapport d'information sur les incitations fiscales à l'investissement outre-mer. Commission des Finances, de l'économie générale et du plan. 9 juillet 1998, n°1060

REICHARDT André. *Avis n°170 sur le projet de loi de finances pour 2016 adopté par l'Assemblée nationale*. Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale. 19 novembre 2015.

SÉNAT.

- *Compte-rendu intégral*. Séance du vendredi 8 décembre 2017, [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/seances/s201712/s20171208/s20171208.pdf>
- *Projet de loi de finances pour 2009*. Article de la IIe Partie, Débats en 1^e lecture du 17 novembre 2008 [en ligne], s.d., [consulté le 21 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.senat.fr/commission/fin/pjlf2009/articles/44bis/44bis1.html>

SERVA Olivier. Rapport n°1055 sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, de règlement du budget et d'approbation des comptes de l'année 2017 (n° 980). ANNEXE n°31 Outre-Mer. Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire. 13 juin 2018.

YANNO Gaël. Rapport n°1579 sur le projet de loi, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, pour le développement économique des outre-mer. Commission des finances, de l'économie générale et du plan. 1^{er} avril 2009.

III. ARTICLES, COMMUNICATIONS, DISCOURS, NOTES ET CHRONIQUES

AGENCE FRANÇAISE POUR LE DEVELOPPEMENT.

- *Document de travail n°53 : Pourquoi s'ouvrir ? Contraintes et perspectives pour les économies ultramarines* », présenté par M. Jean-Michel SALMON, novembre 2007.
- « Les DOM : fausses idées et vrais problèmes », *La lettre des économistes de l'AFD*, n°12, mars 2006.

ALBERT Jean-Luc, « Les aides d'Etat outre-mer », *revue de l'Union européenne* 2017.

ALLARD Laurence et ARRIVET Domitille, « Les DOM-TOM dans le collimateur de Bercy », *Le Point*, 29 mai 2008.

AMF, « Position AMF. Placement et commercialisation d'instruments financiers », Doc n° 2012-08, 16 juillet 2012.

ANSA.

- *Sanction du placement dans le public de parts de sociétés de personnes*, Etude du 6 mars 2013, n°13-015.
- *Communication du comité juridique n° 18-004 du 7 février 2018 BRDA 8/18 Inf. 2*

BANQUE DE FRANCE. « Les évolutions comparées des prix à la consommation dans les DOM et en métropole », *Bulletin de la Banque de France*, Juillet 2006, n°151.

BEAUVALLET Willy, CELESTINE Audrey et ROGER Aurélie. « L'état outre-mer. La construction sociale et institutionnelle d'une spécificité ultramarine », *Politix*, 2016/4, n°116.

BOUAMAMA Saïd, « L'œuvre négative du colonialisme français aux Antilles : la production et la reproduction d'une pigmentocratie », *Investigation*, [en ligne], juin 2018, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse :

<https://www.investigaction.net/fr/loeuvre-negative-du-colonialisme-francais-aux-antilles-la-production-et-la-reproduction-dune-pigmentocratie/>

CASTAGNÈDE Bernard, « Les politiques fiscales et la crise en Union Européenne », discours prononcé à l'occasion de la cérémonie de remise du titre de Docteur honoris causa de la faculté de droit de l'Université d'Athènes, 22 mai 2012, [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.panthonsorbonne.fr/fileadmin/atelierdroitfiscal/Documentation_complémentaire/CASTAGNEDE_B._Les_politiques_fiscales_et_la_crise_en_Union_Européenne__Univ._d_Athènes__22.05.2012_.pdf

CEROM. « Projet CEROM », [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.cerom-outremer.fr/cerom/presentation/le-projet-cerom.html>

CESAIRE Aimé, extrait du discours devant l'Assemblée Nationale Constituante pour présenter le Rapport fait au nom de la Commission des Territoires d'outre-mer sur les propositions de loi tendant au classement comme départements français de la Guadeloupe et de la Martinique, de la Guyane française, de l'île de la Réunion, 12 mars 1946, [en ligne], s.d., [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://evolutionmartinique.fr/2010/03/31/l'assimilation-que-nous-demandons-aujourd'hui-loin-detre-une-assimilation-contre-nature-est-une-assimilation-souple-intelligente-et-realiste-aime-cesaire-le-12-mars-1946/>

COMMISSION EUROPEENNE.

- *Bases de données des communiqués de presse*, [en ligne], mise à jour sept. 2019, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible aux adresses : https://europa.eu/rapid/press-release_IP-88-747_fr.htm et https://europa.eu/rapid/press-release_IP-89-995_fr.htm
- « Région ultrapériphérique », [en ligne], mai 2004, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-04-125_fr.htm?locale=FR

- Courrier à Monsieur Laurent FABIUS du 2 mars 2015 réf C (2015) 1342 final, point 106.

Comptes économiques rapides pour l'outre-mer, *Une double transition presque réussie : chômage, productivité et politique d'emploi à la Réunion*, octobre 2004.

COUGARD Marie-Josée, « Sucre : le triste bilan de la fin des quotas européens », *Les Echos*, [en ligne], 30 septembre 2018, [Consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.lesechos.fr/industrie-services/conso-distribution/sucre-le-triste-bilan-de-la-fin-des-quotas-europeens-140391>

CREPEY Edouard, Conclusions *Revue de droit fiscal*, mars 2013, n°10.

FEDOM.

- *Note sur les enjeux du RGEC*. [en ligne], septembre 2015, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://fedom.org/2015/09/23/les-enjeux-du-rgec/>
- *Réussir l'égalité économique réelle : projet de Développement Economique des DOM, voies et moyens*, [en ligne], mars 2016, [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.fedom.org/wp-content/uploads/2016/03/DOCUMENT-SÉMINAIRE-ANTILLES-actualisé-au-18-mars.pdf>
- *Bercy répond à la FEDOM sur le traitement des investissements relatifs aux biens détruits à St Martin et St Barth*, [en ligne], 2018, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible sur : <https://fedom.org/2018/03/26/bercy-repond-a-la-fedom-sur-le-traitement-des-investissements-suite-a-irma-et-maria/>.
- *Investir outre-mer : les principaux dispositifs nationaux spécifiques aux entreprises ultramarines*, [en ligne], s.d., [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://fedom.org/wp-content/uploads/2017/05/Investir-Outre-Mer.pdf>.

France Antilles, « Escroquerie à la défiscalisation : des bateaux chers payés », [en ligne], 2017, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.martinique.franceantilles.fr/actualite/faitsdivers/escroquerie-a-la-defiscalisation-des-bateaux-chers-payes-436662.php>

GALENON Patrick. *Les énergies renouvelables outre-mer : laboratoire pour notre avenir*. Les avis du Conseil économique, social et environnemental, juillet 2011.

GEOCONFLUENCES, V° « Zone économique exclusive », [en ligne], mise à jour mars 2017, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/glossaire/zone-economique-exclusive-zee>

GOHIN Olivier, « L'outre-mer dans la réforme constitutionnelle de la décentralisation », *RFDA 2003 (Dalloz)*.

IEDOM.

- *Le secteur des transports dans les DCOM*. Les notes de l'institut d'émission, [en ligne], décembre 2007, [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/note_ie_secteur_transports.pdf
- *Le Tourisme outre-mer – Une mutation nécessaire*, Les notes de l'institut d'émission, [en ligne], mars 2015, [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/note_ie_le_tourisme_outre-mer_-_mars_2015.pdf
- *Conjoncture outre-mer 2018 et perspectives 2019 : des performances économiques contrastées*, [en ligne], avril 2019, n°571 [consulté le 29 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.iedom.fr/IMG/pdf/conjoncture_outre-mer_2018_vf.pdf

INSEE.

- *Comparaison des prix entre les DOM et la Métropole, INSEE Première*, [en ligne], n°251, mars 1993, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.epsilon.insee.fr/jspui/bitstream/1/9895/1/ip251.pdf>
- *Les inégalités aux Antilles Guyane : dix ans d'évolution, INSEE Antilles Guyane, - Une analyse comparative des entreprises des DOM et de la métropole, INSEE. Economie et statistique*, n°462-463, 2013.
- *Dans les DOM, l'activité et l'emploi stagne depuis dix ans, INSEE Analyses, Martinique*, n°4, avril 2015.

- *En 2015, les prix dans les DOM restent plus élevés qu'en métropole*, INSEE Première, n°1589, avril 2016.
- *Le chômage à un niveau historiquement bas. Enquête emploi en continu 2015*, INSEE Flash Réunion n°61, avril 2016.
- *Une photographie du marché du travail en 2015*, INSEE Première, n°1602, juin 2016.
- *Polynésie française. Le ralentissement démographique se confirme. Les jeunes continuent à émigrer*, [en ligne], novembre 2018, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3651609>
- *A Mayotte, près d'un habitant sur deux est de nationalité étrangère*, [en ligne], février 2019, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://insee.fr/fr/statistiques/3713016>.
- *Comparateur de territoire. Département de la Réunion*, [en ligne], septembre 2019, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/1405599?geo=DEP-974>.

JOLY Pierre, « Les principaux déterminants de l'investissement productif dans les modèles macro-économiques », *Revue Economique industrielle*, n°40-41, année 1987.

LAUTROU Pierre-Yves, « Une double peine pour l'Outre-mer », *L'Express* [en ligne], 19 février 2009, [consulté le 5 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.lexpress.fr/actualite/politique/une-double-peine-pour-l-outre-mer_742196.html.

Le Monde. « L'ouragan Irma, catastrophe naturelle la plus coûteuse de l'histoire de l'assurance outre-mer » [en ligne], 2018, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible sur : https://www.lemonde.fr/climat/article/2018/09/03/l-ouragan-irma-catastrophe-naturelle-la-plus-couteuse-de-l-histoire-de-l-assurance-outre-mer_5349726_1652612.html

L'Europe en France. « Nouvelle technologie pour la production de tomates », [en ligne], s.d., [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <https://www.europe-en-france.gouv.fr/fr/projets/nouvelle-technologie-pour-la-production-de-tomates/>

Lexpress.mu. « Fibre optique : la câble Lion 2 mise en opération ce jeudi », [en ligne], 1 avril 2012, [consulté le 25 octobre 2019]. Disponible sur : <https://www.lexpress.mu/article/fibre-optique-le-câble-lion-2-mise-en-opération-ce-jeudi>

MINISTERE DE L'AGRICULTURE, DE L'AGROALIMENTAIRE ET DE LA FORET. « Panorama des industries agroalimentaires 2016. Fiche régionale Martinique », [en ligne], 2016, [consulté le 26 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://daaf.martinique.agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/Panorama_IAA_2016_-_Region_MARTINIQUE_cle047167.pdf

MINISTERE DELEGUE A LA COOPERATION, AU DEVELOPPEMENT ET A LA FRANCOPHONIE. Mme Brigitte GIRARDIN. Cf. *Archives du Gouvernement* [en ligne], mai 2005-mai 2007, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://archives.gouvernement.fr/villepin/acteurs/biographie_5/acteurs/gouvernement/ministere_delegue_cooperation_developpement_m234/index.html

MINISTERE DES OUTRE-MER.

- *Interview de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'outre-mer, "Géomètre" de juillet-août 2003, sur les objectifs de la réforme de la décentralisation et de la loi de programme pour l'outre-mer, les mesures en faveur de la continuité territoriale, la défiscalisation et la simplification du dispositif de la règle des cinquante pas géométriques*, [en ligne], 2003, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/033002538.html>
- *Interview de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'outre-mer, dans "Investissement Conseil" d'octobre 2003, sur le dispositif de défiscalisation de l'outre-mer*, [en ligne], 2003, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/033003294.html>
- *Interview de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'outre-mer, "La Tribune" du 6 décembre 2004, sur la défiscalisation des investissements outre-mer, intitulée « Défisicalisation : un cadre rénové pour l'outre-mer »* [en ligne], 2004, [consulté le 12 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/043003172.html>.

- *Interview de M. Yves JÉGO, secrétaire d'Etat chargé de l'outre-mer, "Le Point" du 29 mai 2008, sur le plafonnement de l'avantage fiscal sur les investissements en outre-mer et le développement du logement social*, [en ligne], 2008, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/083002538.html>.
- « Note à la Commission européenne (DG Comp) à l'attention de M. VAN DER WEE », [en ligne], juillet 2015, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : http://www.outre-mer.gouv.fr/sites/default/files/2rgec_descriptif_octroi_de_mer-2.pdf.
- « Mayotte. Histoire », [en ligne], novembre 2016, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.outre-mer.gouv.fr/mayotte-histoire>
- « Adoption du règlement général d'exemption par catégorie : une avancée majeure pour les régions ultrapériphériques », [en ligne], mai 2017, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://www.outre-mer.gouv.fr/adoption-du-reglement-general-dexemption-par-categorie-une-avancee-majeure-pour-les-regions>.
- *Déclaration de Mme Brigitte GIRARDIN, ministre de l'outre-mer, à l'Assemblée nationale le 21 février 2018, sur la politique économique en outre-mer*, [en ligne], 2018, [consulté le 25 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://discours.vie-publique.fr/notices/183000368.html>.
- *Livre bleu outre-mer*, juin 2018.

Office des publications de l'Union Européenne. « Préface de Mme Danuta HÜBNER », *La politique de cohésion 2007-2013. Commentaires et textes officiels*, janvier 2007.

Outremers 360°. « Décès de Jacques Chirac-Brigitte Girardin : " La loi de programme que j'ai défendue en 2003 n'aurait jamais pu voir le jour sans lui " », [en ligne], 26 septembre 2019, [consulté le 27 octobre 2019]. Disponible à l'adresse : <http://outremers360.com/politique/deces-de-jacques-chirac-brigitte-girardin-la-loi-programme-que-jai-defendue-en-2003-naurait-jamais-pu-voir-le-jour-sans-lui/>

PACOTTE Aurore. « La Société en commandite simple (SCS) : une forme de société méconnue et pourtant qui serait mieux adaptée à la défiscalisation outremer », *Les Affiches parisiennes*, 2 octobre 2018.

TERLY Pélage, « Défiscalisation à l'IR, la nécessaire sécurisation du Girardin industriel », *L'Agefi Actifs*, 1^{er} octobre 2010.

TESTU François-Xavier. « Le cautionnement-libéralité », *JCP. G.*, n°7, 15 février 1989, I, 3377.

VIDOT Jean-Pierre, « Australine : la fierté de Saint-Philippe », *Clicanoo*, [en ligne], 21 septembre 2013, [consulté le 30 septembre 2019]. Disponible à l'adresse : https://www.clicanoo.re/Economie/Article/2013/09/21/Australine-la-fierte-de-Saint-Philippe_262041/.

ZUIN Michel, « Du nouveau sur les clauses de limitation de recours », *Editions Francis Lefebvre 2007*, *RJDA* 2007.

Annexes

Annexe 1

Cour d'Appel de Saint-Denis
TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE SAINT-PIERRE
Chambre Commerciale - service des juges commissaires

N° R.G. :02/00359

Extrait des minutes du Greffe du
Tribunal de Grande Instance de
SAINT PIERRE (REUNION)

ORDONNANCE DU JUGE COMMISSAIRE

AUDIENCE DU 17 DECEMBRE

RESTITUTION DE MATERIEL

Nous, **C. LEROI**, Juge commissaire à la Procédure collective de la Société L'OCEANE DE PRODUCTION - ZI n° 3 - 97410 Saint-Pierre.

REQUERANTE :

la SNC AUSTRAL LOC 1

c/o TTC 60 bis, rue Lucien Gasparin - 97400 SAINT-DENIS, représentée par sa gérante la SARL SOFICO INVESTISSEMENTS - 4, Avenue Albrecht - 75008 PARIS

Ayant pour Avocat : **Me Michel ZUIN**

Avocat associé du Cabinet **Thierry LEFEBVRE & Associés** - 60, rue Pierre Charron 75008 PARIS

CONTRE :

Maître Houssen BADAT, ès-qualité de Mandataire Liquidateur de la société **L'OCEANE DE PRODUCTION** - Comparant

Ayant pour Avocat : **Maître Julien TURCZYNSKI** - 3, rue de Logebach - 75017 PARIS

EN PRESENCE DE :

La Société **RUDOL WILD Gmbh & C° INTERNATIONAL KG** - Rudolf Wild Strasse - 4-6, 69214 EPPELHEIM/HEIDELBERG

Intervenant volontaire, ayant pour Avocat : Le Cabinet **SOFFAL - Maître Françoise SITTERLE** - 153, Boulevard Haussmann - 75008 PARIS substituée par la SELARL **HOARAU-LACAÏLE**

DEBATS DU 29 OCTOBRE 2002.

PROCEDURE, PRETENTIONS ET MOYENS DES PARTIES

Selon acte sous seing privé en date du 1^{er} octobre 1998, la SA OCEANE DE PRODUCTION a cédé à la SNC AUSTRAL LOC 1 un matériel de production et de conditionnement de jus de fruits acheté par elle auprès de la société Rudolf Wild GmbH & Ci International KG, ledit acte prévoyant que ce matériel livré directement à la SA OCEANE DE PRODUCTION par le fournisseur lui serait loué par la SNC AUSTRAL LOC 1 pendant une durée de cinq années.

Le prix de revente était identique au prix d'achat par la SA OCEANE DE PRODUCTION soit 1 247 640 DM et payable de la manière suivante :

- 198 415 DM au moyen d'un virement bancaire de la SNC AUSTRAL LOC 1 au profit du fournisseur allemand
- 388 000 DM par compensation avec le dépôt de garantie du même montant fait par la SA OCEANE DE PRODUCTION dans le cadre du contrat de location en date du 18 septembre 1998
- le solde de 661 225 DM au moyen d'un crédit-vendeur consenti sur une période de cinq années, au taux d'intérêt annuel de 6 %.

Le contrat de vente prévoyait par ailleurs que les échéances du crédit-vendeur se compenseraient de plein droit avec les loyers et accessoires du contrat de location passé entre les mêmes parties.

Selon acte en dates des 18 septembre et 1^{er} octobre 1998, la SNC AUSTRAL LOC 1 a donné en location ce même matériel à la SA OCEANE DE PRODUCTION pour une durée de cinq années moyennant paiement d'un loyer mensuel devant être égal aux échéances de remboursement du crédit fournisseur consenti à la SNC AUSTRAL LOC 1 et compensable avec ces dernières.

Dans ce contrat, était également prévu le versement d'un dépôt de garantie de 388 000 DM par le locataire devant lui être restitué à l'issue du contrat de location sous réserve que celui-ci n'ait pas été interrompu par anticipation du fait de la défaillance du locataire.

Une convention de gage-espèces était à cet égard conclue entre la SA OCEANE DE PRODUCTION et la SNC AUSTRAL LOC 1 le 1^{er} octobre 1998.

A la même date, était également signée une promesse d'achat par la SA OCEANE DE PRODUCTION dudit matériel à la SNC AUSTRAL LOC 1 moyennant le prix de 388 000 DM augmenté de l'abandon d'éventuelles créances détenues par elle sur la SNC AUSTRAL LOC 1 au titre de son crédit-fournisseur, le règlement de ce prix devant s'opérer par compensation entre le prix de vente des investissements et le remboursement du dépôt initial effectué par la société OCEANE DE PRODUCTION au titre du contrat de location.

Par jugements en date des 29 janvier et 20 mars 2002, ce Tribunal a prononcé le redressement puis la liquidation judiciaires de la SA OCEANE DE PRODUCTION.

Par requête déposée au Greffe le 27 mai 2002, la SNC AUSTRAL LOC 1 nous a saisi d'une requête en revendication portant sur le matériel d'extraction et de conditionnement de jus de fruits loué par elle à la SA OCEANE DE PRODUCTION.

Elle sollicite la restitution du matériel litigieux ainsi que la condamnation de Maître BADAT es qualité à lui payer la somme de 6 000 euros en application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

A l'appui de ses prétentions, la SNC AUSTRAL LOC 1 soutient que le mandataire liquidateur en la personne de Maître BADAT n'ayant donné aucune suite à la demande en revendication dont il a accusé réception le 3 avril 2002, elle est fondée à saisir le Juge Commissaire de cette demande.

Maître BADAT soulève l'irrecevabilité de la demande en l'absence de revendication faite antérieurement auprès de lui dans les formes et délais prévus par l'article 85-1 du décret du 27 décembre 1985 alors qu'il résulte d'une jurisprudence constante que cette saisine préalable est obligatoire.

Au fond, Maître BADAT conclut au rejet des prétentions de la SNC AUSTRAL LOC 1.

Il indique que l'acte de cession en date du 1^{er} octobre 1998 passé au profit de la SNC AUSTRAL LOC 1 et le contrat de location de ce matériel en date du 1 septembre 1998 ne génèrent aucune des obligations substantielles caractérisant tant une vente qu'une location ; qu'en effet, l'acte de vente est dépourvu de cause ainsi que le démontrent la clause par laquelle le vendeur renonce à la perception des échéances de remboursement de son crédit si les loyers ne devaient plus être encaissés par l'acheteur et la compensation prévue entre la créance du prix et le dépôt de garantie de 388 000 DM devant être constitué par la SA OCEANE DE PRODUCTION dans le cadre du contrat de location ; qu'à cet égard, une telle compensation est impossible, le dépôt de garantie ne pouvant constituer une créance du bailleur sur le locataire susceptible d'être compensée avec la créance du vendeur ; qu'il résulte de ces dispositions que le paiement du prix n'était nullement un élément déterminant de la vente ; que par ailleurs, la chose n'a jamais été livrée au cessionnaire qui n'assume aucune des obligations liées à la propriété ; que s'agissant du contrat de location passé entre la SNC AUSTRAL LOC1 et la SA OCEANE DE PRODUCTION, il apparaît qu'il ne présente aucun intérêt économique, les loyers correspondant aux échéances de remboursement du crédit-vendeur ; qu'en outre, ce contrat n'instaure aucune obligation à la charge du bailleur alors que le locataire supporte l'ensemble des risques, y compris l'obligation solidaire avec le bailleur de payer le matériel ; qu'il n'est donc pas davantage justifié de la cause de ce contrat, le bailleur n'assumant pas l'obligation d'assurer la jouissance du bien loué ; que ces deux contrats qui n'entraînent aucun flux réel entre les parties ni aucun avantage économique, sont purement fictifs ; qu'en outre, la convention de gage-espèces en date du 18 septembre 1998 alléguée entre les parties est également fictive, en l'absence de mouvement de fonds alors qu'un gage-espèces suppose une tradition réelle entre le constituant et le bénéficiaire ; qu'il en résulte que la seule opération économique établie est l'achat du matériel par la SA OCEANE DE PRODUCTION auprès de son fournisseur la société Rudolf WILD GMDH & CO International KG et que le droit de propriété de la SNC AUSTRAL LOC 1 sur le matériel revendiqué n'est nullement démontré.

Maître BADAT ajoute que ces contrats fictifs ont pour seul objet de permettre l'opération de défiscalisation pour laquelle la société SNC AUSTRAL LOC 1 a été spécialement créée ; que ceci résulte de la contre-lettre constituée par le protocole d'accord en vue de la défiscalisation passé entre les parties et visé dans la convention de gage-espèces et qu'en application des dispositions de l'article 1321 du Code Civil, il est fondé à se prévaloir de cette dernière.

La SNC AUSTRAL LOC 1 réplique que sa demande formée dans les trois mois de la résiliation tacite du contrat est recevable comme étant non prescrite et qu'en outre, il ne saurait lui être fait grief de n'avoir pas saisi préalablement le liquidateur alors que la réponse écrite lui ayant été adressée par ce dernier le 3 avril 2002 considère sa demande comme une revendication et indique les suites devant y être données, à savoir la saisine du juge commissaire, en cas de non-réponse.

Sur le fond, la SNC AUSTRAL LOC 1 soutient qu'il ne saurait être argué que les conventions passées sont dépourvues de cause ; qu'en effet, l'absence de marge réalisée par la SA OCEANE DE PRODUCTION lors de la revente à la SNC AUSTRAL LOC 1 ne constitue nullement un vice de formation dudit contrat alors que l'opération peut par ailleurs être profitable ; qu'en outre le locataire en s'obligeant à constituer un dépôt de garantie, a contracté une dette qui peut se compenser avec le prix d'achat dû ; que l'existence de flux financiers à défaut de flux monétaires n'est pas contestable et qu'en tout état de cause, elle s'est bien acquittée de la somme de 101 624,78 euros entre les mains de la société WILD, fournisseur du matériel ; que par ailleurs, la délégation au locataire par le bailleur de l'intégralité de ses droits et recours à l'encontre du fournisseur est loin d'être une clause inhabituelle ; qu'en réalité, l'opération globale n'est nullement dépourvue de cause et qu'au surplus, cette cause n'est pas illicite ; qu'en effet, l'achat d'un matériel, sa revente au marc le franc à une SNC dont le seul objet est la défiscalisation, la location de ce matériel au propriétaire initial et enfin sa revente à ce même propriétaire à l'issue du bail ne sauraient constituer une opération anormale de gestion ; qu'une telle opération permet seulement de satisfaire un but économique de défiscalisation, dans le respect des prescriptions légales, lesquelles exigent l'absence de réalisation de marges commerciales.

Elle ajoute qu'il n'est justifié d'aucune contre-lettre venant contredire le contenu d'actes apparents, le protocole d'accord conclu entre SOFICO INVESTISSEMENTS et la SA OCEANE DE PRODUCTION n'étant nullement contraire aux autres actes passés.

La société Rudolf Wild GmbH & Ci International KG est intervenue à l'instance le 29 octobre 2002.

Elle fait valoir qu'elle a cédé à la SA OCEANE DE PRODUCTION par contrat en date du 16 juin 1998 un système complet de machines à haute performance permettant la production de boissons de marque Capri-Sonne pour un montant de 1 247 640 DM prévoyant le versement par le licencié de la somme de 388 000 DM, celui par la SNC AUSTRAL LOC 1 de la somme de 198 415 DM et le règlement du solde du prix en 60 versements par la SA OCEANE DE PRODUCTION ; que cet acte contenait une clause de réserve de propriété figurant dans les conditions générales de vente auxquelles renvoie le contrat de licence dont le contrat de vente ne constitue qu'une modalité d'application ; qu'elle est fondée, dès lors que le droit de propriété de la société SNC AUSTRAL LOC 1 est contesté, à revendiquer la propriété de ces installations en application des conditions générales de vente.

Elle soutient qu'il ne saurait lui être reproché de n'avoir pas formé une demande en revendication dans les délais et formes prescrits par l'article 85-1 du décret du 27 décembre 1985 alors que les biens avaient été cédés avec son accord à la SNC AUSTRAL LOC 1, seule propriétaire et que la prescription ne peut donc courir à l'égard de celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir, laquelle résulte en l'espèce des circonstances de droit ayant existé au jour de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ; que c'est en effet

l'absence de reconnaissance du droit de propriété de la SNC AUSTRAL LOC 1 qui justifie la revendication du matériel vendu avec réserve de propriété.

Elle sollicite la condamnation de Maître BADAT à lui payer la somme de 10 000 euros en application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Maître BADAT soulève l'irrecevabilité de cette dernière requête faite pour la société Rudolf WILD GMDH & CO INTERNATIONAL KG d'avoir saisi le Juge commissaire de cette demande dans le délai prévu par l'article 85-1 du décret du 27 décembre 1985. Il précise que seule la loi française est applicable et qu'il n'est nullement justifié par la société Rudolf WILD de sa qualité de propriétaire du matériel litigieux, la clause de réserve de propriété invoquée ne s'appliquant qu'à différents matériels fongibles et non au bien revendiqué par la SNC AUSTRAL LOC 1 ; qu'une telle clause ferait d'ailleurs obstacle au droit de propriété revendiqué par cette dernière société ; qu'il convient de remarquer que la société Rudolf WILD n'a produit qu'à titre chirographaire pour les échéances impayées et à échoir du crédit vendeur accordé à la SA OCEANE DE PRODUCTION.

Il sollicite reconventionnellement la condamnation solidaire de ces deux sociétés à lui payer la somme de 10 000 euros en application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

MOTIFS DE LA DECISION

- sur la recevabilité de la demande en revendication de la SNC AUSTRAL LOC 1

Il résulte des dispositions de l'article 85-1 du décret du 27 décembre 1985 que la demande en revendication d'un bien doit être adressée dans le délai de l'article L. 621-115 du Code de Commerce soit dans les trois mois de la publication du jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ou dans les trois mois de la résiliation du contrat et qu'à défaut d'acquiescement du mandataire dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande, le revendiquant doit saisir le juge-commissaire dans un délai identique à compter de l'expiration du délai de réponse du mandataire.

Il est constant que par courrier en date du 22 mars 2002 reçu par Maître BADAT le 3 avril 2002, la SNC AUSTRAL LOC 1 a mis en demeure le liquidateur de prendre position sur la poursuite du contrat de location dans le délai d'un mois sous peine de résiliation de plein droit du contrat.

Par courrier en date du 3 avril 2002, Maître BADAT prenant acte d'une demande de revendication de bien, en réalité non formulée, a avisé le créancier de la nécessité de saisir le Juge Commissaire dans les délais impartis par l'article 85-1 du décret du 27 décembre 1985, à peine de forclusion.

Il résulte de la teneur de ce courrier, de la suite qui y a été donnée par le mandataire lequel a immédiatement interrogé le débiteur sur le bien-fondé de la demande en restitution ainsi que de l'attitude de la SNC AUSTRAL LOC 1 nous saisissant dès le 27 mai 2002 d'une demande en restitution du matériel loué, conformément aux instructions du liquidateur, que les parties à la procédure ont entendu considérer le courrier initial adressé le 22 mars 2002 par la SNC AUSTRAL LOC 1 comme une demande en revendication du bien.

Elles ne sauraient être admises à revenir sur cette interprétation commune laquelle s'impose à elles. Ceci aurait en outre pour conséquence de pénaliser gravement la SNC AUSTRAL LOC 1, les délais d'exercice de l'action en revendication étant dorénavant expirés.

En conséquence, la saisine du mandataire doit être considérée comme effective et la procédure, régulière sur ce point.

Par ailleurs, il n'est pas contestable que notre propre saisine effectuée le 27 mai 2002, soit moins de trois mois après le jugement de liquidation judiciaire, est intervenue dans le délai prévu par l'article L 621-115 du Code de Commerce.

Il convient donc de déclarer recevable la présente demande en revendication de matériel.

- sur le fond

Il est constant que dans le cadre d'un contrat de licence exclusive, la société RUDOLF WILD GmbH & Co INTERNATIONAL KG a cédé selon accord en date du 1^{er} juillet 1998, à la SA OCEANE DE PRODUCTION le matériel litigieux moyennant la somme de 1 247 640 DM payable comptant à hauteur de 388 000 DM soit 197 989 euros et en soixante échéances mensuelles de 12 784 DM soit l'équivalent de 337 411 euros, à compter du 1^{er} juillet 1998 et jusqu'au 30 juin 2003, la SNC AUSTRAL LOC 1 devant pour sa part s'acquitter comptant entre les mains du fournisseur de la somme de 198 415 DM soit 101 247 euros.

Par actes sous seing privé concomitants en date du 1^{er} octobre 1998, la SA OCEANE DE PRODUCTION a cédé ledit matériel à un prix identique à la SNC AUSTRAL LOC 1, cette dernière s'engageant le lui donner en location.

En vertu des conditions financières de ces deux contrats, la SNC AUSTRAL LOC 1 devait s'acquitter de la somme de 198 415 DM soit 101 247 euros envers le fournisseur.

Par ailleurs, les parties convenaient d'une compensation entre la somme de 388 000 DM due sur le prix de vente et un dépôt de garantie de même montant devant être constitué par la SA OCEANE DE PRODUCTION dans le cadre du contrat de location ainsi qu'entre les échéances d'un remboursement de crédit vendeur de 661 225 DM d'une durée de cinq ans et les loyers dus par la SA OCEANE DE PRODUCTION.

Dans un acte portant la même date et intitulé « promesse d'achat », la SA OCEANE DE PRODUCTION prenait en outre l'engagement d'acquérir auprès de la SNC AUSTRAL LOC 1 ledit matériel à l'expiration de la période de location moyennant paiement de la somme de 388 000 DM et le remboursement du dépôt de garantie initial effectué dans le cadre du contrat de location.

Enfin, une convention de gage-espèces était passée entre les parties le 1^{er} octobre 1998 prévoyant le dépôt par la SA OCEANE DE PRODUCTION entre les mains de la SNC AUSTRAL LOC 1 d'une somme de 388 000 DM en garantie des engagements suscrits vis-

à-vis de la SNC tant au titre du contrat de location qu'au titre de l'ensemble des opérations et accord découlant d'un protocole d'accord signé en 1998 et de tout engagement contracté par la SA OCEANE DE PRODUCTION au titre de l'opération de financement de l'investissement.

Les conventions signées visaient expressément les dispositions de l'article 163 ter viciés du CGI établissant la volonté des parties de bénéficier des dispositions relatives à la défiscalisation.

Maître BADAT conteste la validité de l'acte de propriété de la SNC AUSTRAL LOC 1 au motif qu'aucun prix ne serait exigible du fait du mécanisme de compensation prévu dans l'acte de vente entre une partie du prix de vente et le dépôt de garantie consenti dans le cadre du contrat de location d'une part, entre les échéances de remboursement et les loyers dus d'autre part. Il ajoute que le prix ne saurait constituer la cause de l'acte.

Ces arguments ne sauraient être retenus dans la mesure où il existe effectivement un prix lequel a d'ailleurs été payé en partie par la SNC AUSTRAL LOC 1 auprès du fournisseur allemand, soit à hauteur de la somme de 198 415 DM correspondant à 101 247 euros.

Par ailleurs, rien n'empêche les parties de recourir conventionnellement au mécanisme de la compensation entre deux créances et plus spécialement entre la *créance* du bailleur correspondant au dépôt de garantie *non versé* et aux loyers dus et la créance de l'acheteur relative au prix de vente.

A cet égard, la convention de gage-espèces ne peut être qualifiée de fictive dans la mesure où la SNC AUSTRAL LOC 1 justifie de la comptabilisation d'une somme équivalente à 388 000 DM dans sa comptabilité au titre du dépôt de garantie devant être réalisé par la SA OCEANE DE PRODUCTION.

En fait, s'il n'y a pas de flux monétaires entre les parties, il existe cependant des flux financiers entre ces deux sociétés témoignés par les conventions et les écritures comptables qui leur correspondent.

D'autre part, le fait qu'aucun bénéfice ne soit retiré de la vente par la SA OCEANE DE PRODUCTION du matériel à prix coûtant, ne nuit en rien à la validité de l'acte.

Enfin, l'absence d'entrée en possession réelle du bien par la SNC AUSTRAL LOC1 n'empêche aucunement la réalisation du transfert de propriété à son profit.

S'agissant du contrat de location, il apparaît que la SNC AUSTRAL LOC1 est bien tenue d'une obligation d'assurer la jouissance du bien au locataire, ce dernier étant seulement investi d'une obligation de représentation du bailleur en sa qualité de mandataire du nouvel acheteur, dans les rapports avec le fournisseur.

Les obligations souscrites par les parties dans le cadre des contrats de vente et de location trouvent donc leur contre partie dans celles souscrites par leur cocontractant.

En outre, il apparaît que la validité au regard de la cause, de ces contrats formant un ensemble doit s'apprécier également en fonction de l'économie générale de la convention voulue par les parties, par rapport à la globalité de l'opération.

En l'occurrence, la SA OCEANE DE PRODUCTION bénéficie de la jouissance du bien en vertu du contrat de location consenti alors que la vente réalisée en faveur de la SNC AUSTRAL LOC 1 lui permet par ailleurs de profiter d'un financement à hauteur de 101 247 euros du bien vendu et de l'exonération de l'imposition, avec possibilité du retour du matériel dans son patrimoine en fin de bail, sans débours supplémentaire, le règlement du prix à la SNC AUSTRAL LOC 1 devant également se faire par compensation avec le dépôt de garantie effectué.

De son côté, la SNC AUSTRAL LOC 1 bénéficie en contrepartie de sa mise de fonds à hauteur de 101 247 euros, de l'application des dispositions lui permettant de bénéficier d'avantages fiscaux ainsi que de garanties tenant précisément à son droit de propriété sur le matériel.

Les obligations souscrites par chacune des parties trouvent donc également leur cause dans la contrepartie réelle qui est offerte par chacune d'elles dans le cadre de l'opération globale convenue entre elles.

A cet égard, les parties n'ont jamais contesté poursuivre un objectif de défiscalisation ainsi que cela résulte de la lecture de l'ensemble des conventions passées entre elles. En effet, le contrat de vente précise expressément que la SNC AUSTRAL LOC 1 a été constituée pour acquérir le matériel auprès de la SA OCEANE DE PRODUCTION et pour le lui louer pendant une période de cinq ans et que ce matériel est éligible à l'article 163 ter viciés du CGI. Le contrat de location fait également référence à l'application de ces dispositions.

Par ailleurs, l'acte de constitution d'un gage-espèces mentionne expressément l'existence d'un protocole d'accord intervenu entre les deux sociétés relatif au financement d'un investissement à réaliser dans le cadre des mêmes dispositions fiscales.

En conséquence, le protocole d'accord passé en mars 1998 entre les parties selon lequel SOFICO INVESTISSEMENTS s'engage à rechercher et à mettre en place pour le compte de la SA OCEANE DE PRODUCTION le financement du bien qu'elle envisage d'acquérir dans les conditions prévues par les dispositions fiscales ne crée pas une situation juridique contredisant celle résultant des autres actes.

Il n'y a donc pas simulation permettant aux tiers de se prévaloir de la contre-lettre, l'écrit allégué ne s'opposant nullement aux actes invoqués par la SNC AUSTRAL LOC 1 à l'appui de sa demande en revendication.

La cause des conventions passées entre les parties en vue de parvenir à une opération de financement avec défiscalisation ne peut par ailleurs être qualifiée d'illicite l'objectif poursuivi étant expressément autorisé par la loi qui précise ses modalités de mise en œuvre par le biais de dispositions fiscales.

En conséquence, le droit de propriété de la SNC AUSTRAL LOC 1 étant établi par l'acte de cession en date du 1^{er} octobre 1998 lequel doit être considéré comme valable, il convient d'accueillir la demande formée par la SNC AUSTRAL LOC 1 en revendication du matériel

loué à la SA OCEANE DE PRODUCTION du fait de la résiliation du contrat de bail intervenue dès le 3 mai 2002.

La demande formée par la société Rudolf Wild GmbH & International KG est sans objet comme n'étant formée qu'au cas où la SNC AUSTRAL LOC 1 ne serait pas reconnue propriétaire du matériel.

Il apparaît équitable de laisser à la charge de chacune des parties la totalité des frais irrépétibles avancés par elles et non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS,

DECLARONS recevable la demande en revendication formée par la SNC AUSTRAL LOC 1 portant sur le matériel de production et de conditionnement de jus de fruits acquis par elle de la SA OCEANE DE PRODUCTION par acte en date du 1^{er} octobre 1998.

ORDONNONS la restitution dudit matériel à la SNC AUSTRAL LOC 1 ;

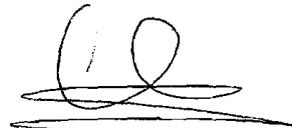
DECLARONS sans objet la demande en revendication effectuée par société Rudolf Wild GmbH & International KG ;

DEBOUTONS les parties du surplus de leurs demandes ;

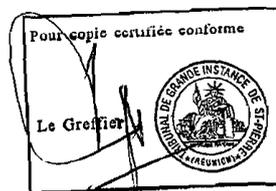
LAISSONS les dépens de la présente procédure à la charge de Me BADAT es qualité ;

DISONS que la présente décision sera notifiée par le Greffe aux parties par lettre recommandée avec avis de réception.

Rendue à Saint-Pierre, le 17 décembre 2002



LE JUGE COMMISSAIRE



Annexe 2

EXTRAIT DES MINUTES DU GREFFE
DU TRIBUNAL MIXTE DE COMMERCE
DE NOUMÉA (N-C)

Minute 11 / 648

Liquidation judiciaire : **ENTREPRISE GENERALE DE CONSTRUCTION FRIUL**
Procédure Collective n° 3457

ORDONNANCE

Nous, **Géry de SAINT MARTIN**, Juge au Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA,
Juge-Commissaire à la liquidation judiciaire de la SARL ENTREPRISE GENERALE DE
CONSTRUCTION FRIUL

Assisté de M.P JAFFRES-GRENEL greffier,

Vu les dispositions des articles L 622-7 du nouveau code de commerce et 1291 du code civil,

Vu la requête qui précède et les pièces jointes,
Vu les observations de la créancière et du mandataire liquidateur,

Attendu que les conditions de la compensation sont réunies ; qu'il y a lieu d'y faire droit et
d'admettre la créance de l'Eurl APHRODITE, après compensation, à hauteur de la somme de
1.361.396 XPF ;

PAR CES MOTIFS

La requérante entendue,
Le mandataire liquidateur précise que les conditions sont réunies et accepte la transaction ;
Le débiteur absent bien que régulièrement convoqué,

AUTORISONS la compensation sollicitée et **DISONS** que la créance de l'Eurl APHRODITE est
admise, après compensation, à hauteur de la somme de **un million trois cent soixante et un mille
trois cent quatre-vingt-seize (1.361.396) XPF** ;

ORDONNONS la notification de la présente ordonnance par pli recommandé avec accusé de
réception et par les soins du greffe du Tribunal Mixte de Commerce de NOUMEA à :

- EURL APHRODITE, représentée par Me Fabien MARIE, 11 bld Extérieur - 98800 NOUMEA
et la SCP BZL AVOCATS (Me Michel ZUIN) 9 rue Royale - 75008 PARIS
- Sevrino ZADRO, lot 54 ZI Normandie, BP 3465 Magenta - 98846 NOUMEA
- Selarl Mary Laure GASTAUD esc. qualifiés contre emargement au greffe.

Le Greffier

Le Greffier

Fait à NOUMEA, le 17 mai 2011

Le juge-commissaire,
Géry de SAINT MARTIN



Index

A

Agrément préalable

conditions, 116

refus, 118

secteurs sensibles. *Voir* Secteurs sensibles: seuils de l'agrément

services instructeurs, 96, 97, 98, 121

seuils, 115, 119, 120, 121, 122, 211, 212

Apport

à fonds perdus, 26, 140, 150, 162, 179, 185, 195

activité, 188

capital, 127, 169, 170

compte d'associé, 136, 161, 169, 170

exploitant, 136, 139, 141, 175

financement, 137, 139, 141, 160

mutualisation du risque, 245

responsabilité, 130, 133, 134, 169, 170, 179, 216, 225, 227

Assiette de calcul. *Voir* Base défiscalisable

B

Base défiscalisable

aides déductibles, 124, 125, 144, 147

calcul de la réduction d'impôt, 137, 239

investissement de remplacement, 107, 145, 293

investissement initial, 79, 83, 107, 143, 144, 145

obligation déclarative, 156, 248, 262

Base éligible. *Voir* Base défiscalisable

C

Crédit d'impôt

base défiscalisable. *Voir* Base défiscalisable: investissement de remplacement, *Voir*
Base défiscalisable: investissement initial

fait générateur, 294

option, 296, 298

préfinancement, 304, 307, 308

taux, 293

territorialité, 295

D

Dérogation

à la norme fiscale, 20, 21, 23, 24, 62

au droit européen, 21

F

Fraude fiscale, 221, 272, 275, 301

P

Plafond

d'intensité des aides, 37, 122, 293

de la réduction d'impôt Girardin Industriel, 153, 154

du chiffres d'affaires, 287

global de réduction d'impôt, 152

Procédures collectives

action en restitution, 243

poursuite du contrat, 241, 242

revendication de propriété, 242, 243

Profession règlementée

définition européenne, 271

incompatibilité, 273, 279

objectif d'intérêt général, 272, 273, 274, 275

proportionnalité, 273, 274

régulation, 273

R

Réduction d'impôts

- plafond. *Voir* Plafond: de la réduction d'impôt Girardin industriel
- rétrocession, 136, 142, 209, 210
- taux, 85, 136, 143

S

Sanction

- défaut d'exploitation, 217
- défaut de déclaration, 34, 165, 247, 248
- défaut de dépôts de comptes sociaux, 232
- fausse déclaration, 215, 217, 218, 232, 233, 266
- placement illicite de titres, 166

Secteurs sensibles

- appréciation du seuil de l'agrément, 213
- désignation des secteurs, 75, 77, 82, 96, 102
- dispense d'agrément, 212
- seuil de l'agrément, 82, 84, 95, 102, 103, 114, 116

Solidarité nationale, 26, 28, 31, 34, 36, 62, 319

T

TVA NPR, 79, 124, 136, 137, 138, 139, 141, 145, 146, 147, 148, 175, 248

Résumé :

L'éloignement, l'insularité et l'éparpillement des entités composant la France d'outre-mer, accentués par le fait qu'elles n'entretiennent que peu de relations avec les pays voisins ont pour conséquence une étroitesse des marchés locaux et des économies peu attractives pour les investisseurs. Face à cette situation, l'État Français mène une politique d'aide à ces contrées et développe un instrument de financement qui contribue à compenser les contraintes structurelles pesant sur celles-ci : la défiscalisation, notamment, par l'article 199 *undecies* B du CGI depuis la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003, dite loi Girardin. Ce dispositif arrivé à échéance le 31 décembre 2017 a été reconduit jusqu'au 31 décembre 2025. Ce délai semble encore trop court pour parvenir aux objectifs poursuivis et il convient donc de prévoir une suite à ce dispositif. Après une évaluation de ce dernier, les mesures relatives à la défiscalisation à venir devront tendre à sa rationalisation et aller plus loin dans sa moralisation. Des pistes ont été ébauchées, ainsi le décret n° 2015-149 du 10 février 2015 comporte notamment une charte de déontologie du monteur en défiscalisation outre-mer, début d'une réglementation de cette profession. Des imperfections figurent dans ce décret, qu'il faudra corriger, car des juges saisis sur l'application de ces textes auront la charge d'interpréter une réglementation incomplète. En outre, des dispositions restent à préciser. Enfin, l'élimination d'éventuels dérapages pourrait être encore mieux garantie avec un réel suivi de la mise en œuvre des mécanismes fiscaux dans chaque territoire et une plus grande vigilance des administrations concernées.

Title and Abstract:

Productive investments overseas and tax exemption -article 199 *undecies* of the cgi (*code général des impôts* [general tax code]) since the 21 July 2003 overseas programme law known as the Girardin industrial law

The remoteness, insularity and dispersal of the entities that make up French overseas territories, which is accentuated by the tendency not to maintain relationships with neighbouring countries, results in limited local markets and economies that hold little attraction for investors. Faced with this situation, the French government pursues an aid policy towards these territories, developing a funding instrument that contributes to compensating for their structural constraints, namely tax exemption, specifically regulated under Article 199 *undecies* B of the CGI since the Overseas Programme Law of 21 July 2003, known as the Girardin Law. This mechanism, which expired on 31 December 2017, has been renewed until 31 December 2025. However, this extension seems still too short to reach the desired objectives; it is therefore important to consider a follow-up to this mechanism. Once the mechanism is assessed, measures relating to future tax exemption will need to look at rationalising it and go even further in adding an ethical dimension. A start has been made on a draft, thus Decree no. 2015-149 of 10 February 2015 specifically includes an ethics charter in providing for tax exemption overseas, the beginnings of regulation for this profession. There are flaws in the Decree, which need correcting, since the judges in charge of implementing the legislation would have to interpret incomplete regulations. In addition, provisions still need to be specified. Finally, the elimination of potential blunders could be better guaranteed with a substantial monitoring of the implementation of fiscal procedures in each territory and greater vigilance of the administrations concerned.