

La Commission européenne a publié le 19 juin dernier, une proposition de Directive, COM(2023) 324 final, relative au « dégrèvement plus rapide et plus sûr de de l'excédent de retenues à la source », dite FASTER.

Si l'AFG soutient pleinement cette initiative visant à mettre en place un système commun, à l'échelle de l'Union européenne, de remboursement des retenues à la source (« RAS ») excédentaires plus sûr et plus efficace pour les investisseurs, cette proposition appelle de notre part les commentaires ci-après.

En effet, à notre sens, les objectifs que s'est donnée la Commission, à savoir éliminer les obstacles fiscaux entravant les investissements transfrontières afin de soutenir les investisseurs dans le cadre de l'Union des marchés capitaux et garantir la justice fiscale en prévenant la fraude et l'abus fiscaux ne pourront être atteints si le texte devait être adopté en l'état.

Il convient dès lors de :

- Rendre applicable la proposition de Directive aux investissements réalisés à travers des OPC
- Préciser la notion de bénéficiaire effectif, clé de voûte du dispositif
- Recentrer la notion d'accord financier sur les seuls accords présentant un risque de fraude ou d'abus fiscal
- Limiter la responsabilité des Intermédiaires Financiers Certifiés (IFC).

Nous détaillons ci-après ces différents éléments.

1. RAPPEL DU CONTEXTE

Dans le cadre de la préparation de la proposition de Directive, il a été constaté par de très nombreux acteurs, dont l'AFG, que les procédures pour dégrever l'excédent de retenues à la source sur les dividendes ou les produits d'intérêts versés à des investisseurs non-résidents sur des actions ou des obligations cotées en bourse, en application des conventions en matière de double imposition, sont longues, coûteuses et complexes. Il a également été relevé que ces procédures sont hétérogènes entre les Etats membres.

Ces difficultés, qui découragent les investissements transfrontières au sein de l'Union Européenne et compromettent la compétitivité du marché dans son ensemble¹, ne se justifient aucunement par un objectif des Etats membres de lutter contre la fraude fiscale (cf. les récentes affaires relatives au Cum/Ex et Cum/Cum).

C'est dans ce contexte que s'inscrit la proposition de Directive FASTER.

2. NOS COMMENTAIRES

2.1. L'inapplicabilité de la proposition de Directive aux fonds communs de placement

L'article 4 de la proposition de Directive FASTER prévoit la mise en place, par chaque Etat membre, d'une procédure automatisée permettant la délivrance de certificats de résidence fiscale numériques (ci-après « CRFN ») aux personnes considérées comme résidant dans leur juridiction à des fins fiscales. A cet égard, les résidents devront fournir un certain nombre d'informations, dont le numéro d'identification fiscale de l'entité en faisant la demande.

¹ Tel qu'il ressort des travaux de la Commission européenne, en 2016, le montant global des remboursements auxquels les investisseurs ont renoncé, des coûts des procédures de remboursement et des coûts d'opportunité, a été émise à environ 8,4 milliards d'euros (**Rapport de la Commission européenne du 24 mars 2017 intitulé « Lever les obstacles nationaux aux flux de capitaux pour accélérer la réalisation de l'union des marchés des capitaux » (COM (2017)0147)**)

Or, les fonds communs de placement (« FCP »), faute de personnalité morale, ne disposent pas d'un tel numéro d'identification fiscale en France.

Dans le même sens, pour pouvoir procéder à la demande de remboursement rapide, les intermédiaires financiers devront remplir la rubrique B, de l'annexe II à la proposition de Directive relative à l'information liée à l'identification du flux de dividendes ou d'intérêts. Or, cette rubrique fait uniquement référence à une « personne physique » ou « une personne morale » en tant que contribuable final. Or, les FCP ne peuvent rentrer dans l'une ou l'autre de ces catégories faute de personnalité morale, alors qu'ils sont bien bénéficiaires du revenu.

Ainsi, en l'état, les FCP, alors qu'ils constituent, en France, plus de 90% des organismes de placement collectifs (ci-après « OPC »), seraient donc exclus des dispositifs prévus par la proposition de Directive FASTER.

Or, rappelons que le rôle des FCP, tout comme n'importe quel OPC, est de recueillir des capitaux auprès de nombreux investisseurs afin de les placer, selon une politique d'investissement prédéfinie, collectivement, dans différents types d'actifs. Afin de ne pas pénaliser les investisseurs qui investissent via ces organismes, les OPC bénéficient d'un principe de neutralité fiscale, reconnu par l'ensemble des instances tant nationales, européennes qu'internationales². Ce principe de neutralité fiscale permet ainsi de placer les investisseurs agissant par le biais d'organismes d'investissement collectifs dans la même situation que s'ils avaient investi directement dans les actifs sous-jacents.

Par suite, si les FCP ne peuvent bénéficier des procédures de remboursement prévues par la proposition de Directive FASTER, faute de pouvoir obtenir un CRFN, le principe de neutralité fiscale entre investissement direct et investissement intermédié sera rompu et mettra en difficulté la logique d'investissement via des OPC, ces derniers étant très clairement pénalisés par les nouvelles règles qui seraient mises en place par rapport à celles actuellement en vigueur.

En conséquence, l'AFG demande que les modalités d'obtention du CRFN ainsi que les informations nécessaires aux demandes de remboursement de retenues à la source soient adaptées aux particularités des OPC, et plus particulièrement celles des FCP.

A titre d'exemple, s'agissant de l'obtention du CRFN, il pourrait être retenu que les OPC fournissent leur numéro LEI (Legal Entity Identifier) au lieu de leur numéro d'identification fiscale. De même, il pourrait être mentionné dans l'annexe II, si le demandeur est une personne physique, une personne morale ou un OPC, ce qui existe déjà pour des procédures applicables dans le cadre d'accords conventionnels (e.g. Finlande, Suisse, Autriche).

2.2. La notion de bénéficiaire effectif à définir, en particulier pour les OPC

L'article 11 de la proposition de Directive FASTER prévoit que les intermédiaires financiers certifiés peuvent demander un dégrèvement au titre de l'article 12 et/ou de l'article 13 seulement au nom d'un propriétaire enregistré. L'article 3 alinéa 14 définit le propriétaire enregistré comme « *toute personne physique ou morale ayant le droit de percevoir des dividendes ou des intérêts provenant de titres soumis à une retenue à la source dans un État membre* ».

Toutefois, ce même article 11, au point 1. (a) précise que les intermédiaires financiers qui demandent un dégrèvement au nom d'un propriétaire enregistré doivent obtenir de celui-ci une déclaration selon laquelle celui-ci est le bénéficiaire effectif des dividendes ou intérêts au sens de la législation nationale de l'État membre de la source.

En d'autres termes, la proposition de Directive FASTER ne définit pas la notion de « bénéficiaire effectif », laissant le soin aux États membres de la définir, alors même que toute l'articulation du nouveau dispositif repose *in fine* sur cette notion de bénéficiaire effectif. En effet, les demandes de remboursement de retenues à la source, selon l'une des procédures prévues dans la proposition de Directive FASTER, pourront certes être demandées par tout propriétaire enregistré, tel que défini, mais celui-ci devra, pour que la demande puisse être réalisée, fournir une déclaration attestant qu'il est le bénéficiaire effectif. Il convient donc que le propriétaire enregistré soit le

² Notice de la Commission européenne relative à la notion d'aide d'état du 19 juillet 2016, § 161.

bénéficiaire effectif pour pouvoir bénéficier des nouvelles procédures accélérées prévues par la proposition de Directive FASTER, à défaut il ne pourra en bénéficier.

Il est donc, à notre sens, impératif que **la notion de bénéficiaire effectif soit définie de manière uniforme** dans l'ensemble des Etats membres.

A défaut, l'objectif d'harmonisation des procédures souhaitées par cette proposition de Directive FASTER ne pourra être atteint, les Etats membres pouvant arbitrairement définir la notion de bénéficiaire effectif et ainsi limiter les demandes qui pourraient être formulées par l'une des procédures accélérées prévues par la proposition de Directive FASTER.

S'agissant plus particulièrement des OPC, rappelons que certains Etats membres ont pu, par le passé, s'interroger sur le fait de savoir si ces derniers pouvaient être considérés comme des bénéficiaires effectifs pour les besoins de l'application des conventions internationales.

Il convient à notre sens de s'appuyer sur la notion de bénéficiaire effectif telle que définie dans les commentaires de la Convention modèle OCDE de 2017 qui prévoit que, par principe, un OPC doit être traité comme le bénéficiaire effectif des dividendes et intérêts qu'il perçoit dès lors qu'il dispose des pouvoirs discrétionnaires pour gérer les actifs générant de tels revenus³.

Toute autre analyse conduirait à complexifier et rendre à géométrie variable l'application des procédures accélérées prévues par la proposition de Directive FASTER.

C'est dans ce contexte que **l'AFG sollicite que la proposition de Directive FASTER définisse la notion de bénéficiaire effectif en son article 3, en précisant, s'agissant de la situation des OPC, que ceux-ci, pour les besoins d'application de la Directive FASTER, sont qualifiés de bénéficiaires effectifs ce qui est conforme à la position de l'OCDE.**

2.3. Une définition trop large de la notion d'accord financier

La proposition de Directive FASTER prévoit que les demandes de dégrèvement de retenue à la source accélérées puissent être formulées si l'ensemble des conditions prévues par celles-ci sont remplies. L'article 11, 1. b) de la proposition de Directive FASTER prévoit que l'une de ces conditions tient au fait que la demande est relative à une action cotée en bourse non liée par un accord financier qui n'a pas été réglé ou n'a pas expiré ou qui n'est pas résilié à la date de détachement du dividende.

L'article 3, alinéa 17 de la proposition de Directive FASTER définit l'accord financier comme « *tout arrangement ou obligation contractuelle en vertu duquel une partie de la propriété de l'action cotée en bourse, sur laquelle un dividende est payé, est ou pourrait être, de manière permanente ou temporaire, transférée à une autre partie* ».

Si nous comprenons que cette condition a pour objectif de refuser les demandes de remboursement de retenues à la source lorsque celles-ci concernent des montages fiscaux abusifs, elle n'en demeure pas moins trop large et devrait, par suite, englober une très grande partie des demandes de remboursement de retenues à la source.

En effet, cette définition ne vise pas certains accords financiers, mais bien l'ensemble des accords financiers alors que ceux-ci sont généralement conclus pour des motifs autres que fiscaux. Ainsi, à titre d'exemple, les contrats financiers peuvent être conclus à des fins de couverture.

³ Le paragraphe 28 des commentaires sur l'article 1^{er} de la Convention Modèle OCDE (2017) prévoit que : « *Certains pays ont soulevé la question de savoir si un OPC, même s'il s'agit d'une « personne » et d'un « résident », peut être considéré comme le bénéficiaire effectif des revenus qu'il perçoit. Etant donné qu'un « OPC » au sens du paragraphe 6.8 doit avoir un capital largement diffusé, détenir un portefeuille diversifié de titres et être soumis aux règles de protection des investisseurs du pays dans lequel il est établi, ces OPC ou ses gestionnaires assument souvent des fonctions importantes concernant l'investissement et la gestion des actifs de l'OPC. De plus, la position d'un investisseur dans un OPC diffère sensiblement, du point de vue juridique et économique, de celle d'un investisseur qui possède les actifs sous-jacents, de sorte qu'il ne serait pas approprié traiter l'investisseur dans un tel OPC comme le bénéficiaire effectif des revenus perçus par l'OPC. En conséquence, un organisme qui satisfait à la définition d'un OPC dont le capital est largement diffusé sera aussi traité comme le bénéficiaire effectif des dividendes et intérêts qu'il perçoit dès lors que les gestionnaires de l'organisme disposent de pouvoirs discrétionnaires pour gérer les actifs générant de tels revenus (sauf si une personne physique qui est résidente de cet État et qui aurait perçu ces revenus dans les mêmes circonstances n'aurait pas été considérée comme le bénéficiaire effectif desdits revenus)* ».

En outre, compte tenu de l'éventail et de la complexité de certains accords financiers et surtout en l'absence d'une définition claire et objective, une lourde responsabilité repose sur les intermédiaires qui devraient très certainement être amenés à cocher la case « oui » du cadre E de l'Annexe II de la proposition de Directive FASTER, refusant ainsi le bénéfice des procédures de dégrèvement de retenues à la source accélérées prévues par la proposition de Directive FASTER.

Or, si l'un des objectifs de la Directive FASTER est de faciliter les procédures de remboursement, en détectant notamment plus facilement les montages fiscaux abusifs et par suite en leur refusant le bénéfice du dégrèvement de retenue à la source, il n'est pas de restreindre le bénéfice des dégrèvements de retenues à la source prévues par les conventions internationales.

En conséquence, l'AFG souhaite que la **notion d'accord financier soit précisée afin de n'exclure du bénéfice des procédures accélérées, prévues par la proposition de Directive FASTER, que les opérations présentant un risque de fraude ou d'abus fiscal et non l'ensemble des opérations liées par un accord financier.**

L'AFG sollicite également que les **demandes de remboursement réalisées dans le cadre de la procédure standard soient encadrées dans un délai maximum.** En effet, celles-ci étant traitées après les demandes de remboursement bénéficiant d'une procédure accélérée, il existe à notre sens un risque fort que les demandes de remboursement effectuées dans le cadre d'une procédure standard ne soient jamais traitées ou excessivement tardivement. Par ailleurs, ces procédures restent les seules pouvant être mises en œuvre, à ce stade, par les investisseurs ou leurs représentants, les procédures accélérées étant réservées aux seuls IFC.

2.4. Une responsabilité des intermédiaires financiers certifiés trop importante

L'AFG soutient l'enregistrement des intermédiaires financiers certifiés (« IFC ») sur les registres nationaux établis par chacun des Etats membres ainsi que l'obligation déclarative imposée aux IFC afin de garantir la confiance entre les différents acteurs ainsi qu'une meilleure application de la Directive FASTER.

En revanche, l'AFG ne peut soutenir la trop lourde responsabilité encourue par les IFC en cas de non-respect des exigences posées par la Directive FASTER, celle-ci étant de nature à détourner l'objectif de simplification porté par la proposition de Directive FASTER.

En effet, la responsabilité de vérifier l'authenticité des informations relatives aux investisseurs en vue de bénéficier des procédures accélérées, et plus particulièrement leur éligibilité au bénéfice des conventions visé au point (c), § 2 de l'article 11, repose intégralement sur les intermédiaires. Face à cette obligation, les IFC ne prendront pas le risque de demander l'application d'une procédure accélérée sauf à faire peser sur les bénéficiaires effectifs des demandes disproportionnées telles que la fourniture d'une tax opinion afin, en pratique, de reporter leur responsabilité sur un autre acteur. Une telle situation impliquerait donc des surcoûts financiers très importants pour les investisseurs afin qu'ils puissent bénéficier d'une procédure de remboursement accélérée.

En conséquence, il convient de limiter la responsabilité pesant sur les IFC, afin qu'ils puissent réaliser des demandes de dégrèvement selon l'une des procédures accélérées prévues par la Directive FASTER. A défaut, il est fort à parier que ces nouvelles procédures pourraient ne jamais être appliquées.

2.5. Autre commentaire : limiter le délai de fourniture du CRFN

La proposition de Directive FASTER prévoit une délivrance du certificat dans le délai d'un jour, ce qui a pour objet de garantir l'efficacité et la rapidité du processus de remboursement.

Toutefois, à notre sens, la possibilité pour les Etats membres de disposer d'un délai supplémentaire pour délivrer ces certificats doit être limitée dans le temps et à des cas exceptionnels.

* * *

Nous espérons que ces commentaires faciliteront les discussions et vous aideront à parvenir à un accord sur une proposition de Directive FASTER protectrice de l'ensemble des investissements, tant directs qu'indirects.

Nous restons bien évidemment à votre entière disposition pour échanger plus avant sur ces éléments.

Projet pour discussion