

PROGRAMMES D'ASSURANCE EN LPS

A l'épreuve du droit fiscal

Dans un précédent article (1), nous avons attiré l'attention sur la nécessaire soumission des programmes internationaux d'assurance au droit local.

Cette soumission s'exprime notamment au travers du respect du droit fiscal local. Les programmes souscrits en LPS y sont explicitement soumis aux termes des directives en assurance.



**VLADIMIR ROSTAN
D'ANCEZUNE**
Avocat

Jusqu'en dans les années quatre-vingt, les compagnies d'assurance garantissaient principalement des risques sur le territoire de l'Etat qui les avait agréées.

Depuis les années quatre-vingt-dix, et particulièrement depuis la directive non-vie de 1992 (2), les compagnies ont usé du régime de la libre prestation de services (LPS), et proposé des polices dans l'ensemble des Etats de l'Espace économique européen (EEE) (3).

La LPS en assurance est définie comme l'opération par laquelle une entreprise, enregistrée et agréée pour l'activité d'assurance dans un Etat membre de l'EEE, couvre à partir de son siège social, ou d'une succursale située dans un Etat partie à l'accord sur l'EEE, un risque situé dans un autre de ces Etats, lui-même désigné comme Etat de la prestation. Cette définition est reprise par le code français des assurances à l'article L. 310-3, 5°. C'est une conséquence du principe européen de non-discrimination, qui trouve une appellation spécifique en droit européen des assurances : la licence unique. L'article 5 de la directive de 1992 vient graver ce principe dans le marbre en décidant que « l'agrément est valable pour l'ensemble de la Communauté ».

La mise en œuvre effective de la LPS en assurance de dommages, déjà largement limitée aux grands risques, est en

outre rendue difficile quant au paiement des taxes du fait d'une fiscalité multiple et entravante.

Une fiscalité multiple

La fiscalité du contrat d'assurance dommages passe par un traitement fiscal local, et renvoie aux catégories fiscales locales.

■ Un traitement fiscal local

L'application d'un droit fiscal à une activité est déterminée par son fait générateur. Le principe est celui de la territorialité fiscale, au sens où tout contrat d'assurance est exclusivement soumis aux termes de l'article 46 § 2 de la troisième directive, aux impôts indirects, et taxes parafiscales grevant les primes d'assurance dans l'Etat où le risque est situé.

La localisation du risque doit être déterminée en fonction des critères exprimés à l'article 2 point d) de la directive 88-357 (4). La loi, applicable au contrat d'assurance en vertu des règles spécifiques, est bien entendu indifférente quant à la détermination du droit fiscal applicable. La police d'assurance est un contrat de prestation de services. Il s'exécute donc au lieu où un événement défini comme un risque est susceptible de se réaliser. Il y a ainsi cohérence spatiale entre le lieu de survenance du risque et l'exécution de la prestation (le versement de l'indemnité d'assurance). L'exécution de la prestation est conditionnée par le versement d'une somme d'argent, le paiement de la prime, qui constitue donc l'assiette des taxes. La fiscalisation du contrat d'assurance doit donc être faite au niveau du risque. Ainsi, le droit fiscal de l'Etat

où est situé le risque doit s'appliquer au contrat d'assurance.

Jusqu'à l'émergence de polices couvrant des risques dans plus d'un Etat, la question était simple. En effet, le ou les risque(s) étaient tous soumis à un droit fiscal unique. Avec l'émergence de polices couvrant des risques dans plus d'un Etat, s'est donc posée la question de la loi fiscale applicable.

Aux termes de l'article 46 de la directive de 1992, « tout contrat d'assurance est exclusivement soumis aux impôts indirects et taxes parafiscales grevant les primes d'assurances dans l'Etat membre, où le risque est situé au sens de l'article 2 point d) de la directive 88/357/CEE [...] ».

A lire ce texte, il appartient donc à l'assureur de ventiler les primes d'assurance en autant d'assiettes qu'il y a de pays où un risque est couvert. La question pouvait paraître définitivement réglée tant les termes de la directive sont clairs, mais elle a pourtant soulevé un litige important qui n'est pas encore terminé.

En effet, dans un arrêt (5) du 14 juin 2001, la cour de justice des Communautés européennes a rendu une décision dans l'affaire Kvaerner. Il était demandé à la cour si la directive permettait « à un Etat membre de percevoir, à charge d'une personne morale établie dans un autre Etat membre, une taxe sur les conventions d'assurance afférentes aux primes que cette personne morale a versées à un assureur, également établi dans un autre Etat membre, afin de couvrir les risques d'exploitation de sa filiale directe, ou indirecte, établie dans l'Etat membre de taxation ». En d'autres termes, il était demandé à la cour si un Etat, sur lequel est localisé un risque couvert par un contrat

d'assurance couvrant également des risques dans d'autres Etats, peut fiscaliser l'opération pour la part du risque situé sur son territoire.

Avant de se prononcer sur la fiscalisation du risque, la cour fait une appréciation de la notion de risque. La cour décide que l'établissement auquel le contrat se rapporte est le rattachement spatial du risque pour les personnes morales. Ayant ainsi vu le contrat d'assurance non pas dans son ensemble sur la question fiscale, mais en de multiples parties, la cour a pu considérer que la fiscalisation devait se faire au niveau de chaque risque, et non pas lier la fiscalisation au lieu de situation du siège social du preneur d'assurance, ou de la loi applicable au contrat. L'arrêt Kvaerner a donc mis un terme au débat de savoir si une ventilation des primes d'assurance devait être faite. L'assureur doit donc ventiler la prime qu'il perçoit en autant de primes qu'il y a de pays où un risque est couvert. La cour de justice des Communautés européennes a donc procédé à un dépeçage fiscal du contrat. Une question sous-jacente n'a pourtant pas été réglée. Il s'agit de savoir s'il faut tenir compte de la nature juridique de filiale, ou de succursale, de l'établissement couvert par la police pour fiscaliser le contrat d'assurance. En effet, dans l'arrêt Kvaerner l'établissement litigieux était une filiale, donc pourvu de la personnalité morale. De nombreux assureurs considérant qu'une succursale, n'ayant pas de personnalité juridique propre, ne pouvait faire l'objet d'une fiscalisation autonome, et qu'au contraire il convenait de la rattacher à la personne morale dont elle dépend. La cour de justice aurait pu donner la solution, mais se prononcer sur ce point était, à n'en pas douter, trop sensible pour une première décision en matière de fiscalisation du contrat d'assurance en LPS. En effet, si la cour avait considéré qu'une succursale pouvait constituer le siège d'une fiscalisation, elle aurait du même coup réduit l'assiette fiscale dans un autre Etat, dans l'hypothèse où cette succursale dépendait d'une personne morale fixée dans cet autre Etat. Toutefois, à lire l'arrêt Kvaerner, la cour de justice semble avoir une interprétation extensive de la notion d'établissement. On peut d'abord remarquer que si la cour avait souhaité donner une in-

dication sur l'idée qu'elle se faisait de la fiscalisation du risque, elle aurait utilisé le terme de « filiale » à la place du terme générique « d'établissement », et ainsi limité le champ de la fiscalisation. La cour ne l'a pas fait. Cependant, il faut observer que la cour ne s'est pas prononcée clairement. Il convient donc de rester particulièrement vigilant quant au choix de la répartition fiscale à effectuer.

■ Une référence aux catégories fiscales locales

La notion centrale en matière de fiscalisation du contrat d'assurance est donc le risque. Celui-ci est vu comme l'élément déclencheur de la taxation. Les risques couverts par une police LPS sont souvent répartis dans plusieurs Etats ; il convient donc de suivre la jurisprudence Kvaerner, et appliquer à chaque risque la fiscalité applicable localement. Il appartient donc à l'assureur payant pour compte de se référer aux droits fiscaux nationaux afin de connaître les taux de taxes applicables à chaque opération d'assurance. L'assureur doit ainsi se référer aux droits fiscaux nationaux des trente Etats membres de l'EEE.

Tout d'abord, il doit s'intéresser aux catégories d'assurance faisant l'objet localement d'une fiscalisation. Chaque Etat a ici sa propre conception des catégories taxables. Ainsi, si le grand-duché de Luxembourg ne distingue en 2006 que quatre catégories de branches d'assurance pour la taxation du contrat, le royaume d'Espagne en distingue vingt-et-une. Quant à la France, le génie juridique d'invention s'est ici encore pleinement exprimé avec trente-trois catégories principales de branches d'assurance taxables, et de nombreuses sous-catégories à l'intérieur des principales. Ainsi, les contrats incendie sont l'objet de cinq catégories différentes.

A côté de cette première étude, le praticien doit s'intéresser aux différents types de prélèvements. En effet, il existe d'une part une taxe assise sur la prime d'assurance en faveur du Trésor local, et d'autre part des taxes parafiscales destinées à alimenter des fonds locaux d'indemnisation ou de sécurité. Ainsi, la France compte cinq taxes parafiscales différentes, et l'Italie quatre. C'est dans cette dernière ca-

tégorie que se retrouvent les organismes spécifiques nationaux. Ainsi, les branches d'assurance, dans la conception fiscale, ne sont pas les mêmes d'un Etat à un autre.

Cet état peu satisfaisant du droit n'a pas échappé à un groupe de travail de la Commission française des finances du Sénat, qui a montré en 1999 les risques pour la France à maintenir une telle disparité. En matière d'assurance non-vie, ainsi que nous l'avons vu, les directives prévoient que les contrats d'assurance sont exclusivement soumis aux impôts indirects et taxes parafiscales dans l'Etat membre où le risque est situé. Les contrats d'assurance de dommages – vendus en France par des assureurs étrangers qui n'ont ni établissement, ni succursale, ni agence, et opérant en LPS – supportent donc les taxes françaises : les entreprises étrangères sont tenues d'effectuer une déclaration d'existence, et d'y désigner un représentant fiscal responsable du paiement de la taxe.

Il appartient donc à l'assureur payant pour compte de se référer aux droits fiscaux nationaux afin de connaître les taux de taxes applicables à chaque opération d'assurance

De telles dispositions pourraient *a priori* laisser penser qu'une harmonisation fiscale européenne n'est pas nécessaire dans la mesure où tous les assureurs souhaitant exercer en France, soit directement, soit en LPS, sont assujettis aux mêmes règles fiscales.

La France est l'Etat qui taxe le plus lourdement les contrats d'assurance, devant l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, qui la suivent d'assez près, et loin devant la Grande-Bretagne, dont le niveau de fiscalité contribue probablement au développement de son marché de l'assurance. Comme le fait très opportunément remarquer le Commissariat général du plan, la charge fiscale globale, ➔

→ qui pèse sur les produits d'assurance, est un élément du prix de revient qui peut exercer un effet de détournement du flux de demandes adressées aux produits français, dans le cadre de la LPS. En effet, bien que ce soit le lieu de localisation du risque qui emporte la taxation, il est bien difficile en pratique de vérifier que les contrats d'assurance passés auprès de compagnies étrangères pour des risques théoriquement situés en France acquittent bien les taxes françaises. Il faut, toutefois, observer que les autorités locales de contrôle se montrent de plus en plus vigilantes.

Une fiscalité entravante

Il faut noter l'obligation existante dans certains Etats de nommer un représentant fiscal qui constitue une entrave toutefois à relativiser.

■ L'obligation d'un représentant fiscal

Certains Etats tels que la France, le royaume d'Espagne ou le Royaume-Uni conditionnent l'exercice de l'activité d'assurance sous le régime de la LPS sur leur territoire à la présence sur celui-ci d'un représentant fiscal de la société d'assurance garantissant un risque. Le nombre d'Etats membres de l'EEE ayant une telle exigence est d'ailleurs important. En effet, treize des trente Etats

requièrent une telle présence.

Au regard du droit européen et du principe de non-discrimination, cette exigence de représentant fiscal peut paraître contraire aux objectifs des directives LPS en matières d'assurance, puisqu'elle met à la charge d'entreprises non enregistrées et non agréées dans l'Etat de la prestation une obligation qui n'existe pas pour les sociétés enregistrées et agréées dans cet Etat. Il existe donc une différence de traitement dans ces treize Etats, entre les sociétés d'assurance qui sont agréées dans l'Etat de la prestation et celles qui ne le sont pas.

L'article 49 du traité CE exige non seulement la disparition de toute discrimination à l'égard du prestataire en raison de sa nationalité, mais s'oppose aussi à toute restriction à la liberté de prestation de services résultant du fait que le prestataire est établi dans un Etat différent de celui dans lequel la prestation est effectuée. La cour de justice des Communautés européennes a, en effet, jugé à plusieurs reprises que l'article 49 confère des droits non seulement au prestataire, mais aussi au destinataire des services qui doit pouvoir choisir. Ainsi, la cour (7) a condamné une disposition fiscale allemande qui établissait un régime différent selon que le prestataire était établi en Allemagne, ou dans un autre état membre.

Le traitement fiscal local des polices d'assurance

Au travers des troisièmes directives en assurance de 1992, l'Union européenne avait pour objectif affiché de créer un vaste marché intérieur de l'assurance au sein de l'espace économique européen. Cependant, outre l'absence d'un cadre juridique commun contractuel de référence, il n'a pas été question de rapprocher les législations fiscales relatives aux contrats d'assurance. Aux termes de sa jurisprudence Kvaerner de 2001, la Cour de justice des Communautés européennes vient rappeler l'exigence d'un traitement fiscal local des polices d'assurance. Cette soumission au droit fiscal local s'entend notamment des catégories fiscales, des taux de taxes fiscales et parafiscales, et des mesures de protection du système fiscal local.

Pour la gestion de quelques polices isolées, souscrites par un assureur pour un risque localisé dans un seul Etat différent de son Etat d'agrément, la difficulté n'est pas nécessairement insurmontable. En revanche, dans le cadre d'une mise en œuvre large par un assureur de la souscription de risques sous le régime de la LPS, la profusion de risques éclatés dans l'ensemble de l'espace économique européen rend la difficulté difficilement surmontable, ou en tout état de cause trop complexe et trop coûteuse, pour qu'il en soit fait application.

Cet « oubli » explique peut-être la difficulté pour le marché des particuliers à se développer dans le cadre de la LPS, dont le régime est quasi-exclusivement utilisé pour les grands risques.

Pour que l'Etat membre d'accueil puisse établir des modalités pratiques concernant la perception des taxes indirectes sur les primes d'assurance des contrats conclus en LPS, en désignant un représentant fiscal de l'assureur, il faut que ces modalités satisfassent aux exigences de proportionnalité et de nécessité dégagées par la jurisprudence de la cour de justice des Communautés européennes en matière d'intérêt général. Un Etat membre peut ainsi avoir recours à la notion d'intérêt général pour imposer le respect de sa propre réglementation à une entreprise d'assurance qui souhaite exercer des activités dans sa juridiction en LPS. Toutefois, la notion d'intérêt général n'apparaît pas dans les directives assurance qui se limitent à rappeler les exigences de la cour de justice.

Une entreprise d'assurance est tenue de respecter dans certains cas, la réglementation du pays d'accueil, même si celle-ci constitue pour l'entreprise une restriction. Pour que cette mesure soit justifiée au nom de l'intérêt général, elle ne doit pas avoir fait l'objet d'une harmonisation communautaire préalable, ne doit pas être discriminatoire, doit être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, doit être objectivement nécessaire, ne doit pas faire double emploi par rapport aux règles du pays d'origine, et doit être proportionnée à l'objectif poursuivi.

L'exigence de désignation d'un représentant fiscal de l'assureur, agissant en LPS sur le territoire de la prestation, poursuit un objectif qui peut être justifié au regard du droit communautaire, à savoir garantir à l'Etat membre d'accueil le respect de sa propre législation et la perception de ses impôts.

De façon prétorienne, la cour de justice admet d'éventuelles limitations à des libertés fondamentales, par des traitements différenciés, à la condition qu'elles ne soient pas discriminatoires au sens propre du terme, et sous réserve qu'elles soient justifiées par des raisons impératives d'intérêt général.

Dégagé initialement dans le domaine de la liberté de circulation des marchandises (7), ce concept est aussi bien applicable dans celui des libertés fondamentales, et sous réserve du principe de proportionnalité. Jusqu'à présent, trois

justifications ont été accueillies par la cour de justice : la préservation de la cohérence du système fiscal, la lutte contre l'évasion fiscale, et l'efficacité des contrôles fiscaux.

La préservation de la cohérence du système fiscal a été admise dans l'arrêt Bachmann (8). La cour a considéré comme illicite la règle fiscale belge permettant à ses résidents de déduire les cotisations d'assurance maladie-invalidité, ou vieillesse-décès, à la condition que celles-ci soient versées à des assureurs établis en Belgique. Elle a corrélativement admis que cette exigence permettait de garantir la cohérence du système fiscal belge, reposant sur un lien entre la déductibilité des cotisations versées par l'assuré et l'imposition chez celui-ci des prestations versées par les assureurs. L'argument, ainsi tiré de la cohérence du système fiscal, suppose toutefois l'existence d'un lien direct entre des éléments en sens opposé (avantage-sujétion) du régime fiscal d'une seule et même personne, comme l'assuré dans l'affaire Bachmann.

L'obligation de nommer un représentant fiscal est susceptible d'entraver l'exercice de la LPS. L'assureur, qui souhaite se prévaloir du droit à la LPS, doit faire face aux charges administratives et financières appréciables qu'entraîne la désignation de ce représentant fiscal établi dans l'Etat membre d'accueil. Encore faut-il que les modalités d'application concrètes de cette mesure par l'Etat membre d'accueil satisfassent aux critères dégagés par la cour de justice, notamment les exigences de nécessité et de proportionnalité, afin que ces mesures ne constituent pas une restriction incompatible à l'exercice de l'activité d'assurance en LPS sur son territoire.

Lorsque l'Etat membre d'accueil ne soumet les contrats d'assurance (10) à aucune taxe indirecte ou parafiscale, il ne peut légitimement exiger à des assureurs – qui souhaitent exercer en LPS dans des branches d'assurance qui ne sont pas soumises à imposition indirecte – de désigner un représentant fiscal.

Il faut noter que la Commission européenne indique dans une communication en date du 2 février 2000 (10) que lorsque l'Etat membre d'accueil exige – pour le respect de ses règles relatives à la fisca-

lité indirecte sur les contrats d'assurance et la perception de ces taxes – la désignation d'un représentant fiscal établi sur son territoire à tout assureur qui entend exercer en LPS, il faut que les modalités pratiques d'application de cette mesure satisfassent aux exigences dégagées de la jurisprudence de la cour de justice sur celles de proportionnalité et de nécessité, afin que ces mesures ne constituent pas une restriction incompatible à l'exercice de l'activité d'assurance en LPS sur son territoire.

L'exigence de désignation d'un tel représentant fiscal de l'assureur, agissant en LPS, poursuit enfin un objectif qui est justifié au regard du droit communautaire, à savoir garantir à l'Etat membre d'accueil le respect de sa propre législation et la perception de ces impôts.

Il n'en reste pas moins que cette exigence de désignation d'un représentant fiscal localement est en pratique un frein certain à l'exercice effectif de l'activité d'assurance en libre prestation de services, tant cette exigence paraît d'une lourdeur trop importante pour les assureurs désireux d'user de ce régime.

■ Une entrave fiscale à relativiser

L'existence d'une obligation de nommer un représentant fiscal constituant une entrave à la LPS doit toutefois être relativisée. En effet, la désignation d'un interlocuteur fiscal sur le territoire de la prestation n'est pas une mesure si lourde qu'elle nuirait à l'exercice en LPS.

La critique de l'existence de cette obligation s'apparente plutôt à un arbre qui cacherait la forêt. En effet, il subsiste d'autres dispositions bien plus préjudiciables à la LPS en assurance.

Ce qui, en revanche, constitue une atteinte certaine à la LPS est la multiplicité des catégories fiscales. En effet, le praticien ne peut être qu'effrayé et rester perplexe face à l'énumération des différentes taxes grevant le contrat d'assurance au sein de l'EEE. Ainsi, à titre d'exemple, le royaume de Belgique a dans sa législation fiscale sur le contrat d'assurance cinquante-deux catégories, alors que la France, toujours fidèle à son génie inventif en la matière, compte quant à elle quarante-trois catégories principales qui, pour certaines d'entre elles, se décomposent encore.

Chaque Etat a sa propre conception des catégories fiscales, et chaque Etat circonscrit de façon autonome l'assiette de la taxe. Les difficultés résultant de cette diversité sont accrues par le fait que les contrats d'assurance ne couvrent généralement pas un risque unique, mais un ensemble de risques. Il appartient alors à l'assureur de « découper » la police en proportion de chaque risque, afin d'affecter ensuite à chaque partie le taux de taxe afférant. A l'échelle de quelques polices, la gestion de telles polices est peu contraignante ; en revanche, à l'échelle de milliers de polices, la gestion devient impossible.

Une harmonisation, et non nécessairement une uniformisation, des catégories fiscales serait une première étape des mieux venues, qui simplifierait grandement le paysage juridique de la LPS en assurance. La fiscalité est devenue, dans le marché unique de l'assurance, un des obstacles majeurs à l'exercice effectif de cette activité en LPS. ■

Vladimir Rostan d'Ancezune
Avocat au barreau de Paris et au
Colegio de Abogados de Buenos-
Aires, chargé d'enseignement à
l'université Panthéon-Assas-Paris II,
cabinet d'avocats Moureu associés

(1) *La Tribune de l'assurance*, « Les programmes internationaux d'assurance à l'épreuve du non-admis », avril 2007, n° 111, pp. 28-31.

(2) Directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992, JO n° L 228 du 11 août 1992, pp. 1-23.

(3) L'EEE, créé en 1994, comprend les vingt-sept Etats de l'Union européenne, auxquels s'ajoutent l'Islande, le royaume de Norvège, et la principauté de Liechtenstein.

(4) Directive n° 88/357/CEE du 22 juin 1988, JO n° L 172 du 4 juillet 1988, pp. 1-14.

(5) CJCE, *Kvaerner plc v. Staatssecretaris van Financiën*, 14 juin 2001, affaire C-191-99.

(6) CJCE, 26 octobre 1999, *Eurowings Luftverkehr*, aff. C-294/97, Rec. 1999, p. I-7447.

(7) CJCE, 20 septembre 1988, *Commission c. Danemark*, aff. 302/86, Rec. 1988, p. 4606.

(8) CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann*, aff. C-204/90, Rec. I, p. 249.

(9) Ce raisonnement est valable également lorsque les contrats d'assurance sont soumis à un taux 0.

(10) Communication de la commission des Communautés européennes du 2 février 2000, n° C(1999) 5046 final, LPS et intérêt général dans le secteur des assurances, JOCE C 43.