

ETABLISSEMENT STABLE *Permanent Establishment*

Memorandum
September 2022

Préambule

Article 5 modèle de convention OCDE :

L'expression Etablissement Stable désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité.

Cela peut être un siège de direction, un atelier, une usine, un bureau, un chantier, ...

Preamble

Article 5 OECD Model Convention :

The term Permanent Establishment means a fixed place of business through which an enterprise carries on all or part of its business.

It can be a head office, a workshop, a factory, an office, a construction site, ...

I ETABLISSEMENT STABLE pour l'I/S

En France, depuis 2020, un Etablissement Stable pour l'Impôt sur les Sociétés (I/S) est caractérisé dès que l'on dispose :

- d'une installation fixe d'affaires,
- ou bien d'un agent dépendant.

I 1/ Installation fixe d'affaires

Une installation est considérée comme fixe, dès qu'elle présente un certain degré de **permanence**, de fixité temporelle et géographique.

Sur un plan pratique, le Service des Impôts va retenir une durée supérieure à 6 mois pour répondre à la notion de permanence.

L'établissement en France doit exercer une **activité en lien** avec l'activité de l'établissement principal à l'étranger.

Le local loué ou possédé en France (ou le domicile du salarié si télétravail), doit être à la **disposition** de l'entreprise où l'activité est exercée de manière **habituelle et continue**.

I PERMANENT ESTABLISHMENT for CIT

In France, since 2020, a Permanent Establishment for Corporate Income Tax (CIT) is characterized as soon as one has:

- a fixed place of business,
- or a dependent agent.

I 1/ Fixed business installation

An installation is considered as fixed, as soon as it presents a certain degree of **permanence**, of temporal and geographic fixity.

On a practical level, the French Tax office will retain a duration of more than 6 months to meet the concept of permanence.

The establishment in France must carry out an **activity related** to the activity of the main establishment abroad.

The premises rented or owned in France (or the employee's home if teleworking), must be **available** to the company where the activity is carried out on a **regular and continuous** basis.



Concernant le **télétravail**, dès qu'il est imposé par l'employeur (lequel ne met pas de bureau à disposition du salarié), le risque d'établissement stable du domicile de l'employé est élevé.

I 2/ Agent

Un agent est une personne non indépendante (salarié ou non salarié) exerçant de manière **habituelle** en France des **pouvoirs** lui permettant d'engager l'entreprise dans une relation commerciale, ayant trait aux opérations constituant ses activités propres.

La France applique désormais sans réserve (*depuis l'arrêt Conseil d'Etat du 11 décembre 2020 n°420174*) l'article 12 de l'Instrument Multilatéral de l'OCDE avec les conséquences ci-dessous :

- Même si l'agent en France ne conclut pas formellement de contrats au nom de l'entreprise étrangère, l'Etablissement Stable est constitué dès lors que l'agent en France joue le **rôle principal** et décide de transactions que l'entreprise étrangère **se borne à entériner**, et qui ainsi entérinées engagent cette entreprise étrangère.
- La simple signature de l'entreprise étrangère présente alors un caractère automatique, laissant le pouvoir de négociation à l'agent sur le lieu de commercialisation du produit.

Concerning **teleworking**, as soon as it is imposed by the employer (who does not make an office available to the employee), the risk of a permanent establishment of the employee's home is high.

I 2/ Agent

An agent is a non-independent person (salaried or non-salaried) who **usually** exercises in France **powers** enabling him to engage the company in a commercial relationship, relating to operations constituting its own activities.

France now applies without reservation (since the *l'arrêt Conseil d'Etat du 11 décembre 2020 n°420174*) article 12 of the OECD Multilateral Instrument with the following consequences:

- Even if the agent in France does not formally conclude contracts on behalf of the foreign company, the Permanent Establishment is constituted as soon as the agent in France plays the **main role** and decides on transactions that the foreign company **limits itself to ratifying**, and which thus ratified engage this foreign company.
- The simple signature of the foreign company is then automatic, leaving the power of negotiation to the agent at the place of marketing of the product.



II ETABLISSEMENT STABLE pour la TVA

Pour l'OCDE, un établissement stable est caractérisé pour la TVA, dès que l'on a l'**équipement** humain et technique, avec un degré suffisant de permanence, apte à rendre possible de manière **autonome** des prestations de services.

Ceci exclut de fait les implantations fictives type domiciliations et boîtes aux lettres.

Un Etablissement Stable caractérisé a comme conséquence que l'entreprise étrangère doit s'immatriculer à la TVA en France.

Si la France ne fait que rendre des services à l'entreprise étrangère, laquelle n'est pas une entité juridique distincte, ces services n'entrent pas dans le champ d'application de la TVA. Donc pour récupérer la TVA supportée en France, l'entreprise étrangère doit suivre la procédure 8^e/13^e Directive.

Si l'Etablissement en France réalise aussi (en plus des services rendus à l'entreprise étrangère) des opérations imposables avec des tiers, l'Administration française autorise que l'ensemble des TVA déductibles soient remboursables dans les conditions de droit commun français (donc par l'Administration française à l'Etablissement français).

II PERMANENT ESTABLISHMENT for VAT

For the OECD, a permanent establishment is characterized for VAT, as soon as one has the human and technical **equipment**, with a sufficient degree of permanence, able to make possible **autonomous** supplies of services.

This excludes fictitious establishments such as domiciliation and mailboxes.

A characterized Permanent Establishment means that the foreign company must register for VAT in France.

If France only provides services to the foreign company, which is not a separate legal entity, these services do not fall within the scope of VAT. Therefore, to recover the VAT incurred in France, the foreign company must follow the 8th/13th Directive procedure.

If the establishment in France also performs (in addition to the services provided to the foreign company) taxable transactions with third parties, the French Administration authorizes that all deductible VAT be refunded under the conditions of French common law (i.e. by the French Administration to the French establishment).



III ETABLISSEMENT STABLE pour la TS

Dès qu'un Etablissement Stable est établi, la TS (Taxe sur les Salaires) peut être due.

Les Bureaux de Liaison (Représentation) sont par définition exclus de l'assujettissement à la Taxe sur les Salaires.

Les Succursales qui ne rendent que des services au Siège étranger sont également non soumises à la Taxe sur les Salaires.

Les succursales qui par contre réalisent du chiffre d'affaires avec des tiers, doivent calculer un **pro rata** de TVA. La Taxe sur les Salaires est alors due dès que la succursale est non soumise à TVA sur plus de 90% des revenus (*sur un plan technique, les revenus provenant de services internes à une même entité juridique peuvent être inclus au numérateur et au dénominateur car l'Administration française laisse la possibilité de considérer suivant un régime de TVA comme si l'établissement principal à l'étranger était un tiers*).

IV STRATEGIES D'EVITEMENT DE REQUALIFICATION EN ETABLISSEMENT STABLE (pour I/S et TVA et TS)

Les activités ci-dessous (liste limitative) permettent d'éviter le risque de requalification en Etablissement Stable :

- Exposition de produits,
- Stockage uniquement,
- Livraison de marchandises appartenant à l'entreprise,
- Achat (uniquement) de marchandises,
- Recherche d'informations pour l'entreprise,
- Travail à façon pour un tiers,
- De manière générale, opérations préparatoires ou auxiliaires,

III PERMANENT ESTABLISHMENT for TS tax

As soon as a Permanent Establishment is established, the TS (Tax on Salaries) can be due.

The Liaison Offices (representation offices) are by definition excluded from the liability to payroll tax.

Branches that only provide services to the foreign headquarters/entity/establishment are also exempt from payroll tax.

Branches, on the other hand, which generate turnover with third parties, have to calculate a **pro rata** VAT. In this case, the payroll tax is due as soon as the branch is not subject to VAT on more than 90% of the income (on a technical level, income from internal services of the same legal entity can be included in the numerator and denominator because the French Administration allows the possibility to consider these revenues under a VAT regime as if the main establishment abroad was a third party).

IV STRATEGIES TO AVOID REQUALIFICATION INTO PERMANENT ESTABLISHMENT (for I/S and VAT and TS)

The following activities (limitative list) allow to avoid the risk of reclassification as Permanent Establishment:

- Product showrooms only,
- Storage only,
- Delivery of goods belonging to the company,
- Purchase (only) of goods,
- Research of information for the company,
- Contract work for a third party,
- In general, preparatory or auxiliary operations,



V PENALITES SUITE A REQUALIFICATION EN ETABLISSEMENT STABLE

L'Administration française procède à enquêtes et perquisitions fiscales suite à ordonnance délivrée par le Juge des Libertés (art L16B du LPF). Les pénalités à prévoir suite à requalification en Etablissement Stable à l'Impôt sur les Sociétés sont :

1/ Taxation d'office

La procédure de taxation d'office renverse la charge de la preuve sur le contribuable. Au contribuable de démontrer (alors que -en théorie- il ne tient pas sa comptabilité), qu'il n'a pas réalisé le chiffre d'affaires et le bénéfice allégué par l'Administration fiscale.

V 2/ Délai de reprise

Le délai de reprise fiscale en France est de trois ans. Cependant en cas de requalification en Etablissement Stable, le délai de reprise est de **10 (dix) ans**. (art L176 du LPF pour TVA, et art L169 du LPF pour l'I/S).

V 3/ Majorations

La majoration est automatiquement de **80%** du montant de l'imposition d'office (art 1728 1.c. du CGI) pour activité occulte.

V 4/ Exemple

Supposons deux salariés coutants chacun 4,000 euros bruts+charges par mois (8,000 pour deux, 96,000 par an, 960,000 pour 10 ans). Si l'Administration suppose que l'Etablissement doit facturer deux fois le cout salarial pour être rentable:

Chiffre d'affaires	1,920,000
Charges	960,000
Résultat imposable	960,000
I/S 25% + Pénalité 80%	
Taxation d'office	432,000 euros

V PENALTIES FOLLOWING RECLASSIFICATION AS A PERMANENT ESTABLISHMENT

The French Administration carries out tax investigations and searches following an order issued by the Judge of Freedom (art L16B of the LPF). The penalties to be expected following requalification as a Permanent Establishment for corporate income tax purposes are:

1/ Automatic taxation

The procedure of automatic taxation reverses the charge of proof on the taxpayer. It is up to the taxpayer to demonstrate (even though - in theory - he does not keep books / accounting) that he has not realized the turnover and the profit alleged by the tax authorities.

V 2/ Recovery period

The tax recovery period in France is three years. However, in case of requalification as a Permanent Establishment, the recovery period is **10 (ten) years** (art L176 of the LPF for VAT, and art L169 of the LPF for CIT).

V 3/ Penalties

The automatic increase is by **80%** of the amount of the automatic taxation assessment (art 1728 1.c. of the CGI) for occult activity.

V 4/ Example

Let's assume two employees costing 4,000 euros each gross + charges per month (8,000 for two, 96,000 per year, 960,000 for 10 years). If the Administration assumes that the Establishment must charge twice the salary cost to be profitable:

Turnover	1,920,000
Expenses	960,000
Taxable income	960,000
CIT25% Penalty 80%	
Automatic taxation	432,000 euros

Raphael PROVENZANO
Partner

