



Lexbase Hebdo édition fiscale n°711 du 14 septembre 2017

[Fiscalité internationale] Jurisprudence

Treaty Shopping : le Conseil d'Etat précise l'articulation entre la procédure d'abus de droit et l'interprétation des conventions fiscales

N° Lexbase : N0111BXE



par Thomas Perrot, Associé, Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

Réf. : CE 9° et 10° ch. — r., 21 juillet 2017, n° 392 908, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A6236WNB)

Pour apprécier l'existence d'un éventuel abus de droit à propos de l'interposition d'une société néerlandaise entre une société emprunteuse française et le prêteur véritable établi aux Etats-Unis, le Conseil d'Etat accepte d'appliquer et d'interpréter les stipulations de la Convention fiscale franco-américaine (N° Lexbase : L5151EI) (CE 9° et 10° ch. — r., 21 juillet 2017, n° 392 908, mentionné aux tables du recueil Lebon).

1. La société requérante (*holding*) a été créée en 2003, à l'occasion de l'acquisition d'une société française par le groupe établi aux Etats-Unis. Mais l'essentiel du financement nécessaire à cet investissement n'a pas été mis à disposition de la requérante par son actionnaire unique, la société A ; faiblement dotée en capitaux propres, elle a dû recourir à un emprunt d'environ 65 millions d'euros auprès d'une société sœur néerlandaise (société B). Les investigations menées par les services fiscaux ont permis d'établir que les fonds nécessaires au déboursement de ce prêt avaient été concomitamment avancés à la société B par la société A, avec instruction explicite d'en utiliser le produit pour consentir un prêt à la requérante.

L'administration a vu malice dans la mise en place de ces prêts miroirs, et plus précisément une tentative (condamnable) de contourner les dispositions de l'article 212 du CGI (N° Lexbase : L3880KWM) dans sa rédaction alors en vigueur. On se souvient en effet que, jusqu'au 1er janvier 2007, les règles de sous-capitalisation prévoyaient que lorsqu'une société contractait un prêt auprès d'un associé, si celui-ci détenait au moins 50 % de son capital, les intérêts dus n'étaient déductibles qu'à hauteur de leur fraction courue sur un montant égal à une fois et demie le montant

du capital social de l'emprunteuse (1) ; le solde n'était pas déductible et, partant, susceptible de constituer un revenu distribué sur le fondement de l'article 109 du code (N° Lexbase : L2060HLU), soumis à la retenue à la source de l'article 119 bis, 2 (N° Lexbase : L4671I77) lorsque ce revenu était réputé appréhendé par une personne établie hors de France. Seuls les intérêts afférents aux prêts octroyés par une société mère, au sens de l'article 145 du CGI, à sa filiale demeuraient pleinement déductibles ; encore fallait-il, pour revendiquer cette qualité, que la société mère soit assujettie à l'impôt sur les sociétés en France, conformément aux conditions posées par l'article 145.

La thèse de l'administration, alors, était simple : le détour par les Pays-Bas qu'empruntaient les fonds litigieux avait pour seule motivation de transformer un financement qui, s'il avait été mis en place directement par la société A au profit de sa filiale, serait tombé sous le coup de ce dispositif et n'aurait permis qu'une déduction fiscale très limitée compte tenu du faible capital social de l'emprunteuse, en un prêt consenti par une société non associée au capital de l'emprunteuse, et donc placé hors de son champ d'application.

Les services fiscaux ont donc remis en cause cette structure de prêts miroirs comme abusive, sur le fondement de l'article L. 64 du LPF (N° Lexbase : L4668ICU), et rectifié le résultat fiscal de la requérante pour refléter ce qu'il aurait été si l'emprunt avait été souscrit directement auprès de sa société mère américaine.

2. Dans le contentieux qui s'est noué entre le contribuable et l'administration, cette dernière a eu gain de cause d'abord devant le tribunal administratif (2), puis devant la cour administrative d'appel (3). Les juges d'appel, en particulier, n'ont pas eu de mal à admettre que les prêts en cause constituaient un montage inspiré exclusivement par des considérations fiscales et que le prêteur véritable, en conséquence, était la société américaine. Les explications avancées par le contribuable, tirées d'une part de ce que la société néerlandaise assurait la centralisation de la trésorerie du groupe dans le cadre d'une convention de *cash pooling*, et d'autre part du but économique véritable du prêt, destiné à financer l'acquisition de la société française, ont laissé les juges du fond, pour reprendre les termes du rapporteur public près la cour administrative d'appel de Nantes, "*insensibles*". Vingt ans auparavant, néanmoins, la cour administrative d'appel de Nancy, dans une configuration très proche, dans laquelle une société française avait contracté un prêt auprès d'une société sœur allemande, laquelle avait elle-même obtenu un prêt miroir auprès d'une société dont le siège était à Curaçao, avait refusé de voir dans ce procédé un abus quelconque, alors même qu'il était établi que les intérêts versés par la société française, exonérés de retenue à la source par l'effet de la Convention franco-allemande (N° Lexbase : L6660BH7), y auraient été soumis si le prêt avait été conclu directement avec la société de Curaçao (4). Le contexte a changé, influencé par les mesures visant à lutter contre la planification fiscale agressive portées par des institutions internationales, telles le projet BEPS (5) ou la récente Directive dite ATAD (6), qui expliquent sans doute une sévérité accrue à l'égard de ce qui peut être perçu comme relevant du *treaty shopping*.

3. Le caractère remarquable de cet arrêt, qui lui vaut d'être mentionné aux tables du recueil Lebon, ne réside cependant pas dans l'examen des motivations du contribuable et du caractère éventuellement artificiel du montage qu'il avait mis en place. La question, plus intéressante, est celle de l'application de la Convention franco-américaine au litige.

En effet, si c'est la société américaine A qui doit être regardée comme ayant consenti le prêt en cause, soutenait le contribuable, il peut alors se prévaloir de la protection de la Convention entre la France et les Etats-Unis (7) et plus précisément de la clause de non-discrimination qu'elle contient (8). Or, si la société A avait été une société française, elle aurait été assujettie à l'impôt sur les sociétés en France et elle aurait donc pu prétendre au statut de société mère de sa filiale française au sens de l'article 145 précité, qui aurait soustrait l'emprunt litigieux aux règles de sous-capitalisation. Mais, de nationalité américaine, et à défaut de disposer d'un établissement stable en France, la société ne pouvait justifier y être soumise à l'impôt et donc bénéficier de l'exception à ces règles. C'est en substance l'argumentation qu'avait développée avec succès un autre contribuable, filiale d'une société établie en Autriche, sur le terrain de la Convention franco-autrichienne (N° Lexbase : L6665BHC). Dans un arrêt fameux, le Conseil d'Etat avait en effet jugé qu'une filiale française d'une société autrichienne, que celle-ci soit ou non établie en France, était placée dans la même situation qu'une filiale française d'une société française pour les besoins de l'article 212, et la clause de non-discrimination de la Convention entre la France et l'Autriche interdisait de traiter la première moins favorablement que la seconde (9).

La société requérante estimait donc que, même en admettant la thèse de l'administration selon laquelle il fallait apprécier sa situation fiscale en considérant que le prêt litigieux lui avait été fait directement par son actionnaire américain, les limitations de déduction prévues par l'article 212 ne s'appliqueraient pas davantage que si le prêteur réel était bien la société néerlandaise. Faute d'avantage fiscal retiré du montage allégué, aucun abus de droit ne pouvait être caractérisé, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat (10). Le contribuable invitait donc les juges à considérer la Convention franco-américaine et à en interpréter les termes, pour les appliquer aux faits de l'espèce, alors même que la Convention n'était formellement pas applicable puisque les intérêts en cause n'étaient pas dus à un résident américain. Démarche inédite à laquelle la cour administrative d'appel a souscrit immédiatement, mais

qui a retenu plus longuement le Rapporteur public, Mme Nicolazo de Barmon, dans ses conclusions sous l'arrêt de cassation, qui soulignait le "*degré d'abstraction et de complexité assez vertigineux*" qu'elle exigeait. La prémisse du raisonnement du contribuable, en effet, exige que l'on construise une réalité alternative dans laquelle il aurait été éligible à la protection d'un autre traité dont il se serait effectivement prévalu pour réduire, autant que possible, sa charge fiscale. Ce qui ne va pas sans poser question lorsque les effets de la Convention que l'on souhaite appliquer à titre hypothétique sont subordonnés à la satisfaction de certaines conditions, qui pourraient, ou pas, être réunies par les parties. Par exemple, en supposant qu'une société résidente d'un Etat R détenant une filiale en France décide d'interposer entre cette dernière et elle-même une société établie dans un Etat T et que l'administration fiscale y voie un montage visant à bénéficier des stipulations de la convention entre la France et T qui réduisent le taux de la retenue à la source sur les dividendes de source française, le juge acceptera-t-il, pour apprécier l'éventuel abus, de considérer l'article "Dividendes" de la convention entre la France et R, si celui-ci pose comme condition à son application, que le dividende en cause soit effectivement imposé entre les mains d'un résident de R ? Il s'agirait alors d'appliquer de façon virtuelle non seulement la convention entre la France et R mais aussi le droit interne de l'Etat R... On comprend qu'en accueillant favorablement la demande de la société, les juges aient pu ressentir l'impression de suivre le lapin blanc dans son terrier, mais il nous semble que le maintien de la loyauté de la procédure d'abus de droit est à ce prix.

4. Toujours est-il que le Conseil d'Etat a jugé le moyen opérant et accepté de prendre en considération la clause de non-discrimination de la Convention franco-américaine.

Passé cet écueil, la société requérante restait cependant confrontée à une autre difficulté. Près de vingt-cinq ans séparent la date de signature de la Convention franco-autrichienne et celle de la Convention franco-américaine, et dans cet intervalle, la France a pris conscience de la menace qu'une clause de non-discrimination peut faire peser sur un dispositif anti-abus comme celui issu de l'article 212 du CGI, au point d'inclure, dans un nombre croissant de conventions fiscales, des stipulations réservant expressément l'application de nos règles de sous-capitalisation. Pour n'en citer que quelques-unes, les conventions nous liant au Canada (N° Lexbase : L6675BHP), à la Corée du Sud (N° Lexbase : L6681BHW), à l'Italie ou même (N° Lexbase : L6706BHT), depuis l'entrée en vigueur d'une nouvelle convention signée le 6 décembre 1994, à l'Autriche, stipulent ainsi que leurs termes n'empêchent pas la France de mettre en œuvre l'article 212.

La cour administrative d'appel de Nantes en avait conclu que la requérante ne pouvait invoquer la clause de non-discrimination de la Convention franco-américaine à son profit pour combattre l'application de l'article 212, ce qui l'avait amenée à trancher le litige en faveur de l'administration.

La Convention franco-américaine, cependant, présentait une autre particularité à laquelle les juges d'appel n'avaient pas donné toute sa portée. L'article 25 § 3 (b) de la Convention prévoient en effet classiquement que "*les dispositions de la présente Convention n'empêchent en rien l'application de l'article 212 du CGI français tel qu'il peut être amendé sans que son principe général en soit modifié, ou d'autres dispositions analogues qui s'ajouteraient ou se substitueraient à celles de cet article (y compris des dispositions analogues à celles qui sont applicables aux Etats-Unis)*", mais en y ajoutant la condition suivante : "*si et dans la mesure où cette application est compatible avec les principes contenus dans le paragraphe 1 de l'article 9 (Entreprises associées)*". Cette précision n'est pas absolument unique à la Convention franco-américaine puisqu'elle figure également dans la Convention franco-suisse (11) (N° Lexbase : L6752BHK) et dans la Convention franco-japonaise (12) (N° Lexbase : L6709BHX) et qu'elle a pour objet de subordonner l'application de l'article 212 par la France à la démonstration que celle-ci ne conviendrait pas au principe de pleine concurrence affirmé par l'article 9 § 1 de la Convention (13).

La cour administrative d'appel n'avait pas ignoré entièrement ce sujet, mais elle l'avait rapidement écarté. Par construction, selon les juges d'appel, la condition était remplie puisque l'article 9 § 1, dont l'objet est de permettre à l'administration fiscale française de réintégrer aux résultats d'entreprises françaises des bénéfices qui auraient été transférés à des entreprises liées étrangères dans le cadre de transactions conclues selon des conditions qui ne sont pas celles du marché, a un champ d'application différent de celui de la limitation de la déduction des intérêts prévue par l'article 212 en fonction du ratio de dette due à un actionnaire sur fonds propres. Le raisonnement n'était pas entièrement satisfaisant dans la mesure où il revenait à priver d'effet la référence à l'article 9 § 1 et à lire l'article 25 § 3 (b) comme si on en avait retranché les derniers termes.

5. La lecture des commentaires du Modèle de Convention de l'OCDE (N° Lexbase : L6769ITU), dans leur formulation adoptée en 1992, c'est-à-dire avant la signature de la Convention franco-américaine, permettait aussi de douter du bien-fondé de cette approche. Le comité des affaires fiscales de l'OCDE indiquait ainsi que l'article 9 § 1 du Modèle, relatif aux entreprises associées, n'avait pas pour objet de faire échec aux règles internes de lutte contre la sous-capitalisation mais seulement dans la mesure où l'effet de celles-ci est de faire correspondre les bénéfices imposables d'un emprunteur au montant des bénéfices qu'il aurait réalisés dans une situation de pleine concurrence,

en tenant compte non seulement du taux d'intérêt qui aurait été pratiqué mais aussi de la nature véritable du prêt, c'est-à-dire en identifiant, le cas échéant, la fraction du montant prêté correspondant économiquement à un apport en capital.

6. Comme le soulignait Mme Marie-Astrid de Barmon, l'interprétation de la cour administrative d'appel ne pouvait donc être approuvée et il convenait de restituer à l'article 25 § 3 (b) sa véritable portée, ce que fait le Conseil d'Etat en jugeant que l'article 212 n'est applicable que pour autant qu'il ne conduit pas à imposer l'entreprise française sur une assiette supérieure à celle qui aurait été la sienne si l'emprunt avait été contracté auprès d'un tiers, dans des conditions de marché. Plus précisément, ne peut être réintégrée au bénéfice imposable de cette emprunteuse française que la fraction des intérêts que celle-ci n'aurait pas supportée si elle s'était adressée à un tiers pour obtenir un financement, en tenant compte non seulement du taux d'intérêt que celui-ci aurait exigé, mais aussi du montant en principal qu'il aurait été disposé à avancer. En pratique, donc, il convient de vérifier si la requérante aurait pu s'adresser à un établissement financier indépendant pour obtenir un financement dont le montant et le taux d'intérêt la conduiraient à supporter une charge d'intérêt supérieure à celle qu'autorisaient l'article 212 et son ratio immuablement fixé à 150 % du capital social de l'emprunteuse.

7. L'affaire n'est pas entièrement close pour la société requérante, puisque si l'arrêt attaqué est censuré pour erreur de droit, il revient maintenant à la cour administrative d'appel de déterminer le niveau des charges financières que la société aurait encourue si elle avait recouru à un emprunt externe et de rapprocher ce montant de celui dont les dispositions de l'article 212 autorisaient la déduction. Il lui faudra donc examiner les capacités financières de la société à l'époque où le prêt avait été conclu et leurs perspectives d'évolution, la situation du groupe auquel elle appartient et la qualité des sûretés ou du soutien qu'il aurait pu fournir pour déterminer le montant en principal du financement que la société aurait pu obtenir d'un établissement de crédit ou autre prêteur tiers agréé et le taux d'intérêt que commanderait un tel financement pour déterminer, en valeur absolue, le montant des charges financières qu'elle aurait encourues.

8. On mesure l'ampleur de la tâche, d'autant plus que l'exercice doit être mené *a posteriori*, à presque quinze ans d'écart ; à cet égard, les dernières remarques de Mme de Barmon dans ses conclusions, qui portent sur les règles de dévolution de la charge de la preuve, ne sont pas anodines et pèseront de tout leur poids dans les débats devant la juridiction d'appel ; le Rapporteur public rappelle en effet que la procédure de redressement suivie par l'administration étant fondée sur l'abus de droit, et, à défaut d'avoir consulté le comité de répression de l'abus de droit, il appartiendra aux services fiscaux de rapporter la preuve que le prêt litigieux n'aurait pas été accordé par un prêteur tiers ou l'aurait été pour un montant moindre (14). Compte tenu de la difficulté qu'éprouvent les contribuables à faire valoir auprès de l'administration le caractère normal des conditions des prêts qu'ils concluent auprès de parties liées, pour justifier la déductibilité du taux d'intérêt pratiqué (15), cette aide procédurale devrait être bien reçue par la requérante.

9. Quelles sont, enfin, les conséquences pratiques de la décision du Conseil d'Etat ?

La nouvelle rédaction de l'article 212 du CGI, adoptée suite à l'arrêt du 30 décembre 2003, ne distingue plus selon la nationalité du prêteur ; les filiales françaises de sociétés américaines ne devraient donc plus pouvoir se plaindre d'un effet discriminatoire des règles de sous-capitalisation à leur endroit, et à cet égard, l'arrêt du Conseil d'Etat n'a plus qu'un intérêt historique. Pour autant, les principes dégagés par la Haute juridiction dans cette décision devraient conserver une portée considérable s'agissant de l'application de la procédure d'abus de droit dans le cadre de conventions fiscales internationales ; leurs contours restent encore à être précisés.

(1) "Les intérêts afférents aux sommes que les associés laissent ou mettent à la disposition de la société sont admis dans les charges déductibles dans les conditions prévues au 3° du 1 de l'article 39 (N° Lexbase : L3894IAH). Toutefois : 1° La déduction n'est admise, en ce qui concerne les associés ou actionnaires possédant, en droit ou en fait, la direction de l'entreprise ou détenant plus de 50 % des droits financiers ou des droits de vote attachés aux titres émis par la société, que dans la mesure où ces sommes n'excèdent pas, pour l'ensemble desdits associés ou actionnaires, une fois et demie le montant du capital social. Cette limite n'est pas applicable : [...] b. Aux intérêts afférents aux avances consenties par une société ou à une autre société lorsque la première possède, au regard de la seconde, la qualité de société mère au sens de l'article 145(N° Lexbase : L3323LC3)".

(2) TA Nantes, 6 juin 2013, n° 1 008 984.

(3) CAA Nantes, 25 juin 2015, n° 13NT02 119 (N° Lexbase : A1500NMI).

(4) CAA Nancy, 14 mars 1996, n° 93NC00 729 (N° Lexbase : A6699BG9).

(5) Notamment les 15 actions adoptées par l'OCDE et le G20 dans le cadre de la lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices présentées le 5 octobre 2015.

(6) Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016, établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (N° Lexbase : L3612K9N).

(7) Convention en date du 31 août 1994 entre la France et les Etats-Unis en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et la fortune.

(8) L'article 25, paragraphe 3 de la Convention stipule que : "*a) A moins que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9 (Entreprises associées), du paragraphe 6 de l'article 11 (Intérêts) ou du paragraphe 5 de l'article 12 (Redevances) ne soient applicables, les intérêts, redevances et autres dépenses payés par une entreprise d'un Etat contractant à un résident de l'autre Etat contractant sont déductibles, pour la détermination des bénéfices imposables de cette entreprise, dans les mêmes conditions que s'ils avaient été payés à un résident du premier Etat. b) Les dispositions de la présente Convention n'empêchent en rien l'application de l'article 212 du CGI français tel qu'il peut être amendé sans que son principe général en soit modifié, ou d'autres dispositions analogues qui s'ajouteraient ou se substitueraient à celles de cet article (y compris des dispositions analogues à celles qui sont applicables aux Etats-Unis), si et dans la mesure où cette application est compatible avec les principes contenus dans le paragraphe 1 de l'article 9 (Entreprises associées)*".

(9) CE Sect., 30 décembre 2003, n° 233 894, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6487DAI).

(10) CE 8° et 3° s-s-r., 5 mars 2007, n° 284 457, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A6799DUD); CE 8° et 3° s-s-r., 10 juillet 2007, n° 294 537, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : A2883DX3); CE 10° et 9° s-s-r., 7 juillet 2010, n° 309 009, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A1309E4A).

(11) Point IX du Protocole additionnel du 22 juillet 1997, tel qu'ajouté par l'avenant à la Convention franco-suisse en date du 9 septembre 1966.

(12) Point 17(a) du Protocole à la Convention franco-japonaise en date du 3 mars 1995.

(13) "*Lorsque : a) Une entreprise d'un Etat contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre Etat contractant, ou que; b) Les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un Etat contractant et d'une entreprise de l'autre Etat contractant, et que, dans l'un ou l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence*".

(14) Selon l'article L. 64 du LPF, lorsque l'administration ne s'est pas conformée à l'avis du comité, elle doit apporter la preuve du bien-fondé de la rectification; la jurisprudence assimile le défaut de saisine du comité au refus de l'administration de se conformer à l'avis de ce comité (CAA Douai, 22 mai 2001, n° 96DA02 857 N° Lexbase : A5191AYW).

(15) Voir par exemple : CAA Bordeaux, 4 avril 2017, n° 15BX01 177 (N° Lexbase : A3309UYg).