



Les implications fiscales du financement par les entreprises multinationales de leurs implantations territoriales

l'apport de la jurisprudence la plus récente du conseil d'État

L'AFFECTATION TERRITORIALE DU RÉSULTAT d'ensemble des entreprises multinationales est un problème majeur de la fiscalité internationale : en effet, elle est soumise aux revendications contradictoires des États d'implantation, soucieux de voir localiser sur leur territoire la plus grande part possible de ce résultat ; elle présente donc le risque de déboucher sur des doubles impositions, malgré les procédures amiables de rapprochement entre États mises en œuvre par les conventions fiscales bilatérales et, plus récemment, l'institution d'une procédure obligatoire d'arbitrage entre les États membres de l'Union Européenne, pour tenter de minimiser ce risque.

Régissant les « prix de transfert » appliqués aux transactions transfrontalières intra-groupe, la doctrine OCDE repose traditionnellement sur le principe des prix de pleine concurrence ou *arm's length* : c'est ce principe qui est mis en œuvre, aussi bien par notre dispositif de droit interne résultant de l'article 57 du code général des impôts, que par les articles 9 § 1 et 11 § 6 de la convention modèle OCDE.

Ce principe ne permet pas, toutefois, de résoudre directement le problème né du financement par les entreprises multinationales de leurs implantations territoriales, au regard des incidences, sur la localisation de leur résultat d'ensemble, du choix du mode de financement adopté : le financement par prêt engendre, en principe, une charge d'intérêt déductible du bénéfice de l'implantation bénéficiaire du prêt, alors que le financement par dotation en capital est rémunéré par un versement de dividendes non déductible de ce même bénéfice.

Notre dispositif de droit interne repose, en la matière, sur l'article 212 du Code général des impôts, conçu comme devant permettre de sanctionner les insuffisances de dotation en capital de leurs filiales françaises par les sociétés mères étrangères : les intérêts des prêts consentis par les associés dirigeants ou majoritaires dans le capital d'une société ne sont déductibles du bénéfice de cette dernière que si le montant total de ces prêts n'excède pas une fois et demi le montant de son capital ; la limite de déductibilité ainsi fixée n'est toutefois pas applicable aux

prêts consentis à leurs filiales par les sociétés qui possèdent la qualité de sociétés mères au sens de l'article 145 du CGI, c'est-à-dire celles qui sont imposables en France au taux normal de l'impôt sur les sociétés : le caractère restrictif de cette exception, qui résulte d'une interprétation littérale de l'article 212, répond au souci de combattre la sous-capitalisation de leurs filiales françaises par les sociétés mères étrangères et la délocalisation de matière imposable hors de France qui en est la conséquence.

Cette discrimination de traitement vient d'être condamnée par deux arrêts du Conseil d'État qu'il a paru intéressant d'analyser avant d'en examiner les implications possibles.

I. L'analyse des arrêts du conseil d'État

La Haute Assemblée a condamné la discrimination de traitement opérée par l'article 212 du CGI comme contrevenant :

- au principe communautaire de la liberté d'établissement (CE 30 décembre 2003 n° 249047 sect, SARL Coreal gestion) ;
- à la clause de non-discrimination contenue dans la convention franco-autrichienne du 8 octobre 1959 dans sa rédaction issue de l'avenant du 30 octobre 1970 (CE 30 décembre 2003 n° 233894 sect, SA Andritz).

1) Le principe communautaire de la liberté d'établissement.

Le cas d'espèce visait la filiale française, sous-capitalisée au regard des dispositions de l'article 212 du CGI, d'une société mère allemande, ressortissante en tant que telle, d'un autre État membre de l'Union européenne : le Conseil d'État a validé l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon, en considérant que les stipulations de l'article 52 du traité CE (devenu art. 43 CE), s'opposent notamment aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales par les ressortissants d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre, et qu'« est de nature à constituer une telle restriction l'application par un État membre d'un traitement fiscal inégal aux sociétés filiales constituées sur son territoire en



JEAN-JACQUES
CAPPELAERE

Fiscaliste

conformité de sa législation selon que leur société mère s'y trouve ou non, elle-même établie, dès lors qu'au regard de l'impôt en cause, les unes et les autres de ces sociétés filiales sont dans une situation objectivement comparable ».

2) La clause de non-discrimination contenue dans la convention fiscale bilatérale franco-autrichienne et le dispositif « prix de transfert », conventionnel ou de droit interne.

Le cas d'espèce visait la filiale française, sous-capitalisée au regard des dispositions de l'article 212 du CGI, d'une société mère autrichienne.

■ **La clause de non-discrimination contenue dans la convention franco-autrichienne**

Le Conseil d'État a validé la prééminence de cette clause, figurant à l'article 26 § 3 de la convention, aux termes de laquelle « les entreprises de l'un des deux États, dont le capital est en totalité ou en partie, directement ou indirectement, détenu ou contrôlé par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies dans l'autre État, ne sont soumises, dans le premier État, à aucune imposition ou obligation y relative, qui soit autre ou plus lourde que celle à laquelle sont ou pourront être assujetties les autres entreprises de même nature de ce premier État » ; il a considéré ainsi que, même dans l'hypothèse où une société mère autrichienne ne disposerait pas « en France d'un établissement stable qui détendrait ou contrôlerait lui-même tout ou partie du capital de sa filiale française et serait imposé en France à l'impôt sur les sociétés au taux normal... », la dite filiale doit être regardée, au sens de cette stipulation, comme étant de même nature que la filiale française d'une société mère française, dès lors que la société mère autrichienne aurait été passible en France de l'impôt sur les sociétés au taux normal si elle avait exercé son activité en France.

■ **Le dispositif « prix de transfert » conventionnel ou de droit interne**

Le dispositif conventionnel

L'article 6 § 5 de la convention franco-autrichienne reprend le principe OCDE de l'*arm's length* ou prix de pleine concurrence qui doit présider à la fixation des prix de transfert entre sociétés apparentées dont les États d'implantation sont liés par une convention fiscale bilatérale, et l'article 17-A-IV de la même convention fait application de ce principe aux intérêts transfrontaliers payés par un débiteur entretenant des relations spéciales avec son créancier de l'autre État contractant ou avec une tierce

personne également liée à son créancier ; le Conseil d'État a observé qu'il n'y avait pas lieu de se référer aux commentaires extensifs formulés par le comité fiscal de l'OCDE sur l'article 9 de la convention-modèle établie par cette organisation, qui répond aux mêmes préoccupations que les articles 6 § 5 et 17-A-IV de la convention franco-autrichienne, les commentaires de l'OCDE étant postérieurs à l'adoption de ces articles ; se référant à une analyse littéraire des articles précités de la convention franco-autrichienne, il a considéré que, s'ils permettaient d'apprécier le caractère normal de la rémunération des prêts intra-groupe consentis par une entreprise d'un État contractant à une entreprise de l'autre État contractant, ils « ne sauraient, toutefois, avoir pour objet ou pour effet de permettre à ces États d'apprécier le caractère normal du choix arrêté par une entreprise de financer par l'octroi d'un prêt, de préférence à un apport de fonds propres, l'activité d'une entreprise qu'elle détient ou contrôle et d'en tirer, le cas échéant, de quelconques conséquences fiscales ».

Le dispositif de droit interne résultant de l'article 57 du Code général des impôts

Cet article est la transposition dans notre droit interne du dispositif conventionnel relatif aux prix de transfert, et répond aux mêmes préoccupations ; il prévoit, en effet, que, « pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéficiaires indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités. Il en est de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de France ».

Le Conseil d'État a jugé *mutatis mutandis* que ces dispositions n'avaient pas « pour objet ou pour effet, d'autoriser l'administration fiscale à apprécier le caractère normal du choix opéré par une entreprise étrangère de financer par l'octroi d'un prêt, de préférence à un apport en fonds propres, l'activité d'une entreprise française qu'elle détient ou contrôle et à en tirer, le cas échéant, de quelconques conséquences fiscales ».

II. Les implications de la jurisprudence du conseil d'État

Cette jurisprudence pourrait déboucher sur l'adoption d'une mesure législative visant à supprimer le traitement de faveur, prévu par le b/du 1° de l'article 212 du CGI en faveur des prêts

“ Par deux arrêts rendus le même jour, la haute assemblée a condamné la discrimination de traitement opérée par l'article 212 du CGI entre les filiales de sociétés mères françaises et les filiales de sociétés mères étrangères. ”



consentis par les sociétés mères françaises à leurs filiales françaises.

Il ne semble pas, toutefois, qu'une telle orientation, nécessairement limitée dans ses effets, soit à la hauteur de l'enjeu, car les implications de la nouvelle jurisprudence sont bien plus extensives :

- en tirant les conséquences fiscales du principe de la liberté d'établissement sur le territoire de l'Union européenne, le Conseil d'État consacre la prééminence du droit communautaire ;
- en affirmant l'opposabilité du choix par les entreprises de leur mode de financement, il exclut toute interférence avec le principe de l'*arm's length*, circonscrit au domaine des prix de transfert, et il édicte ce faisant, un principe d'application générale.

1) L'adoption d'une mesure visant à généraliser la limitation du financement résultant d'un prêt des associés dirigeants ou majoritaires, en supprimant l'exception, prévue au b du 1° de l'article 212 du CGI, en faveur des sociétés mères françaises.

Cette réforme présenterait l'avantage de supprimer une disposition discriminatoire et, par voie de conséquence, de rendre notre législation conforme au principe de la liberté d'établissement ainsi qu'aux clauses de non-discrimination contenues dans les conventions fiscales bilatérales ; la limitation à une fois et demi le montant du capital social, telle que prévue par « le droit commun » de l'article 212 du CGI, apparaît toutefois très formelle, tant il est vrai que le capital social ne peut être isolé du montant total du financement par fonds propres : elle serait, d'autre part facilement contournable, par exemple en utilisant l'intermédiation d'une banque.

2) L'application, dans le domaine fiscal, du principe communautaire de la liberté d'établissement, ou la place du droit communautaire dans l'application des règles fiscales de droit interne.

Il est significatif que le principe communautaire de la liberté d'établissement tel qu'édicté à l'article 52 du traité CE (devenu art. 43 CE), ait retenu l'attention exclusive du Conseil d'État dans l'espèce Coréal Gestion, sans qu'il ait été besoin de recourir à une argumentation fondée sur les dispositions de la convention fiscale franco-allemande ; à l'inverse, c'est la convention fiscale franco-autrichienne qui a été retenue par la haute assemblée dans l'espèce SA Andritz, dès lors qu'elle concernait une période d'imposition antérieure

à l'entrée de l'Autriche dans l'Union européenne. Cela montre la place intermédiaire tenue par les textes communautaires dans l'application du principe de subsidiarité mis en avant par l'arrêt Schneider Electric du 28 juin 2002¹ ; l'examen du droit européen qui revêt, dans une certaine mesure, un caractère interne, doit précéder celui des conventions fiscales bilatérales.

Ainsi, dans le domaine de l'article 209 B du CGI, le principe de la liberté d'établissement paraît devoir s'opposer à ce que cet article soit appliqué aux implantations réalisées par une société française dans un pays de l'Union Européenne, quelles que soient, par ailleurs les clauses de la convention fiscale liant ce pays à la France.

3) L'application possible de la jurisprudence du Conseil d'État aux situations de surcapitalisation, par les entreprises françaises, de leurs implantations à l'étranger.

La surcapitalisation des implantations extraterritoriales des entreprises françaises se traduit par une perte de matière imposable en France, d'une manière symétrique à celle résultant de la sous-capitalisation des implantations en France des entreprises étrangères. La jurisprudence découlant de l'arrêt Andritz a pour conséquence de priver l'administration du fondement juridique de l'article 57 du CGI ou des clauses « prix de transfert » des conventions fiscales bilatérales, pour motiver des redressements nés d'une telle surcapitalisation.

* *

La fixation de critères objectifs permettant d'apprécier *in abstracto* les situations de sous-capitalisation ou de surcapitalisation des implantations des entreprises multinationales est un exercice difficile à réaliser : en effet, la tendance naturelle des administrations fiscales nationales est de maximiser la capitalisation des implantations réalisées sur le territoire de leur juridiction et de minimiser la capitalisation des implantations réalisées à l'extérieur du territoire de leur juridiction, alors que les mêmes critères d'appréciation doivent prévaloir dans chacun des cas de figure. Il paraît malaisé, en la matière, de se fonder exclusivement sur le principe de l'*arm's length* ; cela explique sans doute que la réflexion la plus récemment engagée au sein du comité des affaires fiscales de l'OCDE s'oriente autour de la notion de *global trading*. ■

1. (cf. notre chronique publiée dans la Banque Magazine n° 642 sur l'avenir du régime d'imposition, prévu à l'article 209 B du CGI, des bénéfices localisés dans les pays à fiscalité privilégiée).