



Sous-capitalisation de la succursale américaine d'une banque britannique. Disposition de droit interne américain. Déductibilité des intérêts limitée. Incompatibilité avec la théorie de l'entreprise distincte. Détermination des bénéfices imputables à la succursale par référence aux écritures comptables et à la volonté des parties contractantes.

La US Court of Federal Claims juge que la comptabilité distincte régulièrement tenue de la succursale américaine d'une banque britannique détermine le montant des intérêts déductibles au niveau de la succursale américaine.

De manière théorique, eu égard à l'article 7 de la convention Modèle OCDE¹, les succursales locales de banques étrangères doivent être traitées, au plan fiscal, comme si elles constituaient une « entreprise distincte » de leur siège pour la détermination des bénéfices qui peuvent leur être attribués. Dès lors, bon nombre d'administrations fiscales étrangères, à l'instar de l'administration fiscale française, combinant ce fondement avec le principe de pleine concurrence, entendent aujourd'hui replacer les succursales de banques étrangères, pour la détermination de leur résultat imposable, dans des conditions d'exercice identiques à celles de filiales, et cela y compris au regard du respect des ratios prudentiels de solvabilité imposés aux filiales.

Ainsi, il existe une tendance forte des administrations fiscales à contester la déductibilité des intérêts versés par les succursales de banques étrangères, en se fondant sur une prétendue sous-capitalisation desdites succursales, quelles que soient l'identité et la localisation du bénéficiaire des intérêts.

En effet, dès lors que, au vu des ratios réglementaires applicables aux banques, une administration locale considère que la succursale d'une banque étrangère est sous-capitalisée, elle procède alors à la réintégration de tout ou partie des intérêts versés par cette succursale à raison des financements octroyés à celle-ci, soit par son

siège étranger, soit par un tiers: en d'autres termes, une succursale, réputée sous-capitalisée, n'aurait pas dû, selon l'administration, supporter un tel niveau de charges financières, et partant l'endettement de cette succursale se révèle anormalement élevé et injustifié.

En conséquence, à défaut de disposer, à leur bilan, du montant de fonds propres imposé par la réglementation bancaire locale à des établissements disposant de la personnalité morale, les succursales de banques étrangères, réputées sous-capitalisées, risquent d'être considérées comme ayant emprunté les sommes qui auraient dû être mises à leur disposition gratuitement par leur siège.

À l'évidence, en procédant à de tels redressements, les administrations fiscales française et étrangère ne font qu'appliquer aux établissements stables bancaires localisés sur leur territoire la théorie de l'entité distincte, développée en droit fiscal international et en vertu de laquelle les relations financières pouvant légitimement exister entre un siège et sa succursale sont traitées, d'un point de vue fiscal, de la même manière que les flux constatés entre des sociétés juridiquement distinctes.

Il est néanmoins légitime de s'interroger sur le point de savoir si l'administration fiscale française et ses homologues étrangères font une juste application de cette théorie de l'entreprise distincte. En d'autres termes, la lettre même de l'article 7 de la convention Modèle OCDE autorise-t-elle les administrations fiscales à traiter une succursale comme une entité indépendante constituée sous la forme d'une société, à imposer à cette succursale le respect d'une dotation en fonds propres plus importante (identique à celle d'une filiale) et, partant, à refuser la déductibilité des intérêts versés par la succursale en rémunération de sommes considérées comme n'ayant, à tort, pas été mises à la disposition de la succursale sous forme de capital?

Deux arrêts « *National Westminster Bank PLC v. United States* », complémentaires, rendus par la US Court of Federal Claims à quatre ans d'intervalle, tranchant, sur le fondement de l'article 7 de la convention Modèle OCDE, la question de la détermination du montant des intérêts déductibles, aux États-Unis, par la succursale américaine d'une banque anglaise, semblent d'ores et déjà apporter certains éléments de réponse aux interrogations

¹ En substance, cet article prévoit que lorsqu'une entreprise d'un État exerce son activité dans un autre État par l'intermédiaire d'une succursale, le bénéfice imputable à cette succursale est « celui qu' (elle) aurait réalisé si (elle) avait constitué une entreprise distincte (et séparée) exer-

çant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance » avec la société dont elle constitue une succursale.

soulevées ci-avant dans un sens favorable aux succursales de banques étrangères.

Si le premier arrêt² rendu par la US Court of Federal Claims avait déjà jugé que la réglementation prévue à l'article 1.882-5 du règlement du Trésor américain (qui conduit à ignorer les relations financières intra-banque pour la détermination du résultat fiscal des succursales américaines) était incompatible avec les dispositions de l'article 7 de la convention fiscale de 1975 entre les États-Unis et le Royaume-Uni en matière d'impôt sur le revenu, il n'avait toutefois pas été jusqu'au bout de sa logique et n'avait en particulier pas déterminé comment il convenait de calculer cette déduction des frais d'intérêts sur les prêts intra-sociétés (entre succursales américaines ou entre les succursales américaines et le siège sis au Royaume-Uni).

Saisi par le contribuable d'une requête partielle en référé, c'est donc un second arrêt³ en date du 14 novembre 2003 américain qui est venu préciser, de manière non équivoque, les contours de la notion d'entreprise distincte indiquant en substance que les résultats imposables d'une succursale, implantée sur le territoire américain, d'une banque étrangère doivent être déterminés, sur la base de la comptabilité propre de cette succursale, celle-ci étant une entreprise séparée et distincte, et non une entreprise indépendante/banque américaine constituée sous la forme d'une société (1).

Se référant expressément aux travaux préparatoires ayant présidé à l'adoption de l'article 7 de la convention conclue entre les États-Unis et le Royaume-Uni en 1975 ainsi qu'aux commentaires de la convention Modèle OCDE applicables à cette date, la US Court of Federal Claims a jugé qu'en aucune manière l'*Internal Revenue Service* ne pouvait ajuster les comptes d'une succursale américaine pour tenir compte d'apports en capital « hypothétiques » motivés par des exigences bancaires non applicables aux succursales. Cette solution adoptée, certes, aux États-Unis, paraît a priori transposable en droit fiscal international et semble notamment être confortée par la jurisprudence du Conseil d'État (2.)

1. Détermination des bénéfices applicables à une succursale américaine d'une banque britannique sur la base de ses écritures comptables

1.1 Incompatibilité fondamentale des dispositions de droit interne américain limitant la déductibilité des intérêts par une succursale américaine avec la théorie de l'entreprise distincte

On rappellera que la banque britannique National Westminster Bank, PLC (« NatWest ») avait engagé une action en remboursement des impôts versés au titre des exercices 1981-1987 au motif que l'article 1.882-5 du règlement de l'*Internal Revenue Service*, prévoyant une méthode forfaitaire pour déterminer les frais d'intérêts

déductibles au niveau de ses succursales américaines, était incompatible avec les dispositions relatives à la notion d'« entreprise distincte » de l'article 7 de la convention fiscale conclue en date du 31 décembre 1975, en matière d'impôt sur le revenu, entre les États-Unis et le Royaume-Uni, lesquelles dispositions devaient prévaloir (la convention signée le 24 juillet 2001 entre les États-Unis et le Royaume-Uni n'était donc pas en cause dans cette affaire).

Au cours des exercices considérés, la société NatWest exerçait des activités bancaires, financières (et autres activités associées) aux États-Unis, notamment par l'intermédiaire de six succursales, lesquelles avaient plus particulièrement pour objet de répondre aux attentes/besoins de sociétés multinationales.

Les succursales américaines avaient emprunté des fonds auprès du siège de la banque, localisé au Royaume-Uni, et avaient, par la suite, effectivement reprêté ces fonds (i) à d'autres succursales de NatWest ainsi que (ii) à leurs propres clients. En pratique, les succursales américaines avaient enregistré des produits d'intérêts et frais d'intérêts sur toutes les opérations intrasociétés comme si chaque succursale était une entité distincte et déclarait les déductions d'intérêts et de frais d'intérêts correspondants pour les besoins de son imposition aux États-Unis.

En 1999, la cour avait déjà tranché en faveur du contribuable, en concluant que l'article 1.882-5 du règlement du Trésor américain était fondamentalement incompatible avec la convention conclue, en 1975, entre les États-Unis et le Royaume-Uni en ce qui concerne la détermination des bénéfices d'une banque britannique imputables à ses succursales américaines, i.e. en ce que ces dispositions étaient appliquées à une banque étrangère exerçant des activités aux États-Unis par l'intermédiaire d'une succursale.

En effet, cette méthode de détermination des intérêts déductibles des succursales américaines, prévue par le règlement du Trésor américain, faisait abstraction de la charge d'intérêts effective de ces succursales telle qu'enregistrée dans les comptes de celles-ci et fixait le montant de la déduction en allouant à la succursale une fraction de la charge d'intérêts globale de la banque étrangère (britannique dans ce cas particulier).

En conséquence, selon la cour, il convenait, aux fins de déterminer les bénéfices imposables respectifs des succursales américaines de la banque NatWest, de considérer celles-ci comme des entités indépendantes et distinctes traitant, sans lien de dépendance, avec d'autres unités de NatWest.

En pratique, la banque National Westminster a donc été expressément autorisée par la US Court of Federal Claims à déduire des charges d'intérêts afférents à des prêts intra-sociétés, réduisant ainsi de manière sensible sa base d'imposition aux États-Unis, et partant sa charge fiscale.

Cependant, l'arrêt *National Westminster Bank PLC v. United States* (rendu en 1999) n'avait toutefois apporté aucune précision quant à la manière dont il convenait de calculer cette déduction des frais d'intérêts sur les prêts intra-sociétés et tout particulièrement sur le point de savoir si l'administration fiscale américaine était autorisée

² National Westminster Bank PLC v. United States, 44 Fed. Cl. 120 (1999) (« NatWest I »).

³ National Westminster Bank, PLC v. United States, 2003 U. S. Claims LEXIS 332 (2003) (« NatWest II »).

à calculer le résultat imposable d'une succursale après avoir reconstruit de manière hypothétique le capital de cette dernière, notamment sur la base du respect des ratios réglementaires imposés aux banques locales.

1.2 *Le principe de l'entreprise séparée et distincte ou la détermination des intérêts déductibles au niveau d'une succursale américaine calquée sur la comptabilité propre de celle-ci*

À la suite de la décision de 1999, la banque NatWest a introduit une requête partielle en référé sur le mode de calcul des frais d'intérêts déductibles de ses succursales américaines en vertu de la convention signée en 1975 entre les États-Unis et le Royaume-Uni. En effet, dès lors que les dispositions de l'article 1.882-5 du règlement du Trésor ne pouvaient être utilisées pour déterminer le montant des intérêts déductibles par les succursales américaines de banques anglaises, demeurait en suspens la question de savoir quelle méthode de calcul des intérêts déductibles devait prévaloir.

Sur la base des arguments évoqués ci-après, la cour a conclu, dans l'arrêt *National Westminster Bank, PLC v. United States*, en date du 14 novembre 2003, que la convention signée en 1975 entre le Royaume-Uni et les États-Unis impose de déterminer les bénéfices imposables de chaque succursale en se fondant sur la comptabilité distincte de la succursale comme si cette dernière était une entité « séparée et distincte » de son siège.

1.2.1 *Thèses en présence*

En se fondant sur cette expression « séparée et distincte », l'administration fiscale américaine soutenait que, de manière générale, chacune des succursales américaines de la banque Natwest devait être considérée individuellement comme une banque constituée de manière indépendante et que les comptes de chaque succursale américaine devaient être ajustés pour tenir compte du capital supplémentaire que chaque succursale détiendrait vraisemblablement si elle était une banque américaine constituée de manière indépendante. Pour déterminer le montant de ce capital supplémentaire, l'IRS proposait de retenir un « critère sociétaire » hypothétique, fondé tant sur les exigences générales bancaires que sur celles du marché, la déduction des intérêts payés sur le montant requalifié en capital supplémentaire n'étant dès lors pas autorisée.

À l'inverse, la banque NatWest estimait que l'expression « séparée et distincte » employée dans la convention suppose une prise en compte réaliste des bénéfices imposables de la succursale en tant qu'entité distincte du siège. La détermination des bénéfices imposables et des déductions de la succursale devait, selon le contribuable, être effectuée à partir de la comptabilité distincte régulièrement tenue de la succursale. Par conséquent, selon la banque Natwest, il n'était pas nécessaire de recourir à un « critère sociétaire » hypothétique pour déterminer le sens de l'expression « séparée et distincte » de l'article 7 de la convention conclue entre les États-Unis et le Royaume-Uni. Dès lors, l'IRS ne pouvait pas être autorisée à imposer à la succursale un ratio de capital qui ne repose pas sur la réalité de la situation effective de la succursale telle que présentée dans sa comptabilité distincte.

1.2.2 *La notion d'entreprise séparée et distincte ou une notion précisée*

Ainsi, repartant du texte même de l'article 7 de la convention signée entre les États-Unis et le Royaume-Uni, la US Court Federal Claims s'est interrogée sur l'acception même de l'expression « entité séparée et distincte ».

En effet, l'article 7 § 2 de la convention susvisée stipule, à l'instar de la clause classique figurant à l'article 7 de la convention Modèle OCDE, que les bénéfices imposables à un établissement stable « sont les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise [séparée et] distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues [...] traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable ».

En outre, selon la cour, « bien que les parties aient convenu que le point de départ pour la détermination des bénéfices de la succursale en tant qu'entité [séparée et] distincte » était constitué par la comptabilité distincte de la succursale, elles n'ont pu s'accorder sur le point de savoir dans quelle mesure cette convention signée en 1975 entre les États-Unis et le Royaume-Uni autoriserait l'administration fiscale à ajuster les comptes de la succursale.

Tranchant une nouvelle fois en faveur du contribuable, la cour a jugé que, pour le calcul des frais d'intérêts déductibles d'une succursale américaine, l'*Internal Revenue Service* devait, en vertu de la convention fiscale de 1975 entre les États-Unis et le Royaume-Uni en matière d'impôt sur le revenu, se fonder sur la comptabilité distincte régulièrement tenue de la succursale américaine pour déterminer chaque élément ayant un impact sur les bénéfices de la succursale américaine.

Dans la mesure où la succursale américaine devait être considérée comme une partie séparée et distincte de la société mère (par opposition à une banque américaine constituée de manière indépendante sous la forme d'une société), l'*Internal Revenue Service* n'était pas autorisé à ajuster les comptes si ce n'est pour s'assurer que les opérations entre la succursale et les autres parties de la banque étrangère étaient correctement identifiées et qualifiées d'un point de vue fiscal. À l'évidence, selon la cour, l'expression « séparée et distincte » ne signifie pas « indépendante constituée sous la forme d'une société », mais « séparée et distincte du reste de la banque à laquelle la succursale appartient ».

2. *Interdiction d'imposer la succursale d'une banque étrangère sur la base d'un montant de capital fictif*

2.1 *Absence de conformité de l'interprétation adoptée par l'administration américaine avec l'intention des parties à la convention*

Aux fins de préciser et de sécuriser au mieux son interprétation de la notion d'entreprise séparée et distincte, la US Court of Federal Claims a entendu se référer aux principes jurisprudentiels suivants :

- l'interprétation d'un traité a pour finalité de « donner aux termes spécifiques de ce traité une signification logique

conforme aux attentes partagées et authentiques des parties contractantes »⁴;

– la cour doit prendre en considération de telles attentes et non pas seulement celles de l'administration américaine⁵;

– l'interprétation de l'administration fiscale américaine n'est pas décisive et ne doit pas être retenue par la cour si elle n'est pas appuyée par les termes mêmes du traité ou l'intention des parties contractantes.

C'est donc en parfaite conformité avec ces solutions que la US Court of Federal Claims s'est référée (i) à l'histoire législative de la convention conclue entre les États-Unis et le Royaume-Uni (et notamment aux rapports émanant du département du Trésor et du Sénat ayant présidé à la ratification de cette convention) ainsi que (ii) aux commentaires de la convention Modèle OCDE pris en tant que guide d'interprétation des traités rédigés sur la base de la convention Modèle.

(i) Ainsi, se fondant sur la rédaction claire et l'origine législative de l'article 7 de la convention, la cour a conclu qu'aucun élément dans la convention n'autorisait l'administration fiscale américaine à imposer des exigences de capital à une succursale qui soient identiques à celles imposées à des banques constituées de manière indépendante. Elle a estimé que l'expression « séparée et distincte » de l'article 7 signifie simplement que la succursale devait être traitée comme étant séparée et distincte du reste de la banque dont elle faisait partie, sans pour autant être traitée comme si elle était une banque américaine constituée de manière indépendante.

Selon cette approche, « l'article 7 de la convention autorise simplement l'administration fiscale à ajuster les comptes de la succursale pour s'assurer que les opérations entre la succursale et les autres parties de la banque étrangère sont correctement identifiées et qualifiées d'un point de vue fiscal ».

En effet, si l'article 7 de la convention semble admettre les ajustements des comptes d'une succursale aux fins de s'assurer que les intérêts versés entre les succursales et les autres parties de la banque reflètent le principe de pleine concurrence, aucun élément de cet article ou de ses travaux préparatoires n'autorise des ajustements destinés à refléter des apports fictifs en capital sur la base d'une réglementation non applicable aux succursales.

En souhaitant ajuster les comptes d'une succursale pour y inclure, aux fins d'imposition, un montant de capital additionnel, l'administration fiscale américaine dépasse les exigences/stipulations du traité; cette lecture de l'article 7 ne reflétant pas l'intention des parties contractantes.

(ii) S'appuyant sur le modèle de convention fiscale de l'OCDE de 1977 et le commentaire correspondant sur l'article 7 concernant l'imposition des bénéfices des entreprises, la cour a notamment fait observer que lesdits commentaires soutiennent la proposition selon laquelle des ajustements ne devraient être apportés aux comptes que pour refléter la réalité des opérations de la succursale avec le siège, plutôt que de recourir à des chiffres hypothétiques.

Ainsi, selon ces commentaires, « de manière générale les bénéficiaires à imputer à un établissement stable doivent être déterminés par référence à la comptabilité de l'établissement stable si celle-ci reflète réellement la situation », toute référence à des ajustements hypothétiques de la comptabilité de la succursale (en vue de déterminer son bénéfice imposable) devant, par hypothèse, être écartée.

La cour a, en conséquence, conclu que, « à défaut de preuve que la position de l'administration fiscale ait été reconnue par les signataires de la convention, la cour n'est pas fondée à autoriser l'administration fiscale à attribuer un capital « hypothétique » à une succursale apporté par le siège en se fondant sur les exigences réglementaires et de capital qui seraient applicables à des banques constituées de manière indépendante ». Ainsi, ce n'est que dans l'hypothèse où les capitaux apportés à la succursale n'auraient pas été correctement inscrits dans les comptes de la succursale en tant que « capital » que l'IRS pourrait, le cas échéant, attribuer des capitaux supplémentaires à une succursale américaine.

Enfin, il convient de noter que c'est à juste titre que la US Court of Federal Claims s'est référée aux travaux préparatoires ainsi qu'aux commentaires de la convention en vigueur à la date même où la convention a été signée (et suivant lesquels aucune allocation fictive en capital ne devait être imposée aux succursales), et a refusé de prendre en compte les commentaires OCDE ultérieurs dans la mesure où, de manière générale, une convention a vocation à s'appliquer dans l'état du droit sous l'empire duquel elle a été signée.

Ainsi, c'est de manière non équivoque que la US Court of Federal Claims a rejeté les tentatives du gouvernement américain consistant à étendre le champ d'application de l'article 7 de la convention conclue en 1975 entre les États-Unis et le Royaume-Uni sur la base tant du rapport OCDE 1984 sur l'imposition des banques à dimension multinationale que sur la base des deux projets de rapport de 2001 et 2003 relatifs à l'attribution des bénéfices aux établissements stables, bancaires ou non.

En effet, la cour a précisément écarté pour défaut de pertinence les arguments du gouvernement américain fondés sur le projet de rapport de 2001 au motif que (i) « les commentaires ultérieurs, faits plusieurs années après [la signature de la convention], ne reflètent pas l'intention [des parties] au moment de la ratification [de cette convention] » et que (ii), en outre, « le projet de rapport de 2001 reconnaît expressément que les propositions énoncées dans le projet de discussion ne peuvent pas refléter l'intention initiale, la pratique historique et l'interprétation afférente à l'Article 7 [de la convention Modèle OCDE] ».

Sur la base de ces éléments, la US Court of Federal Claims a considéré que ce projet de rapport datant de 2001 n'était d'aucune utilité pour apprécier le véritable champ d'application de la convention signée en 1975 entre les États-Unis et le Royaume-Uni, n'apportant aucune précision sur les attentes partagées et authentiques des parties contractantes.

4 Maximov v. United States, 299 F 2d 565, 568 (2d Cir. 1962).

5 North West Life Assurance Co. of Canada v. Commissioner, 107 T.C 363.379-80 (1996).

À ce stade, on relèvera que la cour a rejeté, dans les mêmes termes, toute référence par le gouvernement américain au projet de rapport en 2003, celui-ci n'étant qu'une version révisée (intégrant simplement les commentaires reçus) du projet de 2001.

En d'autres termes, selon la cour, la convention conclue en 1975 entre les États-Unis et le Royaume-Uni n'a vocation à s'appliquer qu'à l'aune des commentaires de la convention Modèle OCDE en vigueur à cette époque, et non à l'aune des commentaires postérieurs, lesquels ne peuvent en aucune manière rétroagir.

2.2 Incidences sur l'acceptabilité des redressements pratiqués par l'administration fiscale française

Étant admis que l'article sur les bénéficiaires des entreprises des conventions fiscales signées entre les États-Unis et la plupart des grands pays de l'OCDE en matière d'impôt sur le revenu sont analogues aux dispositions considérées par la US Court of Federal Claims, ce second arrêt rendu en date du 14 novembre 2003 est susceptible de s'appliquer à un grand nombre de situations, et notamment aux succursales américaines de banques étrangères résidentes d'autres pays signataires de conventions. En outre, tant les arguments présentés par l'IRS que la formulation générale de l'opinion de la cour portent à croire que les conclusions de cet arrêt pourraient également s'appliquer à des établissements non américains de banques françaises ou étrangères.

Dans la mesure où cette solution, rendue outre-Atlantique, tranche de manière générale une problématique bien connue en droit fiscal international (à savoir la déductibilité des intérêts supportés par une succursale bancaire locale), il n'est pas inintéressant, au vu de cette décision, de mesurer l'acceptabilité des redressements fiscaux auxquels sont confrontées les succursales de banques étrangères et qui se trouvent être motivés par une prétendue sous-capitalisation de ces succursales.

En effet, dès lors que précisément l'arrêt *National Westminster Bank, PLC v. United States* du 14 novembre 2003 considère, en se référant notamment aux commentaires de la convention Modèle OCDE, que l'article 7 de la convention conclue entre les États-Unis et le Royaume-Uni n'autorise pas un ajustement des comptes des succursales américaines pour tenir compte d'apports en capital « hypothétiques » sur le fondement d'exigences bancaires non applicables aux succursales, cette décision apparaît parfaitement transposable en droit fiscal international et notamment en droit fiscal français, l'administration fiscale française fondant, on le sait, ses propres redressements sur la théorie de l'entreprise distincte énoncée à l'article 7 de la convention Modèle OCDE.

Or, à l'évidence, si l'on se réfère au texte même de l'article 7 de la convention Modèle OCDE, repris dans la majorité des conventions destinées à éliminer les doubles impositions conclues par les pays de l'OCDE, aucune disposition de cet article n'autorise expressément les administrations fiscales locales (i) à traiter une succursale locale

d'une société étrangère comme une entité indépendante constituée sous la forme d'une société, (ii) à imposer à cette succursale une dotation en fonds propres plus importante et ainsi, à refuser, pour la détermination des résultats imposables de cette succursale, la déductibilité des intérêts correspondants aux sommes qui auraient dû, selon l'administration, être mises gratuitement à la disposition de cette succursale par son siège étranger.

S'agissant plus particulièrement de la situation faite aux succursales françaises de banques étrangères, la solution adoptée par la US Court of Federal Claims, probablement transposable au contexte français compte tenu de l'identité des termes des conventions conclues par la France, semble en outre d'ores et déjà confortée par certains points de l'arrêt « SA Andritz »⁶ rendu par le Conseil d'État en date du 30 décembre 2003 à propos de la comptabilité du dispositif français de l'article 212 du Code général des impôts tant avec les conventions fiscales internationales qu'avec le droit communautaire.

2.2.1 Consécration de la non-rétroactivité des commentaires OCDE postérieurs à l'adoption d'une convention

Le Conseil d'État semble avoir clairement tranché par la négative la question de l'éventuelle rétroactivité des commentaires OCDE postérieurs à l'adoption de dispositions conventionnelles, comme l'y avait incité le commissaire du gouvernement Gilles Bachelier dans ses conclusions. En effet, ce dernier avait souligné qu'il est « délicat d'admettre pour un texte demeuré identique que [les] ajouts apportés postérieurement à la signature d'une convention soient également pris en considération ».

Par ailleurs, le commissaire du gouvernement avait, sur ce point, ajouté que « même si dans son principe cela n'est pas tout à fait inconcevable, il faudrait à tout le moins que cet ajout, ou selon la formule consacrée au sein de l'OCDE, « cette interprétation ambulatoire » ne conduise pas à une extension du champ d'application de l'article tel qu'il a été entendu initialement lors de son adoption, extension qui serait en réalité décidée par les seules administrations fiscales des États ».

Ainsi, préférant couper court à tout débat, le Conseil d'État a considéré, dans cette affaire, qu'« il n'y a pas lieu, (...), de se référer, pour interpréter les stipulations des articles [de la convention franco-autrichienne en date du 8 octobre 1959] aux commentaires formulés par le comité fiscal de l'OCDE sur l'article 9 § 1 de la convention Modèle établie par cette organisation, dès lors que ces commentaires sont postérieurs à l'adoption des stipulations en cause ».

Dans le cas particulier de l'interprétation de l'article 7 de la convention Modèle OCDE, un contribuable semblerait donc, au vu de cette jurisprudence, en mesure d'arguer que l'exigence d'une dotation minimale imposée aux succursales de banques étrangères par l'administration fiscale française sur le fondement de l'entité distincte constitue une interprétation purement ambulatoire de la convention Modèle OCDE, non prévue initialement par les commentaires en vigueur en 1977 lors de l'adoption de cette convention, et qui

6 Conseil d'État 30 décembre 2003 n° 233894 sect., RJF 3/04 n° 238.

revient, en pratique, à étendre considérablement le champ d'application de l'article 7, et ainsi la base d'imposition des succursales françaises des banques étrangères. Autrement dit, toute référence par l'administration fiscale aux travaux de l'OCDE postérieurs à l'adoption d'une convention donnée (l'on pense par exemple au rapport OCDE 1984 relatif à l'imposition des entreprises bancaires multinationales ainsi qu'aux deux projets de rapport OCDE de 2001 et 2003 respectivement intitulés « Projet de discussion sur l'attribution des profits aux établissements stables » et « Projet de discussion sur l'attribution des profits aux établissements stables : Partie II (Banques) ») devrait, dans le cadre d'un contentieux l'opposant à une succursale française de banque étrangère, se révéler privé d'efficacité et donc de portée pratique.

En conséquence, l'article 7 de la convention Modèle n'ayant ni pour objet ni pour effet d'autoriser l'administration fiscale à réintégrer des charges d'intérêts, sur le fondement d'une dotation en capital fictive, dans la base imposable d'une succursale, il y a tout lieu de penser que cette interprétation, qui reviendrait, pour reprendre l'expression de Laurent Olléon⁷, « à tordre après coup le sens » de l'article 7 tel qu'entendu initialement lors de son adoption, pourrait parfaitement être déjugée par les juridictions administratives, sauf bien entendu à ce que l'administration réussisse à en rapporter la preuve contraire.

2.2.2 Liberté de gestion et principe de non-immixtion de l'administration : deux principes applicables en présence de succursales qualifiées d'indépendantes

Il convient de rappeler que la position, telle qu'elle est actuellement retenue par l'administration fiscale française et revenant in fine à considérer, sur le fondement de l'article 57 du Code général des impôts⁸, comme insuffisamment capitalisées certaines succursales françaises de banques étrangères, est en contradiction avec la doctrine administrative elle-même (doctrine administrative 4 C-521 § 5 du 30 octobre 1997 fondée sur une jurisprudence du Conseil d'État⁹).

En effet, il ressort, en substance, de cette doctrine que, de manière générale, les entreprises sont libres d'adopter, pour les investissements qu'elles envisagent de réaliser, un mode de financement donné et qu'il n'appar-

tient pas à l'administration de se prononcer sur l'opportunité d'un emprunt dès lors que celui-ci a été effectivement contracté dans l'intérêt de la société : « *s'il n'y a lieu de rechercher l'emploi qui a été fait des capitaux empruntés, il ne convient pas de s'immiscer dans la gestion financière de l'entreprise en portant un jugement sur l'opportunité de tel ou tel emprunt dès lors que celui-ci a effectivement été contracté dans un but commercial* ».

Dans la droite lignée de sa jurisprudence ancienne et de la doctrine précitée, le Conseil d'État n'a pas manqué de souligner à l'occasion de l'arrêt « SA Andritz » que « *les dispositions (...) de l'article 57 du Code général des impôts [équivalent de l'article 9 de la convention modèle OCDE] n'ont, pas davantage que les stipulations (...) de la convention franco-autrichienne, 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 de fonds propres* ».

En conséquence, l'administration n'est pas autorisée, en présence de sociétés, à considérer, sur le seul fondement de l'article 57 du Code général des impôts que la seule faculté, ouverte à une société mère, d'opter pour une avance en compte courant au lieu d'un apport en capital, puisse constituer un transfert de bénéfices.

A fortiori, les versements d'intérêts effectués par une succursale française (liés au fait que le siège étranger de cette succursale ait opté/choisi de financer sa succursale française pour partie par le biais d'une dotation en capital et pour partie par des prêts) ne devraient pas être analysés, par l'administration fiscale comme un transfert de bénéfices à l'étranger.

Ainsi, quand bien même la théorie de l'entreprise séparée et distincte autoriserait, abstraction faite de la jurisprudence rendue par la US Court of Federal Claims, l'administration fiscale française à traiter une succursale localisée sur son territoire comme une filiale indépendante, l'administration fiscale ne serait pas pour autant en mesure d'imposer à cette succursale, par hypothèse financée par son siège, une dotation minimale en capital, dès lors qu'elle n'est pas en droit, au vu de la jurisprudence et de la doctrine, d'exiger d'une filiale une structure de passif déterminée, à tout le moins lorsque celle-ci fait l'objet d'un financement par sa société mère. ■

⁷ « Article 212 du CGI, suite et fin », Laurent Olléon, RJF n° 2, p. 83.

⁸ L'article 57 du Code général des impôts disposant que « pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance [...] d'entreprises situées hors de France, les bénéfices indi-

rectement 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 ».

⁹ Conseil d'État, 20 décembre 1963 n° 52308, Rec. p. 659.