



Commentaire de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon du 16 mai 2002 dans l'affaire SA SAG

Les sociétés filiales créées, dans un Etat membre, par un ressortissant d'un autre Etat membre ne sauraient faire l'objet d'un traitement fiscal différent de celui applicable aux sociétés qui, ne présentant pas de différence objective avec les premières, ont été créées par un ressortissant du même Etat membre : que dès lors, les dispositions de l'article 212 du Code général des impôts doivent être écartées comme contraires au Traité de Rome, en ce qu'elles ont pour effet d'exclure le bénéfice de l'entière déduction des intérêts versés par une société française à sa société mère au seul motif que cette dernière a son siège social sur le territoire d'un autre Etat membre.

CAA Lyon 16 mai 2002 n° 01LY00832, 2^e ch.,
ministre c/SARL SAG.

I Contexte

L'article 39-1-3° du Code général des impôts pose le principe de la déductibilité des intérêts de comptes courants d'associés sous réserve que le taux des intérêts servis ne soit pas excessif et que le capital de la filiale soit entièrement libéré.

Une exception à ce principe est prévue par l'article 212 du CGI qui limite la déductibilité des intérêts versés par une société aux associés la dirigeant en droit ou en fait ou détenant plus de 50 % de ses droits financiers ou de ses droits de vote. En effet, au terme de cet article, seules sont déductibles les « *sommes n'excédant pas, pour l'ensemble desdits associés ou actionnaires, une fois et demie le montant du capital social* ». Cette limite n'est toutefois pas applicable aux intérêts versés à un associé revêtant la qualité de « société mère » au sens du Code général des impôts¹.

Or cette qualité de société mère est réservée, au sens de l'article 145 du CGI, aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, c'est-à-dire, selon l'administration, exclusivement aux sociétés françaises (ainsi qu'aux établissements stables, imposés en France, de sociétés étrangères²). L'administration française justifie cette limitation par la lutte contre les pratiques de sous-capitalisation des filiales auxquelles auraient recours les sociétés étrangères pour tenter d'éluider l'impôt sur les bénéfices en prélevant sur leurs filiales des intérêts déductibles plutôt que des dividendes imposables³.

L'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon en date du 16 mai 2002 est particulièrement intéressant

dans la mesure où il intervient à un moment où trois autres décisions dans des espèces similaires sont attendues : d'une part, la décision du Conseil d'Etat sur la question de l'incompatibilité de l'article 212 du CGI avec les dispositions de la convention franco-autrichienne⁴; et d'autre part, deux affaires, pendantes devant la Cour de justice des Communautés européennes. Il s'agit dans la première affaire de déterminer si l'interdiction de déduire les frais financiers liés à l'acquisition, par des sociétés néerlandaises, de participations dans des sociétés établies au sein de l'Union européenne n'est pas discriminatoire sachant que la déductibilité est admise dans le cadre de l'acquisition de participations dans des sociétés néerlandaises⁵. La deuxième affaire concerne la question de la compatibilité, avec le droit communautaire, de la législation allemande en matière de sous-capitalisation, qui a pour effet de refuser la déductibilité des intérêts versés à des sociétés mères étrangères⁶. Dans ces deux affaires, les avocats généraux Mischo et Alber ont conclu à l'incompatibilité avec le traité CE des dispositions nationales limitant la déductibilité de frais encourus par leurs ressortissants à l'occasion d'opérations transfrontalières.

II Décision

En l'espèce, la SARL française « Société d'aménagement touristique et sportif de Germigny » (SARL SAG), dont 75 % du capital était détenu par la société allemande Instag AG, avait déduit de ses résultats la totalité des intérêts versés à cette dernière en rémunération de prêts qu'elle lui avait consentis.

L'administration, quant à elle, avait réintégré dans les bénéfices imposables de la SARL SAG la fraction des intérêts correspondant à la partie des sommes prêtées excédant une fois et demie le montant de son capital social, estimant que la société allemande n'avait pas la qualité de société mère au sens de l'article 145 du CGI.

Le tribunal administratif de Grenoble, par un jugement du 14 décembre 2000, a accueilli favorablement les prétentions de la société SAG en jugeant l'article 212 du CGI contraire aux dispositions du Traité de Rome relatives à la liberté d'établissement. Ce jugement a été confirmé par l'arrêt précité de la cour administrative d'appel de Lyon, qui a décidé que « *les dispositions de l'article 212 du Code général des impôts doivent être écartées comme contraires au Traité de Rome, en ce qu'elles ont pour effet d'exclure le*

bénéfice de l'entière déduction des intérêts versés par une société française à sa société mère au seul motif que cette dernière a son siège social sur le territoire d'un autre Etat membre ». Cet arrêt novateur, puisque c'est la première fois à notre connaissance qu'une cour administrative d'appel se prononce sur la compatibilité de l'article 212 du CGI avec le droit communautaire⁷, retiendra notre attention à deux égards.

Il est intéressant de noter, en premier lieu, que la CAA de Lyon n'a pas suivi les conclusions de son commissaire du gouvernement.

Rappelant qu'une discrimination ne peut résulter que de l'application de règles différentes à des situations comparables, le commissaire du gouvernement rejette, rejoignant en cela la position de l'administration, la nature discriminatoire de l'article 212-1°-b en affirmant que les sociétés mères dont le siège se trouve dans un autre Etat membre et qui possèdent une participation dans une société française ne sont pas placées au regard du concept de résidence fiscale et d'assujettissement à l'impôt dans la même situation qu'une société mère française détenant une participation dans une autre société française.

Selon lui, admettre la déductibilité intégrale des intérêts servis par une filiale française à sa société mère étrangère reviendrait à créer une rupture d'égalité entre les sociétés mères, selon qu'elles ont leur siège social en France ou à l'étranger, les premières étant seules imposées à l'impôt sur les sociétés sur les intérêts servis par leurs filiales. Toujours selon lui, cette solution aurait pour conséquence d'inciter les sociétés mères étrangères à « multiplier le recours à ce mécanisme, plutôt qu'à celui de l'augmentation de capital, afin de substituer aux versements de dividendes, lesquels sont quant à eux imposés quelle que soit l'implantation géographique de leurs bénéficiaires, le versement de simples intérêts, non imposables ». Cette dernière phrase serait aujourd'hui contestable puisque précisément dans ce cas de figure, les dividendes ne sont pas imposables. En effet l'article 119 ter du CGI prévoit une exonération de retenue à la source lorsque les distributions sont faites au profit d'un associé personne morale résident d'un Etat membre sous réserve de certaines conditions (notamment une participation minimale de 25 %). Il paraît vraisemblable que le commissaire du gouvernement ait voulu dire que les sociétés mères seraient incitées à substituer au versement de dividendes, qui sont des emplois de bénéfice après impôt, le versement d'intérêts, qui sont des charges intégralement déductibles pour la détermination de l'impôt sur les sociétés.

Ce faisant, le commissaire du gouvernement a laissé une porte ouverte à la cour. En effet, il réserve la possibilité pour la cour d'ordonner une mesure d'instruction visant à déterminer si la société mère étrangère n'est pas, dans l'Etat où se trouve établi son siège social, soumise à un régime d'impôt sur les sociétés différent de celui auquel elle serait assujettie si elle exerçait son activité en France.

La cour, quant à elle, a estimé que la seule circonstance que des sociétés mères soient soumises à des régimes d'imposition différents en fonction des Etats-membres dont elles relèvent ne peut être regardée comme une différence de situation objective entre leurs filiales installées dans le même pays. En conséquence, les dispositions de l'article 212 doivent être écartées comme contraires au Traité de Rome en ce qu'elles ont pour effet

d'interdire aux filiales françaises de sociétés mères étrangères de bénéficier de l'entière déduction des intérêts versés au seul motif que la société mère a son siège social sur le territoire d'un autre Etat membre. En revanche, la différence de traitement fiscal applicable aux intérêts versés à la société mère selon que cette dernière est résidente de France ou résidente d'un autre Etat membre, ne serait pas discriminatoire, et serait par là même justifiée au regard du droit communautaire, s'il était établi que la société mère étrangère n'aurait pas été soumise à l'impôt sur les sociétés français si elle avait été résidente de France.

En second lieu, l'arrêt semble consacrer implicitement la supériorité du droit communautaire sur le droit conventionnel dans la hiérarchie des normes. En effet, les juges se sont fondés sur les seules dispositions communautaires pour écarter l'application de l'article 212 du CGI alors même que les visas de la cour se réfèrent tant à l'article 52 du Traité de Rome qu'aux dispositions conventionnelles applicables. Ce faisant, l'arrêt sous-entend que la conformité des dispositions de droit interne doit d'abord être examinée au regard du droit communautaire, les dispositions conventionnelles revêtant un caractère supplétif dans la seule hypothèse où l'ordre communautaire ne permettrait pas de sanctionner la disposition de droit interne. Cette solution quant à l'articulation entre le droit communautaire et le droit conventionnel ne fait toutefois que reprendre la jurisprudence de la CJCE qui dans l'affaire St Gobain⁸ a répondu par l'affirmative à la question de savoir si les dispositions conventionnelles réservant aux seules sociétés de capitaux allemandes le bénéfice de l'exonération de l'impôt sur les sociétés pour les dividendes reçus de sociétés établies dans des pays tiers n'étaient pas incompatibles avec les dispositions du Traité de Rome relatives à la liberté d'établissement.

III Portée

On ne peut qu'approuver cet arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon, qui se situe dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Cette dernière a d'ailleurs apporté une solution identique à une espèce très voisine⁹. Il s'agissait au cas d'espèce de l'ancien système d'*advance corporation tax* (ACT) au Royaume-Uni. La cour a considéré que le principe de la liberté d'établissement s'oppose à ce que la législation d'un Etat, pour permettre à une société de distribuer des dividendes à sa société mère sans être assujettie au paiement d'un impôt anticipé sur les sociétés, impose comme condition que la société mère réside dans le même Etat. En l'espèce la discrimination ressortait de ce que les filiales résidentes de sociétés ayant leur siège hors du Royaume-Uni ne pouvaient être dispensées de payer l'ACT alors qu'elles auraient pu l'éviter si leur société mère avaient eu leur siège au Royaume-Uni. La cour a écarté les arguments présentés par le Royaume-Uni (risque d'évasion fiscale, perte de recettes, cohérence du système fiscal) pour justifier qu'il y avait entrave injustifiée à la liberté d'établissement.

Si l'arrêt de la CAA de Lyon, contre lequel l'Administration s'est pourvue devant le Conseil d'Etat, était confirmé, le régime fiscal des intérêts versés par une filiale française à sa société mère étrangère serait clarifié.

Pour savoir si les intérêts sont intégralement déduc-

tibles, une première distinction devrait être opérée entre les sociétés mères résidentes d'un Etat membre, et celles qui ne le sont pas.

Dans le premier cas, la filiale aurait le droit de déduire la totalité des intérêts versés à sa société mère puisque la restriction apportée par l'article 212 serait jugée attentatoire au droit communautaire dans l'hypothèse où la société mère étrangère serait soumise à l'IS si elle exerçait son activité en France.

Cette dernière condition ne devrait pas poser de difficultés au juge français qui procédera, comme le préconisait Gilles Bachelier dans ses conclusions sous l'arrêt Andritz, « à une comparaison hypothétique des situations ». Ce raisonnement par équivalence a été récemment appliqué par le conseil d'Etat dans l'arrêt Superseal¹⁰ dans lequel le Conseil avait à dire si la transmission de biens réalisée lors d'une dissolution sans liquidation prévue par la loi ontarienne sur les sociétés constitue une cession génératrice de plus-value au sens de la loi française.

En revanche, une difficulté pourrait survenir dans le cas où la filiale serait résidente d'un Etat membre avec lequel la France aurait signé une convention fiscale contenant une réserve quant à l'application de l'article 212 du CGI¹¹. Il resterait pour le juge à trancher la question de l'articulation entre le droit communautaire et droit conventionnel. Selon la doctrine¹², et conformément à la jurisprudence de la CJCE, le droit communautaire primerait le droit conventionnel, que la convention ait été signée antérieurement¹³ ou postérieurement¹⁴ à la date d'entrée en vigueur du Traité de Rome.

Dans le cas où la société mère ne serait pas résidente d'un Etat membre, tout dépendra de l'arrêt que rendra le Conseil d'Etat dans l'affaire Andritz. Si le Conseil d'Etat suit les conclusions de son commissaire du gouvernement, la limitation de la déductibilité des intérêts ne serait pas applicable s'il s'avérait que la société mère aurait été soumise à l'impôt sur les sociétés si elle avait exercé son activité en France. Cependant la portée de cet arrêt pourrait se révéler moins intéressante que prévu dans la mesure où l'administration française, anticipant le caractère discriminatoire de l'article 212, s'est déjà réservé

la possibilité d'appliquer les dispositions de sa législation interne concernant la déduction des intérêts payés par une société française à une société étrangère dans plus d'une quarantaine de conventions¹⁵.

En substance, la question qui se pose au Conseil d'Etat dans les deux affaires est de savoir si les filiales des sociétés mères dont le siège social est situé à l'étranger et celles dont les sociétés mères ont leur siège social en France sont dans une situation comparable. Dans l'affirmative, la restriction posée à l'article 212-1°-b serait discriminatoire tant sur le fondement du droit conventionnel (sous réserve d'une clause de non-discrimination restrictive ou classique comme dans l'arrêt SAS¹⁶) que du droit communautaire (sous réserve d'être justifiée par des considérations d'intérêt général telles que la cohérence du régime fiscal et la lutte contre l'évasion fiscale¹⁷).

Reste donc à savoir comment le Conseil d'Etat interprétera cette condition de situation comparable. Pour établir une éventuelle discrimination, les juridictions françaises ont rencontré des difficultés pour déterminer quelles situations, quelles entités devaient être comparées. Autrement dit, faut-il comparer la situation fiscale de la filiale¹⁸ ou bien faut-il étudier la situation, de la société mère¹⁹? La CAA de Lyon, ainsi que Gilles Bachelier, dans ses conclusions sous l'arrêt du CE dans l'affaire Andritz, proposent d'examiner si la société mère étrangère serait soumise à l'IS si elle avait exercé son activité en France. Quoi qu'il en soit on peut se demander dans quelle mesure le Conseil d'Etat pourrait rendre une solution différente sur le terrain du droit communautaire et sur celui du droit conventionnel, ou dans quelle mesure la solution de l'une des affaires ne serait pas transposable à l'autre.

En dernier lieu, il convient toutefois de noter que dans l'hypothèse probable où le Conseil d'Etat admettrait l'incompatibilité de l'article 212 du CGI avec le Traité CE, le risque serait grand de voir le législateur étendre le champ d'application de cet article à ses propres ressortissants, pour lui retirer son caractère discriminatoire et pouvoir ainsi continuer à appliquer cette disposition anti sous-capitalisation dans le respect du droit communautaire. ■

1 Article 212-1°-b du CGI.

2 Instruction du 31 juillet 1986, 4 J-1-86.

3 JO Déb. AN 3-12-1990, p. 6318.

4 CE 14 novembre 2001, 8° et 3° sous-sections réunies. Affaire SA Andritz n° 233894; *Banque & Droit* n° 83 juin 2002, commentaire Claire Acard.

5 JOCE C 200/41 du 14.07.2001 « Bosal Holding BV, c/le Staats-secretaris van financiën ».

6 Lankhorst-Horost C-324/00.

7 Un tribunal d'instance s'était déjà prononcé dans ce sens sur le fondement du droit communautaire (TA Strasbourg, 19 juillet 1995, n° 88/1570, « SARL Van Hees France »), mais l'administration n'avait pas interjeté appel et à l'époque des faits l'article 145 du CGI ne visait que les sociétés françaises.

8 CJCE, 21 septembre 1999, Compagnie de Saint-Gobain c/Finanzamt Aachen-Innenstadt, C-307/97, R/JF 12/99, n° 1629.

9 CJCE 8 mars 2001, aff. 397/98 et 410/98, 5° ch. Metallgesellschaft et Hoechst, R/JF 5/01, n° 734.

10 CE 27 mai 2002 n° 125956, Sté Superseal Corporation, R/JF 8-9/02 n° 900.

11 Cas de l'Autriche, l'Italie, et l'Espagne.

12 RTD eur. n° 2, avril-juin 1995, conventions fiscales bilatérales et droit communautaire, Jacques Malherbe.

13 CJCE 27 février 1962, aff.10/61, commission contre Italie, Rec. p.1 : « Le Traité CEE prime, dans les matières qu'il règle, les conventions conclues avant son entrée en vigueur entre les Etats membres ».

14 CJCE 28 janvier 1986, aff. 270/83, commission contre France, Rec. p. 270 : « Les droits découlant pour les bénéficiaires de l'article 52 du Traité sont inconditionnels et un Etat membre ne saurait faire dépendre leur respect du contenu d'une convention conclue avec un autre Etat membre ».

15 Les conventions fiscales conclues avec les pays suivants font expressément référence à l'article 212 du CGI : Afrique du Sud, Argentine, Arménie, Autriche, Bangladesh, Bolivie, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chypre, Congo, Corée, Egypte, Equateur, Espagne, Estonie, Hongrie, Ile Maurice, Islande, Israël, Italie, Jamaïque, Japon, Jordanie, Kazakhstan, Lettonie, Lituanie, Malte, Mexique, Mongolie, Namibie, Nigeria, Norvège, Pakistan, Russie, Suisse, Ukraine, Etats-Unis, Venezuela, Zimbabwe. Les conventions conclues avec le Ghana et la Turquie précisent, quant à elles, que rien n'empêche les Etats contractants d'appliquer les dispositions de leurs législations internes relatives à la sous-capitalisation, sans faire expressément référence à l'article 212 du CGI.

16 CE, 16 février 1990, SAS France, R/JF 4/90, n° 393.

17 Toutefois ces considérations auraient très peu de chance d'aboutir tant la CJCE en a fait une application restrictive. A ce sujet, voir l'article d'Hervé Kruger, l'application du dispositif « anti-sous-capitalisation » de l'article 212 du CGI aux filiales françaises de sociétés étrangères : une position contestable, R/JF 99 n° 44 p. 1353.

18 Analyse suivie par le TA d'Orléans dans l'affaire Andritz, R/JF 8-9/97, n° 775.

19 Analyse suivie par la CAA de Nantes dans l'affaire Andritz, R/JF 7/01, n° 918.