

Chronique *fiscale*



CLAIRE ACARD
Associé
Archibald International

Principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés. Pertes et déficits subis hors de France. Distinction filiale-succursale. Déductibilité d'un abandon de créance consenti à un établissement stable situé à l'étranger. Justification de ces abandons de créance pour favoriser le maintien ou le développement des activités du siège en France.

Il résulte des dispositions des articles 38 et 209 du Code général des impôts que lorsqu'une société dont le siège est en France, exerce dans une succursale à l'étranger, une activité industrielle ou commerciale, il n'y a pas lieu de tenir compte, pour la détermination des bénéfices imposables en France, des variations d'actif net imputables à des événements qui se rattachent à l'activité exercée par cette succursale; qu'en revanche, si la succursale entretient avec le siège des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société, celle-ci peut déduire de ses résultats imposables les pertes, subies ou régulièrement provisionnées, résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de ces relations.

CE 16 mai 2003, *Affaire Société Télécoise*, n° 22295.

Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, prévu par l'article 209-I du Code général des impôts et procédant d'un choix atypique de la France au sein des pays industrialisés, consiste, on le sait, à n'imposer en France que les seuls « *bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France* ». Corrélativement, les pertes et déficits qui se rattachent à une exploitation étrangère, dont les profits échappent à l'impôt français, ne peuvent, en principe, affecter les résultats imposables en France.

Le législateur français a certes prévu des exceptions¹ au principe de territorialité, mais leur champ d'application restreint n'affecte en rien ce qui demeure aujourd'hui, malgré certaines critiques doctrinales, l'un des grands principes français de la fiscalité internationale.

La jurisprudence administrative a quant à elle contribué à éclairer la conception française du principe

de territorialité. Le juge de l'impôt est tout d'abord venu préciser que la notion d'« entreprise exploitée en France » recouvrait l'exercice habituel d'une activité en France, qui peut s'effectuer dans le cadre d'un établissement autonome ou bien, en l'absence d'établissement, par l'intermédiaire de représentants sans personnalité professionnelle indépendante, ou bien encore résulter de la réalisation d'opérations formant un cycle commercial complet.

De façon plus audacieuse, il a ensuite construit, en plusieurs étapes, la théorie des abandons de créance, reconnaissant la déductibilité fiscale des aides apportées par les sociétés françaises à leurs filiales étrangères, et reposant sur l'idée selon laquelle lesdites aides se rattachent à l'exploitation française si elles ont été consenties dans l'intérêt propre de cette dernière.

En revanche, la jurisprudence refusait traditionnellement la déductibilité fiscale des aides consenties par une société française à sa succursale étrangère, estimant que l'insolvabilité de la succursale résulte de son exploitation distincte à l'étranger et que les mouvements de fonds entre le siège et l'établissement ne constituent que des apports ou des prélèvements sans incidence sur le résultat fiscal.

Par l'arrêt *Télécoise* ici commenté, confirmant l'arrêt de la cour administrative de Douai du 4 mai 2000², le Conseil d'État admet la déductibilité fiscale des pertes résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société. Mais la Haute Assemblée réaffirme toutefois que, compte tenu de leurs différences juridiques, les règles applicables aux filiales étrangères ne sont pas exactement transposables aux succursales étrangères.

Tout en s'inscrivant dans le droit fil de la jurisprudence administrative qui procède à une application différenciée du principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés aux filiales et aux succursales étrangères (1), l'arrêt *Télécoise* semble constituer un point d'étape décisif dans la construction d'une véritable théorie des abandons de créance propre aux succursales étrangères (2). L'on pourra par ailleurs s'interroger sur l'application de cette nouvelle jurisprudence, de portée générale, au secteur bancaire, dont le particularisme, d'ores et déjà

¹ L'article 39 octies du CGI prévoit ainsi, afin de favoriser l'implantation à l'étranger des sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés, la possibilité de constituer des provisions destinées à couvrir les charges ou les pertes des premières années. Le régime du bénéfice consolidé, prévu quant à lui à l'article 209 quinquies du CGI, permet à certaines entre-

prises françaises de consolider sur agrément, dans leur base imposable française, les produits et pertes des succursales et filiales détenues au moins à 50 %.

² Cour administrative d'appel de Douai, 4 mai 2000, *Télécoise*, n° 97-912, 2^e Chbre, RJF 11/00, n° 1230.

reconnu en matière de fiscalité internationale, pourrait en faire l'un des domaines d'application privilégiés (3), avant de conclure sur les enjeux de cette décision dans l'ordre international et communautaire (4).

I L'application différenciée du principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés aux filiales et aux succursales étrangères

Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés a historiquement fait l'objet d'une application jurisprudentielle distincte selon que le bénéficiaire de l'aide est une filiale ou une succursale étrangère (1.1). L'arrêt Télécoise ici commenté, tout en maintenant cette distinction, aboutit à une harmonisation, au moins partielle, des deux jurisprudences (1.2).

1.1 La coexistence historique de deux jurisprudences distinctes

1.1.1 L'application aux filiales étrangères de la théorie des abandons de créance

Inspirée directement des règles relatives aux relations entre sociétés mères et filiales françaises, la jurisprudence du Conseil d'État a progressivement appliqué aux filiales étrangères la théorie des abandons de créance en reprenant la distinction classique existant entre les abandons de créance à caractère commercial, dont l'objectif pour la société mère est de maintenir ses débouchés commerciaux, des abandons de créance à caractère financier, dont l'objectif est de sauvegarder le propre renom de la société mère en assurant la pérennité de sa filiale en difficulté.

L'on rappelle que le Conseil d'État reconnaît, dans un contexte purement français, la déductibilité intégrale des abandons de créance à caractère commercial, consentis par une société mère à sa filiale, dès lors qu'ils répondent à l'intérêt propre de la société mère et qu'ils sont proportionnés à son intérêt³. Il reconnaît également la déductibilité des abandons de créance à caractère financier à concurrence, d'une part, de la situation nette négative de la société bénéficiaire de l'abandon, et d'autre part du montant de la situation nette positive après abandon de créance, dans le rapport du capital de la société bénéficiaire de l'abandon détenu par les autres sociétés⁴.

La jurisprudence administrative a dans un premier temps admis la déductibilité des abandons de créance à caractère commercial accordés par une société mère à sa filiale étrangère, selon le même critère de l'intérêt propre de la société mère et de la proportionnalité de l'aide à cet intérêt⁵, avant de reconnaître la déductibilité des abandons de créance à caractère financier, dès lors que l'aide « se rattache à une gestion normale de l'ensemble des intérêts propres de l'entreprise exploitée en France »⁶.

1.1.2 L'application aux succursales étrangères du principe de non-imputation des pertes et déficits subis hors de France

En revanche, la jurisprudence s'opposait traditionnellement à toute prise en compte de pertes de succursales étrangères pour la détermination de l'imposition en France, se fondant sur l'idée selon laquelle ces pertes ne trouvent leur origine que dans l'exploitation distincte de la succursale à l'étranger⁷, et que les mouvements de fonds entre le siège et l'établissement situé à l'étranger ne constituent que des apports ou des prélèvements⁸.

Cette position de la jurisprudence était confirmée par la doctrine administrative qui prévoit, dans une réponse ministérielle en date du 23 septembre 1996⁹, qu'il est impossible de considérer qu'un siège peut avoir une « créance » sur sa succursale, faute pour cette dernière d'être dotée d'une personnalité distincte de celle du siège.

Un arrêt rendu le 2 mars 1988 par le Conseil d'État ouvrait toutefois de nouvelles perspectives aux succursales étrangères et semblait constituer une étape dans l'harmonisation avec la jurisprudence applicable aux filiales étrangères¹⁰. Le Conseil d'État admettait en effet dans cette décision la possibilité de tenir compte de la perte d'avances consenties par une société française à sa succursale allemande, dès lors qu'en mettant les sommes à la disposition de sa succursale, la société a eu pour objectif le développement de ses propres activités en France.

Cette solution favorable restait toutefois une solution isolée dans la jurisprudence du Conseil d'État. L'on peut certes relever qu'un arrêt, rendu le 31 décembre 2001 par la cour administrative d'appel de Paris¹¹, reconnaissait également la déductibilité des pertes subies à l'étranger par une succursale, dès lors qu'elles « se rattachent à une gestion normale de l'ensemble des intérêts propres de l'entreprise exploitée en France ». L'on notera toutefois qu'à la différence de l'arrêt objet du présent commentaire, cette décision reprenait le considérant de principe de l'arrêt Lattès¹² relatif aux filiales étrangères (suivant en cela les conclusions de son Commissaire du Gouvernement aux termes desquelles il n'y a pas lieu d'appliquer de manière différente le principe de territorialité

3 Conseil d'État, 27 juin 1984, n° 35.030, Courtaulds, RJF 8-9/84, n° 937, Concl. Latournerie, DF 22-23/85 c.1063.

4 Conseil d'État, Plénière, 30 avril 1980, n° 16.253, RJF 6/80, n° 467, Concl. Martin-Laprade p. 246.

5 Conseil d'État, Plénière, 27 novembre 1981, n° 16814, RJF 1/82, n° 7, Concl. Verny, p. 9; Conseil d'État, Plénière, 30 mars 1987, n° 52.754, SA Labo-Industrie, RJF 5/87, n° 489, Concl. Martin-Laprade, p. 262.

6 Conseil d'État, 11 février 1994, n° 119.726, SA Ed. Jean-Claude Lattès, RJF 4/94, n° 396, Chron. Goulard p. 207; Concl. Bachelier, DF 94 n° 21-22 p. 911 dans lesquelles le Commissaire du Gouvernement précise que les limitations de déductibilité applicables, dans un contexte purement français, aux abandons de créance à caractère finan-

cier, sont transposables aux aides accordées à une filiale étrangère.

7 Conseil d'État, Plénière, 25 octobre 1972, n° 81.899 et 82.309, DF 1973, n° 22, comm. 843, Concl. Mehl; Conseil d'État, 20 novembre 1974, n° 85.191, RJF 1/75, n° 10.574.

8 Conseil d'État, 14 novembre 1984, Sotradiès, n° 40.368, RJF 1/85, n° 34, concl. Bissara DF 85, Comm. 434.

9 Réponse ministérielle Barbier, AN 23 septembre 1996, p. 5054.

10 Conseil d'État, 2 mars 1988, n° 49054, Sté des ateliers mécaniques pour l'industrie et les industries alimentaires, RJF 1988, n° 407.

11 Cour administrative d'appel de Paris, 31 décembre 2001, Société Lilly France, n° 97PA03652.

12 Cf n° 6.

lité aux filiales et aux succursales étrangères). De ce point de vue, il n'est pas certain que cette solution soit confirmée par le Conseil d'État qui, dans son arrêt Télécoise ici commenté, considère que les règles applicables aux filiales étrangères ne sont pas exactement transposables aux succursales étrangères.

1.2 Vers une harmonisation partielle de l'application du principe de territorialité aux filiales et succursales étrangères

La question qui se posait donc au juge de l'impôt dans l'affaire Télécoise ici commentée était de savoir s'il entendait maintenir une application frontale du principe de territorialité aux succursales, interdisant la prise en compte en France des pertes qu'elles subissent à l'étranger, ou bien au contraire admettre une application plus nuancée permettant, à l'instar des filiales étrangères, une remontée desdites pertes en France.

En l'espèce, la société Télécoise avait pour activité la réalisation, en France et à l'étranger, d'installations électriques et avait créé une succursale en Lybie en vue d'exploiter un important marché local. Afin de se prémunir contre le risque de ne pouvoir récupérer les avances accordées à sa succursale, la société Télécoise avait constitué une provision pour créance douteuse, considérée par l'Administration fiscale comme non déductible.

Le tribunal administratif d'Amiens et la cour administrative d'appel de Douai ont confirmé cette non-déductibilité, non pas en raison du principe de territorialité, mais parce que la société Télécoise ne justifiait pas que l'abandon des avances était conforme à son propre intérêt commercial¹³. Le Conseil d'État a quant à lui rejeté la requête de la société Télécoise dans l'arrêt du 16 mai 2003 objet de la présente étude, mais reconnu la légitimité de principe des abandons de créance à caractère commercial au profit des succursales étrangères, lorsqu'un certain nombre de conditions sont réunies.

Après avoir rappelé qu'il n'y a pas lieu de tenir compte, pour la détermination des bénéficiaires imposables en France, des variations d'actif net imputables à des événements qui se rattachent à l'activité exercée par la succursale étrangère d'une société française, le Conseil d'État admet en effet que « *si la succursale entretient avec le siège des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société, celle-ci peut déduire de ses résultats imposables les pertes, subies ou régulièrement provisionnées, résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de ces relations* ».

Toutefois, au cas d'espèce, la Haute juridiction considère que la société requérante ne justifiait pas que les avances accordées auraient eu pour objectif et contrepartie le développement d'une activité en France.

L'arrêt Télécoise tend donc à l'harmonisation des jurisprudences applicables aux succursales étrangères et aux filiales étrangères dans la mesure où elles permettent toutes les deux de déduire en France les aides accordées à l'étranger. Cette harmonisation n'est toutefois que par-

tielle. Ainsi, alors que la jurisprudence relative aux filiales reconnaît la déductibilité des aides accordées dans le cadre de relations tant commerciales que financières, la théorie des abandons de créance propre aux succursales étrangères, telle qu'elle est construite par le présent arrêt du Conseil d'État, n'admet que la seule déductibilité des aides s'inscrivant dans le cadre de relations commerciales.

II La construction d'une théorie des abandons de créance propre aux succursales étrangères

Aux termes de l'arrêt commenté, la situation spécifique des succursales par rapport à celle des filiales justifie la construction d'une théorie des abandons de créance propre aux succursales étrangères (2.1), dont il paraît ici utile d'exposer les critères (2.2).

2.1 La justification d'une jurisprudence propre aux succursales étrangères

2.1.1 L'absence de personnalité morale des succursales

L'absence de personnalité morale, et son corollaire le principe d'unicité juridique du siège et de sa succursale, justifient, selon la doctrine administrative¹⁴, l'impossibilité pour le siège de posséder une créance sur sa succursale, et par suite, de constater une perte déductible relative à cette créance.

Cependant, cette position n'est pas satisfaisante à un double titre : d'une part, ce raisonnement, d'essence juridique, paraît occulter l'existence d'une véritable personnalité fiscale des succursales, entités disposant d'un bilan et d'un compte de résultat distincts de ceux du siège ; d'autre part, comme le relève à juste titre le Commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, il est paradoxal d'invoquer le principe d'unité juridique pour refuser la possibilité, pour le siège, d'avoir une créance sur sa succursale, après avoir écarté ce même principe pour retenir la conception territoriale de l'impôt sur les sociétés.

Dès lors, la position retenue par le Conseil d'État, qui se fonde autant sur la personnalité fiscale propre des succursales, pour admettre l'existence d'une créance entre le siège et sa succursale, que sur la personnalité juridique unique du siège et de sa succursale, pour refuser la transposition pure et simple des règles applicables aux filiales, nous semble constituer une solution nuancée dans la prise en compte du particularisme des succursales.

2.1.2 L'appréciation spécifique de l'intérêt du siège de venir en aide à sa succursale

L'intérêt pour un siège de venir en aide à sa succursale étrangère ne s'apprécie pas de la même façon que celui d'une société mère envers sa filiale étrangère.

L'on sait en effet que la jurisprudence reconnaît aux

13 Cf n° 2.

14 Cf n° 9.

sociétés mères un intérêt à venir en aide à ses filiales étrangères, tant commercial afin de maintenir ses débouchés, que financier afin de sauvegarder son propre renom. L'on sait également que les aides à caractère financier sont déductibles pour la partie correspondant à un comblement de passif, mais non celle s'assimilant à une augmentation de valeur de la participation.

Toutefois, l'absence de lien capitalistique entre un siège et sa succursale et les conséquences fiscales de cette absence impliquent nécessairement une appréciation différente de l'intérêt du siège à venir en aide à sa succursale étrangère. Le Commissaire du Gouvernement, dans ses conclusions, explicite en ces termes cette appréciation particulière de l'intérêt du siège : « *Le siège n'a pas, à la différence de la société mère, au-delà de l'intérêt qu'il poursuit en aidant son établissement en vue de maintenir ou développer l'activité de son exploitation française, un intérêt propre, correspondant à un enrichissement possible et taxable en France, à maintenir son établissement étranger, dont il attend seulement des bénéfices locaux qui remonteront sans impôt en France, aussi rien ne permet de rattacher le comblement du passif de cet établissement en tant que tel, à un intérêt propre du siège.* »

2.2 Les critères de la jurisprudence propre aux succursales étrangères

2.2.1 Le maintien ou le développement des activités du siège en France

Le Conseil d'État, dans l'arrêt ici commenté, considère que «... si la succursale entretient avec le siège des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société, celle-ci peut déduire de ses résultats imposables les pertes, subies ou régulièrement provisionnées, résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de ces relations ». Cette solution procède d'une simple application du principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés, dans la mesure où elle vise, de façon subtile mais certaine, le critère du rattachement à l'exploitation française prévu à l'article 209 du Code général des impôts.

Le premier enseignement que l'on peut tirer de ce considérant de principe est que la nouvelle jurisprudence ne s'applique qu'aux aides à caractère commercial. Cette limitation du champ d'application de la nouvelle jurisprudence tend à démontrer que le Conseil d'État a été sensible à l'argumentation de son Commissaire du Gouvernement aux termes de laquelle l'absence de lien capitalistique entre le siège et sa succursale interdit la reconnaissance d'un intérêt financier du siège à lui venir en aide.

Il reste à savoir désormais sous quelles hypothèses pratiques un siège français pourra déduire les abandons de créance qu'il accorde à ses succursales étrangères.

L'hypothèse qui semble être classiquement visée par le considérant de principe est celle d'une aide accordée par un siège français à une de ses succursales de distribution basée à l'étranger. En effet, l'on visualise alors clairement la nature des relations, commerciales, existant entre le siège producteur de biens et sa succursale locale chargée d'assurer la distribution de ces mêmes biens. Tel était d'ailleurs le cas

d'espèce dont avait eu à juger le Conseil d'État dans sa décision du 2 mars 1988¹⁵, qui considérait que le fait pour une entreprise française de fabrication de matériel, de financer sa succursale de commercialisation en Allemagne s'inscrit dans une perspective de développement de son activité française, dès lors que l'existence de ladite succursale permet d'assurer la pérennité des débouchés français en Allemagne et que la créance n'a été consentie que pour faciliter la commercialisation de produits français dans ce pays.

Plus généralement, des aides peuvent être considérées comme apportées dans le cadre de relations commerciales, à chaque fois que ces relations ont un impact sur l'activité de l'exploitation française et sur la réalisation de produits imposables en France. Dans l'affaire Télécoise, la cour administrative d'appel de Douai avait ainsi relevé à juste titre qu'aucun document ne justifiait que la croissance du chiffre d'affaires de la société française résultait, directement ou indirectement, des activités de la succursale étrangère.

En contrepoint, le Commissaire du Gouvernement Mitjaville vise deux situations dans lesquelles ces relations resteraient sans effet sur l'exploitation française et son résultat imposable.

Il s'agit d'une part, de « *la recherche de marchés extérieurs qui permettront de maintenir la capacité de production de l'entreprise et l'effectif de ses salariés, quand les affaires sont réduites en France* ». Dans cette situation, la solution dépend toutefois, à notre sens, de la localisation de la capacité de production et des salariés. Si la localisation de tels éléments à l'étranger n'a en effet aucun impact sur l'exploitation française, leur localisation en France est bien susceptible de générer bien des résultats imposables en France.

Il s'agit d'autre part de la réalisation « *d'économies d'échelle dans l'achat de fournitures grâce à des achats groupés pour le compte de succursales étrangères, et la compétitivité des prix qui en résulterait* ». Cette solution nous paraît davantage prêter à discussion dans la mesure où, quelle que soit la structuration juridique retenue pour procéder à de tels achats, la société française percevra, ou devrait percevoir, un profit taxable. En effet, en tant qu'acheteur-revendeur, la société française devrait être imposée en France sur la marge réalisée sur la vente à sa succursale. En tant que simple agent mettant les parties en contact et négociant les tarifs, la société française devrait en principe être taxée sur la « commission » réputée rémunérer ce service. Dès lors, il nous semble que, sous réserve du respect d'une certaine proportionnalité entre le profit réalisé par l'entreprise française et le montant de la perte qu'elle entend déduire, une telle situation s'inscrit bien dans le cadre de relations commerciales permettant d'admettre la déductibilité des aides consenties par le siège.

2.2.2 L'appréciation temporelle de ces critères par le juge de l'impôt

Il ressort des conclusions du Commissaire du Gouvernement que l'appréciation du respect des critères ci-dessus doit porter sur l'objectif poursuivi par le siège à la date à laquelle les avances ont été consenties. L'affaire Télécoise objet du présent commentaire illustre parfaite-

15 Cf n° 10.

ment cette appréciation. En effet, la Cour administrative d'appel de Douai, confirmée par l'arrêt du Conseil d'État, justifie la non-déductibilité des abandons de créance par l'absence de démonstration que les avances elles-mêmes avaient eu pour objectif et contrepartie le développement d'une activité en France.

Le Commissaire du Gouvernement précise qu'un tel raisonnement est déjà retenu par le Conseil d'État pour apprécier l'acte anormal de gestion. Toutefois, il nous semble que le particularisme des abandons de créance, lié à une double prise de décision dans le temps, l'une lors de l'octroi de l'aide et l'autre lors de l'abandon de l'aide, modifie quelque peu la problématique.

S'il apparaît en effet de façon certaine que la déductibilité des abandons de créance accordés à une succursale étrangère nécessite la démonstration par le siège de son intention, au moment de l'octroi de la créance, de maintenir ou développer l'activité française, il est en revanche plus délicat de savoir si cette démonstration se suffit à elle-même, ou si elle doit être complétée par la démonstration de l'intérêt du siège au moment de l'abandon de ladite créance.

De fait, l'admission de la déductibilité des abandons de créance par la seule démonstration que l'objectif du siège au moment de l'octroi des aides était de maintenir ou développer l'activité française, aboutirait à reconnaître la possibilité pour une société française de consentir des abandons de créance déductibles à ses succursales étrangères, quelle que soit la situation financière de celles-ci à la date de l'abandon, y compris dans des cas où les succursales étrangères ne connaissent aucune difficulté financière significative.

Dès lors, l'arrêt Télécoise ne permet pas, à notre sens, de s'exonérer de la démonstration de l'intérêt du siège d'abandonner sa créance envers sa succursale, en sus de la démonstration de son objectif de maintien ou de développement de l'activité française au moment de l'octroi de cette créance. En pratique, cette démonstration pourrait consister à apporter la preuve que la succursale connaît de graves difficultés financières mettant en danger sa pérennité¹⁶, et par voie de conséquence, le développement des activités propres de la société française.

III La spécificité de l'activité bancaire à la lumière de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État

La question de l'applicabilité de la nouvelle jurisprudence à l'activité bancaire revêt un intérêt primordial pour ce secteur d'activité dans lequel les entreprises exercent souvent leurs activités à l'étranger par l'intermédiaire de succursales. Dans ce contexte, il nous semble résulter des nouveaux critères posés par le Conseil d'État que le secteur bancaire, dont le particularisme est reconnu tant sur le plan international que sur celui de la doctrine administrative (3.1), pourrait constituer un domaine d'application privilégié de la nouvelle jurisprudence (3.2).

16 Les arrêts relatifs aux abandons de créance à caractère commercial, notamment l'arrêt Télécoise ici commenté, s'inscrivent d'ailleurs tous dans un contexte factuel dans lequel les filiales et les succursales connaissent, au moment de l'octroi des abandons, des difficultés financières.

17 Doctrine administrative 4 H 1414, 1^{er} mars 1995.

3.1 Le particularisme de l'activité bancaire...

3.1.1 La reconnaissance par la doctrine administrative de la spécificité de l'activité bancaire

L'activité traditionnelle d'une banque consiste, on le sait, à emprunter des fonds à des sources extérieures à l'entreprise pour les reprêter en dehors de l'entreprise. En d'autres termes, une banque a pour activité le commerce de l'argent. La doctrine administrative relative à la détermination du bénéfice imposable en France, en cas d'activité conjointement exercée en France et à l'étranger, a tiré les conséquences fiscales de ce particularisme¹⁷.

L'on rappelle que par principe, les versements effectués par la succursale française d'une société étrangère, en rémunération des sommes que cette société met à la disposition de sa succursale, ne peuvent être admis en déduction du bénéfice imposable en France, dès lors qu'une succursale n'a pas de personnalité juridique distincte.

Toutefois, la doctrine prévoit une exception à ce principe pour les succursales françaises de banques étrangères. En effet, après avoir rappelé que les avances en compte courant octroyées par le siège à sa succursale bancaire sont inhérentes à la nature même de l'activité des établissements bancaires, et sont traitées comme des opérations commerciales, la doctrine administrative prévoit que de telles avances peuvent être génératrices d'intérêts qui pourront être déduits du résultat fiscal de la succursale et intégrés à celui du siège¹⁸.

Si, comme le relève le Commissaire du Gouvernement dans ses conclusions, la formulation est prudente et ne va pas jusqu'à qualifier ces avances de créances, cette doctrine permet toutefois de regarder les succursales bancaires comme des tiers par rapport au siège qui peut ainsi, tout du moins fiscalement, leur consentir des créances.

3.1.2 La reconnaissance au plan international de la spécificité de l'activité bancaire

Le particularisme de l'activité bancaire a également été reconnu sur le plan international par plusieurs rapports de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE).

Ces rapports s'inscrivent dans l'analyse des transactions entre une maison mère et ses succursales étrangères, et plus généralement dans l'interprétation de l'article 7 de la Convention modèle OCDE relatif à l'attribution de bénéfices à un établissement stable.

Dès 1984, un premier rapport de l'OCDE¹⁹, consacré notamment à l'application de cet article 7 aux entreprises multinationales bancaires, prévoyait que, par exception à la règle générale applicable aux entreprises industrielles et commerciales, le paiement d'intérêts entre succursale et siège participe, dans le cas d'une activité bancaire, tant à la détermination du résultat du siège qu'à celui de la succursale étrangère. Cette position, au même titre que celle issue de la doctrine administrative précédemment analysée²⁰, constituait déjà à l'époque un argument supplémentaire dans l'assimilation des succursales bancaires à des tiers par rapport au siège.

18 Doctrine administrative 4 H 1414, 1^{er} mars 1995, n° 41.

19 L'imposition des entreprises bancaires internationales dans *Prix de transfert et entreprises multinationales - Trois études fiscales*, OCDE, Paris 1984, n° 43 à 52.

20 Cf n° 17.

Un second rapport ²¹, d'application plus générale, et à la base de la révision des commentaires du modèle de convention en mars 1994, réaffirme que les bénéficiaires à imputer à un établissement stable sont ceux que cet établissement aurait réalisés s'il avait traité avec une entreprise entièrement distincte, aux conditions et au prix de marché ordinaires. Ce rapport, dont la réflexion s'est principalement centrée sur les prix de transfert, confirme par ailleurs la position, prise dans le rapport de 1984, relative à la prise en compte des versements d'intérêts entre succursale bancaire et siège dans leurs résultats imposables respectifs.

Enfin, un projet de rapport OCDE, dont le dernier état résulte d'une publication en date du 4 mars 2003, également relatif à l'attribution de bénéficiaires à un établissement stable, est actuellement en cours de finalisation. Ce rapport se structure en trois parties distinctes. La première est d'application générale et retient comme hypothèse de travail le principe de l'entité distincte tel que prévu par le rapport de 1994. La deuxième, prenant pour point de départ de l'analyse le rapport OCDE de 1984, est consacrée au secteur bancaire et plus précisément à la façon dont l'hypothèse de travail peut s'appliquer à un certain nombre de situations concrètes couramment rencontrées dans les entreprises exerçant des activités bancaires par l'intermédiaire d'un établissement stable. Enfin, une troisième partie est relative aux établissements stables d'entreprises effectuant des transactions mondialisées sur instruments financiers.

D'une portée très générale, ce projet de rapport OCDE permet de légitimer tout particulièrement l'application de l'hypothèse de travail aux établissements bancaires, et d'en tirer les conséquences en terme de reconnaissance des transactions et autres fonctions pour lesquelles le principe de l'entité distincte s'applique pleinement. L'on peut citer, à titre d'illustration, l'exercice des fonctions de vente et de soutien, les services dits de « trésorerie », les fonctions de vente et de négociation ou encore la fourniture de services administratifs par le siège.

Il convient néanmoins de relever que certaines des dispositions énumérées par le rapport n'appliquent pas la logique de l'entité distincte jusqu'à son terme. Tel est notamment le cas des règles relatives à la dotation en capital des succursales bancaires. L'application stricte du principe de l'entité distincte devrait aboutir en effet à exiger des succursales bancaires le respect du même niveau de capitalisation, ainsi que des mêmes ratios spécifiques, que ceux exigés des filiales. Or, le rapport prévoit au contraire que les succursales n'auront pas à respecter des normes minimales de fonds propres et des ratios de solvabilité différents de ceux de leur siège. Tel est également le cas des garanties internes dont le rapport prévoit explicitement qu'elles ne seront pas imputées à l'établissement stable.

3.2 ... en fait un domaine d'application privilégiée de la nouvelle jurisprudence

Le particularisme de l'activité bancaire lié tant à l'assimilation au plan fiscal des succursales bancaires à des tiers (par rapport à leur siège), qu'au caractère com-

mercial de leur activité de mise à disposition de fonds, devrait faire de ce secteur un probable domaine d'application privilégiée de la nouvelle jurisprudence.

3.2.1 Les succursales bancaires sont considérées comme des tiers par rapport au siège au plan fiscal

La solution d'exception retenue tant par la doctrine administrative, que par les différents rapports OCDE, assimilant les succursales bancaires à des tiers par rapport à leur siège, favorise l'application de la théorie des abandons de créance propre aux succursales telle qu'elle est établie par le Conseil d'État.

En effet, dès lors que l'on applique aux succursales bancaires le principe de l'entité distincte, il semble plus délicat de refuser la déductibilité des aides qui leur sont accordées en se fondant sur le principe d'unicité juridique.

Ce raisonnement nous semble par ailleurs corroboré par l'analyse du Commissaire du Gouvernement qui considère que la doctrine administrative 4 H 1414 précitée, en tant qu'elle consiste à analyser les avances consenties par le siège comme des créances, pour les établissements bancaires, propose en réalité une conception des avances en compte courant susceptible de permettre l'application de la théorie de l'abandon de créance entre siège et succursale.

3.2.2 La mise à disposition des fonds s'inscrit dans le cadre de relations commerciales

La notion de « relations commerciales », déterminante dans l'application de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État, constitue une notion large qui ne nous semble pas devoir être circonscrite aux seules relations, d'ailleurs visées par le Commissaire du Gouvernement, entre un producteur et un distributeur.

En effet, une banque ayant pour activité principale d'emprunter des fonds à des sources extérieures à l'entreprise pour les reprêter en dehors de l'entreprise, on peut penser à juste titre que l'octroi de prêts par le siège à ses succursales relève généralement de « relations commerciales normales » existant entre ces deux « entités fiscales », et peut donc justifier l'application de la nouvelle jurisprudence.

L'on sait par ailleurs que le critère des « relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités du siège en France », tel qu'établi par le Conseil d'État, nécessite concrètement qu'il y ait un impact sur l'activité de l'exploitation française et sur la réalisation de produits imposables en France.

Le siège français d'une entreprise industrielle et commerciale, qui développe ses activités en livrant des biens à sa succursale étrangère, à charge pour elle de distribuer ceux-ci sur le territoire sur lequel elle est implantée, réalise bien à cette occasion un profit taxable.

Or, de façon comparable, le siège français d'une entreprise bancaire, qui exerce et développe ses activités en mettant à la disposition de sa succursale étrangère des fonds destinés à être reprêtés à l'extérieur du groupe, peut également réaliser à cette occasion un profit taxable.

²¹ *Questions de fiscalité internationale*, n° 5, modèle de Convention fiscale : Attribution de revenus aux établissements stables, OCDE, Paris 1994.

Par ailleurs, l'activité localement exercée par la succursale peut porter ses fruits commerciaux, de telle sorte que les clients initialement attachés à la succursale deviennent également ceux du siège.

En définitive, il nous semble donc possible d'invoquer la spécificité des transactions initiées entre les banques et les succursales étrangères pour avancer que la mise à disposition de fonds par les établissements bancaires à leurs succursales s'inscrit généralement, si ce n'est nécessairement, dans le cadre de relations commerciales permettant l'application de la nouvelle jurisprudence du Conseil d'État.

IV La portée de l'arrêt Télécoise dans l'ordre international et communautaire

4.1 Dans l'ordre international

L'arrêt Télécoise nous semble s'inscrire dans la lignée des rapports OCDE assimilant les succursales à de véritables entités distinctes, particulièrement dans le secteur bancaire. Au même titre que ces rapports, cette décision témoigne du fait que la conception française stricte de territorialité perd aujourd'hui du terrain face à la reconnaissance internationale générale de l'entité distincte. Ce « rattrapage » de la logique française par la logique internationale peut aboutir, au moins pour un temps, à des interprétations divergentes selon les pays, potentiellement génératrices de double imposition, ou au contraire, de situations dans lesquelles une perte est reconnue dans un État sans que soit constaté corrélativement un gain imposable dans l'autre État.

4.2 Dans l'ordre communautaire

Indépendamment de cette question générale de reconnaissance, sur le plan international, des transactions entre siège et succursale, l'on peut s'interroger sur la validité de l'approche française, telle qu'elle résulte du principe de territorialité et de l'arrêt ici commenté, dans l'ordre communautaire.

D'aucuns ont pu se demander si la conception française de la territorialité ne se heurtait pas aux principes communautaires de liberté d'établissement et de non-discrimination. En vertu de ces principes, un État membre ne peut entraver l'établissement d'un de ses ressortissants sur le territoire d'un autre État membre, en créant des conditions fiscales différentes selon le mode d'exploitation choisi. Or, le maintien d'une application différente du principe de territorialité aux filiales et aux succursales aboutit bien à créer une telle discrimination.

Un projet de directive européenne, en date du 28 novembre 1990, prévoyait idéalement la prise en compte par les entreprises des États membres, au plan fiscal, des pertes supportées par des succursales ou filiales situées dans d'autres États membres. Ce projet, exception radicale au principe de territorialité, a toutefois été définitivement retiré par la Commission le 21 décembre 2001.

Malgré tout, l'arrêt Télécoise nous semble constituer une solution imparfaite dans la recherche d'une non-discrimination communautaire, puisqu'il aboutit à harmoniser les règles applicables aux filiales et aux succursales, tout en maintenant une différence de traitement liée à la reconnaissance, pour les succursales, de la déductibilité des seules aides s'inscrivant dans le cadre de relations commerciales avec le siège. ■