CAA de Versailles n° 07VE00157 du 19 mai 2009

Société AQUALON FRANCE BV

La société AQUALON FRANCE BV , succursale de la société néerlandaise de même nom et soumise en France à l'impôt sur les sociétés en tant qu'établissement stable de cette dernière, a fait l'objet d'une VC portant sur la période du 1er janvier 1998 au 31 décembre 1999, à l'issue de laquelle l'administration lui a notamment assigné un redressement portant sur le prélèvement libératoire prévu à l'article 125 A III du CGI au titre des années 1998 et 1999, en prenant comme assiette une fraction de la rémunération servie à la société d'affacturage de droit belge Hercules Europe NV, avec laquelle la société AQUALON FRANCE BV a conclu un contrat d'affacturage le 26 octobre 1992.

La société AQUALON FRANCE BV a contesté en vain auprès de l'administration les impositions supplémentaires MER à la suite de ce contrôle puis a porté le litige devant le TAV, lequel, par un jugement du 9 novembre 2006 dont la société AQUALON FRANCE BV relève régulièrement appel, a rejeté sa demande tendant à la décharge du prélèvement auquel elle a été assujettie au titre des années 1998 et 1999, pour les montants respectifs, en droits et pénalités, de 454 874 F et 264 077 F.

Pour demander l'annulation du jugement entrepris, la société AQUALON FRANCE BV présente une argumentation articulée autour de deux moyens.

A titre principal, elle soutient que la rémunération versée à la société d'affacturage, ou « factor », a été décomposée à tort en une fraction représentative d'une commission de gestion de créances et en une autre, celle en litige, représentative d'intérêts, entrant, dès lors qu'ils sont versés à l'étranger, dans le champ du prélèvement prévu à l'article 125 A III du CGI., ce que la société AQUALON FRANCE BV conteste en faisant valoir que l'affacturage prend en l'espèce comme support une cession de créances, rémunérée par un prix et non par des intérêts.

A titre subsidiaire, la société AQUALON FRANCE BV soutient que si par extraordinaire les sommes en cause devaient être regardées comme des intérêts de créances, elles auraient par là-même la qualité de « produits d'emprunts contractés hors de France » au sens de l'article 131 quater du CGI et à ce titre exonérés en vertu de ce même article.

Egalement à titre subsidiaire mais en fait de manière plus radicale, la société AQUALON FRANCE BV soutient que la rémunération versée au factor présente pour celui-ci un caractère professionnel, de sorte qu'elle échapperait en tout état de cause au champ d'application du prélèvement à la source.

Enfin dans ses dernières écritures la société AQUALON FRANCE BV soutient, au cas où la rémunération en cause serait regardée comme entrant dans le champ d'application de l'article 125 A, que les dispositions de cet article sont contraires au droit communautaire.

1-En ce qui concerne le premier point, il convient brièvement de rappeler quelques caractéristiques essentielles de l'affacturage.

L'affacturage de créances non encore exigibles est habituellement regardé comme une technique de mobilisation de créances. Elle tend progressivement à supplanter la pratique plus traditionnelle de l'escompte bancaire.

Dans l'escompte l'entreprise transmet à la banque qui l'endosse l'effet de commerce représentatif de sa créance sur le client débiteur, la banque endossataire conservant la possibilité de poursuivre indifféremment le client débiteur ou l'émetteur de la facture remise à l'escompte, ce qui permet de qualifier la mise à disposition des fonds par le banquier de crédit consenti à l'endosseur [CE 1er juin 2001 Min c/ Pinault Normandie RJF 8/01 n° 1043]

Dans l'affacturage l'émetteur de la facture, appelé adhérent, est sauf hypothèse particulière - et rare – d'un vice de forme affectant la créance, dégagé de tout risque de poursuite de la part du factor, qui assume seul vis-à-vis du débiteur de la créance, la charge du recouvrement.

Cette absence de risque est patente lorsque le contrat d'affacturage prend pour support la cession au factor de la créance détenue sur le débiteur réel, puisqu'alors l'adhérent encaisse un prix qui lui reste acquis en contrepartie du dessaisissement de sa créance, ce qui ne saurait donner lieu a priori à une quelconque obligation de remboursement de sa part envers le factor.

L'affacturage a du reste été défini dans un arrêté du 29 novembre 1973 comme « une opération ou technique de gestion financière par laquelle, dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé gère les comptes clients d'entreprises en acquérant leurs créances, en assurant le recouvrement pour son propre compte et en supportant les pertes éventuelles sur les débiteurs insolvables » .

La cession de créances apparaît ainsi comme le support ordinaire de l'opération d'affacturage, même si certains contrats peuvent ne prévoir pour le factor qu'un simple mandat de recouvrement de la créance à l'échéance, au nom et pour le compte de l'émetteur de la facture, sans lui assurer pour autant un règlement anticipé.

L'existence d'une cession de créances comme support de l'affacturage, dont la société AQUALON FRANCE BV entend faire le pivot de son argumentation, n'a pas arrêté le CE lorsque dans sa décision Sofirec, prise en matière de TVA, il a considéré que la rémunération du factor comprenait une fraction représentative d'intérêts [CE 5 juin 1989 RJF 8-9/89 n° 945].

Cette fraction représentative d'intérêts a été distinguée de la rémunération de la prestation proprement dite d'affacturage, de nature commerciale, qui consiste pour le compte de l'adhérent à assurer à sa place la charge et les risques du recouvrement de la créance sur le client débiteur.

La qualification d'intérêts trouve sa justification aux yeux du juge dans le fait que le factor règle immédiatement à l'adhérent (souvent par abondement d'un c/c) le montant d'une créance non encore exigible, lui procurant ainsi des liquidités, alors que lui-même ne recouvrera les sommes par lui décaissées qu'à l'échéance normale de la créance.

L'opération revêt dès lors pour le factor le caractère d'une opération de crédit, la rémunération correspondante n'étant autre que le prix du temps qui s'écoule entre le moment où il met une somme d'argent à disposition de l'adhérent et celui où il la récupère auprès du débiteur, ce qui est la définition même de l'intérêt.

Il est vrai que dans la décision de plénière plus ancienne Société Auxiliaire du Dauphiné [CE 27 juillet 1984 RJF 10/84 n° 1140], le CE avait, toujours en matière de TVA, écarté la qualification de cession de créances pour retenir celle plus limitée de quittance subrogative, en vue de qualifier le transfert de la créance, ce qui permettait d'écarter la notion de prix de cession au profit de celle de crédit.

Mais le Conseil avait ainsi qualifié la relation entre l'adhérent et le factor parce que tels étaient bien les faits de l'espèce, ce qui ne signifiait pas que la solution devait être radicalement différente en cas de cession de créances en bonne et due forme, comme la décision Sofirec l'a montré.

Il nous semble, à la lumière de la solution de 1989, que l'existence d'une cession de créances, laquelle constitue une modalité de financement comme une autre [CE 13 mars 1970 Sté défense familiale p. 189], ne fait pas obstacle à ce que la rémunération couvrant le décalage dans le temps évoqué précédemment reste qualifiée d'intérêt. La quittance subrogative constitue une modalité allégée dans les techniques de mobilisation de créances, par rapport à la cession de créances. En outre autant la distinction a pu apparaître pertinente en matière de TVA, où il s'agit de déterminer avec précision la date d'exigibilité de la taxe au regard du paiement de la facture, autant cette distinction présente moins d'utilité pour la question qui nous occupe, qui est celle de savoir s'il on est ou non en présence d'une opération générant des intérêts.

Rien dans les dispositions de l'article 125 A ne permet de limiter l'application du prélèvement au seul cas où la personne qui verse les intérêts est formellement débitrice du principal vis-à-vis de celle qui perçoit les intérêts. Cet article vise en effet les « intérêts, arrérages et produits de toute nature de fonds d'Etat, obligations, titres participatifs, bons et autre titres de créances, dépôts, cautionnements et comptes courants... »

Par une définition aussi générale comprenant les intérêts ou « produits de toute nature », attachés notamment à des titres de créances, le législateur nous paraît avoir visé toute situation où la personne à qui sont versés des intérêts, ou une rémunération représentative d'intérêts, les perçoit en considération du prix du temps qu'il supporte à raison d'une opération sur créances.

Tel est bien le cas du factor.

Ce dernier, pour payer immédiatement à l'adhérent le prix de la cession de créances, doit lui-même mobiliser des liquidités, ce qui pour lui représente un coût, soit qu'il emprunte les fonds sur le marché financier, soit qu'il se prive d'un placement sur ce même marché. Au plan économique, la somme réclamée à l'adhérent représente dans ce dernier cas la rémunération que le factor aurait perçue si au lieu de verser les fonds à l'adhérent il les avait placés sur le marché financier.

Il est logique qu'il répercute ce coût sur l'adhérent en contrepartie de la facilité qu'il lui consent en acceptant de procéder à l'acquisition de sa créance.

On voit ainsi qu'il n'est pas nécessaire que l'adhérent soit dans une position de débiteur vis-à-vis du factor pour que la rémunération perçue par celui-ci à l'occasion de l'affacturage reçoive la qualification d'intérêts perçus à raison d'une opération sur créances.

On rappellera que, dès lors que l'on est en présence d'un prélèvement à la source, tel que visé à l'article 125 A, c'est la situation du destinataire des intérêts ou revenus assimilés (en l'espèce le factor) qu'il convient de prendre en compte et non celle de la partie versante (comme d'ailleurs pour tout prélèvement ou retenue à la source).

Aussi sommes nous d'avis de considérer que la fraction de la commission servie au factor, en tant qu'elle est représentative du prix du temps supporté par le factor, a la nature d'intérêts de créances entrant dans le champ d'application de l'article 125 A du CGI, et, dès lors qu'ils sont versés à une société située en Belgique, dans le champ du III de cet article, qui vise les intérêts ou autres encaissés notamment par « des personnes morales n'ayant pas leur siège social en France ».

2-Cette analyse que nous faisons du contrat d'affacturage contient déjà en germe la réponse à la question de l'application aux intérêts en cause du régime d'exonération visé à l'article 131 quater du CGI, aux termes duquel, dans sa rédaction applicable aux années en litige : « les produits des emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises avec l'autorisation du ministre de l'économie, des finances et de la privatisation sont exonérés du prélèvement prévu au III de l'article 125 A ».

Il apparaît en effet clairement que si le factor a eu à supporter le prix du temps à raison de l'opération de cession de créances et donc que la rémunération qu'il a perçue à ce titre mérite la qualification d'intérêts, pour autant l'émetteur de la facture, en l'espèce la société AQUALON FRANCE BV, ne peut pas être regardée comme se trouvant dans la situation d'une personne ayant « contracté un emprunt » auprès du factor belge.

Comme on l'a dit la société AQUALON FRANCE BV a cédé sa créance au factor et n'est dès lors tenue d'aucune obligation de remboursement à son égard. Comme l'a soutenu à juste raison la requérante dans la première partie de sa contestation, la somme qu'elle perçoit représente le prix de la créance cédée au factor. Si c'est un prix, ce ne peut être une somme prêtée.

On rappellera que pour qu'il y ait emprunt, ou, symétriquement, mise à disposition d'une somme d'argent à titre de prêt, il faut un contrat aux termes duquel le prêteur s'engage à mettre une somme d'argent à disposition de l'emprunteur tandis que ce dernier s'engage réciproquement à rembourser cette somme au prêteur à une échéance déterminée moyennant des intérêts v. p.e. [CE 3 novembre 2003 SARL Méridia France RJF :04 n°47], précisément pour l'application de l'article 131 quater.

Des intérêts résultant de l'octroi de délais de paiement d'un prix ne se rapportent pas à un emprunt, dès lors qu'ils ne sont pas la contrepartie de la mise à disposition d'une somme d'argent : [CAA Marseille 29 juin 2006 n°01 1635].

Plus généralement, il pourra être relevé tout paiement d'intérêts ne révèle pas nécessairement l'existence d'un emprunt (intérêts de retard p.e.)

La société AQUALON FRANCE BV n'est pas, en droit, dans la situation d'un emprunteur vis-à-vis du factor, dès lors qu'elle n'a contracté à son égard aucune obligation juridique de restitution de la somme mis à sa disposition en rémunération de la créance cédée.

Ce qui n'empêche nullement le factor de lui facturer des intérêts dans les conditions que l'on a dites, et dès lors est résolue l'apparente contradiction que la société relève dans le fait d'affirmer tout à la fois que les sommes versées par la société AQUALON FRANCE BV au factor ont pour ce dernier la qualité d'intérêts sur créances mais qu'il n'y a pas pour autant d'emprunt contracté par la société AQUALON FRANCE BV auprès du factor.

On l'a dit les intérêts ne rémunèrent pas un crédit que le factor aurait consenti à l'adhérent, mais le prix du temps que le factor a supporté en acquérant une créance exigible à terme. La qualification d'intérêts apparaît ainsi compatible avec le refus de reconnaître l'existence d'un prêt consenti à l'adhérent.

La contradiction se résout dans le fait que l'adhérent ne verse pas des sommes qui, pour lui-même, ont la nature d'intérêts dus relativement à un crédit contracté auprès d'un emprunteur, mais des sommes par lesquelles est mis à sa charge le coût représentatif des intérêts que le factor a supportés (ou dont il s'est privé).

Une personne qui prend à sa charge les intérêts supportés par une autre personne n'est pas pour autant emprunteur vis-à-vis de cette personne.

Elle peut procéder à une telle prise en charge en contrepartie d'un service que lui rend cette personne, et la prise en charge des intérêts ne constitue ainsi qu'une modalité de paiement du service rendu.

C'est bien se qui se passe dans l'affacturage.

En échange du service que lui rend le factor en assurant le paiement immédiat d'une créance exigible à terme, l'adhérent prend à sa charge le coût en intérêts que représente pour le factor cette mise à disposition immédiate de fonds. Il n'est pas pour autant emprunteur de sommes d'argent vis-à-vis du factor.

Aussi sommes-nous d'avis de considérer que la rémunération servie au factor et représentative d'intérêts ne correspond pas pour autant à un emprunt que la société AQUALON FRANCE BV aurait contracté auprès du factor, et que dès lors la requérante n'est pas fondée à soutenir que cette rémunération entrerait dans le champ de l'exonération visée à l'article 131 quater du CGI.

Dans ses derniers écritures la société AQUALON FRANCE BV entend se prévaloir d'un arrêt de la Cour de Cas. qui ne nous paraît pas topique.

Dans cet arrêt [Cass. Civ. 30 mai 2006 n°907 Sté GPV/ Sté GE Factofrance] la Cour a considéré, dans l'opération d'affacturage qui lui était soumise, que la faculté pour l'adhérent de prélever des sommes en c/c, par anticipation de l'échéance moyenne des règlements des clients, le faisait bénéficier d'avances assimilées à des prêts.

Mais nous ne sommes pas dans cette hypothèse où clairement le factor se borne à assurer des tâches de recouvrement et consent éventuellement des avances en c/c à son adhérent.

Dans notre affaire il y a cession de créances et versement immédiat d'un prix qui est dû à l'adhérent. Il n'y a pas exercice d'un droit de tirage sur une ligne de crédit.

3-Vous écarterez sans difficulté le moyen subsidiaire invoqué par la société AQUALON FRANCE BV et tiré de ce que les intérêts perçus par le factor, la société Hercules Europe NV, présentent pour cette dernière un caractère professionnel dès lors qu'il est dans la nature même d'une société d'affacturage de percevoir de telles rémunérations.
La requérante s'appuie sur les dispositions de l'article 124 du CGI qui limitent la qualification de revenus de créances aux produits, tels les intérêts, qui ne figurent pas en recettes provenant de l'exercice de certaines professions.

Il pourra d'abord être relevé que l'article 124 ne procède pas à une exclusion visant de manière générale toute recette à caractère professionnel mais seulement : « ...les recettes provenant de l'exercice d'une profession industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, ou d'une exploitation minière... », ce qui ne nous paraît pas pouvoir comprendre une activité financière telle que celle exercée par une société d'affacturage.

En tout état de cause la finalité de cet article est d'éviter une double imposition dans le chef du même contribuable ce qui ne saurait concerner la société AQUALON FRANCE BV qui n'est pas le contribuable du prélèvement, seule l'étant la société belge.

L'article 124 vise par construction les revenus qui sont dans le champ territorial de l'impôt français. La rémunération perçue par la société belge d'affacturage échappe à ces dispositions.

De manière autonome, et non de manière combinée comme le soutient la requérante, l'article 125 A III prévoit un prélèvement à la source dont est débiteur la société AQUALON FRANCE BV en tant que partie versante des intérêts et qui est dû quel que soit le sort du revenu dans l'Etat de résidence du destinataire.

Il conviendra de préciser à ce propos que selon l'article 16 de la convention fiscale franco-belge du 10 mars 1964 , les intérêts et produits de même type « sont imposables dans l'Etat contractant dont le bénéficiaire est un résident », autrement dit, en l'occurrence, en Belgique.

Ainsi le moyen sera écarté.

4-En ce qui concerne l'application du droit communautaire , la société AQUALON FRANCE BV entend s'appuyer sur un jugement du TAV qui a admis la contrariété de l'article 125 A III au droit communautaire, en faisant valoir que les mêmes intérêts versés à une société résidente bénéficient d'un régime fiscal plus avantageux : [TAV 10 mai 2007 RJF 11/07 n° 1251].

La société AQUALON FRANCE BV relève avec les premiers juges d'une part que par construction il n'y a pas de prélèvement à la source pour une société résidente en France, d'autre part qu'en cas de situation déficitaire la société résidente en France ne subira aucun prélèvement, ce qui ne sera pas le cas pour une résidente située dans un autre pays de l'UE.

Cette argumentation ne nous paraît pas devoir emporter votre conviction.

D'une part la circonstance que, dans le cas où le bénéficiaire des intérêts serait une société résidente en France, celle-ci n'aurait pas à supporter la charge d'une retenue à la source ne peut guère en soi être regardé comme un facteur de discrimination dès lors que pour la perception des mêmes intérêts la société résidente en France serait soumise à l'IS dans les conditions de droit commun, autrement dit à une imposition plus forte que celle qui résulte de l'application d'une retenue à la source (dont le taux est en l'espèce fixé à 15%, en vertu de la convention fiscale franco-belge).

Certes la société bénéficiaire des intérêts, résidente d'un autre Etat que la France, subira également, en sus de la retenue à la source perçue en France, l'imposition sur les bénéfices dans les conditions de droit commun de l'Etat de résidence.

Le problème se déplace alors sur le terrain de la conformité du régime fiscal de l'Etat de résidence mais ne concerne plus la retenue à la source perçue en France.

En tout état de cause, la discrimination invoquée jouerait en l'espèce à rebours, c'est du reste ce que fait valoir la société, en ce sens que les entreprises résidentes en France serait pénalisées par rapport à celles résidentes d'un autre Etat. Dans ce cas il ne saurait y avoir d'entrave à la liberté d'établissement ou de circulation des capitaux et des biens et services en cas de recours à un prestataire résident d'un autre Etat.

En revanche il pourrait être soutenu que les libertés protégées par le Traité seraient en cause dès lors que par exemple la liberté de contracter serait discriminatoire à l'égard d'un prestataire établi en France.

Mais l'argumentation ne tient pas car les situations ne sont pas comparables. L'adhérent étranger qui souhaite contracter avec un factor français n'est pas en effet dans une situation comparable à celle de l'adhérent français qui contracte avec un factor étranger. Du reste on ne sait pas si cet adhérent étranger ne serait pas amené dans son Etat de résidence, à verser lui aussi une retenue à la source pour les intérêts versés en France.

Nous ne voyons donc pas comment soutenir, ou en tout cas justifier, que les entreprises françaises seraient victimes d'une discrimination à rebours, dans le sens où un adhérent étranger contractant avec un factor français serait dans une situation plus défavorable que celle d'un adhérent français contractant avec un factor étranger.

Pour en revenir à l'application du prélèvement à la source, la CJCE ne considère pas systématiquement tout prélèvement à la source comme contraire aux libertés protégées par le Traité.

Il a été ainsi jugé que les articles 49 et 50 du Traité ne s'opposent pas à l'application d'une retenue à la source pour les revenus destinés à des non résidents, selon un taux uniforme, alors que les mêmes revenus perçus par des résidents sont soumis à un taux progressif, dès lors que le taux fixe n'aboutit pas à une imposition effective supérieure [CJCE 12 juin 2003 Arnoud Gerritse RJF 10/03 n° 1189]

C'est donc l'hypothèse d'une imposition plus lourde dans le chef du destinataire des revenus résident d'un autre Etat, du fait de la retenue à la source, qui est regardée comme discriminatoire, et non pas l'hypothèse inverse d'une imposition plus légère, celle qui correspond à notre affaire, et qui du reste a été validée dans un cas de figure similaire [CJCE 22 décembre 2008 Etat belge- SPF Finances / Truck Center SA].

La CJCE a également posé comme condition de la conventionalité du prélèvement à la source qu'il ne soit pas établi sur une assiette plus large que celle qui aurait été retenue si le bénéficiaire avait été un résident du même Etat, et en particulier qu'il soit assis sur un revenu net, déduction faite des charges qui seraient déductibles du revenu en cause dans la législation interne.

Au cas d'espèce cette condition nous paraît remplie ab initio dès lors qu'au plan du droit interne les RCM ne sont jamais susceptibles de bénéficier de déduction de charges catégorielles, de sorte qu'il s'agit toujours de revenus qui ne sont ni bruts ni nets mais invariants au plan de leur traitement fiscal.

Ils ne seront donc pas mieux traités quant à l'assiette de l'imposition dans l'hypothèse où ils seraient perçus par une société résidente en France. Certes celle-ci peut, par ailleurs, et indépendamment du traitement fiscal de ses recettes, déduire pour la détermination de son bénéfice imposable des charges liées à son activité. Mais la société résidente de l'autre Etat le pourra tout autant, dans les conditions propres à la législation de cet Etat. Il n'en demeure pas moins que le produit financier pris en tant que tel est traité de manière identique selon qu'il est versé à une résidente française ou à une résidente étrangère.

Enfin l'argumentation selon laquelle la résidente française en situation déficitaire ne subira aucune imposition, alors que la même société résidente d'un autre Etat en situation déficitaire subira néanmoins le prélèvement à la source, ne peut être retenue dès lors qu'elle vise une situation particulière et qu'en tout état de cause le débat qui nous occupe ne porte pas sur le traitement des déficits.

Ce qui importe est de savoir si dans les cas où les revenus d'intérêts versés à une résidente française sont susceptibles de faire l'objet d'une imposition, cette imposition est plus favorable que celle résultant de l'application du prélèvement à la source. Comme on l'a dit, tel n'est pas le ca puisque le taux de l'IS en France est supérieur à celui du prélèvement à la source.

La non imposition de la société résidente française en cas de déficit n'a d'autre cause que la situation déficitaire elle-même. Elle n'a aucun rapport avec un traitement fiscal particulier des revenus d'intérêts.

Par ailleurs il convient de rappeler qu'en France, même déficitaire une société est soumise à l'IFA.

Aussi l'argument ne nous paraît-il pas pertinent.

Ainsi et au total les dispositions précitées de l'article 125 A du CGI ne pourront être regardées comme contraires au droit communautaire.

PCMNC

-au rejet de la requête de la société AQUALON FRANCE BV, y compris des conclusions tendant au remb. des frais exposés et ncdld