



Du financement d'une filiale portugaise ?



Quel est le sort fiscal des frais financiers payés sur un emprunt destiné à financer des quasi fonds propres d'une filiale portugaise ?

L'AVIS D'OLIVIER FOUQUET

Publié dans RTDC 4/09

CE 7 septembre 2009 n°303560, SNC Immobilière GSE

Relations entre une société mère française et ses filiales étrangères : pour qualifier un acte anormal de gestion au sens du droit fiscal français, le juge peut se fonder sur les dispositions d'un droit des sociétés étranger (CE 7 septembre 2009 n°303560, SNC Immobilière GSE : RJF 12/09, concl. Laurent Olléon BDCF 12/09)

1. Le juge fiscal, lorsqu'il doit qualifier des faits au regard de la norme fiscale qu'il doit appliquer, se réfère fréquemment aux autres droits, notamment civil, commercial, social et comptable. Le droit fiscal n'a pas en effet vocation à réécrire tout le droit français et il est normal qu'il se réfère aux autres droits lorsque les conditions d'application de la norme fiscale les mettent en jeu. Mais il s'agit de corpus juridiques français. Le droit fiscal, en empruntant aux autres droits français, emprunte à l'Etat de Droit dont il fait lui-même partie. Les droits auxquels il se réfère, procèdent du même législateur et on peut espérer que ce celui-ci se sera soucié d'assurer la cohérence d'ensemble. Mais le juge fiscal peut-il se référer de la même façon, en cas de besoin, à des droits étrangers qui, par leur origine, sont étrangers à l'ordre juridique qu'il est constitutionnellement chargé de faire respecter ?

L'affaire jugée le 7 septembre 2009 par le Conseil d'Etat nous paraît à cet égard importante car elle a permis à la Haute juridiction de clarifier la portée de sa jurisprudence antérieure.

La société Immobilière GSE exerçait une activité d'ingénierie immobilière. Elle prenait des participations dans des sociétés françaises ou étrangères ayant pour objet la construction d'immeubles en vue de la vente. Elle a pris ainsi des participations dans plusieurs sociétés portugaises de promotion immobilière.

Lors de la création des quatre sociétés immobilières portugaises en 1990, les divers partenaires ont décidé d'apporter à ces sociétés des fonds propres selon le modèle suivant. Le droit des sociétés portugais prévoit la possibilité d'apport de fonds propres par les associés non seulement sous la forme classique de souscription au capital, mais également sous la forme de versement de fonds dénommés « versements supplémentaires » (article 210 du code des sociétés portugais). Ces versements sont du quasi-capital puisqu'ils figurent au bilan entre le capital social et les réserves et qu'ils ne peuvent pas donner lieu à versement d'intérêts. Leur particularité, par rapport au capital social, est que leur octroi n'entraîne pour les associés qui les versent, aucun accroissement de leur participation au capital social. La société Immobilière GSE simultanément a souscrit au capital des sociétés immobilières portugaises et leur a accordé des « versements supplémentaires ». Pour financer cet apport de fonds, elle a emprunté en France et a déduit de son résultat français les intérêts grevant l'emprunt. Le vérificateur fiscal, constatant que la déduction de son résultat par la société française des intérêts de l'emprunt contracté en France n'avait pas de contrepartie dans un versement par les filiales portugaises d'intérêts à leur mère calculés sur les « versements complémentaires » qu'elle leur avait consentis, a estimé qu'en s'abstenant de facturer à ses filiales des intérêts sur les « avances complémentaires » la société française avait commis un acte anormal de gestion et a réintégré dans le résultat de la mère les intérêts non réclamés.

La cour administrative d'appel, saisie par le contribuable après rejet de sa demande en décharge des rappels d'impôt par le tribunal, a estimé que la société mère avait commis un acte anormal de gestion en renonçant à facturer à ses filiales des intérêts sur les « avances complémentaires » dès lors que ces versements n'avaient pas eu pour effet d'augmenter la participation détenue par la société mère auteur des avances, et alors même que la législation portugaise interdisait le versement d'intérêts sur de telles avances. Elle a confirmé le redressement.

2- Le raisonnement de la cour consiste, pour qualifier les faits de l'espèce en acte anormal de gestion, à refuser de tenir compte du droit des sociétés portugais.

En cassation la question était ainsi clairement posée au Conseil d'Etat de savoir si, pour caractériser l'existence d'un acte anormal de gestion, le juge doit prendre en considération exclusivement le droit français ou s'il peut tenir compte du droit étranger. Quand bien même accepterait-il de prendre en compte le droit étranger, peut-il le prendre en compte dans toutes ses dispositions, y compris celles qui n'ont pas d'équivalent en droit français, ou doit-il se borner à prendre en considération celles des dispositions de ce droit qui ont un équivalent en droit français ?

La question n'était pas entièrement nouvelle, mais elle n'avait jamais été posée dans un contexte aussi limpide. Alors que les « versements complémentaires » du droit des sociétés portugais n'ont pas d'équivalent en droit des sociétés français, le Conseil

d'Etat devait-il les « faire entrer de force », pour reprendre une expression de l'OCDE, dans une catégorie française même non équivalente, comme l'avait fait la cour qui les avait regardés comme des avances faites par la mère à ses filiales ? Et si le juge de cassation avait raisonné sur ce point comme la cour, devait-il pousser l'assimilation à la catégorie française retenue, celle des avances, au point de refuser de tenir compte de l'interdiction faite par la loi portugaise de rémunérer de tels versements ?

L'examen de la jurisprudence antérieure montre que la question de la prise en considération du droit étranger avait déjà été examinée dans deux types d'hypothèses. Dans la première, le juge n'a pas le choix : l'imposition en France exige de prendre en considération le droit étranger, sinon l'imposition s'avère impossible. Dans la seconde, le juge a le choix : l'imposition en France peut se passer du droit étranger et la prise en considération de celui-ci n'obéit alors qu'à une préoccupation de cohérence juridique.

La première hypothèse est celle de l'imposition en France, en raison des règles de territorialité, d'entités ou de personnes morales étrangères. Lorsque ces entités ou ces personnes n'ont pas d'équivalent en droit français, le juge est bien obligé, volens nolens, de les assimiler à une catégorie française pour déterminer leur régime d'imposition et notamment savoir si elles relèvent de l'impôt sur les sociétés. Ainsi, le Conseil d'Etat, pour imposer en France les anstalt ou les fiducies du Liechtenstein, a analysé leur régime juridique et en a déduit que la catégorie juridique la plus proche à laquelle il était possible de les assimiler, était celle des sociétés anonymes françaises, d'où leur imposition à l'impôt sur les sociétés : [CE 18 janvier 1984 n°24343](#) :RJF 3/84 n°283, concl. M.A. Latournerie Dr. fisc. 27/84 c.1307 ; [CE 18 mars 1985 n°38104](#), : RJF 5/85 n°690, concl. M. de Guillenchmidt Dr. fisc. 29/85 c. 1322 ; [CE 24 février 1986 n°54253-54256](#) : RJF 4/86 n°353, concl. O. Fouquet Rev. sociétés 1986 p.268. On signalera au passage que le Conseil d'Etat avait admis à l'époque, par ces décisions, d'imposer en France, sur le fondement de l'article 206,1 du CGI, les revenus tirés de la location d'immeubles situés en France et détenus par des sociétés étrangères établies dans des Etats n'ayant pas passé de convention fiscale avec la France, alors que certains représentants de la doctrine soutiennent aujourd'hui que cette imposition n'est possible que par la combinaison de l'article 209, I du CGI et d'une stipulation d'une convention fiscale attribuant à la France le droit d'imposer les revenus de l'immobilier d'entreprise situé en France des sociétés étrangères (voir les commentaires dont certains un peu aventurés à notre sens, qu'a inspirés [CE 31 juillet 2009 n°296471, Sté Overseas thoroughbred racing stud Ltd](#) : RJF 12/09). Il résulterait paradoxalement de cette thèse que l'absence de transparence fiscale serait récompensée par la non imposition de revenus matériellement localisés en France par l'implantation passive de l'immeuble qui les produits. La logique de l'absurde du raisonnement juridique est comme le veau d'or de Faust : elle est toujours debout !

Cette approche du droit étranger par le Conseil d'Etat a été plus récemment confirmée par [CE 30 décembre 2003 n°233894, sect., SA Andritz](#) : RJF 03/04 n°238, chron. L. Olléon RFJ 2/04 p. 83, concl. G. Bachelier RJF 3/04 p. 83. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la clause de non discrimination de la

convention franco-autrichienne faisait obstacle à ce que deux filiales françaises, l'une d'une société mère française, l'autre d'une société mère autrichienne, fussent soumises à deux régimes différents de sous-capitalisation. Le Conseil d'Etat pour mettre en œuvre la clause de non discrimination qui ne peut jouer qu'à l'égard de situations comparables, a dû vérifier quel était exactement le régime juridique de la société anonyme de droit autrichien. Il a déduit de son examen que la société anonyme autrichienne, « si elle avait exercée son activité en France, aurait, compte tenu de sa forme et de la nature de son activité, été soumise à l'impôt sur les sociétés ».

3- Beaucoup plus constructive est l'autre approche du Conseil d'Etat qu'il a mise en œuvre dans l'affaire [CE 13 octobre 1999 n°191191, min. c/ SA Diebold Courtagé](#) : RJF 12/99 n°1492, chron. E. Mignon p. 931, concl. G. Bachelier BDCF 12/99 et obs. O. Fouquet Rev. administrative 2000 n°315 p.264. Alors que la convention fiscale franco-hollandaise exonérait de la retenue à la source les redevances versées par une société française à un résident hollandais, le fisc français soutenait que cette stipulation conventionnelle était inapplicable lorsque les redevances avaient été versées par la société française à une société en commandite de droit hollandais, transparente aussi bien en droit des sociétés qu'en droit fiscal hollandais, non soumise dès lors à l'impôt et ne pouvant par suite être qualifiée de résident des Pays-Bas. Néanmoins, le Conseil d'Etat a jugé que la retenue à la source ne pouvait être pratiquée sur les redevances versées par la société française à la société néerlandaise dès lors que les associés de cette société étaient des résidents des Pays-Bas imposés dans cet Etat.

Pour le plus célèbre des auteurs de droit fiscal international, la solution ainsi adoptée n'était rien de plus qu'une banale application de la clause du « bénéficiaire effectif ». Pour nous qui avons présidé la séance de jugement et qui étions par suite le moins bien informé, nous avons exposé, notamment dans l'article précité à la Rev. administrative, que la Haute juridiction avait entendu en l'espèce respecter le droit hollandais et tirer les conséquences de la transparence de la société en commandite hollandaise, dès lors que cette transparence rare, mais pas totalement inconnue en droit français, n'était pas contraire à l'ordre public juridique et fiscal français. Le juge, prenant en considération la transparence de la société en commandite hollandaise, plutôt que de chercher à l'assimiler « de force » à une société en commandite française, était donc remonté aux associés dont il avait constaté qu'ils étaient résidents des Pays-Bas.

La décision du 7 septembre 2009, SNC Immobilière GSE vient confirmer de façon incontestable notre interprétation dans une espèce où il n'y avait pas lieu à application d'une convention internationale. Pour casser l'arrêt de la cour, le juge de cassation aurait pu couper la poire en deux. Il aurait pu admettre que les « versements complémentaires », sans équivalent dans le droit français, devaient être regardés comme appartenant à la catégorie des avances, et néanmoins considérer que l'interdiction par la loi portugaise d'assortir ces versements d'intérêts devait être prise en compte par le juge dans la mesure où elle n'était pas contraire à l'ordre public français. Le Conseil d'Etat est allé plus loin. Il a repris à son compte le bloc de la législation portugaise sur les sociétés relative aux « versements complémentaires » et il a cassé l'arrêt de la cour qui avait délibérément exclu de prendre en considération le droit portugais. La cassation de l'arrêt de la cour porte tant sur la qualification

erronée d'avances qu'elle avait donnée à ces versements, que sur son refus de prendre en compte l'interdiction du versement d'intérêts. Autrement dit, pour qualifier une situation française au regard de l'existence éventuelle d'un acte anormal de gestion (l'absence de facturation d'intérêts aux filiales sur les « versements complémentaires »), le Conseil d'Etat, statuant après cassation comme juge d'appel, analyse la législation portugaise sur les sociétés comme il aurait analysé la législation française et en tire les conséquences fiscales comme il aurait tiré les conséquences du droit des sociétés français. D'aucuns diront qu'il s'agit là du prétendu réalisme du droit fiscal. Nous pensons pour notre part qu'il s'agit de la manifestation du souci permanent qu'a le Conseil d'Etat de respecter la cohérence des situations qu'il analyse.

Dans un monde international où interviennent couramment les sujets fiscaux français qui deviennent dans cette mesure des acteurs soumis aux droits étrangers, le droit ne s'arrête pas à la frontière française. Le juge ne va quand même pas créer un tableau de passage des droits étrangers au droit français pour les besoins de l'application de la règle fiscale française, à l'image du tableau de passage de la comptabilité à la fiscalité. Les contraintes juridiques des droits étrangers valent bien les contraintes économiques que le juge prend traditionnellement en compte pour apprécier l'existence éventuelle d'un acte anormal de gestion.

O.F. octobre 2009