

**Cour administrative d'appel, Versailles, 1re chambre, 5 Mars 2019 – n°
16VE02168**

Rejet

Cour administrative d'appel

**Versailles
1re chambre**

5 Mars 2019

Numéro de requête : 16VE02168

Numéro de rôle : 19023

Inédit

Contentieux Administratif

M. BEAUJARD, Président
Mme Fabienne MERY, Rapporteur
M. CHAYVIALLE, Rapporteur public
CLIFFORD CHANCE EUROPE LLP, Avocat

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société Rexel a demandé au Tribunal administratif de Montreuil de prononcer le rétablissement de son déficit au titre de l'impôt sur les sociétés en réévaluant celui-ci d'un montant de 33 782 302 euros pour 2005, 44 174 069 euros pour 2006, 12 918 196 euros pour 2007.

Par un jugement no 1403640 du 17 mars 2016 le Tribunal administratif de Montreuil a prononcé le rétablissement du déficit de la société Rexel en réévaluant celui-ci à hauteur des montants sollicités pour chacun des exercices clos en 2005, 2006 et 2007.

Procédure devant la Cour :

Par une requête, enregistrée le 15 juillet 2016, et un mémoire complémentaire, enregistré le 28 juin 2017, le MINISTRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS, demande à la Cour :

1° d'annuler le jugement attaqué ;

2° de réduire les déficits de la société Rexel d'un montant de 33 782 302 euros pour 2005, de 44 174 069 euros pour 2006 et de 12 918 196 euros pour 2007 ;

3° de rejeter les conclusions de la société Rexel tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le MINISTRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS soutient que :

- l'existence d'un régime fiscal privilégié au profit de la société américaine Ray Finance LP et au profit de la société luxembourgeoise Ray Investment Sàrl est démontrée ;
- la preuve de la réalité des opérations de prêts entre la société Rexel et la société Ray Finance LP n'est pas apportée par la société Rexel ;
- il renvoie à ses écritures de première instance pour l'examen des moyens soutenus par la société en première instance.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;
- le code de justice administrative ;

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Méry,
- les conclusions de M. Chayvialle, rapporteur public,
- et les observations de MeA, pour la société Rexel.

Considérant ce qui suit :

1. La société Rexel, précédemment dénommée Ray Holding SAS, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices clos en 2005, 2006 et 2007. Par une proposition du 1er décembre 2011, le service lui a notifié des rectifications de ses résultats imposables pour les trois exercices en réévaluant ceux-ci des montants de 33 782 302 euros pour 2005, 44 174 069 euros pour 2006, 12 918 196 euros pour 2007, sur le fondement de l'article 238 A du code général des impôts. Le service a remis en cause, en application de ces dispositions, les intérêts d'emprunts à la charge de la société versés en contrepartie des trois emprunts souscrits par celle-ci, d'un montant total de 952,2 millions d'euros, auprès de la société Ray Finance LP, société de droit américain, établie dans le Delaware. Le MINISTRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS relève appel du jugement du Tribunal administratif de Montreuil du 17 mars 2016 par lequel celui-ci a prononcé le rétablissement du déficit de la société Rexel à hauteur des montants sollicités pour les exercices clos en 2005, 2006 et 2007.

2. Aux termes de l'article 238 A du code général des impôts, dans leur version en vigueur jusqu'au 1er janvier 2006 : " Les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services, payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un Etat étranger ou un territoire situé hors de France et y sont soumises à un régime fiscal privilégié, ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré. / Pour l'application du premier alinéa, les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'Etat ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus notablement moins élevés qu'en France. () ". Et aux termes du même article du même code, dans sa version applicable du 1er janvier 2006 au 1er janvier 2011 :

" Les intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements, les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues ou les rémunérations de services, payés ou dus par une personne physique ou morale domiciliée ou établie en France à des personnes physiques ou morales qui sont domiciliées ou établies dans un Etat étranger ou un territoire situé hors de France et y sont soumises à un régime fiscal privilégié, ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré. / Pour l'application du premier alinéa, les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'Etat ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies. () ". Il résulte de ces dispositions, d'une part, que, lorsqu'elle s'en prévaut pour contester la déduction en charges d'intérêts d'emprunts, l'administration fiscale doit justifier que le bénéficiaire de ces intérêts est soumis hors de France à un régime fiscal privilégié par comparaison avec celui auquel il serait soumis s'il les percevait en France ou a reçu un versement sur un compte tenu dans organisme financier établi dans un Etat ou territoire soumis à un régime fiscal privilégié et que, d'autre part et dans le cas où l'administration rapporte cette preuve, il appartient au contribuable, dans tous les cas, de justifier du principe de la déductibilité des charges comme de la réalité de la prestation et de ce qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré.

3. Le service, pour effectuer les rectifications exposées au point 1, a considéré que les opérations de prêts entre la société Rexel et la société Ray Finance LP devaient être regardées comme une opération fictive d'endettement. La proposition de rectification du 11 décembre 2011 se fonde sur la circonstance que les fonds prêtés par la société Ray Finance LP à la société Rexel lui ont été apportés par la société Ray Investment Sàrl, société luxembourgeoise, qui détient 100% de son capital, et que la société Ray Finance LP, société transparente, n'a payé aucun impôt aux Etats-Unis sur les bénéfices liés à ces intérêts d'emprunt, qui n'ont pas non plus fait l'objet d'une imposition au Luxembourg en vertu d'un régime d'exonération des revenus de participation. L'administration fiscale a considéré que la société américaine Ray Finance LP avait bénéficié d'un régime fiscal privilégié au sens des dispositions citées au point précédent. Elle a, en outre, regardé comme une opération de financement en capital de la société Rexel les opérations de prêts précédemment décrites, par la société mère luxembourgeoise, avec pour intermédiaire une société américaine dont la création est intervenue moins d'un mois avant la réalisation des opérations de prêts et qui a disparue au mois d'octobre 2008, sans avoir eu d'autre activité, selon l'administration, que les opérations financières ci-dessus décrites.

4. Il appartient au juge de l'impôt, saisi d'un litige portant sur le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger, d'identifier d'abord, au regard de l'ensemble des caractéristiques de cette société et du droit qui en régit la constitution et le fonctionnement, le type de société de droit français auquel la société de droit étranger est assimilable. Compte tenu de ces constatations, il lui revient ensuite de déterminer le régime applicable à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française.

5. Il résulte de l'instruction que la société Ray Finance LP, limited partnership, est, au vu de ses caractéristiques, assimilable à une société en commandite simple de droit français. Une telle société est imposable en France à l'impôt sur les sociétés pour la part revenant aux commanditaires, les commandités relevant du régime des sociétés de personnes, dans lequel l'imposition est établie au nom des associés, les personnes physiques étant assujettie à l'impôt sur le revenu, et les personnes morales à l'impôt sur les sociétés. La société Ray Finance LP est une société bénéficiant de la transparence fiscale dans le pays dans lequel elle est établie. En outre, pour ce qui concerne ses associés commandités, cette société serait bien soumise, ainsi qu'il vient d'être exposé, au régime des sociétés de personnes pour la part de son résultat correspondant aux droits de ceux-ci, et ce résultat serait imposable en France, y compris pour les associés non résidents. La société Ray Finance GP, LLC, limited liability company, présentant toutes les caractéristiques d'une société de capitaux française, serait, en l'espèce,

soumise à l'impôt sur les sociétés de plein droit. Ainsi, la société américaine et ses associés seraient toutes redevables, en France, de l'impôt sur les sociétés. C'est dès lors cette dernière imposition, qu'il y a lieu de comparer au Delaware et en France, pour déterminer si le premier constitue un paradis fiscal. Il est constant que la société américaine n'est pas imposée à l'impôt sur les sociétés au Delaware, alors qu'elle le serait, ainsi que ses associés, au taux normal en France, pour l'opération en cause. Par suite, l'administration justifie que les bénéficiaires des intérêts en litige sont, en l'espèce, soumis hors de France à un régime fiscal privilégié par comparaison avec celui auquel ils seraient soumis s'ils les percevaient en France.

6. Toutefois, ainsi que l'ont relevé à bon droit les premiers juges, la réalité des flux financiers opérés entre la société Rexel et la société américaine Ray Finance LP, auprès de laquelle elle a souscrit les prêts en cause, est établie, et au demeurant non contestée par l'administration, les fonds ayant été mis à sa disposition, et les intérêts dus en contrepartie, dont il n'est pas établi, ni même allégué, qu'ils étaient exagérés, ayant été versés. La société intimée apporte ainsi la preuve, qui lui incombait, de ce que les intérêts d'emprunt étaient réels et ne présentaient pas de caractère exagéré, au sens des dispositions de l'article 238 A du code général des impôts. Si l'administration remet en cause le caractère normal de ces opérations, et souligne l'aspect artificiel, selon elle, d'une opération financière reposant sur un montage qui aurait eu pour effet de déguiser un apport en capital avec les avantages fiscaux qui en ont découlé pour la société mère luxembourgeoise, l'existence d'un avantage au profit de la société luxembourgeoise n'est pas de nature à établir le caractère anormal de l'opération d'emprunt auquel s'est livrée la société Rexel, les conditions de l'emprunt obtenu de la société américaine n'étant pas différentes de celles qu'elle aurait obtenues en France. Celle-ci apporte ainsi la preuve que le recours à l'endettement ne peut être regardé, en l'espèce, comme réalisé dans des conditions anormales révélant un but exclusivement fiscal de l'opération, et revêtant les caractéristiques d'un abus de droit. Par suite, les opérations financières litigieuses n'entraient pas dans le champ de l'article 238 A du code général des impôts et le MINISTRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Montreuil a prononcé le rétablissement des déficits de la société Rexel pour les exercices clos en 2005, 2006, et 2007 en réintégrant aux résultats imposables de la société les intérêts déduits de ceux-ci par l'administration sur le fondement de l'article 238 A du code général des impôts.

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à la charge de l'État une somme de 1 500 euros au titre des frais exposés par la société Rexel dans le cadre de l'instance et non compris dans les dépens.

DÉCIDE :

Article 1er : La requête du MINISTRE DE L'ACTION ET DES COMPTES PUBLICS est rejetée.

Article 2 : L'État versera la somme de 1 500 euros à la société Rexel au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.