

CONCLUSIONS

Mme Marie-Gabrielle MERLOZ, Rapporteuse publique

1. La SA BNP Paribas est à la tête d'un groupe fiscalement intégré au sens de l'article 223 A du CGI. La SAS Parilease en est membre. Spécialisée dans le crédit-bail, elle a conclu, les 28 février et 18 mars 2008, deux contrats dits de cession-bail (en anglais *sale and lease-back*) avec les sociétés industrielles allemandes Bayer Schering Pharma AG (ci-après « Bayer ») et Heidelberger Druckmaschinen AG (ci-après « Heidelberg »). Ces contrats se sont traduits par la réalisation de deux opérations successives. Ces deux sociétés ont d'abord cédé à la SAS Parilease l'usufruit d'immeubles nus leur appartenant, affectés à leur activité en Allemagne¹, pour, respectivement, une durée de 15 et 18 ans et des montants de près de 185 et 75 millions d'euros. Puis, elles en ont aussitôt recouvré la jouissance en les refinançant dans le cadre d'un contrat de crédit-bail d'une durée de 10 ans, les « loyers » versés prenant la forme de mensualités calculées comme les échéances d'un prêt amortissable avec pour principal le prix de cession de l'usufruit et pour taux d'intérêt des taux de 3,57 et 3,74 %, correspondant à un taux de référence interbancaire² minoré de 50 points de base pour Bayer (clause A.1 du contrat de cession d'usufruit et de crédit-bail) et 45 points de base pour Heidelberg (§ 3.3. du contrat de crédit-bail annexé au contrat de cession d'usufruit).

Estimant que cette opération immobilière entrait dans le champ de l'article 3 de la convention fiscale franco-allemande du 21 juillet 1959 et que les revenus perçus en exécution de ces contrats n'étaient imposables qu'en Allemagne, lieu où était situé les immeubles, la société Parilease ne les a pas déclarés en France. De l'autre côté du Rhin, l'administration fiscale allemande n'a toutefois pas imposé ces sommes qu'elle a regardées comme des revenus financiers imposables dans l'Etat de résidence en vertu

¹ Immeubles dépendant, pour Heidelberg, de sa principale usine et, pour Bayer, de son siège social et d'un centre de recherche.

² pour Bayer, taux swap en euro amortissable chaque semestre applicable pendant dix ans avec une durée de vie moyenne de 5,5 ans tiré de la courbe du taux d'intérêt indiquée sur la page ICAE de Bloomberg ou sur la page ICAPEUR de Reuters ; pour Heidelberg, moyenne des cours des titres échangés sur les taux d'intérêt divulgués sur l'écran Icapeuro de Reuters pour les taux de 1 à 10 ans.

de l'article 10 de la convention. Jouant sur le caractère hybride de ce type d'opération et sur son traitement fiscal différencié selon que les Etats concernés privilégient une approche juridique ou économique, la contribuable a bénéficié en définitive d'une exonération de ces revenus lui permettant de pratiquer des taux d'intérêt plus attractifs.

Le procédé a paru trop astucieux à l'administration fiscale française. A l'issue d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices 2008 à 2011, elle a remis en cause le traitement fiscal de cette opération sur le fondement de la procédure de répression des abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF : s'appuyant sur les stipulations contractuelles, elle a estimé que la société Parilease avait donné artificiellement l'apparence d'opérations immobilières à une activité réelle de financement dans le seul but de bénéficier de la double exonération prévue par la convention. Elle a réintégré dans le résultat imposable de la société les revenus générés par cette opération de cession-bail et appliqué la majoration de 80 % prévue en cas d'abus de droit en application du b de l'article 1729 du CGI.

L'administration fiscale aurait pu s'en tenir là. Mais, dans sa lancée, elle lui a ensuite reproché d'avoir retenu des taux d'intérêt « nettement inférieurs » aux taux du marché, dès lors qu'ils avaient été fixés en partant d'une hypothèse d'absence d'imposition des revenus litigieux et qu'il était prévu, dans l'éventualité d'une remise en cause de cette hypothèse, soit de résilier les contrats, soit d'appliquer des taux d'intérêt majorés. L'administration en a déduit qu'il en résultait un abandon de recettes dénué de contreparties constitutif d'un acte anormal de gestion. Se fondant sur les taux de substitution prévus par les contrats qui correspondaient au prix du marché à la date de conclusion des contrats (4,57 % pour Bayer et 4,74 % pour Heidelberg), elle a réintégré dans les résultats de la société Parilease la libéralité ainsi consentie, sans appliquer de majoration.

Ces sommes ont enfin été regardées comme distribuées, au sens du c de l'article 111 du CGI, aux deux sociétés allemandes. L'administration en a tiré les conséquences en matière de retenue à la source en application du 2 de l'article 119 *bis* du CGI et de l'article 9 de la convention fiscale franco-allemande. Ce chef de rectification a été assorti de la majoration de 10 % prévue en cas de défaut de déclaration par le a de l'article 1728 du CGI.

Il en est résulté, au titre des années 2008 à 2011, un rehaussement d'un montant total de plus de 9,5 millions d'euros en matière d'impôt sur les sociétés et des pénalités correspondantes, mis à la charge de la SA BNP Paribas en sa qualité de tête de groupe, ainsi que des rappels de retenue à la source, à hauteur d'environ 1,8 millions d'euros en droits et pénalités, mis à la charge de la SAS Parilease.

Après avoir vainement réclamé, les deux contribuables ont porté le litige devant le tribunal administratif de Montreuil qui, statuant par un unique jugement, a rejeté leurs demandes en décharge par un jugement du 1^{er} décembre 2016 (RJF 4/17 n° 362 avec

concl. S. Humbert ; chronique de fiscalité financière C. Acard, Dr. fisc. n° 5, 1^{er} février 2018, 153). Elles n'ont pas eu plus de succès devant la cour administrative d'appel de Versailles qui, par un arrêt du 9 juillet 2019, a rejeté leur appel. Les sociétés BNP Paribas et Parilease se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

2. Dans des écritures fleuve, le pourvoi déploie toute son énergie pour vous convaincre que l'opération litigieuse est un schéma classique de cession-bail et exploiter les diverses faiblesses de l'arrêt attaqué. Si certaines de ses maladresses peuvent être neutralisées, l'un au moins des moyens soulevés justifie à nos yeux la censure.

Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 64 du LPF, qui harmonisent la définition légale de l'abus de droit avec la définition prétorienne résultant des décisions *Société Janfin*³ et *Min. c/ Persicot*⁴, vous sont bien connues. Elles autorisent l'administration à « *écarter comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit* », ce « *afin d'en restituer le véritable caractère* ». Ce texte reprend la distinction classique entre l'abus de droit par simulation ou fictivité et l'abus de droit par fraude à la loi. C'est cette seconde branche qui a été mobilisée ici et suppose la réunion des deux fameux critères dits subjectif et objectif tenant à l'existence d'un but exclusivement fiscal (les actes écartés « *n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'é luder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* ») et la recherche du bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs.

Selon un raccourci de raisonnement désormais familier, vous estimez qu'en présence d'un montage artificiel, ce second critère est, simultanément et « *par construction* »⁵, réputé satisfait, dès lors que les concepteurs d'un régime fiscal favorable ne peuvent jamais être regardés comme ayant eu pour intention qu'il s'applique à de tels montages. Vous avez retenu ce type de raisonnement en particulier lorsque le contribuable recourt à l'interposition d'une société dépourvue de toute substance économique, créée pour les besoins de la cause, dans le seul but de bénéficier d'un avantage fiscal (voyez par exemple : CE, 18 mai 2005, *Min. c/ Sté Sagal*, n° 267087, au Rec., RJF 8-9/05 n° 910, concl. P. Collin BDCF 8-9/05 n° 11 ; CE, 10 décembre 2008, *Sté Andros et Cie*, n° 295977, RJF 3/09 n° 255 ; CE, 11 mars 2015, *SA Natixis*, n° 365564, RJF 8-9/15 n° 718, concl. E. Bokdam-Tognetti BDCF 8-9/15 n° 109) ou qu'il procède à des opérations, le plus souvent concomitantes, dans le seul but d'échapper à une qualification fiscale donnée et remplir en apparence les conditions pour bénéficier d'un dispositif de faveur (CE, 19 juillet 2017, *Société Ingram Micro*, n° 408227, RJF 11/17 n° 1120 avec concl. E. Cortot-Boucher, note O. Fouquet Dr.

³ CE, Sect. 27 septembre 2006, n° 260050, Rec. p. 401, RJF 12/06 n° 1583 avec chron. Y. Bénard p. 1083, concl. L. Olléon BDCF 12/06 n° 156.

⁴ CE, 28 février 2007, n° 284565, Rec. p. 107, RJF 5/07 n° 599, concl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61.

⁵ Cf. chronique d'E. Bokdam-Tognetti, RJF 11/13 p. 883 sur la décision *Min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding* (CE, 17 juillet 2013, n° 352989, RJF 11/13 n° 1064, concl. F. Aladjidi BDCF 11/13 n° 119).

fisc. 43-44/17 comm. 529 ; CE, 3 décembre 2018, *Société Manpower France Holding*, n° 406617, aux T., RJF 3/19 n° 283 avec concl. E. Bokdam-Tognetti).

Votre décision de Plénière *V... et autres* (CE, Plén., 25 octobre 2017, n° 396954, au Rec., RJF 1/18 n° 70 avec concl. E. Crépey, chronique A. Iljic RJF 12/17 p. 1553) a transposé ce raisonnement en cas d'application d'une convention fiscale bilatérale. Vous avez d'abord confirmé que l'article L. 64 du LPF peut être mis en œuvre « *lorsque la norme dont le contribuable recherche le bénéfice procède d'une convention fiscale bilatérale ayant pour objet la répartition du pouvoir d'imposer en vue d'éliminer les doubles impositions* », et ce alors même « *que cette convention ne prévoit pas explicitement l'hypothèse de fraude à la loi* ». Puis, vous avez jugé que « *les Etats parties à la convention fiscale franco-luxembourgeoise [du 1^{er} avril 1958] ne sauraient être regardés comme ayant entendu, pour répartir le pouvoir d'imposer, appliquer ses stipulations à des situations procédant de montages artificiels dépourvus de toute substance économique* ». Le montage artificiel consistait en l'espèce à interposer une société luxembourgeoise, créée pour les seuls besoins de l'opération immobilière litigieuse et n'ayant développé aucune autre activité immobilière, afin de faire échapper une plus-value de cession à toute imposition en France.

La cour a entendu en l'espèce faire application de cette jurisprudence dont elle a rappelé le considérant de principe. Elle a estimé que l'administration devait « *être regardée comme apportant la preuve qui lui incombe que les opérations en cause, d'apparence immobilière, dissimulaient une activité de financement dépourvue de lien avec un immeuble, et que le montage, qui avait pour but de bénéficier de la double exonération prévue par les stipulations des articles 3 et 10 de la convention franco-allemande, était constitutif d'un abus de droit au sens de l'article L. 64 du LPF* ». Mais comme le relève le pourvoi, elle nous paraît avoir perdu de vue les indices qui permettent de caractériser l'existence d'un montage artificiel. Au point 12 de son arrêt, elle a ainsi jugé, pour répondre à l'objection des sociétés requérantes tirée, en substance, de ce que les clauses des contrats litigieux étaient conformes à l'objet même d'une opération de cession-bail et n'avaient rien d'anormal au regard des usages et pratiques en ce domaine, que « *toutefois, les sociétés Heidelberg et Bayer n'avaient nullement besoin de recourir au crédit-bail pour acquérir les immeubles en cause, dont elles étaient déjà propriétaires, et que le mécanisme mis en place a eu pour seul objet, non de permettre au preneur l'acquisition du bien pris en crédit-bail, mais de prêter aux sociétés allemandes des fonds* ».

Ce motif prête indéniablement le flanc au moyen d'erreur de droit soulevé. Ce seul constat, qui, au demeurant, ne répondait pas à l'objection formulée par les sociétés requérantes, n'était pas de nature à démontrer que le schéma retenu était constitutif d'un montage artificiel. La cour ne fait que rappeler l'objet même d'un contrat de cession-bail, dont nul ne conteste qu'il présente un caractère hybride et constitue un mécanisme de financement. Elle aurait dû analyser la nature des prérogatives et responsabilités respectives des parties au contrat pour déterminer si elles étaient bien

de celles qui relèvent d'un usufruitier ou si, comme l'administration s'était employée à le démontrer, ces clauses privaient de substance l'usufruit cédé et dissimulaient en réalité une opération de financement et non immobilière. Or, la cour ne procède pas à cette analyse. Si au point 10, elle énonce les éléments relevés à cet égard par l'administration, elle ne porte aucune appréciation sur leur pertinence. Cette première erreur de droit entraîne une autre : faute d'avoir confirmé la présence d'un montage artificiel, la cour ne pouvait regarder comme implicitement satisfait le critère tenant à la contrariété aux intentions des Etats parties à la convention fiscale franco-allemande.

Le motif retenu par la cour paraît en outre en délicatesse avec le principe de non-immixtion dans la gestion des entreprises, reconnu de longue date par votre jurisprudence (CE, 20 décembre 1963, n° 52308, Dupont 1964 p. 175 ; Dr. fisc. n° 4-5/1964, comm. 156, concl. M. Martin) et constamment réaffirmé depuis (voyez entre autres : CE, Sect., 30 décembre 2003, *SA Andritz*, n° 233894, au Rec., RJF 3/04 n° 238, avec concl. G. Bachelier p. 166, chronique RJF 2/04 p. 83 ; CE, 11 avril 2014, *Min. c/ Sté Bayerische Hypo und Vereinsbank*, n° 344990, aux T., RJF 7/14 n° 667 ; CE, 17 juin 2015, *Min. c/ Sté AIG Management France SA*, n°s 369722, 369724 et 369725, inédite au Rec., RJF 10/15 n° 759 ; CE, Sect., 13 juillet 2016, *SA Monte Paschi Banque*, n° 375801, au Rec., RJF 11/16 n° 937). Vous vous refusez ainsi de juger de l'opportunité des décisions de gestion des entreprises, et tout particulièrement des choix opérés dans le mode de financement des investissements qu'elles réalisent. La seule circonstance que les sociétés allemandes auraient pu se financer en recourant à un prêt bancaire garanti au lieu d'un contrat de cession-bail, ne permet donc pas, en soi, d'établir le caractère artificiel de l'opération.

Si ce moyen ne porte que sur les motifs de l'arrêt attaqué relatifs à l'abus de droit et non ceux relatifs à l'acte anormal de gestion, l'erreur commise par la cour contamine l'ensemble de l'arrêt attaqué en raison du lien établi entre ces deux chefs de rectification, ce que traduit du reste la motivation « par référence » adoptée par la cour. Ce moyen vous conduira donc, si vous nous suivez, à annuler l'arrêt attaqué, sans qu'il soit besoin de vous prononcer sur les autres moyens du pourvoi.

3. Compte tenu de l'intérêt jurisprudentiel de cette affaire et de son ancienneté, nous vous invitons à régler l'affaire au fond.

3.1. La voie empruntée par l'administration pour sanctionner le schéma retenu par les sociétés requérantes nous paraît délicate à confirmer. Deux raisons nous retiennent de vous proposer de juger que l'opération litigieuse était constitutive d'un abus de droit sanctionnable sur le fondement de l'article L. 64 du LPF.

Nous achoppons tout d'abord sur le mobile exclusivement fiscal. L'exonération escomptée des revenus perçus était à l'évidence un enjeu important pour la rentabilité de l'opération et la détermination des taux d'intérêt. Les clauses des contrats n'en font pas mystère. De là à en déduire que la SAS Parilease ne poursuivait aucun autre motif

que fiscal, il y a un pas que nous peinons à franchir. L'opération poursuivait un motif autre que fiscal consistant à avancer des fonds aux sociétés allemandes, la société prêteuse bénéficiant, à titre de garantie, de l'usufruit des immeubles qui revêtaient une importance cruciale pour leur activité. Et comme déjà indiqué, il n'appartient pas à l'administration de contester l'opportunité de la voie ainsi empruntée par rapport à une solution de financement regardée comme plus « classique ». Les sociétés requérantes mettaient en outre en avant la contrepartie commerciale qu'elles tiraient de l'opération. Elles produisaient à l'appui des courriers internes justifiant une prise de risque qualifiée de raisonnable au regard de la notation des deux sociétés allemandes et des perspectives de développement offertes par ces contrats afin d'aider BNP Paribas à se positionner en Allemagne sur ce marché et se différencier de ses concurrents.

Nous achoppons ensuite, plus radicalement, sur la qualification même de montage artificiel dépourvu de toute substance économique, selon la formule de la décision *V...* L'opération litigieuse est conforme à l'objet social de la SAS Parilease, qui existe de longue date, a été effectivement mise en œuvre et revêt une réalité économique indéniable. Même en cas de changement de l'hypothèse fiscale sur laquelle reposait la fixation du taux d'intérêt, l'opération ne perdait pas tout intérêt pour la société. Il nous paraît dès lors difficile, dans la configuration d'espèce, de passer par le truchement du montage artificiel. Il n'y a rien de comparable avec l'affaire *V...* Nous relevons du reste que l'administration n'a pas écarté les contrats passés pour procéder à cette rectification et prend en réalité principalement appui sur les stipulations contractuelles et l'intention des parties, ce qui relève davantage d'un exercice de requalification que de la caractérisation d'un montage artificiel.

3.2. Pressentant la fragilité de sa position, le ministre ne se montre guère combatif pour vous convaincre du contraire et vous demande, à titre subsidiaire, une substitution de base légale, ce qu'il est en droit de faire y compris pour la première fois devant vous, sous les conditions habituelles, dès lors que vous statuez comme juge du fond après cassation de l'arrêt attaqué (CE, 18 janvier 2006, *Serfaty*, n° 265790 et 265791, aux T. sur un autre point, RJF 4/06 n° 378, concl. C. Vérot BDCF 4/06 n° 48 ; CE, 24 juillet 2009, *SAS Groupe Cayon*, n° 305222, aux T. sur un autre point, RJF 11/09 n° 922, concl. N. Escaut BDCF 11/09 n° 124).

Il soutient qu'il y a lieu, en tout état de cause, de requalifier les contrats litigieux en contrats de financement avec intérêts, lesquels sont imposables en France en vertu de l'article 10 de la convention fiscale franco-allemande (sur la différence entre l'abus de droit « rampant » et la simple requalification des contrats, voyez : CE, 17 novembre 2010, *Min. c/ SARL Concept Sport*, n° 318048, au Rec., RJF 3/2011 n° 355, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 3/11 n° 37). Vous pourrez à notre avis faire droit à sa demande : les restrictions apportées à l'exercice du droit d'usufruit de la société Parilease confèrent en effet à ces contrats une coloration plus financière qu'immobilière, y compris en tenant compte des spécificités de la cession-bail. Nous en voulons pour preuve trois types de clauses essentielles : les clauses relatives à

l'exercice de l'usufruit, celles relatives à la cession de l'usufruit ou à la durée du crédit-bail ainsi que celles relatives à la jouissance et à l'usage des immeubles.

Indiquons à titre liminaire, pour ne plus y revenir, que les parties s'accordent pour reconnaître que l'usufruit présente peu ou prou les mêmes caractéristiques en droits civils français et allemand, si bien qu'il n'y a pas lieu de procéder à une assimilation des opérations de droit allemand à des opérations équivalentes en droit français selon la méthode dégagée par votre décision du 24 novembre 2014, *Société Artémis SA* (n° 363556, au Rec., RJF 2/15 n° 102).

Ces contrats prévoient, d'une part, que, contrairement à ce qu'énonce le code civil allemand, l'usufruitier (c'est-à-dire la société Parilease) n'est pas habilité à céder ou à nantir l'exercice de l'usufruit à un tiers sans l'accord préalable du nu-propiétaire (c'est-à-dire les sociétés allemandes). Pour la société Heidelberg, des dérogations sont prévues mais seulement en cas de résiliation du contrat de crédit-bail, de défaut de paiement de « *la valeur de résiliation en temps voulu* » ou de concession de l'exercice de l'usufruit à un tiers sous la forme d'une location à bail (voir la clause B 7 du contrat conclu avec la société Bayer et le § 7 de la partie 2 du contrat conclu avec la société Heidelberg).

Ces contrats prévoient, d'autre part, des conditions très favorables au preneur en l'absence d'exercice de l'option d'achat au terme de la durée du crédit-bail. La société Bayer dispose alors d'un « *droit de préférence de toute cession des avantages de l'usufruit... ou proposition comparable concernant la propriété par rapport à une quelconque tierce partie* » (clause C.15.2). La société Heidelberg bénéficie pour sa part de la possibilité de prolonger la durée de location, chaque fois pendant quatre ans, jusqu'à l'expiration des droits d'usufruit (§ 2.3. du contrat de crédit-bail).

Enfin, les conditions de jouissance et d'usage des immeubles par l'usufruitier bailleur paraissent limitées. Il n'est en principe pas autorisé à transformer ou à modifier l'immeuble, sauf résiliation du contrat de crédit-bail ou défaut de paiement de la valeur de résiliation pour la société Heidelberg (§ 7 de la partie 2) et après l'expiration de la durée du crédit-bail pour la société Bayer (clause B.7.). En revanche, le nu-propiétaire preneur a le droit, selon les termes du contrat conclu avec la société Bayer, « *de faire toute modification y compris la destruction de certains immeubles* », sans le consentement du bailleur si les coûts de ces « *modifications sont inférieurs à 25 % du paiement de l'usufruit et/ou (...) ne diminuent pas la valeur de la propriété* » (clause C.5.1.). Il peut en outre substituer un autre bien immobilier à celui faisant l'objet de l'usufruit s'il souhaite céder tout ou partie de son immeuble en cours de contrat, sous réserve qu'il ait une valeur au moins équivalente (clause C.5.5.). Le préambule du contrat de crédit-bail adossé au contrat conclu avec la société Heidelberg énonce quant à lui qu'il « *n'y aura aucune cession réelle de l'utilisation des biens au bailleur et que l'usage économique reste au preneur* ».

Les sociétés requérantes échouent à démontrer que ce contrat, qui présente notamment la double particularité de porter sur un démembrement du droit de propriété, le preneur en restant nu-proprétaire, et sur une opération transfrontalière avec l'avantage fiscal qui en découle, serait tout au fait classique. Elles ne produisent du reste à l'appui de leurs affirmations qu'un contrat type de crédit-bail immobilier portant sur la pleine propriété d'un immeuble qui ne comporte pas de clauses similaires aux clauses mentionnées. Quant à l'analyse d'un avocat allemand délivrée à la demande de la société Parilease, elle ne se prononce pas véritablement sur la consistance de l'usufruit qui lui a été cédé.

Vous n'avez à notre connaissance pas encore eu à vous prononcer sur le traitement fiscal d'une telle opération. Le schéma mis en œuvre par la société Parilease n'est toutefois pas sans rappeler d'autres types de dispositifs hybrides dont vous avez eu à connaître.

Par votre décision du 7 décembre 2018, *Société générale* (n° 409229, aux T., RJF 3/19 n° 295 avec concl. V. Daumas), vous avez par exemple refusé de censurer l'arrêt attaqué qui avait jugé, à partir d'un faisceau d'indices, que des opérations dites de *lease and lease back* s'analysaient comme une opération unique de financement dépourvue de lien avec l'exploitation effective de biens immobiliers et que les revenus retirés de ces opérations ne pouvaient être regardés comme des revenus provenant de biens immobiliers imposables aux Pays-Bas en vertu de l'article 6 de la convention fiscale franco-néerlandaise du 16 mars 1973. Ce dispositif consistait à conclure successivement deux contrats se rapportant à des immeubles situés aux Pays-Bas : le premier portait sur leur location par une société française, moyennant notamment le versement initial aux sociétés propriétaires d'une prime représentant la quasi-totalité des loyers, tandis que le second portait sur leur sous-location à ces mêmes sociétés et pour les mêmes durées, en contrepartie du versement d'un loyer annuel. Quelques mois plus tard, ces sociétés ont remboursé à la société française une partie de la prime initiale et lui ont versé une indemnité de résiliation anticipée. La circonstance que ces contrats portaient sur des droits immobiliers qui avaient été effectivement transférés ne vous a pas arrêtés : l'objet même d'une requalification est de restituer à une opération sa portée réelle au regard des règles fiscales, sans être lié par les qualifications juridiques retenues par les parties.

Citons dans la même veine - même si ce n'est qu'une modeste décision de non-admission - l'affaire *Société Natixis Lease Immo* (9 juin 2021, n° 443008, RJF 10/21 n° 957, avec concl. C. Guibé), par laquelle la 9^{ème} chambre a refusé d'admettre le pourvoi dirigé contre un arrêt qui :

- d'une part, avait confirmé la voie procédurale empruntée par l'administration en jugeant qu'en remettant en cause la nature immobilière des revenus perçus, elle s'était bornée à requalifier les contrats litigieux sans commettre d'abus de droit « rampant »
- et, d'autre part, avait validé la requalification opérée, en se fondant sur la commune intention des parties, d'un schéma approchant de location / sous-location concomitante

portant sur des immeubles situés aux Etats-Unis mais dans laquelle le propriétaire bailleur et le sous-locataire étaient des personnes distinctes appartenant au même groupe.

Si nous vous avons convaincus, la demande de substitution du ministre conduira à confirmer l'imposition en France des revenus litigieux, regardés comme des « *intérêts et autres produits des obligations, bons de caisse, prêts et dépôts ou de toutes autres créances* » au sens de l'article 10 de la convention fiscale franco-allemande, mais fera tomber la majoration de 80 % pour abus de droit.

3.3. Venons-en à présent au second chef de rectification mettant en cause l'insuffisance du montant des taux d'intérêt fixés par les contrats litigieux.

La décision de Plénière *Société Croë Suisse* (CE, 21 décembre 2018, n° 402006, au Rec., RJF 3/19 n° 246, avec concl. A. Bretonneau) définit l'acte anormal de gestion comme celui « *par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt* ». Hormis les cas circonscrits où vous admettez une présomption d'anormalité, vos standards de preuve sont en la matière plutôt exigeants (voyez par exemple : CE, 23 janvier 2015, *SAS Rottapharm*, n° 369214, aux T., RJF 4/15 n° 300, concl. M. A. Nicolazo de Barmon BDCF 4/15 n° 42, s'agissant de l'absence de facturation d'une marge commerciale ; CE, 20 mai 2015, *Société Universal Aviation France*, n° 369373, inédite au Rec., RJF 8-9/15 n° 681 avec concl. M.-A. de Barmon BDCF 8-9/15 n° 100, s'agissant de la facturation de frais administratifs à des taux variables selon les clients ; CE, 4 juin 2019, *Société d'investissements maritimes et fonciers*, n° 418357, aux T., RJF 8-9/19 n° 753 avec concl. R. Victor, s'agissant de la vente d'un élément de l'actif circulant et de la date à laquelle l'anormalité est appréciée).

Le fondement de ce chef de rectification repose sur l'idée que les contrats conclus sont déséquilibrés économiquement. Le ministre en veut pour preuve le fait qu'ils fixent des taux de référence décotés, inférieurs aux taux du marché interbancaire et donc du taux de refinancement de la société Parilease, et prévoient eux-mêmes des taux de substitution plus élevés en cas de modification des hypothèses fiscales retenues. Il en veut également pour preuve le fait que le risque de crédit est bien supérieur à celui d'un risque de marché au vu du risque de solvabilité des sociétés Heidelberg et Bayer évalué par leurs notations financières.

Mais aucun de ces deux éléments ne suffit à convaincre de l'existence d'un acte anormal de gestion, qu'il s'agisse de sa composante objective ou subjective. D'une part, à la date de signature des contrats, la société Parilease escomptait bénéficier de la double exonération des revenus générés par l'opération et a fixé les taux d'intérêt sur cette base. La seule circonstance qu'elle ait prévu, dans le cas contraire, des taux d'intérêt majorés ne prouve pas, en soi, qu'elle a consenti des taux d'intérêt à perte. La société le contestait du reste vigoureusement, faisant état d'un taux de marge

correspondant au taux de placement habituel de sa trésorerie. D'autre part, lui reprocher de ne pas avoir fait payer à ses clientes la prime de risque correspondant à leur niveau de solvabilité revient à contester l'ampleur des risques qu'elle a pris dans cette opération, motif qui se heurte au principe de non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises.

Nous vous invitons donc à donner gain de cause aux sociétés requérantes, à la seule exception des rehaussements qui peuvent être maintenus à la charge de la BNP Paribas au titre de la requalification des revenus perçus par la société Parilease à la suite de la demande de substitution de base légale de l'administration. Vous n'aurez, dans ces conditions, pas à vous prononcer sur les autres moyens soulevés.

PCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué ;
- à ce que la société BNP Paribas soit déchargée de la majoration pour abus de droit dont ont été assorties les cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés mises à sa charge au titre de la requalification des revenus perçus par la SAS Parilease et des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés mises à sa charge au titre de l'acte anormal de gestion ainsi que des pénalités correspondantes au titre des années litigieuses ;
- à ce que la SAS Parilease soit déchargée des rappels de retenue à la source auxquels elle a été assujettie et des pénalités correspondantes au titre des années litigieuses ;
- à la réformation du jugement du 1^{er} décembre 2016 du tribunal administratif de Montreuil en ce qu'il a de contraire ;
- au rejet du surplus des conclusions des sociétés requérantes et des conclusions qu'elles ont présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.