

N° 351982

Société BNP Paribas

3^e et 8^e sous-sections réunies

Séance du 9 septembre 2013

Lecture du 1^{er} octobre 2013

CONCLUSIONS

Vincent Daumas, rapporteur public

Cette affaire pose une intéressante question d'application de la convention fiscale franco-britannique du 22 mai 1968 – qui a depuis lors été remplacée, vous le savez, par la convention du 19 juin 2008.

La société Compagnie immobilière de France (ci-après : la CIF) est une filiale qui appartient au groupe fiscalement intégré BNP Paribas. Elle a pour activité la location d'immeubles aux autres sociétés membres du groupe. En juin 2002, elle a acquis auprès d'une autre société française un bail de 999 ans sur un immeuble situé à Londres, pour une somme de 220 millions de livres sterling. Cette acquisition en devise a été financée de deux manières :

- pour la plus grande part, la CIF a contracté un emprunt auprès de la succursale londonienne de la banque BNP Paribas, qui se trouvait par ailleurs être le futur locataire de l'immeuble ; cet emprunt était libellé en livres sterling ;
- pour le surplus, la CIF a financé l'acquisition sur fonds propres, en prenant le soin de se couvrir du risque de change ; à cette fin, elle a souscrit, toujours auprès de la banque BNP Paribas, des contrats d'échange de devises (ou « swaps »).

Ces opérations de financement ont été à l'origine de différents gains de change dus pour l'essentiel à la baisse du cours de la livre sterling par rapport à l'euro. D'une part, l'emprunt souscrit en livres a donné lieu à des gains de change « effectifs » constatés lors du paiement des intérêts et lors d'un remboursement partiel intervenu en juin 2003, ainsi qu'à des gains de change « latents » dus à la réévaluation, à la clôture de chaque exercice, de la dette restant à payer en fonction du dernier cours de la livre. D'autre part, les contrats d'échange de devises ont donné lieu à un gain de change lors de leur dénouement en septembre 2003, ainsi qu'à des gains qualifiés de « produits financiers techniques ». La nature exacte de ces derniers gains ne ressort pas avec clarté des pièces du dossier mais il est constant qu'il s'agit de produits financiers liés aux « swaps ». Par ailleurs, la CIF a perçu des intérêts sur un compte courant d'associé. Là aussi, la nature de ces sommes n'est pas parfaitement claire.

La CIF, en souscrivant ses déclarations de résultats à l'impôt sur les sociétés pour les années 2002 et 2003, a considéré que les stipulations de l'article 5 de la convention fiscale du 22 mai 1968 faisaient obstacle à ce que ces sommes fussent imposées en France. Les stipulations en question réservent le pouvoir d'imposer les revenus tirés de biens immobiliers à l'Etat de situation des biens. La CIF a estimé que toutes les sommes que nous avons mentionnées présentaient un lien avec l'immeuble qu'elle avait acquis à Londres et, par conséquent, qu'elles ne pouvaient être imposées qu'au Royaume-Uni. L'administration

fiscale, à l'issue d'une vérification de comptabilité, a été d'un autre avis. Elle a, au contraire, regardé l'ensemble de ces sommes comme des revenus financiers réalisés dans une entreprise exploitée en France, en a déduit qu'ils relevaient du champ territorial de l'IS et que, en l'absence d'établissement stable de la CIF au Royaume-Uni, la convention fiscale ne faisait pas obstacle à leur imposition en France.

La société BNP Paribas, venant aux droits de la CIF en qualité de société mère du groupe fiscalement intégré auquel cette dernière appartient, a réclamé à l'encontre des impositions supplémentaires mises à sa charge au titre des années 2002 et 2003. Elle a aussi contesté les impositions primitives mises à sa charge de 2002 à 2006, en forme de riposte en quelque sorte, en soutenant que, si l'administration entendait imposer en France les gains de change liés à l'immeuble acquis au Royaume-Uni, alors elle devait, symétriquement, admettre d'en déduire les intérêts de l'emprunt contracté pour son acquisition ainsi que l'amortissement de l'immeuble. C'est ainsi que la société a présenté au juge des conclusions tendant, principalement, à la décharge des suppléments d'impôt établis au titre des années 2002 et 2003 et, subsidiairement, à la réduction des impositions primitives mises à sa charge au titre des années 2002 à 2006. Le litige a été soumis, successivement, au tribunal administratif de Cergy-Pontoise et à la cour administrative d'appel de Versailles qui ont donné tort à la société – relevons que ni le jugement ni l'arrêt n'ont été publiés. La société se pourvoit en cassation. Il n'est pas facile de résumer l'argumentation foisonnante de son pourvoi. La société développe d'abord toute une série de critiques formulées sous la bannière d'un moyen unique d'erreur de droit. Elle soulève ensuite quatre autres critiques plus ciblées. Nous les examinerons, pour l'essentiel, en suivant l'ordre du pourvoi.

1. Dans une première partie de son argumentation, la société soutient que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que les gains litigieux étaient imposables en France sur le fondement des articles 38¹ et 209 du code général des impôts, sans que les stipulations de l'article 5 de la convention fiscale franco-britannique y fissent obstacle. En réalité, ce moyen en recouvre plusieurs.

1.1. La société reproche tout d'abord à la cour d'avoir commis une erreur de droit en jugeant que les revenus litigieux relevaient du champ territorial de l'impôt sur les sociétés.

La société invoque, à l'appui de cette critique du premier temps du raisonnement de la cour, les stipulations de la convention fiscale franco-britannique. Cette partie de son argumentation est inopérante. Conformément à votre jurisprudence d'assemblée *Schneider* du 28 juin 2002 (CE assemblée, 28 juin 2002, min. c/ société Schneider Electric, n° 232276, au Recueil et à la RJF 10/02 n° 1080), la cour a d'abord examiné si l'imposition des revenus litigieux trouvait une base dans le droit interne. Ce n'est que dans un second temps qu'elle a vérifié que les stipulations de la convention fiscale ne faisaient pas obstacle à cette imposition.

Pour confirmer l'imposition en droit interne des revenus litigieux, la cour a fait application des dispositions du I de l'article 209 du CGI selon lesquelles « les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés d'après les règles fixées par les articles 34 à 45, (...) en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France, (...) ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une

¹ Voir plus particulièrement, s'agissant de la dette libellée en livres, les dispositions du 4 de l'article 38 et, s'agissant des gains sur les contrats d'échange de devises, celles du 1° du 6.

convention internationale relative aux doubles impositions ». Pour l'application de ces dispositions qui définissent le champ territorial de l'IS, vous considérez que les bénéfices résultant d'opérations effectuées par une société de droit français ayant son siège social en France sont normalement des bénéfices « réalisés dans une entreprise exploitée en France ». Ce n'est, selon votre jurisprudence constante, que lorsque la société dispose d'un établissement stable dans un autre Etat par l'intermédiaire duquel elle a réalisé les bénéfices ou lorsque ceux-ci résultent d'opérations effectuées à l'étranger et constituant un cycle commercial complet que ces bénéfices échappent au champ d'application territorial de l'IS (voir par exemple CE 14 mars 1979, société X..., n° 07098, au Recueil et à la RJF 5/79 n° 282).

La société BNP Paribas critique les motifs par lesquels la cour a relevé, pour confirmer l'imposition sur le terrain du droit interne, la circonstance que l'immeuble avait été acquis auprès d'une société de droit français dont le siège était à Paris, par le moyen d'un emprunt et de « swaps » également souscrits pour partie auprès d'établissements financiers ayant leur siège en France. Elle fait valoir que la nationalité des sociétés avec lesquelles la CIF a contracté est à cet égard inopérante et en toute rigueur, elle a raison. Mais la cour nous semble avoir relevé cette circonstance comme un simple élément d'ambiance, sans en faire un maillon de son raisonnement. Celui-ci, par ailleurs, est conforme à votre jurisprudence : la cour a relevé que les revenus litigieux résultaient d'opérations réalisées par une société de droit français depuis son siège situé en France, que ces opérations ne constituaient pas un cycle commercial complet au Royaume-Uni et que la société n'y disposait pas d'un établissement stable. L'important a donc été dit. La seule mention de la nationalité des sociétés avec lesquelles la CIF a contracté, que vous pourriez presque regarder comme surabondante, ne révèle aucune erreur de droit dans le raisonnement de la cour.

1.2. La critique suivante du pourvoi, toujours présentée sous la bannière de l'erreur de droit, vise précisément les motifs par lesquels la cour a jugé que les opérations réalisées par la société n'étaient pas constitutives d'un cycle commercial complet au Royaume-Uni et qu'elle n'y disposait pas d'un établissement stable.

Cette critique est un peu confuse. Elle est appuyée sur les dispositions de l'article 209, I du CGI incluant dans le champ territorial de l'IS les bénéfices « dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions ». Selon la société, ces dispositions font obstacle à l'imposition par la France des revenus pour lesquels le droit d'imposer lui a été retiré par une convention internationale. Mais ce n'est nullement le sens de ces dispositions, qui ont pour seul objet d'élargir le champ d'application territorial de l'IS (voyez sur ce point CE 31 juillet 2009, société Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Limited, n° 296471, au Recueil et à la RJF 11/09 n° 979 avec notre chronique, concl. E. Glaser au BDCF 11/09 n° 133). Par cette argumentation, la société tente en réalité de réintroduire dans le débat les stipulations de la convention fiscale franco-britannique, alors qu'elles n'ont rien à y faire à ce stade. Relevons qu'elle ne conteste pas, sur le fond, qu'elle ne disposait d'aucun établissement stable au Royaume-Uni et que les opérations réalisées n'y étaient pas constitutives d'un cycle commercial complet.

1.3. La critique que formule ensuite la société, toujours sous l'angle de l'erreur de droit, paraît développée sur deux terrains différents.

L'un est très clair : il s'agit d'une critique de la lecture faite par la cour de la convention franco-britannique. Nous allons y revenir. Vous verrez que c'est, en réalité, le cœur du sujet.

Mais avant cela, la société développe une argumentation sur un autre terrain. Selon elle, l'application des articles 38, 2 et 209, I du CGI oblige à attribuer les passifs affectés au financement de l'actif que constitue l'immeuble acquis au Royaume-Uni à ce qu'elle appelle son « bilan extraterritorial ». Il s'agit, à nouveau, d'une argumentation qui entremêle le droit interne et les règles de la convention internationale, en contradiction frontale avec le principe posé par votre décision *Schneider* et réaffirmé par *Overseas*. Cette argumentation n'est pas fondée : cette idée de « bilan extraterritorial » ne trouve aucun fondement dans les dispositions invoquées. Une fois l'imposition confirmée sur le terrain du droit interne, la seule question qui se pose est celle de savoir si la convention y fait obstacle.

1.4. La société critique encore, au titre de l'erreur de droit qu'elle soulève, les motifs par lesquels la cour a écarté l'invocation, sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales, de l'interprétation administrative de la loi fiscale. Vous ne pourrez accueillir cette critique : la cour n'a pas jugé ce que la société lui fait dire ; elle s'est bornée à constater que l'instruction administrative invoquée, relative aux modalités de déclaration de l'IS en cas de perception de revenus non imposables en France, ne contenait aucune interprétation formelle des articles 38 et 209 du CGI.

1.5. Enfin la société soutient que l'arrêt est entaché d'incohérence, en ce qu'il rejette à la fois ses conclusions principales et subsidiaires, c'est-à-dire en ce qu'il affirme que les gains litigieux sont compris dans le résultat imposable en France en dépit de leur lien avec l'immeuble situé au Royaume-Uni tout en refusant à la société le droit de déduire de ce résultat les charges financières et les amortissements afférents à ce même immeuble. Cette critique est encore présentée sous l'étiquette générale d'erreur de droit mais sa formulation en fait plutôt un moyen de contradiction de motifs. Quoiqu'il en soit, elle n'est pas fondée. La solution retenue par la cour peut se discuter mais elle n'est pas incohérente.

1.6. Nous pouvons maintenant revenir à ce que nous vous indiquions être le cœur du sujet, c'est-à-dire la critique formulée par le pourvoi à l'encontre du motif par lequel la cour a jugé que les revenus litigieux ne constituaient pas des revenus immobiliers au sens de l'article 5 de la convention fiscale franco-britannique de 1968.

Selon les stipulations du paragraphe 1 de cet article, « Les revenus qu'un résident d'un Etat contractant tire de biens immobiliers (...) situés dans l'autre Etat contractant, ainsi que les revenus tirés des droits attachés à ces biens sont imposables dans cet autre Etat ». Son paragraphe 3 précise que « Les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent aux revenus provenant de l'exploitation directe, de la location ou de l'affermage, ainsi que de toute autre forme d'exploitation de biens immobiliers » et son paragraphe 4 que les stipulations des paragraphes précédents s'appliquent aux revenus provenant des biens immobiliers d'une entreprise. Il est utile de préciser que la convention franco-britannique de 1968 suit sur ce point, en substance, le modèle de convention de l'OCDE.

La cour a jugé que les gains de change et les gains techniques sur contrats d'échange de devises en litige avaient été réalisés à l'occasion et dans le cadre d'opérations à caractère financier, alors même que les opérations d'emprunt et de « swaps » avaient pour objet de

financer l'acquisition de l'immeuble situé au Royaume-Uni. Elle en a déduit, en s'appuyant sur le paragraphe 3 de l'article 5, que ces produits ne provenaient pas de l'exploitation de l'immeuble. Par suite, elle a jugé que l'article 5 de la convention n'attribuait pas le pouvoir d'imposer ces gains au Royaume-Uni.

L'interprétation retenue par la cour nous semble la bonne.

Au regard de la lettre même de la convention, il ressort du rapprochement des paragraphes 1 et 3 de l'article 5 que les revenus entrant dans le champ d'application de ses stipulations sont des revenus d'exploitation. Or nous ne voyons pas comment soutenir que les gains de change en litige proviennent de l'exploitation de l'immeuble, alors qu'ils ont été réalisés de manière incidente dans le cadre des opérations de financement de l'acquisition de cet immeuble.

Un lien existe bien entre les gains de change réalisés par la société et les opérations de financement qui ont donné lieu à leur constatation. Un lien existe aussi – ce point est constant – entre ces opérations de financement et l'immeuble acquis à Londres. Mais le lien entre les gains de change et l'immeuble n'est, quant à lui, qu'indirect.

Surtout, la nature même de gain de change nous paraît faire obstacle à la qualification de revenu tiré d'un immeuble. Les commentaires du projet de convention modèle de l'OCDE de 1963, antérieurs donc à la convention qu'il s'agit ici d'appliquer², précisent que l'attribution à l'Etat de situation d'un bien immobilier des revenus tirés de son exploitation se justifie par le « lien économique très étroit » qui existe entre la source du revenu – l'immeuble – et l'Etat où il est implanté. C'est pour cette raison que vous devez retenir en principe une conception étroite des revenus immobiliers. Vous l'avez déjà manifesté dans votre jurisprudence, par exemple dans la décision *Overseas* précitée : alors que l'administration entendait justifier le bien-fondé de l'imposition qui était en litige sur les mêmes stipulations que celles qui sont en cause dans notre affaire, en combinaison bien sûr avec l'article 209 du CGI, vous n'avez pris en compte, au titre de cette base légale, que les revenus « directement rattachables à l'exploitation » de l'immeuble. Or le lien entre le revenu et l'exploitation de l'immeuble nous semble inexistant, par construction, lorsqu'est en cause un gain de change : celui-ci trouve en effet son origine dans les mouvements qui affectent le cours d'une devise et pas dans l'élément d'actif ou de passif dont la valeur est libellée dans cette devise. Il n'est pas, par rapport à cet élément, un accessoire mais un incident.

La société, à l'appui de sa contestation, cite l'une de vos décisions de 1985 (CE 18 mars 1985, SA « La Rhénane », n° 38036, aux tables du Recueil et à la RJF 5/85 n° 691). Mais cette décision n'est pas pertinente dès lors qu'était en cause une société française qui disposait d'un établissement stable dans l'autre Etat, en l'occurrence l'Allemagne. Bien sûr, si la CIF avait disposé d'un établissement stable au Royaume-Uni auquel l'immeuble se fût trouvé affecté, elle aurait certainement pu prétendre avec succès à ce que les gains de change litigieux échappassent à la France, en application de l'article 6 de la convention sur les bénéfices d'entreprise, en raison de l'attractivité de cette catégorie de revenus. Mais ce n'est pas le litige. La faiblesse du pourvoi provient d'ailleurs, précisément, de ce qu'il défend une position fondée sur une logique propre aux bénéfices d'entreprise –

² Sur la prise en compte de ces commentaires, cf. CE 27 juillet 2001, SA Golay Buchel France, n° 215124, aux tables du Recueil et à la RJF 11/01 n° 1428, concl. G. Goulard au BDCF 11/01 n° 140.

c'est tout le sens de son argumentation portant sur l'existence d'un « bilan extraterritorial » de la société – alors que cette logique est évidemment exclue, en l'absence d'établissement stable, dans l'application des stipulations de la convention relatives aux revenus immobiliers.

Nous pensons donc, comme l'a jugé la cour, que les gains de change litigieux ne sont pas des revenus tirés de l'exploitation de l'immeuble acquis par la société au Royaume-Uni. Ce n'est pas l'article 5 de la convention qui leur est applicable mais son article 6, lequel attribue à la France, en l'absence d'établissement stable, le pouvoir de les imposer.

Ce point tranché, nous n'en avons pas encore fini avec le pourvoi de la société. Il reste quatre critiques à examiner.

2. Dans ce qu'elle présente comme un « deuxième moyen » – toutes les critiques précédentes se rattachant à son « premier moyen » d'erreur de droit – la société soutient que la cour a encore commis deux erreurs de droit. Elle se plaint d'abord de ce que la cour a écarté son argumentation principale critiquant l'imposition en France des gains litigieux au motif qu'elle n'établissait ni même ne soutenait avoir déclaré les gains en question au Royaume-Uni. Elle se plaint ensuite de ce que la cour a écarté son argumentation subsidiaire au motif que les intérêts de l'emprunt contracté pour l'acquisition de l'immeuble et les amortissements afférents à cet immeuble avaient été admis en déduction au Royaume-Uni. Mais le raisonnement de la cour ne s'appuie pas sur ces deux motifs, qui sont clairement surabondants. Leur critique en cassation est donc inopérante.

3. Le « troisième moyen » du pourvoi est dirigé contre les motifs par lesquels la cour, statuant sur les conclusions de la société présentées à titre subsidiaire, a jugé qu'elle n'était pas fondée à demander la déduction des intérêts de l'emprunt et des amortissements afférents à l'immeuble au motif que, conformément aux stipulations de la convention fiscale, les revenus tirés de l'exploitation de cet immeuble étaient imposables au Royaume-Uni.

La société soutient que la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit et d'une insuffisance de motivation en refusant d'admettre la déductibilité de ces charges du résultat imposable en France sur le fondement unique de l'article 5 de la convention fiscale, alors qu'en droit interne, en l'absence d'établissement stable au Royaume-Uni, elles étaient déductibles. Ce que la société reproche à la cour, c'est un raccourci dans le raisonnement. Elle fait valoir que la cour a apprécié la déductibilité des charges sur le seul terrain de la convention, alors que l'orthodoxie rappelée par votre décision *Overseas* consiste à vérifier d'abord le bien-fondé de l'impôt sur le terrain du droit interne avant d'examiner s'il tient sur le terrain conventionnel. Ici, il est vrai que la cour a directement opposé l'existence d'un obstacle conventionnel à la déduction. Toutefois, comme nous l'indiquions dans la chronique de jurisprudence consacrée à cette décision, la seule circonstance que le juge emprunte la voie d'un raisonnement ramassé plutôt que celle du raisonnement développé qui est le seul parfaitement orthodoxe ne nous semble pas constituer une erreur de droit si le résultat auquel il aboutit est correct (voir aussi en ce sens la solution implicite retenue dans CE 12 mars 2010, société Imagin'action Luxembourg, n° 307235, inédite au Recueil, à la RJF 5/10 n° 465, concl. L. Olléon au BDCF 5/10 n° 53).

Le résultat auquel la cour est parvenue est-il correct ? Il nous semble que oui. Vous avez déjà expressément jugé, dans la décision *Overseas*, que les revenus immobiliers mentionnés à l'article 5 de la convention franco-britannique sont des revenus nets. Il s'ensuit

que les charges qui doivent être prises en compte pour le calcul de ces revenus, imposables au Royaume-Uni, ne peuvent être déduites du résultat de la société imposable en France. Ce sont les stipulations de la convention qui, dans cette hypothèse, font obstacle à la déduction en France. Bien sûr, de même que vous devez avoir une conception étroite des revenus tirés de l'exploitation d'un immeuble au sens de l'article 5 de la convention, vous devez être pareillement exigeants dans la reconnaissance des charges qui doivent être déduites de ces seuls revenus et ne peuvent, par conséquent, venir minorer le résultat imposable en France. Mais s'agissant des charges dont se prévalait la société, charges d'intérêts supportées pour l'acquisition de l'immeuble et amortissement de celui-ci, nous n'avons pas de doute à considérer qu'elles présentent avec l'immeuble un lien suffisamment étroit – contrairement aux gains de change. Relevons que de telles charges seraient déductibles des revenus produits par l'immeuble au regard des dispositions du droit interne propres aux revenus fonciers³.

Et terminons sur ce point en soulignant que nos propos impliquent que, si la société avait réalisé des pertes de change plutôt que des gains, elle aurait été fondée à les déduire de son résultat imposable en France. Il y a là un impératif de cohérence avec ce que nous vous avons proposé de juger s'agissant des conclusions principales de la société.

4. Le « quatrième moyen » du pourvoi est tiré de ce que la cour a insuffisamment motivé sa décision en répondant globalement aux conclusions principales de la société, sans distinguer les différents redressements notifiés, alors que la société avait fourni pour chacun d'entre eux une argumentation spécifique détaillée. Mais la société admet elle-même dans son pourvoi que les questions suscitées par ces différents redressements étaient communes dans leurs principes. Nous souscrivons à cette observation et pensons que, pour cette raison, le moyen doit être écarté.

5. Le dernier moyen du pourvoi est tiré de ce que la cour n'a pas suffisamment expliqué pourquoi elle rejetait, à la fois, les conclusions principales de la société et ses conclusions subsidiaires. Selon la société, la cour aurait dû expliciter les raisons de ce qu'elle qualifie de « position asymétrique ». Mais le raisonnement suivi par la cour pour rejeter ces deux chefs de conclusions apparaît avec une netteté suffisante et vous permet d'exercer votre contrôle. Nous croyons que le moyen doit être écarté.

Par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.

³ Sur la prise en compte – subsidiaire – du droit interne dans l'interprétation des conventions fiscales internationales, voir l'intéressant article du président Martin paru à la Revue de droit fiscal n° 24 du 13 juin 2013, 320.