

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de BARMON, rapporteur public

La société Senoble Holding, devenue SAS Senoble Groupe Services, qui a son siège à Jouy dans l'Yonne, gère des participations dans des sociétés de fabrication et de distribution de produits laitiers. Elle détient notamment depuis fin 2007 l'intégralité du capital de la société britannique Elisabeth the Chief Ltd (ETC). Cette filiale commercialise au Royaume-Uni les desserts de la marque Senoble – île flottante, tarte au citron meringuée, dont la « little touch of continental excitement », selon son « chief executive officer », fait les délices des palais outre-manche. Mais c'est pour d'autres motifs qu'elle a attisé la gourmandise insatiable de l'administration fiscale française.

Au cours de l'exercice 2008, la société Senoble Holding a en effet octroyé des avances à sa filiale britannique. A la clôture de l'exercice, la société mère a converti ces aides en abandon de créance, pour un montant de 799 832 euros¹ correspondant à la perte d'exploitation enregistrée cette année-là par sa fille, et a déduit cette charge exceptionnelle de son résultat imposable au titre de l'année 2008.

A l'occasion d'une vérification de comptabilité de la société Senoble Holding, l'administration a observé que cet abandon de créance avait été qualifié en droit anglais non de produit mais d'allocation de fonds propres et avait été enregistré comme tel dans les comptes de la société britannique. Elle en a déduit que l'abandon de créance consenti par la société française constituait en réalité un supplément d'apport en capital à sa filiale non déductible, qu'elle a réintégré dans son résultat imposable. La société Senoble Holding a vainement réclamé contre les suppléments d'impôt sur les sociétés résultant de ce redressement.

Saisi du litige, le tribunal administratif de Montreuil a donné tort à l'administration, au motif que l'abandon de créance en cause ne répondait pas à la définition d'un supplément d'apport au sens du 2 de l'article 38 du code général des impôts, faute pour la société Senoble Holding d'en avoir retiré une contrepartie, notamment sous forme de droits sociaux.

Le ministre a fait appel de ce jugement. La cour administrative d'appel de Versailles l'a annulé et a rétabli les impositions litigieuses par un arrêt du 27 mai 2014, publié à la RJF

¹ 761 000 livres.

(8-9/14 n° 884). Son raisonnement se fonde sur deux éléments d'inégale importance. Elle a d'une part relevé sans s'y attarder que l'abandon de créance n'avait eu pour contrepartie aucune livraison de biens ou prestation de services, ce qui est une autre façon de dire qu'il ne rémunérait aucune transaction de nature commerciale entre les deux sociétés. Elle a d'autre part affirmé que, contrairement à ce que soutenait la société Senoble Holding, la nature réelle de l'opération réalisée avec sa filiale britannique pouvait être déterminée au regard des écritures comptables que cette dernière avait passées en application de la législation anglaise. L'arrêt, beaucoup plus étoffé sur ce point, relève ensuite que, suivant le droit comptable britannique, la filiale a enregistré l'abandon de créance comme un supplément d'apport mis en réserve dans un compte de fonds propres dont la variation, à la différence d'un compte de produit, n'affecte pas le résultat de l'exercice, lequel n'avait d'ailleurs donné lieu à aucune imposition en Angleterre. La cour en a déduit que l'abandon de créance litigieux devait être regardé, pour l'application du droit fiscal français, comme un apport de fonds, alors même qu'à la différence du droit français, la loi britannique ne prévoit pas dans cette hypothèse l'attribution de droits sociaux supplémentaires à l'actionnaire qui a consenti l'apport, mais autorise seulement la distribution aux associés, sous certaines conditions, de la somme ainsi mise en réserve. Et dès lors que la situation nette de la filiale bénéficiaire ETC n'était pas négative avant cet apport, la cour en a conclu qu'il avait eu pour contrepartie équivalente la valorisation de la participation de la société mère versante dans sa filiale et n'était par conséquent pas déductible.

Cette dernière étape de son raisonnement est indéniablement exacte : selon une jurisprudence constante issue d'une décision de Plénière du 30 avril 1980, une aide à caractère financier consentie par une société mère à sa filiale n'était en effet déductible que si et dans la mesure où elle n'avait pas pour contrepartie une augmentation de valeur des titres de la filiale en possession de sa mère (n° 16253, au rec., RJF 6/80 n° 467 ; cf aussi 16 mars 2001, *SA Rexel*, n° 199580, RJF 2001 n° 755). N'était admise en déduction du résultat imposable de la mère que la quote-part d'un abandon de créance qui comblait à fonds perdus la situation nette négative de sa filiale en difficulté, jusqu'à ce que la loi de finances rectificative du 16 août 2012 vienne clore le débat en prohibant désormais la déduction de toute aide financière². L'abandon de créance en litige n'était donc sûrement pas déductible, puisqu'il est constant que la société ETC ne se trouvait pas en situation nette négative fin 2008.

Si la solution n'est guère discutable, le détour par le droit comptable anglais qu'a emprunté la cour pour y parvenir l'est davantage. C'est l'angle d'attaque du pourvoi en cassation de la société, qui reproche à la cour d'avoir commis une erreur de droit en faisant dépendre la qualification juridique de l'opération en droit fiscal français de son traitement dans les écritures comptables de sa filiale étrangère. Cette méprise sur l'incidence du droit étranger dans la résolution du litige fiscal aurait d'ailleurs débouché sur une erreur de qualification juridique des faits : la cour, poursuit la requérante, ne pouvait qualifier l'abandon de créance de supplément d'apport après avoir pourtant relevé que faisait en l'espèce défaut un élément essentiel de la définition de l'apport en droit français, l'attribution corrélative de droits sociaux supplémentaires à l'apporteur, au motif que le droit britannique ne subordonnait pas la qualification d'apport à une telle condition.

² Article 17 de la loi n° 2012-958 ajoutant à l'article 39 du CGI un 13° alinéa, applicable aux exercices clos à compter du 4 juillet 2012, qui interdit la déduction des aides n'ayant pas un caractère commercial, sauf dérogations strictement encadrées pour les entreprises en difficulté.

Cette affaire vous donne l'occasion de rappeler la manière dont l'administration puis le juge de l'impôt français peuvent prendre en compte le droit local pour déterminer le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger.

Il est d'abord clair que ni l'un ni l'autre n'ont à faire application de la loi fiscale étrangère sous peine de méconnaître leur office, qui consiste à qualifier, au vu de la loi fiscale nationale, la façon dont une opération particulière donne prise à l'impôt français. Sauf dérogation expresse dans la loi nationale, le régime fiscal réservé par l'Etat étranger à cette opération ne saurait avoir une quelconque incidence sur l'application des règles fiscales françaises à son endroit. Ce principe d'inapplicabilité du droit fiscal étranger traduit la compétence régaliennne exclusive de chaque Etat à l'égard des impôts qui lui sont dus.

Même l'existence d'une convention fiscale bilatérale actant une forme de partage de cette souveraineté ne rend pas en elle-même la loi fiscale de l'autre Etat partie à l'accord pertinente pour trancher le litige soumis au juge de l'impôt français (16 juin 1982, n° 24191, RJF 8-9/82 n° 771 ; 18 mars 1985, *Min. c. Entreprise fiduciaire Paloma*, n° 38104, aux T., RJF 5/85 n° 690 ; 16 février 1990, *Société Soperma Anstalt*, n° 61498, RJF 4/90 n° 459 ; 29 juin 2011, *Min. c. C...*, n° 320263, RJF 10/11 n° 1084). Si votre décision *SA Diebold Courtag* du 13 octobre 1999 se réfère au droit fiscal néerlandais, c'est uniquement parce qu'il vous incombait de déterminer si une société de droit néerlandais avait la qualité de résidente au sens de la convention franco-néerlandaise, qualification conventionnelle qui dépendait du point de savoir si elle était assujettie à l'impôt sur les sociétés aux Pays-Bas. Ce n'est pas tant le droit fiscal néerlandais que vous avez appliqué que la convention qui définissait la notion de résident susceptible de l'invoquer par renvoi à la législation fiscale interne de chaque Etat (RJF 12/99 n° 1492, aux ccl du président Bachelier, BDCF 12/99 n° 125). C'est également pour vérifier si un organisme avait la qualité de résident d'un Etat partie à une convention fiscale, l'autorisant à se prévaloir de ses stipulations, que vous avez recherché s'il était exonéré d'impôt sur les sociétés en raison de son statut ou de son activité dans cet Etat (*Min. c. Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk*, n° 370054, 9 novembre 2015, au Rec.).

Ainsi, votre jurisprudence ne s'est jamais départie du refus de faire application du droit fiscal étranger, principe que votre décision de Plénière *SA Artémis* du 24 novembre 2014, aux conclusions d'Emmanuelle Cortot-Boucher, a consacré avec netteté (n° 363556, RJF 2/15 n° 102, BDCF 2015 n° 15 ; voyez également, dans le droit fil de ce précédent, votre décision du 27 juin 2016, *Sté Emerald Chores LLC* censurant l'erreur de droit à avoir déduit du régime fiscal applicable aux Etats-Unis aux limited liability companies la catégorie de sociétés à laquelle elles devaient être rattachées dans notre ordre juridique : n° 386842, RJF 11/16 n° 943).

Ce principe ne fait certes pas obstacle à la prise en compte du droit étranger, dans ses branches non fiscales, afin de cerner les caractéristiques matérielles d'une opération soumise à ce droit étranger, indispensables pour la qualifier ensuite correctement au regard de la loi fiscale française. Pour déterminer s'il y avait lieu de taxer le gain retiré par une société de droit québécois de la reprise d'un établissement industriel situé en France lors de la dissolution de sa filiale de droit ontarien, vous avez par exemple analysé les conséquences patrimoniales que le droit des sociétés canadien attache à une telle dissolution et, ayant constaté que celle-ci emportait en droit local un transfert des biens entre les patrimoines distincts des deux sociétés, vous en avez déduit que l'opération en litige devait être qualifiée

de cession au sens de l'article 39 duodecies de notre code général des impôts (27 mai 2002, *Sté Superseal Corporation*, n° 125959, RJF 2002 n° 900, aux ccl du président Goulard, BDCF 8-9/02 n° 104). Dans un litige portant sur l'année d'imposition du produit de la vente par adjudication d'une œuvre d'art réalisée à New-York, vous avez blâmé une cour administrative d'appel de ne pas avoir recherché si le droit étranger applicable à cette vente conditionnait la livraison du bien au paiement complet du prix (4 février 2015, *Mme L...*, n° 362007).

Encore ne faut-il pas de méprendre sur le sens de cette incursion dans les règles juridiques non fiscales en vigueur hors de nos frontières. La loi étrangère n'est pas pour vous une norme contraignante qui dicterait la qualification fiscale de l'opération dans notre droit, mais la source de constats factuels auxquels vous appliquez la règle fiscale française pour en déduire la qualification juridique de l'opération en droit interne. L'analyse du droit des sociétés ou encore du droit des obligations étranger n'a pour but que de recueillir les données de fait nécessaires à la mise en œuvre des critères fixés par la loi fiscale nationale.

L'administration a néanmoins cru déceler une rupture de cette méthode d'appréhension du droit étranger en matière fiscale dans votre décision *SNC Immobilière GSE* du 7 septembre 2009, aux T. et aux conclusions de Laurent Olléon (n° 303560, RJF 12/09 n° 1068 et BDCF 12/09 n° 136). C'est sur cette décision que se sont fondés la DVNI puis le ministre pour justifier l'imposition de la société Senoble Holding confirmée par l'arrêt attaqué.

La décision *SNC Immobilière GSE* n'a cependant pas la portée que lui prête l'administration.

Dans cette affaire, l'administration avait redressé, sur le terrain de l'acte anormal de gestion, la renonciation de la SNC française à percevoir des intérêts sur des sommes qu'elle avait accordées à ses filiales portugaises sous la forme de « versements supplémentaires », mode de financement des sociétés prévu par la législation commerciale portugaise sans équivalent dans notre système juridique. Vous avez d'abord jugé que la cour avait donné aux versements litigieux une qualification juridique erronée en les regardant comme des avances alors que le code des sociétés commerciales portugais conduisait à y voir un apport en capital, même si en droit portugais ces versements ne se traduisent pas par l'attribution de nouveaux droits sociaux aux associés.

Selon le ministre, ce passage de votre décision signifie qu'en présence d'une entreprise étrangère, c'est la qualification locale de l'opération qui doit automatiquement être retenue par le juge français. Cette interprétation ne peut être retenue. Même si votre démarche aurait gagné à être plus explicite, vous n'avez pas jugé qu'il fallait déduire mécaniquement des règles étrangères la qualification française d'un versement en numéraire ; vous n'avez fait que rechercher dans la loi portugaise des indices permettant d'assimiler ce type spécifique de financement étranger à l'une des deux catégories qui s'en rapprochaient le plus en droit français, les avances ou l'apport en capitaux propres. Vous avez probablement estimé que l'absence d'attribution de droits sociaux, qui plaidait pour la qualification d'avances, n'était pas aussi déterminante que l'inscription en capitaux propres et l'interdiction expressément faite par la loi portugaise de rémunérer les fonds versés, éléments qui incitaient davantage à ranger ces versements dans la catégorie française des capitaux propres.

C'est plutôt la suite de votre décision qu'il faut lire pour comprendre sa véritable portée jurisprudentielle. Ce que vous avez reproché à la cour, c'est de n'avoir tenu aucun compte d'une caractéristique du droit portugais, l'interdiction de rémunérer les versements supplémentaires, pourtant capitale dès lors qu'il s'agissait d'apprécier si l'absence de versement d'intérêts à la société française était constitutive d'un acte anormal de gestion. Ce que juge la décision *SNC Immobilière GSE*, c'est qu'il n'est pas anormal pour une société française de se conformer aux interdictions édictées par la loi étrangère, et qu'il est corrélativement nécessaire pour l'administration et le juge français d'intégrer les contraintes de cette nature posées par un droit étranger dans l'appréciation de la normalité d'un acte de gestion. Le droit portugais empêchait en l'espèce de regarder l'absence de rémunération de la société mère comme un acte anormal de gestion.

La situation est tout autre dans notre affaire. L'inscription des avances litigieuses dans un compte de fonds propres de la filiale britannique ETC ne commandait pas leur déductibilité du résultat imposable de sa société mère. Le juge de l'impôt français n'est pas lié par le traitement comptable d'un flux financier selon la réglementation étrangère. Vous pouvez d'autant moins entrer dans cette logique qu'il serait incohérent de calquer la qualification fiscale d'une opération en droit français sur la réglementation comptable étrangère, tout en imposant aux entreprises de se conformer aux règles comptables françaises, par l'article 38 quater de l'annexe III au code général des impôts. De ce fait, la règle comptable étrangère ne nous semble pouvoir être prise en compte par le juge fiscal français qu'avec une extrême précaution : le droit comptable occupe une position intermédiaire, au sein du corpus juridique étranger, entre le droit fiscal qui ne peut jamais prévaloir, et les autres branches du droit (droit des sociétés, droit des contrats...) qui peuvent légitimement fournir des éléments factuels indispensables à la qualification de l'opération en droit fiscal interne.

L'administration fiscale se fourvoie donc lorsqu'elle tire de la décision *SNC Immobilière GSE* la conclusion que l'abandon de créances, même s'il ne se traduit pas par l'attribution de parts sociales, constitue un apport en capital parce qu'il est comptablement traité comme tel en Angleterre et en s'appuyant ainsi sur le droit comptable étranger pour écarter l'une des caractéristiques essentielles de la catégorie fiscale française de l'apport en capital qu'est l'existence d'une contrepartie en termes de droits sociaux.

Bien qu'elle ait tenté de s'en défendre par une rédaction assez nuancée au premier abord, dans la lignée des efforts louables de son rapporteur public pour redresser l'argumentation du ministre, la cour a *de facto* déduit la qualification fiscale d'apport de fonds du traitement qui a été réservé en comptabilité britannique à l'abandon de créance litigieux, qui était le seul élément avancé devant elle par l'administration. Elle a en cela commis une erreur de droit qu'il ne nous paraît pas opportun de neutraliser pour préserver le dispositif de son arrêt, car l'administration a fondé d'autres redressements sur une motivation similaire, notamment celui notifié à la société LVMH dont vous aurez bientôt à connaître dans le cadre du pourvoi en cassation qu'elle a formé contre un autre arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles, d'ailleurs motivé de manière différente.

Après annulation, vous lui renverrez l'affaire et pourrez accorder 3 500 euros à la requérante au titre des frais irrépétibles.

Par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Versailles et à ce que l'Etat verse à la société Senoble Groupe Services une somme de 3 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.