

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de BARMON, rapporteur public

Vous retrouverez dans cette affaire la question qui est au cœur de votre décision de Section *SA Andritz* du 30 décembre 2003 (n° 233894, RJF 3/04 n° 238) : celle de savoir si les dispositions de l'article 212 du code général des impôts destinées à lutter contre la sous-capitalisation, dans leur rédaction antérieure à 2007, sont applicables lorsque le contribuable se prévaut d'une clause de non-discrimination stipulée dans une convention fiscale bilatérale, à propos, cette fois-ci, de la convention conclue entre la France et les Etats-Unis d'Amérique le 31 août 1994.

I. Comme vous l'expliquait le président Bachelier dans ses conclusions sur la décision *Andritz* (au BDCF 2004 n° 33), les entreprises disposent essentiellement de deux sources de financement de leurs opérations : l'augmentation de capital et le recours à l'emprunt. Ce choix n'est pas neutre sur le plan fiscal : alors que l'actionnaire ou l'associé est rémunéré par l'attribution d'une part du bénéfice après impôt, distribution sans incidence sur l'imposition de la société, les intérêts d'emprunt constituent une charge déductible diminuant son bénéfice imposable. Une société peut ainsi décider de financer son activité en s'endettant plutôt que par un apport en capital pour des raisons fiscales.

C'est pourquoi la France a adopté dès 1941 un dispositif visant à lutter contre les situations de sous-capitalisation, dans lesquelles la société, dotée d'un capital insuffisant pour exercer son activité dans des conditions normales, s'endette exagérément, et dont le signe est un excès au bilan de fonds d'emprunt par rapport aux fonds propres. Dans sa rédaction applicable aux exercices clos avant le 1^{er} janvier 2007, le 1^o de l'article 212 du CGI interdisait ainsi à l'entreprise emprunteuse de déduire les intérêts versés aux associés ou actionnaires la contrôlant pour la fraction de leur montant excédant 1,5 fois son capital social.

En vertu de son b, cette limitation ne s'appliquait toutefois pas aux intérêts rémunérant les avances consenties à sa filiale par une société mère au sens de l'article 145 du CGI, définissant le régime mère-fille. Seules les sociétés assujetties à l'impôt sur les sociétés en France au taux normal pouvant se voir reconnaître cette qualité, les filiales françaises de sociétés étrangères ne disposant pas d'établissement stable en France étaient *de facto* exclues du régime dérogatoire du b du 1^o de l'article 212 et tombaient sous le coup de la limitation de la déduction des intérêts d'emprunt à hauteur de 1,5 fois leur capital social.

Si le dispositif anti-abus ciblait en pratique les filiales de groupes étrangers, c'est parce que la sous-capitalisation peut être un efficace vecteur d'évasion fiscale. Au sein d'un groupe

international, le recours à l'emprunt est beaucoup plus avantageux fiscalement que l'apport en capital, lorsqu'il permet de réduire voire de supprimer le bénéfice imposable d'une filiale située dans un Etat taxant lourdement les bénéfices en les « transférant » sous forme d'intérêts, en franchise de retenue à la source, vers un Etat où ces sommes sont moins imposées, avant d'être reversées à la société mère du groupe, sous le régime d'exonération des sociétés mères et filiales. L'exemple classique donné par Bruno Gouthière dans son ouvrage *Les impôts dans les affaires internationales* pour illustrer l'intérêt fiscal de la sous-capitalisation dans un contexte international est celui d'une société française sous-capitalisée, qui diminue son bénéfice imposable en versant des intérêts déductibles à une société-relais néerlandaise assurant le financement du groupe, par une transaction échappant à la retenue à la source en vertu de l'article 131 quater du CGI. La société-relais, peu imposée aux Pays-Bas, peut se refinancer par un emprunt intragroupe, les intérêts qu'elle sert quittant à leur tour les Pays-Bas sans retenue à la source, à destination d'une autre société du groupe.

Les faits à l'origine du litige ne sont pas sans parenté avec ce schéma. Pour racheter la société française Jouan, le groupe américain Thermo Electron, spécialisé dans les équipements de laboratoire et d'analyse, crée en septembre 2003 une holding en France, la société Thermo Electron Holdings (TEH), au capital de 37 000 euros. Celle-ci finance l'acquisition au moyen d'un prêt intragroupe de 65 millions d'euros qu'elle contracte en décembre 2003 non pas auprès de sa société mère et unique associée, la société américaine Thermo Electron Corporation (TEC), mais de sa sœur néerlandaise, la société Thermo Euroglass BV, elle-même indirectement détenue par la société américaine TEC.

II. Au cours d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a été informée par les autorités fiscales néerlandaises que, le jour même où l'emprunt était accordé à la holding française, sa société mère américaine avait mis les 65 millions d'euros à disposition de la société néerlandaise Thermo Euroglass BV, avec ordre d'accorder un prêt du même montant à sa filiale française. Le vérificateur a estimé que l'emprunt avait en réalité été conclu entre la société mère américaine et la société française, et que le contrat de prêt masquait l'identité du véritable prêteur afin d'éviter l'application de l'article 212 du CGI en plaçant l'opération sous la protection de la convention franco-néerlandaise. Il en a conclu que l'interposition de la société néerlandaise constituait un abus de droit car elle dissimulait artificiellement la réalité de l'emprunt contracté par la société française auprès de sa mère américaine dans l'unique dessein d'éluider l'impôt qui aurait été exigible si les parties prenantes avaient conclu un acte juridique reflétant sincèrement l'origine des fonds. L'administration a donc mis en œuvre l'article L. 64 du LPF pour substituer le véritable prêteur à celui formellement désigné dans le contrat de prêt, écarté pour fraude à la loi.

Elle a en conséquence refusé à la société Thermo Electron Holdings la déduction d'une partie des intérêts afférents à cet emprunt, sur le fondement de l'article 212 du CGI, ce qui a réduit de plus de 5 580 000 euros ses déficits des exercices 2003 à 2006. Elle a également appliqué la retenue à la source du 2 de l'article 119 bis du CGI aux intérêts non déductibles, qu'elle a regardés comme des revenus distribués au profit de la société américaine Thermo Electron Corporation.

La société Thermo Electron Holdings a vainement demandé le rétablissement de ses déficits reportables et la décharge de la retenue à la source au tribunal administratif puis à la cour administrative d'appel de Nantes. Elle se pourvoit régulièrement en cassation contre l'arrêt rendu par cette cour le 25 juin 2015 (publié à la RJF 11/15 n° 891).

III. La souscription de l'emprunt auprès de la société Thermo Euroglass BV permettait effectivement à la société TEH de s'affranchir du dispositif anti sous-capitalisation. L'article 212 ne concerne en effet que les prêts octroyés par les associés ou actionnaires et ne pouvait faire obstacle à la déduction d'intérêts rémunérant un prêt consenti à la requérante par sa société sœur¹.

Mais pour qu'un acte ou une série d'actes soit constitutif d'un abus de droit, encore faut-il que le contribuable en retire un avantage fiscal. Vous jugez en effet que, même lorsqu'il conclut un contrat dans l'unique but d'atténuer ses charges fiscales, aucun abus de droit ne peut être sanctionné si l'imposition de l'intéressé ne se trouve en réalité pas atténuée par cet acte (5 mars 2007, *Selarl Pharmacie des Chalonges*, n° 284457, RJF 2007 n° 600 ; 10 juillet 2007, *Min. c. A...*, n° 294537, RJF 11/07 n° 1297). La mise en évidence d'un abus de droit nécessite donc de rechercher quel aurait été le sort fiscal du contribuable s'il n'avait pas passé les actes litigieux.

C'est autour de ce principe que s'articulait la principale ligne de défense de la société TEH devant les juges du fond. Elle niait la recherche d'un but fiscal et donc tout abus de droit par fraude à la loi, en faisant valoir que l'article 212 du CGI n'aurait pas davantage pu lui être appliqué si elle avait souscrit directement l'emprunt auprès de sa société mère américaine, et ce pour deux motifs. Elle revendiquait d'abord le bénéfice de la dérogation prévue au b du 1° de l'article 212 en faveur des sociétés mères au sens de l'article 145 du code général des impôts, cette qualité ne pouvant, selon la requérante, être refusée à sa mère, la société américaine TEC. Elle soutenait ensuite que la clause de non-discrimination prévue à l'article 25 de la convention franco-américaine de 1994 aurait également fait obstacle à l'application du dispositif français de lutte contre la sous-capitalisation.

Conformément au principe de subsidiarité des conventions fiscales rappelé par votre décision d'Assemblée *Ministre c. Schneider Electric* du 28 juin 2002 (n° 232276, RJF 2002 n° 1080), la cour aurait dû suivre l'ordre des écritures et se prononcer en priorité sur le premier moyen, qui la conduisait à examiner si l'imposition était fondée en droit interne, avant, dans l'affirmative, de vérifier si la convention franco-américaine rendait inapplicables les dispositions de l'article 212 du CGI. Nous évoquerons donc d'abord la réponse apportée par la cour sur le terrain du droit interne avant d'examiner l'incidence du droit conventionnel.

Après avoir cité l'article 145 du CGI réservant le régime des sociétés mères aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés au taux normal, la cour a jugé que la société Thermo Electron Corporation n'avait pas la qualité de société mère au sens de ces dispositions dès lors que son siège social était aux Etats-Unis et qu'il n'était pas même allégué qu'elle aurait eu un établissement stable en France. Le pourvoi critique ces motifs sous l'angle de l'erreur de droit et de l'insuffisance de motivation.

¹ La liberté d'établissement protégée par l'article 43 du TCE n'aurait en revanche pas fait obstacle à l'application du dispositif national de lutte contre la sous-capitalisation dans la situation d'espèce, celle dans laquelle une société française se voit accorder un prêt par une société résidente d'un autre Etat membre (les Pays-Bas en l'occurrence) qui, elle-même, ne détenait pas une participation de contrôle dans la société emprunteuse française, les deux sociétés sœurs française et néerlandaise étant en revanche contrôlées, directement pour la première et indirectement pour la seconde, par une société apparentée commune résidant dans un pays tiers, la société américaine TEC. Dans une telle configuration, la CJUE juge en effet que la mesure anti abus n'affecte la liberté d'établissement que dans le chef de la société établie hors de l'UE jouissant du contrôle des sociétés qui y sont implantées, de sorte qu'elle n'est pas invocable (CJUE, 13 mars 2007 aff. 524/07, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, points 98 et 99, RJF 6/07 n° 775).

L'arrêt aurait gagné à être plus explicite, mais il est certain que la cour a voulu juger que, faute d'être assujettie à l'impôt sur les sociétés en France, en l'absence de tout établissement stable dans cet Etat, la société TEC n'entraîne pas dans le champ de l'article 145 du CGI.

Cette réponse est exempte d'erreur de droit : l'absence d'établissement stable, et son corollaire, la non-soumission à l'impôt sur les sociétés français de la société étrangère bénéficiaire des intérêts litigieux, suffisait à lui dénier la qualité de société mère au sens du régime mère-fille, et à refuser à sa filiale le bénéfice du régime de faveur prévu au b du 1° de l'article 212. C'est ce que juge votre décision *Andritz* de décembre 2003 pour confirmer le bien-fondé des redressements sur le terrain de la loi française, qui n'était d'ailleurs pas contesté dans ce précédent.

C'est en vain que la société TEH invoque la suite de la décision *Andritz* pour reprocher à la cour de ne pas avoir recherché si, même en l'absence d'établissement stable en France, la société TEC aurait été passible de l'IS au taux normal si elle avait exercé son activité sur ce territoire. Vous n'avez imposé une telle recherche que dans le second temps du raisonnement, sur le terrain conventionnel, pour apprécier l'identité de nature entre la filiale française d'une société mère étrangère et la filiale française d'une société mère française qui conditionnait l'application de la clause de non-discrimination de la convention fiscale franco-autrichienne. Vous avez jugé que la cour ne pouvait se borner à constater que la société mère étrangère n'était pas imposée en France faute d'établissement stable pour en déduire que cette condition de similarité entre les filiales de sociétés situées respectivement dans les deux Etats parties n'était pas remplie et que la clause de non-discrimination ne pouvait pas jouer.

Contrairement à ce qui est soutenu, l'arrêt attaqué ne reproduit pas cette erreur : la cour s'est uniquement placée au regard du droit interne, comme l'y invitait le moyen qui lui était soumis, et a jugé à juste titre que l'administration était fondée, sur ce terrain, à redresser la société TEH sur le fondement de l'article 212 du CGI, la requérante ne satisfaisant pas à la condition légale requise pour bénéficier de la dispense de limite de la déduction des intérêts fixée au b du 1° de cet article. Le premier moyen n'est pas fondé.

L'interposition de l'intermédiaire néerlandais présentait donc bien un intérêt fiscal substantiel pour la société TEH par rapport à l'application du seul droit interne français.

IV. Il faut se demander si un tel constat ne suffit pas à justifier l'existence d'un but fiscal permettant - si bien sûr son caractère exclusif est établi -, de mettre en évidence un abus de droit par fraude à la loi. Faut-il au contraire tenir compte, dans l'appréciation de l'intérêt fiscal du montage, de l'incidence de la convention fiscale bilatérale qui devient applicable lorsque l'administration écarte le contrat de prêt jugé abusif pour restituer au prêteur sa véritable identité ? Cette affaire soulève ainsi la question du référentiel par rapport auquel déterminer s'il y a abus de droit dans les échanges internationaux, qui conditionne l'opérance du moyen de la société TEH critiquant les motifs de l'arrêt lui refusant le bénéfice de la convention franco-américaine.

La réponse n'est pas absolument évidente, car un résident d'un Etat entrant dans le champ d'une convention fiscale n'est jamais tenu de revendiquer à son profit le bénéfice de ses stipulations qui lui sont favorables.

Surtout, l'application de la convention franco-américaine est ici purement hypothétique : aucun flux financier n'a directement transité entre la France et les Etats-Unis dans l'opération de prêt litigieuse ; les versements d'intérêts correspondants n'étaient pas matériellement placés dans le champ de la convention liant ces deux Etats.

Il n'est possible d'examiner l'incidence de la convention franco-américaine sur cette transaction que si l'on considère que le prêt est en réalité consenti par la société américaine à la société française et que l'on écarte le contrat conclu entre les sociétés française et néerlandaise, c'est-à-dire si le montage mis en place est constitutif d'un abus de droit. Mais à l'inverse, l'application de la clause de non-discrimination de la convention franco-américaine commande la qualification d'abus de droit. En effet, si cette clause bénéficie sans réserve à la société TEH, en faisant totalement obstacle à la mise en œuvre de l'article 212 du CGI, les intérêts versés à la société mère américaine sont déductibles de la même façon que les intérêts versés à la société sœur néerlandaise ; dans cette hypothèse, aucun impôt n'est éludé et l'abus de droit n'est pas caractérisé. Le redressement n'est fondé que si la convention franco-américaine ne produit pas l'effet que lui prête la société requérante. La qualification d'abus de droit dépend donc de l'interprétation que vous allez donner de l'article 25 de la convention franco-américaine... qui ne peut être invoquée que si l'opération est qualifiée d'abus de droit.

Accepter de regarder l'effet qu'aurait produit une convention qui n'était pas matériellement applicable au flux considéré suppose un degré d'abstraction et de complexité assez vertigineux. L'on peut notamment se demander s'il faudrait pousser cette logique jusqu'à intégrer l'incidence d'autres paramètres de la convention, comme le taux de retenue à la source, pour évaluer le gain fiscal qu'il y a pour le contribuable à placer artificiellement l'opération sous l'égide d'une convention bilatérale plutôt que sous une autre.

Nous pensons toutefois qu'il est bien nécessaire, pour déterminer si l'on est en présence d'un abus de droit, de comparer les effets des deux conventions fiscales bilatérales, celle qui a été effectivement appliquée par le contribuable à l'opération litigieuse et celle qui aurait dû l'être selon l'administration fiscale. Lorsque l'administration dénonce, comme en l'espèce, une forme abusive de « treaty shopping », il convient de mettre en balance le traitement fiscal complet de l'opération qui résulte de l'application combinée de chacune des deux conventions avec le droit interne français.

Vous êtes déjà entrés dans cette démarche avec votre décision *Min. c. Société Bank of Scotland* du 29 décembre 2006, au Rec. Vous y avez censuré pour fraude à la loi le montage consistant à interposer une banque écossaise entre une société française distributrice de dividendes et la société américaine qui la détenait intégralement, dans le seul but de bénéficier des clauses de la convention franco-britannique permettant aux résidents du Royaume-Uni d'obtenir le remboursement de l'avoir fiscal attaché aux distributions de dividendes versés par une société française, alors que la convention franco-américaine n'aurait pas permis à la société américaine de bénéficier de ce remboursement. Vous avez écarté le contrat de cession temporaire de l'usufruit des actions de la société française à la banque du Royaume-Uni qui masquait le remboursement abusif par la filiale et le Trésor public français d'un prêt consenti par la banque écossaise à la société américaine. Regardant les dividendes litigieux comme versés en réalité par la société française à sa mère américaine, vous avez ensuite refusé de faire jouer la convention franco-britannique au profit de la banque dès lors qu'elle n'était pas le bénéficiaire effectif de ces dividendes (n° 283314, RJF 2007 n° 322, ccl F. Sénors au BDCF 2007 n° 33).

Il est ainsi acquis qu'il peut y avoir abus de droit par recherche, dans un but exclusivement fiscal, d'une application littérale des stipulations d'une convention fiscale bilatérale, à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, et qu'il est pertinent, pour le mettre en évidence, de rechercher l'effet que produirait la convention sous laquelle aurait dû être placée l'opération litigieuse, abstraction faite des apparences créées par le contrat frauduleux.

Vous devrez encore pousser un peu plus loin cette démarche au cas présent. Dans le précédent *Bank of Scotland*, la convention franco-américaine n'avait servi que d'étalon de mesure du traitement fiscal normal de l'opération et vous ne vous étiez prononcés que sur l'application de la convention franco-britannique. Alors que dans ce précédent, vous avez simplement refusé le bénéfice d'un avantage fiscal ouvert par la convention qui s'appliquait matériellement au flux considéré, vous devez au cas présent déterminer si la convention applicable pour les besoins de la répression d'un abus de droit permettait à la requérante d'échapper à un dispositif anti abus. Vous êtes de ce fait conduits à mettre réellement en œuvre la convention franco-américaine, et pour cela à résoudre une question inédite d'interprétation de cette convention, abusivement contournée, selon l'administration fiscale, par le groupe Thermo Electron.

Nous pensons que c'est ce qu'implique nécessairement le jeu combiné de l'abus de droit et des conventions fiscales. C'est du reste ce que commande votre office, puisqu'une fois établi le bien-fondé de l'imposition en droit interne, il appartient au juge de l'impôt de vérifier, au besoin d'office, si une convention fiscale fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale nationale, la question de son champ d'application étant d'ordre public (19 décembre 1986, *Min. c. Société Carboline Europe*, n° 54101, RJF 1987 n° 176, aux ccl du président Fouquet ; décision *Min. c. Schneider Electric* précitée ; 28 mars 2008, *B...*, n° 271366, au Rec., RJF 6/08 n° 629, ccl Claire Landais au BDCF 6/08 n° 69 ; 24 juillet 2009, *Société Fis-Vopart*, n° 309278, aux T., RJF 11/09 n° 931, ccl Nathalie Escaut au BDCF 2009 n° 126).

Ajoutons que c'est bien ainsi que procède la CJUE : elle invite le juge national à vérifier la compatibilité d'un redressement anti sous-capitalisation avec la liberté d'établissement au vu de l'application combinée de la législation nationale en cause et des dispositions pertinentes des conventions fiscales (CJCE, 13 mars 2007, aff. 524/07, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, point 127, RJF 6/07 n° 775).

Le moyen par lequel la société TEH soutient que la cour a commis une erreur de droit dans l'interprétation de l'article 25 de la convention franco-américaine est donc opérant, et il faut à présent en examiner les mérites.

V. Le point 4 de cet article 25 énonce la clause de non-discrimination convenue entre la France et les Etats-Unis. Selon une formulation classique, reprenant les termes de l'article 24 § 5 de la convention-modèle OCDE adoptée en 1977, il impose de ne pas traiter différemment une société française selon que ses actionnaires sont résidents de France ou des Etats-Unis. Ces stipulations sont identiques en substance à celles de l'article 26 § 3 de la convention franco-autrichienne issue de l'avenant du 30 octobre 1970 qui était invoquée dans l'affaire *Andritz*.

Mais alors que cette dernière convention ne comportait pas d'autres stipulations pertinentes, le paragraphe 3 a de l'article 25 de l'accord franco-américain, calqué sur l'article

24 § 4 de la convention-modèle OCDE, précise que les intérêts versés par une filiale française à sa société mère américaine sont déductibles de son résultat imposable comme s'ils avaient été payés à un résident de France, pour autant que soient respectées les stipulations encadrant la déductibilité des intérêts versés entre entreprises associées et entre entreprises en relations spéciales, énoncées respectivement aux articles 9 § 1 et 11 § 6 de la convention.

Suit un b réservant expressément à la France le droit d'appliquer l'article 212 de son code général des impôts, « *si et dans la mesure où cette application est compatible avec les principes contenus dans le paragraphe 1 de l'article 9* » concernant les entreprises liées. Ces stipulations posent un principe : la convention ne peut faire échec à un redressement fondé sur l'article 212 du CGI. Si elles s'en tenaient là, l'abus de droit serait évident. Mais ce principe est assorti d'une condition stricte qui subordonne la validation du mécanisme anti-abus français au respect de l'article de la convention relatif aux transferts indirects de bénéfices.

La cour a jugé cette condition remplie au seul motif que cet article a un champ d'application différent de celui du dispositif de lutte contre la sous-capitalisation prévu à l'article 212 du CGI. La société TEH soutient que ce raisonnement est entaché d'erreur de droit et nous croyons que ce moyen doit être accueilli.

L'affirmation de la cour est pourtant un résumé exact, quoiqu'un peu abrupt, de votre décision *Andritz*.

Celle-ci juge en effet que les situations de sous-capitalisation n'entrent pas dans les prévisions des stipulations relatives aux transferts indirects de bénéfices telles que celles de l'article 9 § 1 de la convention franco-américaine, équivalent conventionnel de l'article 57 du CGI, qui, comme le rappelle l'arrêt attaqué, visent à garantir le respect du principe de pleine concurrence en autorisant la réintégration des bénéfices transférés entre entreprises d'un même groupe établies dans des Etats différents dans des conditions s'écartant de celles du marché qui auraient prévalu entre entreprises indépendantes. L'administration peut invoquer l'article 9 § 1 pour contester des taux d'intérêt servis par une société française à une société étrangère liée anormalement élevés par rapport à ceux qui lui seraient demandés par un prêteur indépendant, mais pas pour remettre en cause le choix opéré par une société étrangère de financer sa filiale française par l'octroi d'un prêt plutôt que par une augmentation de capital. La raison justifiant cette frontière étanche que vous avez dressée entre sous-capitalisation et transferts indirects de bénéfices est que ces derniers ne concernent en principe que les transactions entre entreprises d'un même groupe susceptibles de faire l'objet de comparaisons avec celles dont conviendraient des entreprises indépendantes. Or, la question de la sous-capitalisation, c'est-à-dire du niveau des fonds investis par les actionnaires, ne se pose par définition qu'entre entreprises associées : il n'existe sur ce point aucune référence de marché entre entreprises indépendantes. C'est donc dans la droite ligne de la décision *Andritz* que la cour a affirmé que l'article 9 § 1 de la convention franco-américaine a un champ d'application différent de celui de l'article 212 du CGI.

Mais elle ne pouvait s'en tenir à ce constat pour refuser à la société TEH le bénéfice de la clause conventionnelle de non-discrimination qu'elle invoquait. Sa lecture du b du 3 de l'article 25 de la convention franco-américaine prive de toute portée la restriction apportée à l'application de l'article 212 par renvoi à son article 9 § 1. Selon l'arrêt attaqué, la mise en œuvre de l'article 212 est toujours compatible avec le principe de pleine concurrence et la clause de non-discrimination de la convention franco-américaine ne peut, par construction,

jamais faire obstacle à la limitation drastique des intérêts admis en déduction prévue en droit interne.

Cette interprétation ne peut être approuvée, car elle revient à ignorer la rédaction particulière de cette convention. En 2003, à la date de notre litige, plus du tiers des conventions fiscales bilatérales signées par la France comportaient une clause visant à sanctuariser l'usage de l'article 212 du CGI². A l'exception notable de la convention franco-japonaise du 3 mars 1995³ et de la convention franco-suisse, depuis un avenant du 22 juillet 1997⁴, aucune d'entre elles n'opère un tel renvoi à l'article sur les entreprises associées. Elles se bornent toutes à prévoir, plus simplement, que la convention n'empêche pas la France de mettre en œuvre l'article 212, à l'instar des conventions conclues avec l'Italie, l'Ukraine, la Corée du Sud, le Kazakhstan, le Canada, l'Égypte, l'Afrique du Sud, le Zimbabwe, ou encore la convention franco-autrichienne du 6 décembre 1994, qui n'était pas encore applicable dans l'affaire *Andritz*. Il n'est pas possible de lire de façon uniforme les clauses préservant entièrement l'application de l'article 212 et celles qui ne le font que sous réserve.

La seule manière de donner un sens à la lettre singulière des conventions conclues avec les Etats-Unis, le Japon et la Suisse est celle que propose le pourvoi : la clause de non-discrimination permet à la France d'appliquer le dispositif anti sous-capitalisation de l'article 212, mais uniquement dans la mesure où, au cas d'espèce, le financement accordé par une société américaine excède celui que sa filiale française aurait pu, au vu de sa situation financière, obtenir d'un tiers indépendant. L'article 212 ne peut jouer que pour autant que ne soient pas réintégrées sur son fondement, dans le bénéfice imposable de la société française, des intérêts qu'elle aurait pu être amenée à supporter si elle avait conclu le prêt dans des conditions de pleine concurrence. L'article 212 conserve bien une portée : il s'oppose à la déduction des intérêts qui dépassent ceux rémunérant le prêt qu'elle aurait pu obtenir d'une société n'appartenant pas au même groupe.

Par exemple, une entreprise française au capital social de 37 000 euros ne peut, en vertu de l'article 212 du CGI, déduire que 55 000 euros d'intérêts, correspondant à un emprunt de 2 750 000 euros au taux de 2 %. Mais si un établissement bancaire indépendant aurait consenti à lui prêter 5 millions d'euros moyennant des intérêts s'élevant à 100 000 euros, compte tenu par exemple d'une garantie de groupe, la clause de non discrimination fait obstacle à ce que l'administration remette en cause la déduction de la fraction des intérêts comprise entre 55 000 et 100 000 euros, et valide le redressement au-delà de ce seuil.

Cela revient à substituer conventionnellement, au ratio fixe de droit interne égal à une fois et demie le capital social, un plafond de déductibilité des intérêts d'emprunt déterminé au regard des conditions de prêt en pleine concurrence, un peu comme on substitue le taux conventionnel de retenue à la source plus faible que le taux national de droit commun.

² La clause figure le plus souvent dans l'article de non-discrimination (cf article 25 § 7 de la convention franco-égyptienne du 19 juin 1980, de l'article 28 § 1 de la convention du 8 novembre 1993 conclue avec l'Afrique du Sud, ou encore l'art. 24 § 5 de la convention franco-zimbabwéenne du 10 mars 1997, art. 24 § 5). On la trouve parfois dans un protocole annexé à la convention (cf. par exemple la convention franco-coréenne du 19 juin 1979, la convention franco-italienne du 5 octobre 1989, dont un jugement TA Cergy-Pontoise 11 juillet 2002 n° 99-35301, *Société Ceia International*, RJF 12/02 n° 1364, chron. L. Olléon RJF 3/03 p. 191 fait application ; le point 10 du protocole à la convention conclue avec le Kazakhstan le 3 février 1998, le point 9 du protocole à la convention franco-ukrainienne du 31 janvier 1997, ou encore le point 8 du protocole à la convention franco-autrichienne du 6 décembre 1994).

³ Point 17 a du protocole annexé au moment de procéder à la signature de la convention.

⁴ Point IX du protocole additionnel du 9 septembre 1966, complété par l'avenant du 22 juillet 1997,

Cette lecture de la convention franco-américaine est opportunément confortée par les commentaires officiels de l'OCDE sur l'article 9 § 1 du modèle adoptés en 1992 à la suite du rapport de son comité fiscal sur la sous-capitalisation de 1986⁵. Même si vous n'êtes pas liés par ces commentaires, vous pouvez vous y référer dès lors qu'ils sont antérieurs aux stipulations à interpréter (a contrario, *Min. c. Sté Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*, 11 avril 2014, n° 344990, RJF 2014 n° 667 ; *Min. c. Sté AIG Management France*, 17 juin 2015, n° 369722, RJF 2015 n° 759). L'organisation y indique que les stipulations relatives aux transferts indirects de bénéfices n'empêchent pas l'application des règles nationales de lutte contre la sous-capitalisation dans la mesure où leur effet est d'assimiler les bénéfices de l'emprunteur à ceux qui auraient été réalisés dans une situation de pleine concurrence. Selon l'OCDE, elles permettent de déterminer non seulement si le taux des intérêts prévus dans le contrat est de pleine concurrence, mais encore de vérifier si ce qui est présenté comme un prêt n'est pas une mise à disposition de fonds d'une autre nature, et plus particulièrement une participation masquée au capital social. Mais les dispositions visant à réprimer la sous-capitalisation ne doivent pas avoir pour effet de porter le montant des bénéfices imposables de l'entreprise considérée à un niveau supérieur à celui que ces bénéfices auraient dû atteindre dans des conditions de marché.

Cette interprétation de la convention franco-américaine ne remet pas en cause votre décision de Section *Andritz* : il s'agit seulement d'interpréter autrement une clause rédigée différemment de celle qui vous était alors soumise. L'étanchéité de principe entre sous-capitalisation et transferts indirects de bénéfices ne vaut que tant qu'aucune stipulation conventionnelle ne la contredit. Vous avez pu l'opposer à l'administration dans l'affaire *Andritz* en l'absence de clause réglant le sort conventionnel du dispositif anti sous-capitalisation français, mais elle cède le pas devant la volonté des Etats-Unis et de la France d'en disposer autrement en établissant expressément le lien entre la sous-capitalisation et le régime conventionnel des relations entre entreprises associées. De surcroît, alors qu'il était exclu dans l'affaire *Andritz* de tenir compte des commentaires précités de l'OCDE, postérieurs à la convention franco-autrichienne à interpréter, vous pouvez assez naturellement voir dans la convention franco-américaine la traduction de la doctrine d'inclusion de la sous-capitalisation dans le champ des transferts abusifs de bénéfices développée par l'OCDE à partir de 1992.

Nous vous proposons de juger que le paragraphe 3 b de l'article 25 de cette convention n'autorise la France à appliquer l'article 212 du CGI que dans la mesure où sa mise en œuvre permet de rétablir le bénéfice de pleine concurrence⁶.

Comme le soutient la société TEH, avant de lui dénier le bénéfice de la clause de non-discrimination, la cour aurait donc dû rechercher si la réintégration des intérêts imposés par l'administration fiscale sur le fondement de l'article 212 ne conduisait pas à admettre un volume d'intérêts déductibles inférieur à celui qu'elle aurait pu verser à un prêteur indépendant dans des conditions de marché, et donc à l'imposer sur un bénéfice supérieur au bénéfice de pleine concurrence.

⁵ Ces commentaires figurent aujourd'hui au point 3 de l'article 9.

⁶ C'est d'ailleurs l'une des conditions, avec l'existence d'un montage purement artificiel, à laquelle la CJUE subordonne la compatibilité des dispositifs de lutte contre la sous-capitalisation avec la liberté d'établissement, lorsque celle-ci est applicable (arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* précité, point 76 à 81 et point 92).

En revanche, contrairement à ce que prétend aussi la société TEH, la cour ne devait pas appliquer de manière autonome le paragraphe 4 de la convention reproduisant la clause de non-discrimination interprétée dans la décision *Andritz*. Elle n'avait pas à apprécier si la société TEH était similaire à la filiale française d'une société mère française en recherchant si, même en l'absence d'établissement stable en France, sa société mère américaine aurait été passible de l'IS au taux normal si elle avait exercé son activité en France. La clause générale d'égalité de traitement ne peut être invoquée pour faire échec à la clause spécifique autorisant la France à faire usage de l'article 212 dans les conditions que l'on vient de préciser. La clause de non discrimination ne trouve pas à s'appliquer en présence d'une stipulation expresse en ce sens, comme l'exposait le président Bachelier dans ses conclusions sur la décision *Andritz*.

Mais les motifs exposés précédemment suffisent à emporter l'annulation de l'arrêt attaqué dans son entier, la cour rejetant les conclusions tendant à la décharge de la retenue à la source par voie de conséquence de la caractérisation de l'abus de droit.

Vous renverrez l'affaire à la cour, devant laquelle les parties pourront débattre du point de savoir si le financement litigieux a ou non été accordé dans des conditions de pleine concurrence.

Une dernière remarque nous paraît utile dans cette perspective. La configuration singulière de notre affaire, celle d'un litige en matière de transfert indirect de bénéfices enchâssé dans un litige d'abus de droit, implique que le bien-fondé du redressement soit non seulement établi au regard de l'article 212 du CGI, mais encore qu'il soit justifié en droit conventionnel au regard du principe de pleine concurrence, afin le cas échéant de recalibrer le montant des intérêts pouvant être réintégrés dans le bénéfice imposable de la requérante dans le respect des exigences de la convention.

Au cas d'espèce, les règles de dévolution de la charge de la preuve applicables en matière d'abus de droit et de transfert indirect de bénéfices convergent pour en attribuer le fardeau à l'administration fiscale. Le comité de répression de l'abus de droit n'ayant semblé-t-il pas été saisi, l'administration conserve la charge de la preuve du caractère abusif du montage et il appartient toujours à l'administration, si elle entend bénéficier d'une présomption de transfert prohibé de bénéfices à l'étranger, d'établir que les conditions d'une transaction s'écartent de celles qui auraient été convenues entre entreprises indépendantes. C'est donc à l'administration qu'il appartiendra selon nous de démontrer que, dans des conditions commerciales normales, le prêt litigieux n'aurait pas été accordé ou l'aurait été pour un montant ou à des taux d'intérêt différents.

Vous pourrez enfin accorder à la société requérante une somme de 3 000 euros 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 Nantes et à ce que l'Etat verse à la société Thermo Electron Holdings une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du CJA.