

## **Conclusions**

### **Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, Rapporteuse publique**

La succursale française d'une société étrangère peut-elle être regardée comme titulaire d'une clientèle propre, distincte de celle de son siège, et la reprise sans indemnité de cette clientèle au niveau du siège à la suite d'une modification d'activité de la succursale, comme un avantage caractérisant un transfert indirect de bénéfices au sens de l'article 57 du CGI ? Telles sont les questions soulevées par la présente affaire.

Estimant que la méthode de calcul des profits jusqu'ici attribués à son établissement stable français ne reflétait pas correctement ses résultats en ce que ceux-ci avaient été calculés comme si cet établissement avait exercé une activité complète d'assurance et non celle d'un prestataire de services administratifs à faible valeur ajoutée, la société de droit britannique Bupa Insurance Limited a substitué à la méthode précédemment appliquée un bénéfice évalué sur la base d'une formule de « cost plus ». A l'issue d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a estimé que ce changement de méthode révélait un changement de fonctions de la succursale française au 1<sup>er</sup> janvier 2009, que l'établissement français de la société Bupa Insurance Limited avait, du fait de ce changement, abandonné au siège la clientèle propre qu'elle détenait auparavant, et que ce transfert de clientèle s'étant opéré sans indemnité, la succursale française avait ainsi procédé à un transfert indirect de bénéfices à l'étranger au sens de l'article 57 du CGI. Elle a, par suite, réintégré dans la base imposable à l'IS en France de la société Bupa Insurance Limited une somme de 6 095 000 euros correspondant à la valeur estimée de cette clientèle.

L'administration ayant, malgré l'avis négatif de la CDI, maintenu les redressements, la société a demandé la décharge des suppléments d'IS et de contribution sociale sur cet impôt auxquels elle a été assujettie au TA de Nice, qui a fait droit à sa demande. Saisie d'un recours par le ministre, la cour administrative d'appel de Marseille a, par l'arrêt attaqué devant vous, confirmé ce jugement.

Elle a estimé qu'il résultait de l'instruction que la succursale française de la société ne disposait pas, avant le 1<sup>er</sup> janvier 2009, d'une réelle autonomie commerciale et n'avait ainsi pas développé de clientèle propre, alors même qu'elle avait, en application des règles comptables et financières antérieurement appliquées par l'entreprise, supporté, avant 2009, le

risque d'exploitation inhérent à l'activité d'assurance exercée en France. Elle en a déduit que l'existence d'un transfert de clientèle, susceptible de caractériser un transfert indirect de bénéfices, n'était pas établie.

Le ministre soutient que la cour a, en statuant ainsi, entaché son arrêt d'insuffisance de motivation, de contradiction de motifs, d'erreur de droit et d'erreur de qualification juridique des faits.

Si l'article 209 du CGI délimite les bénéficiaires passibles de l'impôt sur les sociétés comme étant ceux « réalisés dans les entreprises exploitées en France » et ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions, cet article ne définit pas le redevable légal de cet impôt, lequel est déterminé à l'article 206 du même code. Or le redevable légal de l'impôt n'est pas, juridiquement, l'« entreprise » au sens de l'article 209 ou l'établissement stable au sens conventionnel, mais la personne morale dont cette entreprise ou cet établissement fait partie.

Si une succursale n'a donc pas, dans cette mesure, la personnalité fiscale, vous avez toutefois déduit du recours à la notion d'« entreprise » pour la définition des bénéficiaires imposables en France et la lutte, à l'article 57 du CGI, contre les transferts indirects de bénéfices à l'étranger, une fiction, pour ces seuls besoins, de personnalité fiscale relative des succursales et établissements de sociétés étrangères vis-à-vis de leur siège.

Ainsi, vous avez jugé que les dispositions de l'article 57 du CGI « sont applicables à toute entreprise imposable en France, y compris une succursale française d'une société dont le siège est à l'étranger, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que la succursale n'a pas de personnalité morale ». Vous en avez déduit que l'administration peut réintégrer dans les résultats d'un établissement stable, imposables en France, les intérêts dont la facturation par cet établissement a été omise à raison de la comptabilisation d'avances consenties au siège situé hors de France, dès lors que ces avances ne correspondent pas à des remontées de bénéfices après impôt et que la société n'établit pas l'existence de contreparties pour le développement de l'activité de la succursale française (CE, 9 novembre 2015, *Société Sodirep Textiles SA-NV*, n° 370974, T. p. 651, RJF 2/16 n° 121, concl. Mme de Barmon). Vous avez ainsi admis, pour reprendre la formule de Mme de Barmon sur cette affaire, de « fissurer l'unité juridique de la personne morale imposable, lorsque ses entités sont implantées de part et d'autre des frontières étatiques ».

Cette approche « autonomisante » des succursales pour la détermination des profits imposables dans leur Etat d'implantation sous-tend d'ailleurs également l'article 7 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE, relatif aux bénéfices des entreprises. Avant la mise à jour du 22 juillet 2010, cet article stipulait déjà que « lorsqu'une entreprise d'un Etat contractant exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, il est imputé, dans chaque Etat contractant, à cet établissement stable les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable ». La logique ainsi poursuivie ne répond donc pas à celle d'une

répartition forfaitaire du bénéfice global constaté au niveau de la personne morale, mais procède de l'attribution à l'établissement stable du profit devant lui revenir conformément à la méthode de l'entité distincte et autonome et au principe de pleine concurrence. La rédaction issue de la mise à jour du 22 juillet 2010 reprend ce principe d'entité autonome et distincte, y compris dans les relations avec les autres parties de l'entreprise, en le complétant expressément par la nécessité de tenir compte « *des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement stable et des autres parties de l'entreprise.* »

Dans votre décision *Société Sodirep Textiles*, la logique de l'article 57 du code vous a conduits à reconnaître l'existence de prêts notionnels entre un établissement et le siège, et la caractérisation, à défaut d'intérêts notionnels versés en rémunération, d'un transfert de bénéfices. Si vous avez dû, pour cela, franchir à des fins purement fiscales l'obstacle de l'unicité de la personne morale imposable qui fait, du point de vue juridique, obstacle à l'existence de prêts, le point de départ était le constat de flux financiers comptabilisés sous forme d'avances entre siège et succursale, qui, pour avoir lieu au sein de la même personne morale, avaient toutefois une réalité financière.

La reconnaissance fiscale du transfert notionnel d'un actif incorporel pourrait sembler aller un cran plus loin, un tel transfert ne prenant pas la forme de flux financiers concrets comparables à des avances. Mais l'absence de tels flux n'implique pas l'absence de transfert indirect de bénéfices – c'est même tout l'intérêt de l'article 57 du code que de permettre de saisir des transferts à première vue incolores et inodores. Or lorsqu'un actif, acquis ou créé par les diligences d'une succursale et contrôlé par elle, se rattachant à l'entreprise exploitée en France, est ensuite détaché de cette exploitation et transféré à une autre partie de la société, située à l'étranger, un tel transfert, pour être interne à la société, constitue toutefois, lorsqu'il ne donne pas lieu, en contrepartie, à l'attribution financière et comptable à la succursale d'une indemnisation correspondante, un avantage susceptible dans certaines circonstances d'être le support d'un transfert indirect de bénéfices à l'étranger. Compte tenu du pas déjà franchi dans l'affaire *Société Sodirep Textiles*, nous n'identifions pas de raison d'exclure par principe la possibilité d'appliquer l'article 57 à un transfert d'actif incorporel entre succursale française et siège étranger.

Les particularités de la notion de clientèle feraient-elles, néanmoins, obstacle à l'identification d'une clientèle propre à la succursale et, par suite, d'un transfert de clientèle de la succursale au siège ?

S'il est acquis qu'un transfert de clientèle sans indemnité entre deux sociétés peut, à la condition d'être établi, constituer le moyen d'un transfert indirect de bénéfices à l'étranger relevant de l'article 57 du CGI (cf. CE, 4 octobre 2019, *min. c/ SAS Piaggio France*, n° 418817, RJF 12/19 n° 1128, concl. A. Lallet), la caractérisation d'un tel transfert n'est pas sans soulever des questions lorsque l'on se situe au sein d'une même personne morale.

Le droit commercial et la jurisprudence de la Cour de cassation tissent un lien étroit entre fonds de commerce et clientèle propre (v. par exemple, déniaient ainsi l'existence d'un fonds de commerce en l'absence de clientèle propre : Cass. com. 23 mai 1960, Bull. civ. 1960, IV, n°

192 ; Cass. com. 16 janvier 1990, n° 87-20.156). Aussi, il ne suffit pas de vendre des services ou des produits pour se voir reconnaître une « clientèle propre », caractérisant par suite l'existence d'un tel fonds : cette clientèle doit être personnelle à l'exploitant, en quelque sorte lui appartenir. Ainsi, l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre (Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-66.773, Bull. 2010, IV, n° 114). N'en a pas davantage l'exploitation incluse dans une autre entreprise lorsqu'elle se borne à exploiter la clientèle de cette dernière (par ex. Cass. 3<sup>e</sup> civ. 19 mars 2003, n° 01-17.679) et n'est pas indépendante dans sa gestion compte tenu des contraintes d'exploitation résultant de son inclusion dans l'enceinte de cette entreprise (par ex. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 avril 1995, n° 93-14.864, Bull. civ. III n° 93).

De l'analyse de la jurisprudence judiciaire relative à la caractérisation d'une clientèle propre au franchisé (notamment d'un arrêt *T...* du 27 mars 2002 de la 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation, n° 00-20732, au Bull.), A. Lallet dégageait, dans ses conclusions sur votre décision *min. c/ SAS Piaggio France*, trois conditions cumulatives devant être satisfaites par un distributeur pour se voir reconnaître une clientèle propre, distincte de celle du concédant titulaire de la marque : premièrement, « agir pour son propre compte, en contractant à titre personnel avec ses fournisseurs et prêteurs de deniers, et non être un simple mandataire du concédant » ; deuxièmement, « disposer d'une réelle autonomie commerciale, ce qui n'est pas le cas si le concédant détermine les conditions d'exercice de l'activité du concessionnaire ou, à tout le moins, lui impose des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité » ; et troisièmement, « supporter le risque d'exploitation, c'est-à-dire le risque des investissements et des pertes, notamment en cas de disparition de la clientèle » (sur la notion de clientèle propre, voir aussi CE, 17 février 2010, *min. c/ EURL Bosc Développement Loire*, n° 311953, RJF 4/10 n°463).

Nous écartons deux solutions radicales.

L'une serait d'exclure par principe qu'une succursale puisse, fiscalement, détenir une clientèle propre qui ne serait pas en même temps celle de son siège.

Certes, l'application pure et rigoureuse des trois critères ci-dessus devrait conduire, en droit, à ne pas reconnaître de « clientèle propre » à une succursale – d'ailleurs, certains arrêts de cours d'appel ont dénié aux succursales tout droit personnel sur la clientèle (CA Douai, 23 avril 1951, *H...*, Gaz. Pal. 1951, 2, p. 79 ; CA Montpellier, 14 mars 1951, *Entreprise Barde*, Gaz. Pal. 1951, 1, p. 359). En effet, la succursale, qui n'a pas de personnalité propre, n'agit pas pour son propre compte : les rapports juridiques qu'elle noue avec les tiers, notamment les clients de l'entreprise, engagent la société dans son ensemble. Par ailleurs, si elle peut se voir à des fins comptables assigner, dans le cadre de l'attribution interne à la personne morale, les investissements et les pertes correspondant à la clientèle avec laquelle elle est en rapport, le risque pèse, en réalité, sur la personne morale : ces pertes et ces investissements sont juridiquement et financièrement ceux de la société.

Toutefois, la fiction fiscale de l'autonomisation des succursales de sociétés étrangères pour l'application de l'article 57 du CGI nous semble devoir conduire à dépasser l'absence de personnalité morale pour la caractérisation d'une clientèle propre à l'établissement, distincte

de celle du siège. L'obstacle ne nous paraît pas moins surmontable que celui que vous avez franchi en matière de prêts et d'intérêts notionnels dans l'affaire *Société Sodirep Textiles*, alors que l'on ne peut juridiquement se prêter à soi-même.

Nous excluons aussi, à l'autre extrémité du spectre des possibles, l'approche inverse qui consisterait à faire abstraction complète des critères commerciaux de caractérisation d'une clientèle personnelle au motif que ne serait pas en cause ici la reconnaissance d'une clientèle propre caractérisant un fonds de commerce au sens du droit commercial, mais seulement la caractérisation du rattachement d'une partie de la clientèle d'une société étrangère à son établissement français, pour la détermination des profits devant être attribués en France à cet établissement.

Certes, juger que la succursale a une clientèle propre en ce que son action, qu'elle soit autonome ou pas, à ses risques et périls ou pas, a permis de cristalliser et de réaliser au niveau local une clientèle qui n'aurait pas existé sans cela, peut sembler tentant. Mais dès lors que le redressement repose sur l'identification d'un transfert de bénéfices à l'étranger par la cession non rémunérée d'un actif par la succursale au siège, vous ne pouvez, selon nous, vous contenter de constater que la société dispose d'une clientèle française à l'acquisition de laquelle l'établissement français a pu contribuer, mais devez rechercher qui, du siège ou de la succursale, détient et contrôle cette clientèle et si la succursale peut être regardée comme ayant ensuite abandonné au siège une clientèle qui, au départ, lui était propre.

Dès lors que votre jurisprudence traite, pour l'application de l'article 57 du CGI, les établissements français de sociétés étrangères comme des entités autonomes dans leurs relations avec leur siège nonobstant leur absence de personnalité morale distincte, il nous semble que vous devez tirer les conséquences de cette assimilation. Il vous faut donc, tout en l'adaptant à l'absence de personnalité juridique distincte de la succursale par rapport à son siège, vous inspirer de la grille d'analyse *min. c/ SAS Piaggio* précitée.

Ainsi, la condition d'agir pour son propre compte et de contracter à titre personnel ne saurait être reprise telle qu'elle, la succursale agissant et contractant au nom de la société dont elle n'est qu'un établissement secondaire.

En revanche, elle nous semblerait pouvoir conduire à exclure de regarder comme titulaire d'une clientèle propre un établissement dont l'analyse fonctionnelle au sein de la société révélerait qu'il n'assumerait, au sein de celle-ci, qu'une fonction d'apporteur d'affaires, se bornant à prospecter et à rechercher des clients, la relation commerciale étant nouée et entretenue et la prestation délivrée au niveau d'autres entités de la société. Lorsqu'un établissement joue un tel rôle d'apporteur d'affaires, si le profit qui lui est attribué doit correspondre à cette activité et tenir compte de cette valeur ajoutée, il nous semble qu'il ne saurait en revanche être regardé comme titulaire de la clientèle.

Le critère d'autonomie commerciale pose, à première vue, moins de difficulté de transposition et d'adaptation, bien que l'on puisse discuter du degré et du contenu de cette autonomie, nécessairement moindre qu'en présence de deux personnes morales distinctes.

Qu'entend-on par autonomie commerciale ? S'agit-il de l'existence d'un pouvoir de décision dans le choix et la mise en œuvre des moyens d'attirer les clients ? d'une autonomie dans la définition de la politique locale de prix ? ou simplement d'une autonomie dans la décision de contracter ou de ne pas contracter et la capacité d'engager la société dans une relation commerciale ? Si nous ne nous sentons pas en mesure, aujourd'hui, de répondre avec précision sur la portée de ce critère qui nous semble appeler un examen au cas par cas, un point nous paraît en revanche pouvoir être admis sans trop d'hésitation : la succursale doit mettre en œuvre des moyens et déployer des diligences propres par lesquels elle crée ou acquiert puis entretient la clientèle, et devrait disposer d'une autonomie dans la décision de conclure les contrats avec les clients.

Enfin, le critère du risque d'exploitation, s'il devait être transposé à une succursale, devrait probablement s'entendre comme l'imputation comptable et financière, interne à la société, des investissements liés à la création et l'entretien de la clientèle et des pertes en cas de disparition de celle-ci. Ce dernier critère peut, à cet égard, soulever question en ce qu'il conduit à faire dépendre la caractérisation d'une clientèle propre des conséquences comptables et financières tirées par la société de l'analyse fonctionnelle de son établissement. Or ces conséquences comptables et financières peuvent être erronées.

Si vous n'aurez pas à prendre position aujourd'hui sur la nécessité du cumul de ces trois critères et sur leur exacte portée, vous serez en revanche conduits à vous prononcer sur le point de savoir si le dernier – inspiré du risque d'exploitation – est suffisant. Le pourvoi du ministre repose en effet entièrement sur le présupposé selon lequel, ayant relevé que la succursale française avait supporté jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2009 le risque d'exploitation afférent à la clientèle française du fait de l'imputation comptable des primes et des provisions pour risques correspondant à cette clientèle, la cour ne pouvait écarter l'existence d'une clientèle propre et d'une cession de cette clientèle au siège au moment où cette méthode d'imputation avait pris fin.

Toutefois, si l'inscription d'un actif au « bilan fiscal » d'un établissement stable constitue une décision de gestion opposable (CE, 20 avril 2005, *Sté Sigebal*, n° 251568, RJF 2005 n° 743) et conduit alors à attribuer à cet établissement l'éventuelle plus-value réalisée lors de la cession à un tiers de cet actif par la société (même décision), la seule circonstance que, sans identifier ni inscrire la clientèle française au bilan de cet établissement, la méthode de calcul du bénéfice de son établissement français par une société étrangère ait traité cet établissement comme s'il exerçait une activité d'assurance complète et lui ait fait supporter comptablement le risque d'exploitation afférent aux clients français, ne nous paraît pas révéler une décision de gestion implicite consistant à attribuer à cet établissement un droit propre sur cette clientèle, alors que la société fait valoir que cette méthode était dès l'origine en décalage avec la réalité des fonctions et services accomplis par sa succursale.

Or la seule circonstance qu'une succursale française supporte comptablement le risque d'exploitation puis cesse de l'assumer ne nous paraît pas suffire pour conclure que cette succursale disposait de la clientèle française comme d'une clientèle propre puis l'a transférée au siège, lorsque l'analyse des faits révèle que la clientèle, dont il n'est d'ailleurs pas soutenu qu'elle aurait été inscrite au bilan fiscal de l'établissement, n'a en réalité pas été créée ni

entretenu par cette succursale, que celle-ci ne rendait que des services administratifs et qu'elle ne déployait aucun moyen propre pour développer la clientèle.

En l'espèce, la cour a souverainement relevé que les contrats d'assurance proposés par la succursale française étaient régis par le droit danois et ne bénéficiaient d'aucune adaptation particulière à la situation française, que l'ensemble des services proposés aux assurés, notamment le service d'assistance, était assuré au Danemark, que les contrats passés avec les courtiers d'assurance chargés de prospecter sur le territoire français étaient en partie conclus par la société danoise, qu'aucun élément versé au dossier n'établissait que les salariés de la succursale française avaient pour fonction de développer une clientèle propre au profit de la succursale et que l'enregistrement des clients français selon une cotation spécifique n'établissait pas que l'activité de la succursale aurait consisté à développer une telle clientèle. Ajoutons que la CDI avait relevé que le service clientèle était au Danemark et que le processus d'acceptation des risques avant signature des contrats n'avait jamais été localisé en France. Dès lors, en déduisant des constatations qu'elle avait opérées que le ministre n'établissait pas que cette succursale disposait d'une réelle autonomie commerciale avant le 1<sup>er</sup> janvier 2009 ni par suite l'existence d'une cession gratuite de clientèle laissant présumer un transfert indirect de bénéfices au siège britannique, la cour n'a entaché son arrêt ni d'insuffisance de motivation, ni d'erreur de droit, ni de contradiction de motifs, et n'a pas inexactement qualifié les faits.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi du ministre et à ce que l'Etat verse à la société Bupa Insurance Ltd 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.