

N° 452317
SOCIETE BARNEY PRODUCTION

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies
Séance du 12 février 2023
Lecture Du 15 mars 2023

CONCLUSIONS
Mme Esther de MOUSTIER, rapporteure publique

C'est la première fois que vous êtes amenés à connaître du crédit d'impôt cinéma prévu par l'article 220 sexies du code général des impôts. Instauré par la loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004, ce crédit d'impôt en faveur des entreprises de production cinématographique soumises à l'impôt sur les sociétés a pour but de les encourager à réaliser sur le territoire français les travaux d'élaboration et de production de leurs œuvres cinématographiques de longue durée agréées par le CNC. Il est calculé, pour les œuvres qui y ouvrent droit, en pourcentage des dépenses éligibles, après déduction des subventions publiques non remboursables reçues par l'entreprise demanderesse. Aux règles d'éligibilité et de calcul du crédit d'impôt s'ajoutent des règles de plafonnement de son montant, en vertu desquelles les crédits d'impôt obtenus pour la production d'une même œuvre ne peuvent en particulier avoir pour effet de porter le montant total des aides publiques accordées à plus de 50 % du budget de production. Ce seuil est porté à 60% pour les œuvres dites difficiles, c'est-à-dire la première ou la deuxième œuvre d'un réalisateur, et pour les œuvres à petit budget, c'est-à-dire d'un budget total inférieur à 1 250 000 €¹.

En l'espèce, la société Barney a co-produit avec deux entreprises de production déléguée étrangères le film « Vent du Nord », sorti en 2017. La production de ce film a notamment été financée par plusieurs aides du CNC, sous forme d'avances sur recettes ou de subventions, à hauteur de 455 000 euros, d'une subvention d'Eurimages, fonds culturel du Conseil de l'Europe, à hauteur de 52 500 euros, et d'un apport de 150 000 euros de l'association Pictanovo, émanation de la région Hauts-de-France. La société Barney a également obtenu le remboursement d'un crédit d'impôt de plus de 178 000 euros pour l'année 2016. Elle a enfin sollicité le remboursement d'un crédit d'impôt de 59 000 euros au titre de l'année 2017, qui lui a été refusé par l'administration fiscale aux motifs, d'une part, que les subventions publiques reçues notamment du CNC et de Pictanovo devaient venir en déduction de la base de calcul du crédit d'impôt, d'autre part, que les financements publics reçus par la société Barney dépassaient déjà le seuil de 50% fixé par l'article 220 sexies du CGI, compte tenu notamment de l'apport de Pictanovo.

¹ Conformément à l'article D. 331-17 du code du cinéma et de l'image animée

Après avoir jugé que le film « Vent du Nord », première œuvre de son réalisateur, était éligible au seuil majoré d'aides publiques de 60%, la Cour a procédé par adoption des motifs des premiers juges pour ce qui concerne les aides publiques à prendre en compte pour le calcul du plafonnement, y incluant l'apport de 150 000 euros versé par le fonds régional Pictanovo. Puis elle a écarté la demande présentée par la société Barney au motif que le crédit d'impôt dont elle demandait la restitution avait pour conséquence le franchissement du seuil de 60% applicable.

Il ne fait aucun doute qu'en jugeant que la circonstance qu'une mesure d'aide accordée à une entreprise ait pour conséquence de franchir le seuil d'intensité d'aide autorisé devait conduire à écarter cette aide dans sa totalité et non la seule fraction du montant excédant le plafond, la Cour a commis une erreur de droit.

Vous jugez en effet, en présence d'un plafonnement d'aides publiques résultant de l'application du règlement (CE) n° 1998 / 2006 de la Commission du 15 décembre 2006 relatif aux aides dites « de minimis », que lorsque l'octroi d'une aide conduit au dépassement du plafond, l'administration fiscale n'est tenue de reprendre que la fraction de l'aide excédant ce plafond et non la totalité de l'aide entraînant le dépassement (CE, 4 juillet 2018, *Société Numalliance*, n° 404083, aux tables et RJF 10/18 n° 976). Ce n'est que lorsque l'aide conduisant au dépassement aurait dû être notifiée à la Commission européenne, en application de l'article 108 TFUE, et ne l'a pas été, qu'elle est illégale et doit donc être refusée dans son intégralité².

En l'espèce, le crédit d'impôt cinéma fait partie des régimes d'aide au cinéma et à l'audiovisuel que la Commission a jugés compatibles avec le marché intérieur par sa décision C(2006) 832 final du 22 mars 2006, et a été approuvé par la Commission jusqu'au 31 décembre 2022 par sa décision C(2016) 1684 du 18 mars 2016. La seule circonstance que le crédit d'impôt, qui résulte d'un régime d'aide régulièrement notifié, conduise au dépassement du plafond prévu par ce régime n'a donc pas pour effet de le rendre illégal, de sorte qu'il devrait en vertu du droit de l'Union être intégralement refusé, mais doit seulement conduire, dans la logique de ce que vous avez jugé pour le cumul d'aides *de minimis*, à n'octroyer le crédit sollicité que dans la limite du plafond admissible.

C'est d'ailleurs cette solution que retient l'administration fiscale, ainsi qu'en attestent tant le mémoire en défense du ministre que la doctrine fiscale publiée au BOFIP³. Ajoutons s'il en était besoin que la solution de la Cour aboutirait à un résultat aberrant, faisant varier substantiellement l'intensité des aides publiques perçues par l'entreprise en cause selon que

² voyez notamment en ce sens les éclairantes conclusions d'Emilie Bokdam Tognetti sous votre décision du 5 novembre 2021, *Société Laboratoires Gilbert*, n° 434036, à la RJF 2/22 n° 157

³ BOI-IS-RICI-10-20-20, IS - Réductions et crédits d'impôt - Crédit d'impôt pour dépenses de production cinématographique (Crédit d'impôt cinéma) - Dépenses éligibles et modalités de calcul, n° 190

les aides publiques perçues avant prise en compte de l'aide entraînant le dépassement du plafond représentent une part marginale ou substantielle du budget de production.

Vous pourriez être tentés, comme le suggère le ministre, de neutraliser l'erreur de droit ainsi commise par la Cour. En effet, il ressort des constatations de l'arrêt que le seuil d'intensité d'aides publiques de 60% était franchi avant même la prise en compte du crédit d'impôt sollicité au titre de l'année 2017, du seul effet du cumul des subventions publiques reçues du CNC, d'Eurimages et de Pictanovo et du crédit d'impôt cinéma obtenu au titre de l'année 2016. Mais nous ne vous le proposons pas dès lors que nous pensons, comme le fait valoir la requérante devant vous, qu'est entaché d'erreur de droit le raisonnement par lequel la Cour a, par adoption des motifs des premiers juges, regardé la somme versée par l'association Pictanovo comme constitutive d'une aide publique.

A cet égard, lorsque le VII de l'article 220 sexies mentionne « *le montant total des aides publiques accordées* » il renvoie nécessairement à la notion d'aide d'Etat au sens du droit de l'Union européenne, le plafonnement ayant été introduit pour tenir compte des exigences exprimées par la Commission en matière d'aides d'Etat en faveur de l'industrie cinématographique dans plusieurs communications⁴. Il est de jurisprudence constante, depuis notamment l'arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003 de la Cour de justice de l'Union européenne (aff. 280/00), que la caractérisation d'une aide d'Etat au sens des dispositions du Traité implique la réunion de quatre conditions : la mesure doit procurer un avantage à des entreprises ; elle doit être financée sur fonds publics ; elle doit avoir une incidence sur la concurrence et sur les échanges communautaires ; enfin, elle doit être sélective.

Il ne fait aucun doute en l'espèce que l'apport financier de 150 000 euros de l'association Pictanovo constitue bien un financement accordé au moyen de ressources publiques, dès lors que l'association Pictanovo est une émanation de la région des Hauts-de-France qui assure l'essentiel de son financement.

En revanche, la société Barney fait valoir que cet apport ne constitue pas un avantage au sens du droit des aides d'Etat dès lors qu'il s'agit d'un investissement de Pictanovo, agissant comme un investisseur privé dans les conditions normales d'une économie de marché. En effet, ne confèrent pas un avantage à leur destinataire – donc ne constituent pas des aides d'Etat – les opérations économiques d'organismes publics qui sont réalisées dans les conditions normales du marché (CJUE, 11 juillet 1996, *SFEI et autres c/ La Poste*, C-39/94 ;

⁴ Notamment Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions concernant certains aspects juridiques liés aux œuvres cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, COM/2001/0534 final. Journal officiel n° C 043 du 16 février 2002 : « *L'intensité de l'aide doit en principe être limitée à 50 % du budget de production, afin de stimuler les incitations commerciales normales propres à une économie de marché et d'éviter toute surenchère entre États membres. Les films difficiles et à petit budget sont exemptés de cette limite. La Commission considère que, conformément au principe de subsidiarité, il appartient à chaque État membre d'établir une définition des films difficiles et à petit budget, en fonction des paramètres nationaux.* »

CE, 27 février 2006, *Compagnie Ryanair Limited c/ CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin*, n°264406, 264545, aux tables). Afin d'apprécier l'applicabilité de ce critère dit de l'investisseur privé, il doit être tenu compte des éléments faisant apparaître que la décision d'investissement est fondée sur des évaluations économiques comparables à celles qu'aurait fait établir, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de la personne publique, avant de procéder à l'investissement en cause, aux fins de déterminer sa rentabilité future. La Cour de justice précise en revanche que ne peuvent être pris en compte des évaluations économiques établies après l'octroi du financement ou le constat rétrospectif de la rentabilité effective de l'investissement réalisé (voir en ce sens CJUE, 5 juin 2012, *Commission c/ EDF*, C-124/10P, points 84 et 85).

En l'espèce, la société requérante a conclu avec l'association Pictanovo une convention de cofinancement en vertu de laquelle l'association lui a accordé une somme de 150 000 euros sous forme d'avance sur recettes, en contrepartie de la perception de 8,42% des recettes nettes jusqu'à récupération de cet apport puis, au-delà, de la perception de 6% des recettes. La convention prévoit également que si la société Barney est avec ses autres coproducteurs seule propriétaire des éléments corporels et incorporels de l'œuvre, Pictanovo peut céder les charges et bénéfices de la convention de cofinancement.

Pour juger que cette somme de 150 000 euros constituait une aide publique, le tribunal – dont la cour a au demeurant repris les motifs sans tenir compte de l'argumentation nouvelle soulevée en appel par la requérante qui se prévalait de la théorie de l'investisseur privé – s'est borné à réfuter, au vu des clauses de la convention de cofinancement, l'argumentation soutenue devant lui par la société selon laquelle ce financement constituait un apport en co-production. Or la seule circonstance que Pictanovo ne puisse effectivement être regardé comme co-producteur du film ne suffit pas à qualifier son financement de soutien financier public.

Au vu de l'argumentation présentée devant elle, la Cour ne pouvait, sans commettre d'erreur de droit, reprendre les motifs du tribunal et s'abstenir de rechercher si cette somme constituait un avantage que la société Barney Production n'aurait pu obtenir dans les conditions normales du marché. A cet égard, il lui incombait de tenir compte notamment des caractéristiques propres au secteur en cause, de la politique de soutien à la création de Pictanovo, et, le cas échéant, des conditions dans lesquelles l'association avait décidé de l'octroi du financement en cause, un même opérateur étant susceptible, en plus de son activité de soutien public à des productions cinématographiques, d'intervenir en qualité d'investisseur privé pour financer des films dont il entend retirer un bénéfice commercial, ne serait-ce qu'en vue de l'affecter au financement d'autres aides publiques.

En l'espèce, il nous paraît douteux que l'association Pictanovo ait agi comme un investisseur privé en économie de marché dès lors notamment que le préambule de la convention de co-

financement liant Pictanovo et la société Barney production mentionne que « les aides à la production de Pictanovo » sont soumises au droit des aides d'Etat et ne peuvent excéder les plafonds fixés par l'article 220 sexies du CGI, aucune pièce faisant apparaître de projections de recettes ou calculs de rentabilité ne figurant au demeurant au dossier soumis aux juges du fond.

Mais à supposer que le soutien apporté par Pictanovo à la société requérante soit effectivement constitutif d'une aide d'Etat, encore faut-il quantifier le montant de cette aide, laquelle n'est constituée que par l'avantage ainsi procuré à son bénéficiaire. A cet égard, si la Cour de justice n'a à notre connaissance pas eu à connaître au regard du droit des aides d'Etat de mécanismes d'avances sur recettes, il résulte de sa jurisprudence que lorsqu'une aide d'Etat est accordée sous forme d'une garantie d'Etat ou d'un prêt consenti à des conditions préférentielles, l'avantage accordé au bénéficiaire résulte de ce que le coût financier qu'il supporte est inférieur à celui qu'il aurait supporté s'il avait dû se procurer ce même financement ou cette même garantie aux prix du marché (voir notamment CJUE, 8 décembre 2011, *Résidex Capital IV*, C-275/10, point 39). Ainsi, le montant de l'aide d'Etat consentie n'est pas l'intégralité du financement octroyé mais le différentiel entre le coût de financement dont a bénéficié l'opérateur et celui qu'il aurait supporté aux conditions de marché. En présence non d'une subvention non remboursable mais d'une avance sur recettes, il y a donc lieu d'apprécier les conditions de remboursement prévues par la convention de cofinancement conclue entre Pictanovo et la société Barney Production, au vu des modalités de financement propres au secteur de la production cinématographique, pour déterminer le montant de l'apport de Pictanovo constitutif d'une aide d'Etat.

Après avoir censuré la double erreur de droit commise par la Cour, d'une part à avoir refusé l'intégralité du crédit d'impôt en cas de franchissement du seuil d'intensité d'aides publiques autorisé, d'autre part, à n'avoir pas fait application du critère de l'investisseur privé pour caractériser la subvention accordée par Pictanovo à la requérante, vous pourrez renvoyer l'affaire à la Cour afin qu'elle se prononce sur ce point et, détermine, le cas échéant, le montant de cet apport constitutif d'une aide d'Etat. Il lui incombera également, si elle constate que le plafond de 60% prévu par le VII de l'article 220 sexies du CGI n'est pas dépassé avant prise en compte du crédit d'impôt cinéma sollicité au titre de l'année 2017, de se prononcer sur le montant de ce crédit d'impôt avant plafonnement, donc de répondre aux griefs de la société relatifs à la déductibilité des subventions publiques remboursables

Précisons enfin que le ministre fait valoir en défense, conformément à la doctrine fiscale publiée au BOFIP, qu'en cas de dépassement du plafond de 60%, ce n'est pas le crédit d'impôt qui doit être écarté mais le montant des aides financières à la production cinématographique accordé par le CNC à l'entreprise de production déléguée qui doit être réduit à due concurrence. Mais il n'est pas loisible au juge de l'impôt, saisi du seul crédit d'impôt, d'enjoindre à la société demanderesse comme vous le demande le ministre de restituer au CNC une partie du soutien financier qu'il lui a accordé.

PCMNC :

- **à l'annulation de l'arrêt de la Cour ;**
- **au renvoi devant elle de l'affaire ;**
- **à ce que l'Etat verse une somme de 3 000 euros à la société Barney Production au titre des frais d'instance.**