02.1

La construction du bilan de l'établissement stable

Emmanuel DINH
Maître de conférences à l'Université Paris Dauphine
Directeur du master de Fiscalité de l'entreprise (221)
Avocat à la Cour, Couderc Dinh & Associés

Le concept d'établissement stable constitue la pierre angulaire du système de taxation des entreprises dans un contexte international, en tant qu'il se fixe pour objectif de déterminer le seuil d'intégration économique à partir duquel une entreprise résidente d'un État verra ses revenus actifs soumis à la souveraineté fiscale de l'autre État. La question de la détermination du niveau de bénéfices attribuables à l'établissement stable est donc cruciale (V. § 1).

Très tôt (dès 1933), les États se sont accordés sur un principe d'attribution des bénéfices à un établissement stable reposant sur la fiction de l'« *entreprise distincte et indépendante exerçant des activités identiques ou analogues* », qui continue à s'appliquer de nos jours, conformément à l'article 7 du modèle de convention OCDE. L'année 2010, année de publication du rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables (« le rapport 2010 »), version actualisée du rapport de 2008 sur le même thème, et comprenant l'« approche autorisée » de l'OCDE, marque toutefois une nouvelle étape, par les modifications apportées à l'article 7 lui-même, les nouvelles dispositions précisant qu'il y a lieu de tenir compte des « *opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise* », et que la comparaison avec une entreprise distincte et indépendante doit tenir compte « *des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés* ». Il s'ensuit donc que l'approche autorisée de l'OCDE commande la mise en œuvre d'une analyse fonctionnelle et factuelle, comparable à celle applicable en matière de prix de transfert, aux fins de détermination d'un bénéfice de pleine concurrence à l'établissement stable, de même que la reconnaissance, à cette fin, des effets fiscaux de simples opérations internes (V. § 2).

C'est dans ce cadre que se pose la question de la construction du bilan fiscal de l'établissement stable : l'attribution à ce dernier de certains éléments d'actif et de passif appartenant à l'entreprise dans son ensemble découlera directement de l'analyse fonctionnelle et factuelle (V. § 8), selon l'enchainement logique suivant : l'analyse des fonctions exercées (V. § 9) permettra de déterminer la nature et le niveau des risques y associés (V. § 10 et 11). Il s'ensuivra l'attribution d'actifs immobilisés suffisants pour couvrir les risques attribués à l'établissement (V. § 12 à 21). À cela s'ajoutera l'actif circulant découlant tout à la fois des opérations réalisées avec des tiers et des opérations internes réalisées avec d'autres parties de l'entreprise (V. § 22 à 24). Une fois l'actif connu, on en déduira le montant total du passif ou du financement nécessaire, à distinguer entre le « capital libre », soit l'équivalent des capitaux propres, dont le niveau est corrélé au risque supporté (V. § 26), et la dette, ouvrant droit à déduction des intérêts, que ce soit au titre d'un endettement auprès d'un tiers, ou d'une autre partie de l'entreprise (V. § 27 à 29).

•••

Il s'ensuit l'édification d'un bilan fiscal, reconstruit sur la base d'une analyse fonctionnelle précise, et faisant la part belle, le cas échéant, aux simples opérations de transfert internes de biens, de services et de capitaux, nécessairement assez éloigné, *a priori*, du bilan tel qu'il ressort de la comptabilité commerciale de la succursale, si elle existe, ce qui est une conséquence logique de l'approche autorisée de l'OCDE.

Alors qu'il existe encore assez peu de conventions fondées sur le modèle de 2010, on constatera que le droit fiscal positif français, sous l'effet de la jurisprudence, semble néanmoins suivre une évolution parallèle aux évolutions du modèle OCDE et ses commentaires, notamment en regard de l'autonomisation de l'établissement stable par rapport au reste de l'entreprise.

Introduction

1. Le concept d'établissement stable demeure la pierre angulaire du système de taxation des entreprises dans un contexte international, même si les débats en cours dans l'enceinte du Cadre inclusif du G20 et de l'OCDE, qui visent à accorder un pouvoir taxateur à la juridiction de marché, en démontrent les limites dans l'économie contemporaine. Renvoyant, aux termes de l'article 5 du modèle de convention OCDE (MC OCDE), à une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité, ou, à défaut, à un agent dépendant de l'entreprise, disposant dans l'autre État de pouvoirs qu'il y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de cette entreprise, l'établissement stable est doté d'une fonction de fixation d'un « seuil de pénétration »[1] d'une société étrangère sur le territoire d'un autre État. Le concept d'établissement stable détermine ainsi le **seuil d'intégration économique** à partir duquel une entreprise résidente d'un État verra ses revenus actifs soumis à la souveraineté fiscale de l'autre État. En effet, l'article 7 du MC OCDE limite le pouvoir taxateur exclusif dont jouit l'État de la résidence de l'entreprise, en accordant à l'État de l'établissement stable le droit de taxer les bénéfices qui sont attribuables à cet établissement, si bien que le concept d'établissement stable demeure « *le lieu symbolique où se joue et se règle l'affrontement des souverainetés* »[2].

La question de la détermination du niveau de bénéfices attribuables à l'établissement stable est donc cruciale. Historiquement (dans les années 1920, dans le cadre des travaux menés sous l'égide de la Société des Nations), la première solution envisagée fut celle d'une ventilation des bénéfices entre les États concernés. Ainsi, le modèle n° I préparé en 1928 par les experts gouvernementaux réfléchissant aux questions de double imposition prévoyait-il, en son article 5, que « *Si l'entreprise a des établissements stables dans les deux États contractants, chacun de ces deux États perçoit l'impôt afférent à la partie des revenus produits sur son territoire. Les administrations compétentes des deux États contractants s'entendront pour arrêter les règles de ventilation* »[3]. Dans les commentaires sur cet article, il était prévu que la ventilation devait s'opérer sur la base de critères variant en fonction des entreprises (niveau des capitaux engagés, effectif, niveau des salaires payés, des recettes engendrées, etc.)[4]. Cette proposition, supposant que les autorités fiscales s'entendent de façon bilatérale sur les règles de ventilation à retenir, fut vite abandonnée[5].

2. Rapidement, un consensus international s'est imposé, à la suite des travaux de Mitchell B. Carroll, autour de **la logique de l'« entreprise distincte et indépendante »**. Ainsi, le Comité fiscal de la Société des Nations proposa, dès 1933, un projet de convention multilatérale pour l'attribution entre États des bénéfices des entreprises pour les fins d'imposition, prévoyant que devait être imputé à chaque établissement stable les bénéfices nets qu'il aurait réalisés s'il avait constitué une entreprise indépendante exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues[6].

1 N. Melot, Territorialité et mondialité de l'impôt, étude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine, thèse, Paris II, 2002, p. 218, n° 464.

2 B. Castagnède, Précis de fiscalité internationale : PUF, 5e éd., 2015, p. 457, n° 317.

3 Société des Nations, Double imposition et évasion fiscale, Rapport présenté par la Réunion générale d'Experts gouvernementaux en matière de double imposition et d'évasion fiscale, document C.562.M.178.1928.II, Genève, 1928, 8.

4 *Ibidem*, 12.

5 Sur ce point, et pour un rappel de l'évolution historique des règles conventionnelles en matière d'attribution des bénéfices aux établissements stables, v. J. Sasseville, Commentaire sur l'article 7, *in* R. Danon, D. Gutmann, X. Oberson, P. Pistone (ss dir.), Modèle de convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune - Commentaire : Éd. Helbing Lichtenhahn, Bâle/Ed. Francis Lefebvre, Paris, 2013, p. 253, spéc. n° 4 et s.

6 Comité fiscal de la Société des Nations, Rapport au Conseil sur les travaux de la quatrième session du Comité, document C.399.M.204.1933.II.A, Genève, 1933.

C'est ce principe, reposant sur une **fiction**, qui fut repris dans l'article 7 du MC OCDE porté sur les fonts baptismaux en 1963, et qui se perpétue aujourd'hui, même si l'année 2010 a marqué une inflexion dans sa rédaction, qui doit être interprétée comme une clarification du principe plutôt qu'une révision de celui-ci.

Dans la version du MC OCDE antérieure au 22 juillet 2010, le § 2 de l'article 7 disposait que « *Sous réserve des dispositions du paragraphe 3, lorsqu'une entreprise d'un État contractant exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, il est imputé, dans chaque État 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* ». Dans la version du MC OCDE adoptée le 22 juillet 2010, adoptée en parallèle à l'édiction du rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables (« le rapport 2010 »), version actualisée du rapport de 2008 sur le même thème, et comprenant l'« approche autorisée » de l'OCDE, le § 2 est désormais rédigé dans les termes suivants : « *Aux fins de cet article et de l'article [23 A] [23 B], les bénéfices qui sont attribuables dans chaque État contractant à l'établissement stable mentionné au paragraphe 1 sont ceux qu'il aurait pu réaliser, en particulier dans ses opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise, s'il avait constitué une entreprise distincte et indépendante exerçant des activités identiques ou analogues, compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'intermédiaire de l'établissement stable et des autres parties de l'entreprise* »[7].

3. C'est donc dans ce cadre précis que se fait jour la question de la construction du bilan de l'établissement stable, aux fins d'imposition des résultats de ce dernier, sur le fondement de la fiction de l'entreprise distincte et indépendante. Les fiscalistes français ne sont pas surpris du lien nécessaire avec le bilan, en regard de l'article 38 du code général des impôts (CGI), qui fournit deux définitions successives du bénéfice imposable, la première se fondant sur le compte de résultat et la seconde sur une variation de l'actif net entre l'ouverture et la clôture de la période d'imposition. La détermination du résultat attribuable à l'établissement stable commande donc la constitution d'un bilan de ce dernier. Les décisions en matière d'imposition des établissements stables sont d'ailleurs classiquement rendues sur le fondement des dispositions combinées de l'article 209, I et de l'article 38 du CGI. Quant au principe même de la partition du patrimoine d'une personne juridique - par définition unique selon la théorie édifiée au XIXe siècle par Aubry et Rau[8] -, en deux sous-patrimoines à des fins fiscales, il n'est pas réservé aux seules situations présentant un élément d'extranéité. En fiscalité interne, l'entrepreneur individuel doit en effet dessiner une ligne de démarcation entre son patrimoine privé et son patrimoine professionnel, prenant la forme d'un « bilan fiscal », aux fins d'isoler le résultat de son activité professionnelle qui sera imposable dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux (BIC). L'inscription au bilan d'un actif donné permet de déduire du résultat imposable les charges y afférentes (charges financières liées à l'acquisition, dotations aux amortissements), en même temps qu'elle déclenche, en cas de sortie du bien du bilan fiscal, l'application du régime des plus-value professionnelles, en ce compris en cas de transfert au patrimoine privé de l'entrepreneur individuel, étant ici rappelé que le principe de la liberté d'affectation comptable, donnant au critère formel de l'inscription au bilan fiscal la préséance en matière de détermination du régime applicable au bien, a été battu en brèche par le législateur fiscal en 2012, au profit du critère de l'affectation du bien à l'exploitation, neutralisant les effets fiscaux de la théorie du bilan[9].

I. La problématique de la construction du bilan de l'établissement stable

4. Ainsi, le principe de l'édification du bilan de l'établissement stable est clairement justifié quant à sa finalité, étant ici précisé qu'au strict plan de la réglementation comptable, l'établissement français d'une entreprise étrangère, n'ayant pas la personnalité morale, et n'étant pas commerçant, n'est pas soumis aux règles comptables du code de commerce, et n'a pas à établir de comptes annuels. C'est donc, dans cette hypothèse, bel et bien à des fins fiscales que la succursale française tiendra une comptabilité, en tant qu'elle sera tenue, aux termes des articles 53 A et 54 du CGI, de souscrire une déclaration annuelle de résultats et de présenter à l'administration les documents comptables et pièces justificatives des résultats déclarés[10]. Au-delà de la satisfaction aux obligations fiscales, il apparaît évident qu'en pratique, un établissement sera généralement doté d'une comptabilité distincte, à des fins de mesure de la rentabilité de l'exploitation. Encore faut-il savoir si ce type de documentation apparaît satisfaisant, en soi, à la détermination des résultats de l'établissement stable selon les standards posés par l'article 7 du MC OCDE. C'est le cœur de la problématique liée à la construction du bilan de l'établissement stable.

7 C'est nous qui soulignons.

8 La loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 a toutefois infléchi le dogme de l'unicité du patrimoine avec l'introduction de l'EIRL (entrepreneur individuel à responsabilité limitée), organisant une partition du gage général de l'entrepreneur individuel en deux sous-ensembles, en vue de limiter l'assiette du droit de poursuite des créanciers professionnels eux seuls biens affectés à l'activité professionnelle. Sur ce point, v. E. Dinh, L'EIRL, un hybride en droit français : JCPE 2010, n° 46, 1979.

9 Sur ce point, v. M. Michel, Disparition de la théorie du bilan : RFN 2012, n° 3. - Y. Sérandour, Quelques réflexions autour de la suppression des effets de la théorie du bilan : Dr. fisc. 2012, n° 21, 303.

10 V. CE, 13 juill. 2011, n° 313440, Sté Stanford Research Institute International : Lebon T. ; Dr. fisc. 2011, n° 39, comm. 529 ; RJF 2011 n° 1133. - CE, 9 nov. 2015, n° 370974, Sté Sodirep Textiles SA-NV : Lebon T. ; RJF 2/16 n° 121, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon C 121.

Si le principe même de la nécessité de la construction du bilan de l'établissement stable n'est pas problématique en soi, c'est lorsque se pose **la question des modalités pratiques de la construction du bilan, à savoir, concrètement, la composition des éléments devant être inscrits à l'actif et au passif**, que les difficultés se font jour. Un bilan est le compte représentatif, à une date déterminée, de la structure du **patrimoine** d'une entreprise, figurant, à l'actif, l'ensemble des biens de l'entreprise (propriétés et créances) et, au passif, l'ensemble de ses obligations, auprès de ses associés et de ses créanciers. En présence d'une entité dotée de la personnalité morale, ces éléments sont dictés par les actes juridiquement contraignants conclus avec des tiers, qui font naître des droits et obligations pour l'entité, et que reflète le bilan. En un sens, les aspects juridiques guident la construction du bilan, et s'imposeront *a priori* aux fins de la détermination du résultat fiscal, sauf à ce que les contrats ainsi conclus ne correspondent pas à la réalité économique sous-jacente, comme cela peut être le cas en présence de transactions conclues avec des entreprises liées qui dévieraient, pour des raisons de planification fiscale, de la normalité.

5. En présence d'un établissement stable, la difficulté majeure résidera dans le fait qu'aucune partie de l'entreprise en particulier (le siège ou un établissement stable) ne peut être considérée comme propriétaire des actifs, comme assumant les risques y associés, ou comme s'engageant auprès de tiers par des actes juridiquement contraignants, compte tenu de l'absence de pluralité de personnes morales. Dit autrement, la réalité juridique entre en conflit avec la fiction fiscale, que ce soit dans les rapports avec les tiers, ou dans les rapports entre les différentes parties de la même entreprise, s'agissant des transferts internes de capitaux, de biens ou de services. Et le recours à la simple comptabilité commerciale de l'établissement stable, telle que déterminée par l'entreprise à des fins de mesure de performance de l'établissement, si elle existe, n'apparaît pas satisfaisant sous l'empire de la version 2010 du MC OCDE, alors qu'il semble l'être pour la version antérieure. En effet, les commentaires OCDE sur cette version précisaient que « *Dans la grande majorité des cas, [...] la comptabilité commerciale de l'établissement stable - comptabilité généralement tenue par cette entreprise, ne fût-ce que parce qu'une organisation commerciale ou industrielle bien gérée a normalement intérêt à connaître la rentabilité de ses divers établissements - sera utilisée pour déterminer les bénéfices que l'on peut imputer en propre à cet établissement* »[11]. Le double ajout de 2010 au § 2 de l'article 7, à savoir la référence aux « *opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise* », et la prise en 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* » s'accommode mal de la seule prise en compte de la comptabilité commerciale. D'une part, parce que celle-ci ne tirera pas toutes les conséquences fiscales des simples opérations internes dont la nouvelle rédaction du modèle exige désormais expressément la prise en considération ; d'autre part, parce qu'elle ne satisfera probablement pas au degré d'exigence requis par l'analyse fonctionnelle à laquelle renvoie désormais la lettre du texte.

Les principes présidant à la construction du bilan fiscal de l'établissement stable vont conduire à l'élaboration d'un bilan probablement assez éloigné du bilan de l'établissement tel que construit spontanément par l'entreprise sur la base des données analytiques. Ils visent à donner tous ses effets à la logique de l'entreprise distincte et indépendante, aux fins d'établir le résultat de l'établissement stable pour l'ensemble de ses activités, au titre d'opérations réalisées (i) avec des entreprises juridiquement tierces, (ii) avec des entreprises associées, et même (iii) avec les autres parties de l'entreprise (le siège ou un autre établissement stable), sur la base d'une analyse économique fine renvoyant aux logiques applicables en matière de prix de transfert. Ce bilan ne vaut qu'aux fins d'application de l'article 7 du MC OCDE, et des clauses relatives à l'élimination de la double imposition juridique par l'État de la résidence. Les critères de la construction du bilan de l'établissement stable ont été fixés dans le rapport 2010, auquel nous renvoyons le lecteur pour les détails, et dont l'un des aspects saillants est l'autonomisation de l'établissement stable, **par la reconnaissance des effets fiscaux des opérations internes**.

6. En effet, le principe de l'entreprise distincte et indépendante tel que défini par le § 2 de l'article 7 du MC OCDE suppose que soient donnés des effets fiscaux aux opérations internes de transfert de capitaux, de biens et de services, la question étant posée de savoir dans quels cas une opération interne pourra être assimilée, à des fins fiscales, à une transaction faisant naître des droits et obligations. Par définition, une opération interne ne sera pas supportée par des contrats juridiquement contraignants. La mise en œuvre de la fiction que commande la reconnaissance d'une opération interne (uniquement requise à des fins fiscales) suppose donc un examen accru de ces opérations, qui doivent passer un **test de seuil**. Ainsi, le rapport 2010 précise que « *cette "opération interne", telle qu'elle est justifiée par l'entreprise, sera prise en compte aux fins de l'attribution de bénéfices* ***lorsqu'elle se rattache à un évènement réel et identifiable*** *(par exemple le transfert physique de stocks, la prestation de services, l'utilisation d'un actif incorporel, un changement dans la partie de l'entreprise qui utilise un bien de capital, le transfert d'un actif financier, etc.). Une analyse fonctionnelle et factuelle devrait être effectuée afin de déterminer si cet évènement a eu lieu ou doit être considéré comme une opération interne ayant une importance économique. Au bout du compte, c'est l'analyse fonctionnelle et factuelle qui détermine si l'opération interne a eu lieu, plutôt que les documents comptables ou autres fournis par l'entreprise* »[12].

Alors qu'il existe encore assez peu de conventions fondées sur le MC OCDE 2010, on constatera que le droit positif français, sous l'effet de la jurisprudence, semble néanmoins suivre une évolution parallèle à bien des égards.

11 C(7), n° 12.

12 Rapport 2010, partie I, n° 177. Passage mis en gras par nous.

II. La méthode sous-tendant la construction du bilan de l'établissement stable

7. On l'a vu, les aspects juridiques ne sont d'aucune aide aux fins de construction du bilan de l'établissement stable, eu égard à l'absence de personnalité morale de celui-ci. C'est donc dans des logiques économiques que la solution a été trouvée pour attribuer à l'établissement stable des éléments d'actif et de passif. Le § 2 de l'article 7 est le siège du **principe de pleine concurrence**, celui-là-même applicable en matière de prix de transfert, conformément à l'article 9 du MC OCDE auquel il est traditionnellement associé, **dans le contexte de l'établissement stable.** L'approche autorisée de l'OCDE consiste donc à appliquer le principe de pleine concurrence, tel qu'il est expliqué dans les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert[13], aux fins de détermination des bénéfices attribuables à un établissement stable, en raisonnant par analogie puisque, par définition, les principes visent les relations entre entreprises associées juridiquement autonomes. Et comme on sait, l'approche suivie par les principes consiste à corréler la réalisation d'un bénéfice à l'exécution de fonctions.

A. Le recours à l'analyse fonctionnelle et factuelle

8. C'est donc logiquement que l'approche autorisée de l'OCDE consiste à soumettre l'établissement stable à une **analyse fonctionnelle et factuelle** (suivant les indications fournies aux chapitres I et III des principes), dans une première étape, afin de déterminer quelles activités et opérations auraient été effectuées par l'établissement stable s'il avait constitué une entreprise distincte. Dans une deuxième étape, il y a lieu de déterminer la rémunération de pleine concurrence des opérations effectuées par l'entreprise théorique distincte, en appliquant par analogie les principes développés aux fins de l'application de l'article 9 du MC OCDE. Comme indiqué ci-avant, la méthode préconisée, qui invite à une reconstruction, sur la base d'une analyse fonctionnelle précise, de la situation patrimoniale de l'établissement stable, apparaît donc assez éloignée de l'interprétation antérieure du § 2 de l'article 7, qui acceptait de prendre pour point de départ la comptabilité distincte de l'établissement.

C'est donc une analyse fonctionnelle, bien connue des spécialistes de prix de transfert, qui est au cœur de la détermination du bénéfice imposable de l'établissement stable. Dans le cadre de la deuxième étape visée ci-avant, cette analyse est utilisée de façon classique, c'est-à-dire qu'elle est le support de l'analyse de comparabilité prévalant aux fins de l'application de l'article 9 du MC OCDE, dans les situations impliquant des entreprises associées sous réserve d'un raisonnement par analogie. Mais, dans le cadre de l'approche autorisée de l'OCDE, elle se voit dotée d'une portée de plus grande ampleur, au sein de la première étape : c'est elle en effet qui va permettre de faire le départ, au sein des actifs, des risques, des droits et obligations, entre ceux qui doivent être attribués à l'une ou l'autre des parties de l'entreprise. Selon le rapport 2010, l'analyse fonctionnelle et factuelle poursuit, dans le cadre de la première étape, les objectifs suivants : (i) attribuer à l'établissement stable les droits et obligations découlant de transactions intervenues entre l'entreprise et des entreprises distinctes ; (ii) déterminer les fonctions de l'entreprise théorique distincte ; (iii) attribuer les risques aux différentes parties de l'entreprise ; (iv) attribuer la propriété économique d'actifs aux différentes parties de l'entreprise ; (v) prendre en compte les opérations internes entre l'établissement stable et les autres parties de l'entreprise ; (vi) attribuer le capital sur la base des actifs et des risques attribués à l'établissement stable[14].

Il en ressort donc que c'est l'analyse fonctionnelle qui va servir de support à la construction du bilan de l'établissement stable, sur la base de l'enchaînement logique suivant : l'analyse des fonctions exercées permettra de déterminer la nature et le niveau des risques y associés. Il s'ensuivra l'attribution d'actifs suffisants pour couvrir les risques attribués à l'établissement. Une fois l'actif connu, on en déduira le montant total du passif ou du financement nécessaire, à distinguer entre le « capital libre », soit l'équivalent des capitaux propres, et la dette, ouvrant droit à déduction des intérêts. La prise en compte des droits et obligations attribués à l'établissement au titre de contrats conclus avec des entreprises tierces, de même que les opérations de transfert interne (entre l'établissement stable et une autre partie de l'entreprise) de capitaux, biens et services, découlera également des circonstances de fait, déterminées par l'analyse fonctionnelle et factuelle.

B. La détermination des fonctions de l'établissement stable

9. La détermination des fonctions exercées par l'établissement est donc la première étape[15]. Dans une logique de prix de transfert, l'analyse fonctionnelle a vocation à identifier et comparer les activités et responsabilités économiquement significatives, entre des transactions contrôlées et des transactions libres. Appliquée à l'établissement stable, l'analyse fonctionnelle est le support de la fiction de l'entreprise distincte et indépendante, et se donne pour but de déterminer quelles sont **les activités et responsabilités associées à l'établissement**, et la qualité au titre de laquelle la fonction est exercée, en tant que fonction rendue à une autre partie de l'entreprise ou en tant que fonction propre. Par exemple, si la fonction concernée est une fonction de vente de produits, il s'agira ici, entre autres, de déterminer si l'établissement intervient en tant que distributeur de plein exercice (acheteur-revendeur), ou en qualité de commissionnaire.

13 V. OCDE, Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, Rapport, 1995, 2010 et 2017

14 Rapport 2010, partie I, n° 59.

15 *Ibidem*, n° 60 à 67.

C. L'attribution des risques supportés par l'établissement stable

10. L'attribution des risques associés aux fonctions est l'étape suivante[16]. Cette question est centrale en matière d'attribution des bénéfices, puisqu'un agent économique supportant un niveau de risque élevé exigera une rémunération plus élevée au titre de son intervention, selon un principe bien connu de « *risk and reward* ». Pour reprendre l'exemple précédent de la fonction de distribution, la rémunération de l'établissement ne sera pas la même selon que celui-ci intervient en tant que distributeur de plein exercice supportant le risque de stock et le risque de crédit, ou en tant qu'agent, étant observé que, sous ce rapport, la question relève davantage de la deuxième étape de l'approche autorisée de l'OCDE. Mais elle est également centrale, dans la première étape de l'approche autorisée, et donc en regard de la question de la construction du bilan de l'établissement stable, car elle commande aussi le niveau de capital attribué à la partie de l'entreprise supportant le risque, en vertu du principe selon lequel le capital suit le risque, nous y reviendrons.

Les entreprises sont exposées à des risques divers : risque de stock, risque de crédit, risque de change, de taux, risque de garantie, risque de responsabilité sur les produits, risque réglementaire, etc. En cas de pluralité de personnes morales, les différents risques peuvent être contractuellement répartis entre les différentes entités du groupe. La problématique liée à la présence d'un établissement stable réside dans le fait que l'entreprise, dans son ensemble, supporte juridiquement le risque en raison de l'unicité de personne morale.

11. L'approche autorisée de l'OCDE permet toutefois d'attribuer les risques à l'une ou l'autre des parties de l'entreprise. Ainsi, il sera considéré que **l'établissement stable supporte tous les risques à l'égard desquels les <u>fonctions humaines significatives pertinentes à la prise de risques</u> sont exercées par le personnel de l'établissement stable, ces fonctions devant être entendues comme celles qui nécessitent la prise active de décisions**[17]. Pour reprendre l'exemple du distributeur, en matière de risque de stock, on considérera que le risque est assumé initialement par la partie de l'entreprise qui décide activement du niveau des stocks ; en matière de risque de crédit, on considérera que ce risque est assumé par la partie de l'entreprise qui décide de conclure une vente avec le client après avoir étudié sa solvabilité.

On signalera enfin qu'il y a lieu de tenir compte, le cas échéant, des opérations ultérieures de transfert des risques d'une partie à l'autre de l'entreprise, par exemple en cas de risque associé à un élément d'actif qui ferait l'objet d'un transfert interne, ou en matière de gestion des risques, une partie de l'entreprise pouvant assumer le risque tout en déléguant la gestion de ce risque à une autre partie de l'entreprise, mais sans le transférer pour autant[18].

En somme, l'identification des fonctions et des risques y associés de l'établissement stable vont permettre de construire son bilan.

III. La construction de l'actif de l'établissement stable

A. L'actif immobilisé de l'établissement stable

12. La fiction de l'entreprise distincte et indépendante suppose que soient attribués à l'établissement stable les éléments d'actif nécessaires à l'exercice de ses fonctions, et suffisants à la couverture des risques associés à ces fonctions.

L'unicité de personne morale interdit, par hypothèse, de recourir au critère de la propriété juridique, puisque les actifs appartiennent par définition à l'entreprise dans son ensemble. À la notion de propriété juridique a donc été substituée celle de **propriété économique,** à savoir « *l'équivalent aux fins de l'impôt de la propriété par une entreprise distincte, avec les avantages et les charges qu'elle comporte (par exemple, le droit au revenu découlant de la propriété de l'actif, notamment les redevances ; le droit d'amortir un bien amortissable ; et la possibilité de réaliser des gains ou de subir des pertes en raison de la plus-value ou de la dévaluation de l'actif)* »[19]. L'approche autorisée de l'OCDE a rejeté la simple désignation par l'entreprise de la partie qui possède économiquement les actifs, à la manière de la liberté d'affectation comptable existant en droit français, en raison des risques induits d'attribution artificielle des résultats fiscaux. Au contraire, l'approche autorisée de l'OCDE considère qu'un actif devra être attribué **à la partie de l'entreprise qui accomplit les <u>fonctions humaines significatives pertinentes</u> pour déterminer la propriété économique d'actifs,** c'est-à-dire les fonctions liées à la prise de décision concernant l'acquisition ou la création des actifs, ou le cas échéant leur gestion en cas de transfert intra-entreprise à la suite de leur acquisition ou création.

L'analyse factuelle permet non seulement d'identifier les actifs utilisés, mais aussi les conditions dans lesquelles ils sont utilisés (propriétaire unique ou conjoint, détenteur de licence, ou partie à un accord de répartition des coûts). Encore faut-il distinguer selon la nature des éléments d'actif concernés, les actifs corporels faisant figure d'exception au principe général.

16 *Ibid.*, n° 68 à 71.

17 Rapport 2010, n° 22 et 25.

18 *Ibidem*, n° 70.

19 *Ibid.*, note de bas de page 4, p. 16.

1° Actifs incorporels

✦ RÈGLES D'INSCRIPTION AU BILAN

13. En matière d'actifs incorporels (brevets, procédés, etc.), le principe général s'applique. On attribuera donc à l'établissement stable la propriété d'un bien incorporel si c'est à son niveau que s'accomplissent les **fonctions humaines significatives pertinentes liées à l'acquisition ou la création dudit actif**. Cela empêche, encore une fois, la possibilité de la simple désignation par l'entreprise du propriétaire économique au moyen de la comptabilisation du bien au bilan de l'une ou l'autre des parties, alors que cette partie ne serait pas dotée de l'expertise nécessaire.

S'il s'agit de **biens incorporels manufacturiers développés en interne**, les fonctions humaines significatives pertinentes sont celles qui nécessitent une prise active de décision en ce qui concerne la prise en charge et la gestion des différents risques et des portefeuilles de risques associés au développement du bien incorporel. On retiendra dans cette hypothèse, entre autres, la conception des spécifications de test et des processus selon lesquels les recherches sont menées, l'examen et l'évaluation des résultats des tests, la définition des stades auxquels les décisions sont prises et la prise effective de décisions d'engager des ressources supplémentaires pour le projet ou de l'abandonner, etc.[20] On notera que l'on s'attache ici à la décision active prise au plus près du programme de développement, et non pas à la faculté d'approuver ou de rejeter une décision, le cas échéant prise au niveau de la direction. Logiquement, le niveau de risque supporté par le développeur (inaboutissement du projet, inefficacité, effets secondaires négatifs en cas d'essai d'un nouveau produit dans l'industrie pharmaceutique) induira l'exigence d'un montant de capital libre suffisant pour supporter le risque.

S'il s'agit de **biens incorporels manufacturiers acquis**, on appliquera la même logique que pour les biens développés en interne, les fonctions humaines significatives pertinentes consistant, dans cette hypothèse, dans l'évaluation du bien incorporel acquis, le suivi des éventuelles activités de développement, ainsi que l'évaluation et la gestion des risques associés au déploiement du bien incorporel acquis[21].

S'il s'agit de **biens incorporels de commercialisation (logo, marque, nom, etc.)**, les fonctions humaines significatives pertinentes viseront la prise en charge initiale et la gestion ultérieure des risques posés par ce type de biens, à savoir les fonctions liées à la création et au contrôle de stratégies de marque, à la protection de la marque de commerce et du nom de marque et à l'entretien de biens incorporels de commercialisation établis[22].

20 Rapport 2010, Partie I, n° 88.

21 *Ibidem*, n° 94.

22 *Ibid.*, n° 97.

✦ EFFETS DE L'INSCRIPTION AU BILAN

14. Le propriétaire économique du bien incorporel aura droit à une rémunération comparable à celle d'une entreprise exerçant une fonction similaire, déterminée par l'application des principes de l'OCDE en matière de prix de transfert. Encore faudra-t-il déterminer, sur la base de l'analyse fonctionnelle et factuelle, si l'établissement stable est le propriétaire unique ou conjoint. Mais là aussi, les directives contenues dans les principes fournissent des pistes de solution.

Il existe de nombreuses manières de rémunérer la propriété économique d'un actif incorporel. Par exemple, une entreprise intégrée opérant au niveau mondial pourrait, en application de la méthode du partage des bénéfices, intégrer la rémunération du bien incorporel dans son calcul de partage des bénéfices, soit de façon explicite, soit implicitement. Mais on signalera que la détermination d'un revenu de pleine concurrence en matière d'actifs incorporels peut conduire, selon l'approche autorisée de l'OCDE, à l'application d'une **redevance notionnelle** entre l'établissement stable et une autre partie de l'entreprise, étant précisé que la notion de redevance n'exige pas de paiement effectif d'une division à l'autre, ni davantage de « contrat » formel de licence entre l'établissement stable et une autre partie de l'entreprise[23]. Il s'ensuit que, selon l'approche autorisée, une redevance pourrait être déduite de la base imposable d'un établissement stable au titre de l'utilisation d'un actif incorporel dont la propriété économique serait détenue par une autre partie de l'entreprise, étant entendu que la reconnaissance de cette redevance n'aurait pas d'effet en matière d'application de retenue à la source, compte tenu de la limitation de la fiction de l'entreprise distincte et indépendante aux seuls articles 7 et 23 A et 23 B du MC OCDE. Cette approche est en opposition avec la doctrine administrative française, comme nous le verrons plus loin (V. § 28).

✦ TRANSFERT INTERNE DE L'ACTIF INCORPOREL

15. En toute logique, le transfert interne d'un bien incorporel, quelle qu'en soit la forme, entrainera des conséquences au niveau du bilan fiscal de l'établissement stable et de l'autre partie de l'entreprise, au titre de la reconnaissance d'une **opération interne**.

Ainsi, un établissement stable pourrait être amené, dans le cadre d'une modification de son activité, à utiliser un bien incorporel manufacturier développé par le siège, et dont il aurait la propriété économique. Dans ces conditions, serait posée la question du versement d'une redevance de l'établissement stable au siège, en vertu du principe de pleine concurrence. D'autres modes de transfert pourraient conduire à la reconnaissance de l'acquisition par l'établissement d'un élément d'actif incorporel, entraînant nécessairement des conséquences bilantielles, à savoir l'inscription du bien à la valeur de marché, et la déduction possible d'amortissements ou de provisions sur cette base[24].

23 *Ibid.*, n° 203.

24 *Ibid.*, n° 207 et 208.

En droit positif français, on signalera que le Conseil d'État, dans sa décision *SA Fromageries Bel* rendue le 27 mai 2020[25], mentionnée aux tables du recueil Lebon, a accepté de faire produire tous ses effets fiscaux à la simple inscription au bilan fiscal de sa succursale américaine d'un élément d'actif incorporel (une quote-part de mali technique issue d'une restructuration réalisée en régime de faveur). Dans cette affaire, la société de droit français Bel (anciennement Fromageries Bel) a fait l'acquisition en 2008 de la société Boursin, auprès du groupe anglo-néerlandais Unilever, à la suite de quoi elle a procédé à la transmission universelle du patrimoine (TUP) de cette société, conformément à l'article 1844-5 du code civil, placée sous le régime de faveur des fusions. Il s'est ensuivi, dans son bilan, la substitution des titres de la société « tupée » acquise en début d'année, par les éléments de l'actif et du passif de cette société. Conformément au règlement CRC du 4 mai 2004, ces éléments ont été inscrits au bilan de la société Fromageries Bel pour leur valeur comptable, s'agissant d'une opération réalisée entre deux entités sous contrôle commun. Cette opération de substitution a fait apparaître un mali, correspondant à la différence négative entre l'actif net reçu par la société absorbante à hauteur de sa participation dans la société absorbée, en l'espèce 100 %, et la valeur comptable des titres annulés. Ce mali était un « faux » mali, ou mali technique, résultant de la contrainte réglementaire de l'inscription des éléments apportés à leur valeur nette comptable : il ne serait pas apparu si l'opération avait pu être transcrite à la valeur réelle, compte tenu des plus-values latentes recelées par les éléments apportés. Fort logiquement, un mali technique n'est pas comptabilisé en charge, mais doit être activé à un compte d'immobilisation incorporelle. À l'époque des faits, le mali technique était inscrit au sous-compte « mali de fusion » du compte 207 « fonds commercial ». Les règles comptables imposent une affectation extra-comptable du mali technique aux différents éléments d'actif apportés, afin d'en permettre le suivi. La société confondante a donc procédé à une ventilation du mali total de 185,7 millions d'euros, entre (i) les marques d'une part, à hauteur de 59,3 millions d'euros, et (ii) le fonds de commerce à hauteur de 126,4 millions d'euros. Dans le cadre de cet exercice d'affectation, la société a décidé d'affecter au bilan fiscal de sa succursale américaine, nouvellement créée, et constitutive d'un établissement stable aux États-Unis, une partie de ce mali technique, à raison de 62,7 millions d'euros, correspondant aux fonds de commerce américains de la société tupée, montant déterminé à partir d'une valorisation effectuée par un cabinet spécialisé.

L'administration fiscale a considéré, sur la base d'une lecture combinée des articles 38 et 209 du CGI, ainsi que sur l'article 7 de la convention franco-américaine du 31 août 1994 relatives à l'imposition des bénéfices des entreprises, que **la décision d'affectation d'une fraction du mali technique à l'établissement stable américain survenue en 2008 s'analysait en une cession d'élément d'actif** au prix de 62,7 millions d'euros, et a procédé à la réintégration de ce gain au résultat de la société. La société Bel, pour sa part, défendait l'extraterritorialité absolue du fonds américain, préexistante à l'acquisition. De son point de vue, elle ne pouvait être considérée comme ayant procédé à un transfert dudit fonds à sa propre succursale américaine, à raison de l'affectation d'une fraction du mali technique à cette dernière, alors que le fonds était déjà, dans la galaxie Unilever, constitutif d'un élément d'actif d'un bilan fiscal américain, quand bien même l'existence d'un établissement stable n'avait pas été déclarée en tant que telle aux autorités fiscales américaines. Après avoir considéré que le fonds de commerce américain ne caractérisait pas un établissement stable aux États-Unis eu égard à ses modalités d'exploitation (une location-gérance), la Haute assemblée a jugé qu'il résulte de la combinaison des articles 38 et 209 que « *lorsqu'une société établie en France inscrit au bilan fiscal d'une succursale établie à l'étranger dont les bénéfices ne sont pas pris en compte dans ses bases d'imposition un élément d'actif jusqu'alors affecté à ses exploitations françaises, une telle opération est regardée, pour l'établissement du résultat imposable en France de cette société, comme ayant les effets d'une cession d'élément d'actif* »[26], pour conclure qu'« *en jugeant que l'inscription à l'actif de sa succursale d'éléments qui, à l'issue de la transmission universelle de patrimoine placée sous le régime de faveur prévu par l'article 210 A du Code général des impôts, étaient affectés à ses exploitations françaises, avait les effets d'une cession faisant naître pour la requérante une plus-value soumise en France à l'impôt sur les sociétés, la cour n'a pas méconnu les articles 38 et 209 du même code* »[27]. La solution est apparue sévère à certains, dans son application à un mali technique, qui n'est traité comme un élément d'actif qu'afin d'équilibrer la perte résultant de la dissolution d'une filiale dont les titres ont été acquis à un prix supérieur à son actif net comptable, et qui, dès lors, ne possède pas une valeur de marché en tant que tel[28]. Il n'en ressort pas moins selon nous qu'il reflète, nécessairement, la valeur de marché du fonds de commerce. On retiendra donc que, sur ce point, le juge français apparaît en ligne avec l'approche autorisée de l'OCDE, reconnaissant une opération interne au titre d'un simple transfert d'actif incorporel entre deux parties de l'entreprise.

2° Actifs corporels

✦ RÈGLES D'INSCRIPTION AU BILAN

16. S'agissant des actifs corporels, le critère de l'attribution de la propriété économique est celui de **l'utilisation de l'actif**. Le Rapport 2010 justifie ce choix par le fait qu'il n'y aurait pas de différence fiscalement significative entre la situation de l'établissement considéré comme propriétaire économique d'un actif corporel (pouvant revendiquer la déduction des amortissements et des charges financières

25 CE, 27 mai 2020, n° 434412, SA Fromageries Bel, concl. R. Victor : FI 3-2020, n° 3, § 8, comm. R. Coin ; FI 3-2020, n° 4, § 68, comm. N. de Boynes : Dr. fisc. 2020, n° 48, comm. 450, note S. de Monès et V. Camatta. - V. aussi E. Dinh, Fiscalité internationale : chronique de l'année 2020 : Dr. fisc., 2021, n° 10, 167.

26 *Ibidem*, pt 4.

27 *Ibid.*, pt 5.

28 Sur ce point, v. B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales : Ed. Francis Lefebvre, 13e éd. 2019, n° 5803.

liées à son acquisition), et celle d'un établissement stable considéré comme locataire (et pouvant revendiquer la déduction de loyers)[29].

Ce choix semble toutefois en réalité dicté par la volonté de sauvegarder la mécanique conventionnelle applicable en matière de revenus d'immeubles, accordant à l'État du *situs* de l'immeuble le droit de taxer les revenus immobiliers y trouvant leur source. En effet, comme on l'a vu, la fiction de l'entreprise distincte et indépendante ne joue qu'aux fins d'application de l'article 7 et des articles 23 A et 23 B, mais pas pour les autres dispositions conventionnelles. Dès lors, l'application du principe général aurait conduit à la possibilité de reconnaitre, aux fins de détermination du bénéfice imposable de l'établissement stable, un **loyer notionnel** qui serait versé à l'autre partie de l'entreprise qui en serait le propriétaire économique. Toutefois, la fiction de l'entreprise distincte et indépendante ne s'appliquant pas en matière de revenus immobiliers, la déduction du loyer notionnel de la base imposable de l'établissement dans l'État du *situs* n'aurait pas été compensée par l'application d'une retenue à la source au profit de ce même État sur le fondement de l'article 6 du MC OCDE relatif aux revenus immobiliers. Le recours au critère de l'utilisation de l'actif neutralise donc de fait la reconnaissance d'une opération interne donnant lieu à un loyer notionnel qui aurait bouleversé l'équilibre conventionnel[30].

✦ EFFETS DE L'INSCRIPTION AU BILAN

17. Le propriétaire économique percevra les revenus produits par l'utilisation du bien corporel, de même qu'il pourra revendiquer la déduction des charges y afférentes (charges financières liées à l'acquisition, amortissements, dépréciations, etc.).

On précisera que l'attribution de la propriété économique d'un actif corporel ne suffit pas à rattacher au propriétaire économique l'intégralité des revenus (contrairement à ce qui prévaut pour un actif financier). Par exemple, la propriété économique d'un bien corporel utilisé dans une activité de production ne permettra pas de rattacher la totalité des revenus issus des ventes des biens aux clients finaux : l'analyse fonctionnelle permettra d'isoler un bénéfice de fabrication et un bénéfice de distribution, si la fonction de distribution est exercée par une autre partie de l'entreprise.

✦ TRANSFERT INTERNE DE L'ACTIF CORPOREL

18. Dès lors que le critère de la propriété économique des biens corporels réside dans l'utilisation de l'actif, il s'ensuivra qu'une **modification de l'utilisation de l'actif corporel à la faveur d'un transfert** entre l'établissement stable et une autre partie de l'entreprise (par exemple le transfert d'une machine dans l'hypothèse où l'établissement et une autre partie de l'entreprise exerceraient une fonction de fabrication) constituera une **opération interne**, commandant sa prise en compte à des fins fiscales, tout à la fois au titre de la sortie du bilan d'une partie de l'entreprise (constatation du gain en capital sur la base de la valeur de marché de l'actif) et de son entrée dans le bilan fiscal de l'autre partie (déduction des amortissements sur la base de la valeur de marché de l'actif)[31]. De fait, dans cette hypothèse, un évènement clairement identifiable permettra de respecter le test du seuil.

3° Actifs financiers

✦ RÈGLES D'INSCRIPTION AU BILAN

19. En matière d'actifs financiers[32], la règle générale de recours au critère des **fonctions humaines significatives pertinentes** pour déterminer la propriété économique d'actifs s'applique également

Tout comme pour les actifs incorporels, la propriété économique pourra être déterminée selon les fonctions exercées à un niveau inférieur au niveau stratégique de la haute direction, au plus près de la création et de la gestion de l'actif financier considéré[33].

En droit positif français, il n'est pas interdit de considérer que le critère de la localisation des prises actives de décisions liées à un actif financier a été appliqué, par le Conseil d'État, s'agissant du rattachement à un établissement stable français de titres de participation, dans une décision *Sté Cie internationale des wagons-lits et du tourisme* du 7 mars 2016[34]. Dans cette affaire, la société Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme (CIWLT), filiale du groupe Accor, dont le siège social était à Bruxelles, exerçait une double activité : elle était à la fois une société opérationnelle intervenant dans le domaine ferroviaire et une société holding. Elle disposait en France d'une succursale, déclarée en tant qu'établissement stable, dont l'exploitation était en théorie uniquement dédiée aux activités opérationnelles. À la faveur de deux vérifications de comptabilité de cette succursale portant respectivement sur les années 1998 à 2002, et sur l'année 2003, l'administration fiscale française avait toutefois considéré que les résultats de la société CIWLT, dans leur ensemble, en ce compris ceux se rapportant à son activité de holding, devaient être rattachés à l'assiette taxable en France au motif que la société CIWLT possédait un siège de direction en France caractérisant l'existence d'un établissement stable, au sens de l'article 4 de la convention fiscale franco-belge. L'administration a donc réintégré dans le résultat

29 Rapport 2010, Partie I, n° 75.

30 Sur ce point, v. J. Sasseville, art. préc., n° 144 et s.

31 V. Rapport 2010, Partie I, n° 194 à 196.

32 Les lignes qui suivent traitent du cas général, et non du cas particulier du secteur bancaire, faisant l'objet de la partie II du rapport de 2010.

33 V., sur ce point, Rapport 2010, Partie I, n° 87.

34 CE, 7 mars 2016, n° 371435, Sté Cie internationale des wagons-lits et du tourisme : *Dr. fisc. 2016, n° 46, comm. 591, concl. A. Bretonneau, note E. Meier, R. Torlet et A. Tailfer.*

imposable français de la société les produits de cessions de titres de participation survenues au cours des exercices soumis à contrôle, et relevant par essence de l'activité de holding.

Le Conseil d'État a validé la position des juges du fond qui avaient donné raison à l'administration, posant, sur la base d'une lecture combinée de l'article 209, I du CGI et de l'article 4 de la convention franco-belge du 10 mars 1964, une définition de la notion de siège de direction caractérisant un établissement stable, aux termes de laquelle « *le siège de direction s'entend du lieu où les personnes exerçant les fonctions les plus élevées prennent les décisions stratégiques qui déterminent la conduite des affaires de cette entreprise dans son ensemble* ». S'agissant de l'identification d'un tel siège de direction, le Conseil d'État rejette la prééminence du critère du lieu de la tenue des conseils d'administration, précisant que « *si le lieu où se tiennent les conseils d'administration d'une société peut constituer un indice pour l'identification d'un siège de direction, ce seul élément ne saurait, confronté aux autres éléments du dossier, suffire à le déterminer* », et fonde sa décision, entre autres, sur le fait que les décisions stratégiques intervenues au cours de l'année 2003 avaient, en réalité, été préparées et décidées dans leur principe à l'occasion de réunions antérieures du conseil d'administration, tenues à Paris.

Dans la mesure où la société belge disposait déjà en France d'un établissement stable au titre de son activité opérationnelle, le détour par la notion de « siège de direction » a pu apparaître superfétatoire, dans une situation où il était en théorie possible de procéder à un rattachement des résultats de l'activité de gestion de participations à l'établissement stable déjà existant[35]. Il nous semble toutefois, à la lumière de notre objet d'étude, que le recours au coadjuteur du siège de direction – mis en évidence par les décisions relatives aux titres cédés – était nécessaire pour conforter le rattachement à un bilan fiscal français des titres ayant fait l'objet de la cession litigieuse : alors même qu'un établissement stable était caractérisé en France, il n'était pas évident de considérer que la société CIWLT avait aliéné un bien « *investi dans son établissement français* », conformément à l'article 5 de la convention franco-belge, alors que, par hypothèse, les titres cédés n'avaient pas été inscrits à l'actif dudit établissement stable. Le rattachement à un bilan fiscal français des titres supposait donc que fût révélé un lien fonctionnel avec l'établissement stable existant par ailleurs. Cet aspect justifie, selon nous, le détour par la localisation du centre de décision relatif à la gestion des titres, dont il n'était pas acquis qu'il se situât au niveau de la succursale française exploitant l'activité ferroviaire.

On signalera toutefois que le Conseil d'État, dans une décision *SA Figesbal*, rendue le 20 avril 2005, donc antérieurement à l'adoption de l'approche autorisée de l'OCDE, à une époque où la comptabilité distincte de l'établissement stable apparaissait comme une base pertinente, s'est contenté de la simple inscription comptable, par une décision de gestion, de titres au bilan fiscal d'un établissement français pour conclure à la taxation en France des dividendes et plus-values concernant ces titres[36]. Dans cette affaire, une société résidente de Nouvelle-Calédonie exerçant une activité d'import-export disposait en France d'une succursale à Bordeaux, à l'actif de laquelle elle avait inscrit les participations détenues dans une société bordelaise. L'administration, sur cette base, avait réclamé l'imposition en France, entre les mains de l'établissement stable, des dividendes perçus de cette filiale, de même que la taxation de la plus-value dégagée à raison de la cession de ces titres. La société estimait que la convention conclue entre la France et la Nouvelle-Calédonie s'opposait à l'imposition en France, au double motif que, s'agissant des dividendes, la convention, conformément au MC OCDE, ne prévoyait l'imposition en France au niveau de l'établissement stable que si la participation génératrice des dividendes « *s'y rattache effectivement* », et que, s'agissant des gains en capital, la convention réservait la taxation au niveau de l'établissement stable des seuls gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers « *qui font partie de l'actif* » de l'établissement stable. La Haute assemblée a considéré « *qu'en jugeant qu'il suffisait que les titres de la société [...], qui ont produit les dividendes et dont la cession a engendré la plus-value en cause, fussent inscrits par une décision de gestion à l'actif de l'établissement de Bordeaux [...], dont il n'était pas contesté qu'il avait le caractère d'un établissement stable en France, pour regarder les dividendes comme crédités à cet établissement et ces titres comme cédés par lui et que, par suite, ces dividendes et cette plus-value étaient imposables en France, la cour n'a pas commis d'erreur de droit* ». Dans ses conclusions sur cette affaire, Laurent Olléon avait considéré que l'argumentation de la société, s'agissant de la taxation de la plus-value, devait être écartée en regard de la rédaction même de la clause relative aux gains en capital, visant un simple rattachement des titres à l'actif de l'établissement, tandis que l'argumentation sur le terrain de la taxation des dividendes méritait davantage de réflexion dans la mesure où la disposition conventionnelle exigeait le « rattachement effectif » à l'établissement. C'est donc sur la base d'une analyse des circonstances de fait qu'il conclut à la caractérisation du rattachement effectif de la filiale française au bilan de l'établissement français. On signalera qu'à la faveur de l'adoption de la version 2010 de l'article 7, les commentaires sur le MC OCDE ont précisé que le simple enregistrement de droits ou biens dans les documents comptables de l'établissement stable est insuffisant pour conclure que ces actifs ou droits se rattachent effectivement à l'établissement stable, et que des actifs ou droits sont considérés comme se rattachant effectivement à un établissement stable et faisant donc partie de l'actif de celui-ci si leur propriété économique est attribuée à cet établissement aux fins du § 2 de l'article 7, selon les principes du rapport 2010. Compte tenu des nouvelles logiques à l'œuvre, il n'est donc pas certain que, face à une affaire semblable, le juge fiscal se contente à l'avenir d'une motivation aussi laconique.

Dans une affaire jugée le 20 juillet 2021, la Cour administrative d'appel de Paris a été amenée à se prononcer

35 V., sur ce point, B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales : Éd. Francis Lefebvre, 11e éd., 2016, spéc. n° 17390.

36 CE, 20 avr. 2005, n° 251568, SA Figesbal : Dr. fisc. 2006, n° 14, comm. 301.

sur l'éligibilité au régime mère-fille de dividendes taxés au niveau de l'établissement stable français d'une société d'assurance de droit britannique[37]. La société d'assurances britannique QBE Insurance Europe Limited avait réalloué les dividendes de ses filiales à ses succursales en fonction de la nature et de l'importance de l'activité de chaque succursale, selon une clé de répartition déterminée sur la base de la quote-part représentée par chacune des succursales dans le montant total des provisions techniques. Les dividendes perçus des filiales avaient été initialement pris en compte dans les déclarations de résultat en France de la société, qui s'était ultérieurement prévalue, par voie de réclamation, du bénéfice du régime mère-fille. L'administration avait refusé l'application du régime au motif que la succursale française ne détenait pas, à l'actif de son bilan, de titres de participation et qu'ainsi elle ne remplissait pas l'ensemble des conditions fixées à l'article 145 du CGI. Les juges d'appel ont rejeté cette argumentation, au motif que la condition de détention des titres depuis plus de deux ans « *ne saurait s'apprécier au niveau d'une succursale, laquelle ne jouit pas d'une personnalité morale ni d'un patrimoine distinct de ceux de la société mère* » (pt 5). Quant à l'argument de l'absence d'inscription au bilan fiscal de l'établissement français, il est aussi écarté, dans les termes suivants : « *il n'est pas contesté que la quote-part de dividendes perçus par cette succursale à raison de la participation de la société QBE Insurance Europe Limited dans ces deux filiales figurait dans le résultat taxable déclaré par la société auprès de l'administration française à raison de l'établissement stable dont elle disposait en France. La circonstance que les titres de participation ayant généré ces dividendes n'ont pas été mentionnés dans la rubrique "titres de participation" de la déclaration de résultats déposée par la société QBE Insurance Europe Limited dans le cadre de ses obligations fiscales en France est à cet égard sans incidence* » (pt 5). On retiendra de cette intéressante décision trois enseignements principaux : tout d'abord, même si la description des faits est assez légère, il n'est pas impossible de présumer à la lecture de la décision que la société d'assurances britannique a appliqué une analyse fonctionnelle et factuelle conforme à l'approche autorisée de l'OCDE aux fins d'affectation des titres de participation à son établissement français, compte tenu de ses contraintes techniques propres ; ensuite, on voit que **le juge de l'impôt prend ses distances par rapport aux enregistrements passés en comptabilité, en jugeant comme non pertinente l'absence de mention explicite des titres dans la rubrique « titres de participation », ce qui là aussi, atteste implicitement d'une forme de prise en compte des principes de l'approche autorisée de l'OCDE ;** enfin, on constatera que, dans certaines situations, la réalité juridique reprend ses droits : ici, le juge fiscal rappelle que le respect des conditions d'application du régime mère-fille (la détention des titres de la filiale depuis deux ans au moins) ne peuvent s'apprécier, eu égard à l'absence de personnalité morale de la succursale, qu'au niveau de la société elle-même, et non de l'établissement. Dans le même sens, on se rappellera que le recours à un raisonnement juridiquement orthodoxe fondé sur l'unicité de personne morale avait permis au Conseil d'État, dans une décision *SA BNP Paribas* du 10 juillet 2019[38], de faire bénéficier les intérêts versés par des succursales étrangères à un siège français de la protection des conventions fiscales (la société ne pouvant qu'être le débiteur juridique des intérêts conformément aux stipulations des conventions fiscales fondées sur l'article 11 du MC OCDE).

✦ EFFETS DE L'INSCRIPTION AU BILAN

20. L'inscription au bilan de l'actif financier aura pour effet d'entraîner, **de façon globale**, l'attribution de tous les revenus (intérêts, dividendes), gains ou pertes en capital et dépenses liés (charges financières liées à l'acquisition, dépréciations) découlant de la détention de ces actifs, de l'augmentation ou de la réduction de leur valeur, ou de leur prêt ou vente à des tiers[39]. En cela, l'attribution de la propriété économique d'un actif financier diffère donc, dans ses effets, de celle d'un actif corporel.

✦ TRANSFERT INTERNE DE L'ACTIF FINANCIER

21. Compte tenu de l'application du principe général, le transfert interne de l'actif financier devra entrainer en toute logique les conséquences fiscales assimilables à celles d'une cession entre tiers juridiques.

B. L'actif circulant de l'établissement stable

1° Les stocks

22. L'inscription des stocks à l'actif de l'établissement stable découlera directement de l'analyse fonctionnelle et factuelle.

Par exemple, un établissement intervenant en tant que distributeur de plein exercice inscrira à l'actif de son bilan fiscal le stock de marchandises dont il devient le propriétaire économique et lui fera subir, le cas échéant, à la date d'inventaire, les dépréciations nécessaires en cas de baisse de la valeur du stock en-dessous d'une valeur de marché.

2° Les créances

✦ LES CRÉANCES SUR DES TIERS

23. Là aussi, l'analyse fonctionnelle et factuelle permettra d'identifier les créances dont est titulaire, **dans le cadre de transactions avec des tiers**, qu'il s'agisse d'entreprises indépendantes ou d'entreprises associées, l'établissement stable dans l'exercice de ses fonctions.

37 CAA Paris, 20 juill. 2021, n° 19PA03109, Sté QBE Europe SA/NV : FI 4-2021, n° 5, § 6, comm. T. Perrot.

38 CE, 10 juill. 2019, n° 418108, SA BNP Paribas, concl. K. Ciavaldini : FI 4-2019, n° 5, § 18, comm. E. Dinh.

39 Rapport 2010, Partie I, n° 73.

Les produits imposables qui en découlent seront logiquement le reflet des fonctions exercées, compte tenu des actifs utilisés et des risques assumés. Les bénéfices attribuables à l'établissement stable correspondant à son intervention dans les transactions conclues avec des tiers seront déterminés directement lorsque le tiers est une entreprise indépendante, ou par application des principes OCDE en matière de prix de transfert lorsque l'opération est conclue avec une entreprise associée, en tenant compte, dans un cas comme dans l'autre, des effets des opérations internes de l'établissement avec d'autres parties de l'entreprise. Par exemple, l'attribution du bénéfice d'un établissement exerçant une fonction de distribution de produits fabriqués par le siège sera déterminée en tenant compte de l'opération de transfert interne des produits, selon que le distributeur agit en tant qu'acheteur-revendeur ou en qualité d'agent.

Là encore, la créance figurant au bilan de l'établissement pourra faire l'objet de dépréciations, d'une cession ou d'un abandon, dont les conséquences fiscales seront tirées au niveau du résultat imposable de l'établissement.

✦ LES CRÉANCES SUR D'AUTRES PARTIES DE L'ENTREPRISE

24. L'approche autorisée de l'OCDE commande également de **tenir compte des opérations internes entre l'établissement stable et une autre partie de l'entreprise**, conformément au principe de l'entreprise distincte et indépendante qui sous-tend l'attribution des bénéfices à l'établissement stable. Il s'ensuit que, nonobstant l'unicité de personne juridique, doivent être reconnues des relations de « créancier/débiteur » au titre des opérations internes. Cette position n'est pas nouvelle, du moins pour les transferts de biens destinés à la vente : dès 1963, l'OCDE admettait qu'une vente notionnelle au titre d'un transfert interne de bien soit reconnue aux fins d'attribution d'une marge bénéficiaire à la partie ayant procédé à la fabrication du bien (ou l'ayant acquis auprès d'un fournisseur).

Sur ce plan, la reconnaissance de ventes internes à l'entreprise est admise de longue date en droit positif français, et commandée par le principe même de la territorialité de l'impôt sur les sociétés. On notera toutefois que le droit fiscal français fait preuve d'une certaine modernité, comme le démontre la séquence jurisprudentielle ayant abouti à la consécration de la déductibilité des abandons de créances consentis par un siège français au profit de son établissement étranger, consacrant pleinement, sur cet aspect, la logique de « tiers fiscal » applicable à l'établissement stable.

Dans une première séquence jurisprudentielle, constituée de quatre arrêts s'étendant de 1972 à 1974[40], le Conseil d'État a refusé la déduction du résultat fiscal français des aides allouées aux établissements secondaires étrangers dépourvus de la personnalité morale, en faisant une application stricte du principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés. Si le juge acceptait, comme indiqué plus haut, de reconnaitre des effets fiscaux à une livraison interne de marchandises, il refusait néanmoins de reconnaître le moindre effet fiscal aux pertes subies à l'étranger, par voie de répercussion sur le résultat français sous la forme d'un abandon des avances consenties ou d'une dépréciation des créances, en application d'une conception rigoriste de la territorialité de l'impôt. L'arrêt du 14 juin 1974[41] fournit un exemple particulièrement topique des linéaments de ce raisonnement : « *Considérant qu'il résulte clairement de l'ensemble de ces dispositions que, lorsqu'une société ayant son siège en France expédie des marchandises à un établissement stable situé en Allemagne, à un prix semblable à celui qu'elle aurait pratiqué dans une vente à une entreprise autonome, la livraison de ces marchandises est assimilable à une fourniture de la société qui doit être prise en compte en vue de la détermination de son bénéfice imposable en France à l'impôt sur les sociétés ; qu'en revanche, il n'y a pas lieu de tenir compte, pour déterminer ce bénéfice, d'évènements se rattachant à l'activité de l'établissement exploité hors de France ; qu'en particulier, lorsque le compte de cet établissement dans les écritures de la société présente un solde débiteur qu'il apparaît définitivement impossible d'apurer soit par virement de fonds, soit par retour des marchandises impayées, cette circonstance ne peut trouver normalement son origine que dans les déficits d'exploitation de l'établissement situé hors de France ; qu'elle doit donc rester sans influence sur les bénéfices de la société imposable en France* ».

C'est dans un arrêt de section *Télécoise* du 16 mai 2003[42] que le Conseil d'État a accepté le principe de la déduction d'une aide commerciale apportée par une société française à son établissement étranger dépourvu de personnalité morale, confirmant dans une formation solennelle, sa décision de sous-sections réunies, *SAMIIA*, du 2 mars 1988[43]. Dans l'affaire *Télécoise*, une société française, qui réalisait des installations électriques en France et à l'étranger, avait conclu avec une municipalité libyenne un contrat d'installation d'un éclairage public. Pour honorer ce contrat, elle avait implanté une succursale en Libye, qu'elle fut, face aux difficultés rencontrées dans ce pays, contrainte de fermer après quelques années d'activité. La société passa des provisions pour créances douteuses sur les avances consenties à son établissement libyen. Le Conseil d'État admit la déductibilité de ces provisions, en apportant une limite à l'application du principe de territorialité, dans les termes suivants : « *Considérant qu'il résulte des dispositions précitées des articles 38 et 209 du CGI que, lorsqu'une société*

40 CE, 25 oct. 1972, n° 81999 et n° 82309 : Rec. Lebon ; Dupont 1/73, p. 19, concl. Mehl ; Dr. fisc. 1973, n° 22, comm. 843. - CE, sect., 14 juin 1974, n° 80624 : *Lebon T.* ; *Dupont 10/74*, p. 353. - CE, 20 nov. 1974, n° 85191 : Rec. Lebon ; RJF 1/75, n° 10.

41 CE, 14 juin 1974, n° 80624, préc.

42 CE, sect., 16 mai 2003, n° 222956, Sté Télécoise : Rec. Lebon ; Dr. fisc. 2003, n° 30-35, comm. 582, concl. M.-H. Mitjaville.

43 CE, 2 mars 1988, n° 49054, Sté des ateliers mécaniques pour l'industrie et les industries alimentaires (SAMIIA) : Rec. Lebon ; RJF 4/88, n° 407, concl. N. Chahid-Nouraï.

dont le siège est en France exerce dans une succursale à l'étranger, une activité industrielle ou commerciale, il n'y a pas lieu de tenir compte, pour la détermination des bénéfices imposables en France, des variations d'actif net imputables à des évènements qui se rattachent à l'activité exercée par cette succursale ; qu'en revanche, si la succursale entretient avec le siège des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société, celle-ci peut déduire de ses résultats imposables les pertes, subies ou régulièrement provisionnées, résultant des aides apportées à la succursale dans le cadre de ces relations ». On constatera donc que cette décision, rendue avant l'adoption de l'approche autorisée de l'OCDE, invite à reconnaitre des effets fiscaux aux opérations internes, sur la base d'une interprétation ductile de l'article 209, I du CGI tenant compte de la finalité de l'aide octroyée (le maintien ou le développement des activités en France de la société dans le cadre de relations commerciales avec l'établissement étranger), sans que l'absence de personnalité juridique de l'établissement vienne polluer le raisonnement.

IV. La construction du passif de l'établissement stable

25. L'établissement stable a besoin d'un certain niveau de ressources financières, soit un montant total de financement, constituant le passif de son bilan. Selon l'approche autorisée de l'OCDE, il y a lieu d'opérer une séparation de ce montant total de financement en deux masses distinctes. Il s'agit dans un premier temps d'accorder à l'établissement stable un montant de capital libre (correspondant, pour une entreprise distincte, au montant de ses fonds propres). La différence entre le montant total de financement et le montant de capital libre correspondra au montant du financement par dette. Cette mécanique est importante aux fins d'attribution à l'établissement stable d'un bénéfice de pleine concurrence, en tant que le montant du financement par dette ouvrira droit à la déduction de charges financières du résultat de l'établissement.

A. Le capital libre de l'établissement stable

26. En vertu du principe de pleine concurrence, l'approche autorisée de l'OCDE précise que l'établissement stable doit disposer d'un **capital suffisant pour couvrir les fonctions qu'il exerce, les actifs dont il a la propriété économique, et les risques qu'il assume**. À cet égard, le rapport de 2010 étend la logique applicable aux entreprises du secteur financier, pour lesquelles la réglementation fixe des niveaux minimum de capital réglementaire afin de servir « d'amortisseur » au cas où les risques inhérents à l'activité se traduiraient par des pertes financières, à l'ensemble des entreprises, pour lesquelles le capital doit jouer le rôle de « garde-fou »[44].

À la différence d'une entreprise dotée de la personnalité morale, qui pourrait, par des accords contractuels, faire garantir les risques qu'elle supporte par une autre entité, pourvu que cette dernière dispose elle-même du capital nécessaire à couvrir lesdits risques, il est **impossible de séparer les risques supportés par un établissement du capital nécessaire à la couverture de ces risques**. Dit autrement, il n'est pas possible de considérer que les risques assumés par un établissement stable, tels qu'ils découlent de l'analyse fonctionnelle et factuelle, soient garantis par une autre partie de l'entreprise, ce qui serait contraire, par les effets fiscaux déformants induits, à l'approche autorisée de l'OCDE.

On précisera que l'attribution de capital libre n'est nécessaire qu'à des fins fiscales de détermination d'un bénéfice de pleine concurrence. Le rapport 2010 précise ainsi qu'il n'est **pas nécessaire d'attribuer formellement du capital libre** à un établissement stable, si bien que les besoins de financement pourraient être, **juridiquement** parlant, entièrement couverts par le recours à l'emprunt[45]. À l'inverse, une attribution formelle de capital libre à l'établissement ne serait pas davantage en soi opérante : une décision des dirigeants d'imputer un certain niveau de capitaux à l'établissement, ou d'inscrire ces capitaux en comptabilité ne permet pas de déterminer les risques assumés par l'établissement et le montant de capital libre qui doit être attribué dans le cadre de l'analyse fonctionnelle et factuelle[46]. En un mot, **le capital libre « suit » les risques, et non l'inverse**[47]. Surtout, on notera encore une fois que les informations données par la comptabilité distincte de l'établissement, si elle existe, ne sont pas pertinentes aux fins de détermination d'un bénéfice de pleine concurrence dans l'approche autorisée de l'OCDE.

S'agissant de la méthode de répartition du capital libre entre l'établissement stable et les autres parties de l'entreprise, il n'existe pas de consensus entre les membres de l'OCDE. La répartition du capital libre entre les diverses parties de l'entreprise peut être fondée sur diverses approches, allant d'une méthode de répartition proportionnelle du capital de l'entreprise en proportion des actifs et des risques attribués à l'établissement sur la base de l'analyse fonctionnelle (par exemple, si 10 % des actifs et/ou des risques sont attribués à l'établissement, 10 % du capital lui reviendra à titre de capital libre), à une méthode fondée sur la sous-capitalisation (soit l'application à un établissement des ratios d'endettement constatés auprès d'entreprises indépendantes, en regard des fonction des actifs et des risques attribués)[48].

44 V. Rapport 2010, Partie I, n° 28.
45 *Ibidem*, n° 115.
46 *Ibid.*, n° 116.
47 *Ibid.*, n° 29.
48 *Ibid.*, n° 115 à 149.

B. L'endettement de l'établissement stable

1° L'endettement auprès de tiers

27. Une fois déterminé le niveau de capital libre de l'établissement stable, le **solde du besoin de financement** correspond à l'« endettement » de ce dernier à savoir le montant sur la base duquel pourront être calculés des intérêts déductibles, aux fins de détermination du bénéfice de pleine concurrence.

S'agissant de la méthode d'attribution à l'établissement des intérêts payés par l'entreprise, on signalera, sans entrer dans le détail de cette question, que, là aussi, plusieurs approches sont possibles, aucun consensus ne s'étant dégagé au sein de l'OCDE. Selon l'approche du « suivi », il y a lieu de remonter toutes les opérations liées à un transfert de fonds à l'établissement jusqu'à un prêt ou une avance de fonds consenti à l'entreprise par un tiers (par exemple un établissement bancaire). Une autre méthode existe, fondée sur la fongibilité des fonds empruntés : selon cette approche, l'établissement stable se voit attribuer une quote-part du montant total des intérêts versés par l'entreprise au titre de l'ensemble de ses emprunts, en proportion, par exemple, des actifs attribués à l'établissement par rapport aux actifs totaux de l'entreprise[49].

On notera que l'approche autorisée rejette en tout état de cause la possibilité de modifier le montant des intérêts à déduire, ou de reconnaitre une commission de garantie notionnelle afin de tenir compte d'une solvabilité distincte de l'établissement. Selon l'approche autorisée, l'établissement doit se voir reconnaitre la même solvabilité que l'entreprise tout entière[50].

On signalera qu'il s'agit donc ici d'attribution à l'établissement stable d'un endettement externe. La question a été posée de la prise en compte **d'opérations internes de trésorerie**, et du risque d'évasion fiscale induit par l'attribution à l'établissement stable de charges d'intérêt alors que l'entreprise est financée dans son ensemble, entièrement ou principalement, par capitaux propres. La solution à cette question est donnée par l'analyse fonctionnelle elle-même. De fait, la reconnaissance d'opérations internes de trésorerie ne sera établie que s'il existe des fonctions humaines significatives pertinentes permettant d'établir la propriété économique des actifs financiers. En l'absence de telles fonctions, l'attribution des charges financières à l'établissement ne pourra procéder que d'une imputation d'une fraction des intérêts versés en-dehors de l'entreprise[51].

49 *Ibid.*, n° 152 à 158.
50 *Ibid.*, n° 100 à 104.
51 *Ibid.*, n° 157.

2° L'endettement auprès d'autres parties de l'entreprise

✦ LA RECONNAISSANCE DE PRÊTS NOTIONNELS

28. L'approche autorisée de l'OCDE marque une **rupture avec l'approche antérieure. En effet, depuis 1963, l'OCDE refusait la reconnaissance de prêts notionnels, sauf pour les entreprises financières[52]. La logique de l'entreprise distincte et indépendante, visant à la détermination d'un bénéfice de pleine concurrence, a donc conduit, sur ce point, l'OCDE à accepter que puissent être identifiés, dans certaines conditions, des prêts notionnels entre l'établissement stable et une autre partie de l'entreprise, entraînant la possibilité de déduire des charges financières au niveau de la partie de l'entreprise « débitrice »**. Tel sera notamment le cas, selon le rapport 2010, lorsqu'il sera possible d'identifier, sur la base de l'analyse fonctionnelle et factuelle, que l'établissement stable ou une autre partie de l'entreprise exerce une **véritable fonction de gestion de la trésorerie** de l'entreprise : la partie de l'entreprise se livrant à cette fonction sera considérée comme le propriétaire économique des actifs financiers concernés, en tant qu'elle exercera les fonctions humaines significatives pertinentes, et sera donc habilitée à en percevoir le rendement[53].

Le rapport 2010 précise que d'autres opérations financières internes peuvent avoir lieu dans des entreprises non financières, par exemple des opérations de couverture, sous réserve, naturellement, de passer le **test du seuil** (dans ce cas de figure, sous réserve que la partie de l'entreprise à laquelle le risque a été transféré dispose des compétences pour gérer le risque et assume donc les fonctions humaines significatives pour ces risques)[54].

On constatera, sur cette question, une évolution parallèle du droit fiscal positif français. Traditionnellement, la position de l'administration fiscale, telle qu'exprimée dans sa doctrine, consiste sur le fondement de l'unicité de la personne morale, à nier à un établissement français toute possibilité de déduire des sommes qualifiées d'intérêts (sauf pour les succursales de banques) ou de redevances en contrepartie de sommes mises à sa disposition par son siège étranger et prélevées sur ses fonds propres[55]. En réalité, la doctrine administrative n'a pas varié sur cette question depuis la réponse ministérielle *Mesmin* du 19 janvier 1981, qui a précisé que « *les versements effectués sous la dénomination d'intérêts ou de redevances par la succursale française d'une société étrangère, en rémunération des sommes que celle-ci a prélevées sur ses fonds propres, et met sous quelque forme que ce soit à la disposition de sa succursale, ne peuvent être admis en déduction du bénéfice imposable en France ; la succursale n'ayant pas de personnalité*

52 V. Commentaire MC OCDE (2008), n° 41-42 et 49 sur l'article 7.
53 V. Rapport 2010, Partie I, n° 28.
54 *Ibidem*, n° 161.
55 V. BOI-IS-CHAMP-60-10-40, 12 sept. 2012, § 380.

juridique distincte ni d'autonomie patrimoniale, ces versements représentent en réalité une partie d'un bénéfice réalisé en France par la société étrangère »[56]. Le juge de l'impôt est apparu par le passé, à l'unisson de l'administration fiscale sur ce point. Dans un arrêt de 1991[57], la Cour administrative d'appel de Paris a ainsi jugé que les intérêts versés par une succursale française à son siège étranger pour rémunérer des avances de démarrage versées par ce dernier ne peuvent être pris en compte pour le calcul des résultats imposables à l'impôt sur les sociétés. La Cour, semble-t-il, s'est fondée sur l'absence de la personnalité juridique de la succursale pour considérer que le versement de sommes de la succursale au siège ne participe que de mouvements internes ne pouvant générer des intérêts déductibles.

Mais les choses semblent avoir changé, avec une décision *Sté Sodirep TextilesSA-NV* rendue le 9 novembre 2015 par le Conseil d'État[58]. Dans cette affaire, l'administration fiscale avait rehaussé, sur le fondement de l'article 57 du CGI, le résultat de la succursale française d'une société de droit belge, à raison des intérêts qui n'avaient pas été « facturés » au siège, en contrepartie de la « comptabilisation » d'avances de trésorerie consenties à ce dernier. La société opposait l'argument de l'unicité de personne morale, conférant aux transferts de fonds entre la succursale et le siège, à titre d'avances ou de remboursements d'avance, la nature d'apports ou de prélèvements n'affectant pas le bénéfice imposable, sur le fondement des articles 38 et 209 du CGI Le Conseil d'État a donné gain de cause à l'administration, estimant « *que, d'une part, [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 ; que d'autre part, les avantages consentis par une entreprise imposable en France au profit d'une entreprise située hors de France sous la forme de l'octroi de prêts sans intérêt constitue l'un des moyens de transfert indirect de bénéfices à l'étranger* » (pt 5). **La reconnaissance du prêt notionnel entre l'établissement et le siège trouve donc ici sa source dans le dispositif même de l'article 57 du CGI**, conduisant concrètement à une solution équivalente à celle qui découlerait de la mise en œuvre des termes ajoutés au § 2 de l'article 7 du MC OCDE en 2010 (non pertinentes dans ce litige). On signalera toutefois que la voie utilisée par la Haute assemblée (l'application extensive de l'article 57 du CGI) conduit mécaniquement à cette solution dès lors que les avances ont été « comptabilisées » par l'établissement, alors que l'approche autorisée de l'OCDE supposerait que les avances passent le « test du seuil », sur la base d'une analyse fonctionnelle et factuelle précisée. En tout état de cause, on admettra qu'au nom de la cohérence, une situation symétrique devrait donner lieu à la possibilité, pour un établissement français, de déduire des intérêts de sa base imposable au titre d'avances consenties par son siège étranger, en contradiction avec la doctrine administrative toujours en vigueur.

Ajoutons qu'il s'évince de la décision *SA BNP Paribas* rendue par le Conseil d'État le 10 juillet 2019[59], déjà évoquée plus haut (V. § 19, *in fine*), qu'il apparaît désormais acquis que **les versements effectués par un établissement étranger à son siège à raison de la mise à disposition de sommes par ce dernier doivent recevoir la qualification d'« intérêts » au sens des conventions**. Cette qualification, quoique non discutée devant le juge de cassation, a nécessairement été validée par le Conseil d'État de façon implicite, puisque l'application d'une convention fiscale participe de la détermination du champ d'application de la loi[60]. Il doit donc s'ensuivre, dans des cas comparables, un accès vers la convention fiscale applicable *via* la catégorie cédulaire des « intérêts », et partant, une éviction de la catégorie générique des « bénéfices d'entreprise ». Cet élément révèle donc une nouvelle mobilisation de la logique de « tiers fiscal » par le juge de l'impôt, ici aux fins d'application des conventions fiscales.

✦ LA QUESTION DE LA SOUS-CAPITALISATION/SURCAPITALISATION DE L'ÉTABLISSEMENT STABLE

29. Un dernier point doit ici être abordé, qui constitue un élément de divergence entre le droit français et les directives de l'OCDE. L'approche autorisée de l'OCDE, par la détermination d'un montant de capital libre dont se déduit, en regard du besoin de financement total de l'établissement, le montant de l'endettement correspondant à un niveau de pleine concurrence, a concrètement pour effet de limiter le risque de sous-capitalisation d'un établissement stable.

Sur ce point, la jurisprudence française semble en opposition. En effet, le Conseil d'État, dans trois décisions du 11 avril 2014, a jugé que les succursales pouvaient ou non être dotées de quasi-fonds propres, **au choix de l'entreprise**, et que l'administration, qui avait constaté une insuffisance de l'apport réalisé par le siège au regard des fonds propres dont les succursales auraient été dotées si elles avaient eu la personnalité morale, n'était dès lors pas fondée à réintégrer les intérêts afférents à la fraction des emprunts jugée excessive[61]. Il s'agissait dans ces affaires de succursales en France de banques étrangères. La Haute assemblée a jugé que les dispositions de la loi fiscale française « *autorisaient notamment l'administration, dans le cadre de son pouvoir de contrôle des déclarations de résultats de cette succursale, à remettre en cause la déduction d'intérêts versés, selon les circonstances, au siège de la société, à d'autres établissements stables de cette dernière ou*

56 RM Mesmin, n° 31725 : JOAN 19 janv. 1981, p. 245.

57 CAA Paris, 28 mai 1991, n° 89PA02918, Weston Hyde Products Ltd : Lebon T. ; RJF 8-9/91, n° 1152.

58 CE, 9 nov. 2015, n° 370974, Sté Sodirep Textiles SA-NV, préc.

59 CE, 10 juill. 2019, n° 418108, préc.

60 Sur ce point, v. CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider Electric : Rec. CE 2002, p. 233 ; Dr. fisc. 2002, n° 36, comm. 657 ; Dr. sociétés 2002, comm. 184, note J.-L. Pierre ; RJF 10/2002, n° 1080, chron. L. Olléon, p. 755 ; BDCF 10/2002, n° 120, concl. S. Austry.

61 CE, 11 avr. 2014, n° 346687, Sté Unicredit venant aux droits de Banca di Roma Spa, inédit n° 344990, Bayerische Hypo und Vereinsbank AG (HVB-AG) : Lebon T., et n° 359640, Caixa Geral de Depositos, inédit : RJF 7/14, n° 667, concl. D. Hedary.

à des tiers, en rémunération de prêts que les intéressés auraient consentis à la succursale, pour des motifs tirés, le cas échéant, de la non-conformité de l'objet des prêts à l'activité en France de la succursale ou du caractère excessif de la rémunération de ces prêts ; que, toutefois, ni ces termes ni ces règles n'autorisaient l'administration fiscale à apprécier le caractère normal du choix opéré par le siège de la société de financer l'activité de sa succursale en la laissant recourir à l'emprunt, plutôt qu'en lui apportant des fonds propre, ni à en tirer, le cas échéant, de quelconques conséquences fiscales » (pt 3 de la décision *Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*). Quant aux dispositions conventionnelles applicables, inspirées de l'article 7 du MC OCDE, le Conseil d'État considère qu'elles ne permettent pas davantage la remise en cause du choix de financement, dans les termes suivants : « *dans leur rédaction applicable aux faits de l'espèce, ces stipulations doivent s'entendre comme autorisant l'État de la succursale à attribuer à cette dernière les bénéfices que l'intéressée aurait réalisés si, au lieu de traiter avec le reste de l'entreprise, elle avait traité avec des entreprises distinctes aux conditions et aux prix du marché ordinaire ; qu'en revanche, ces stipulations n'ont pas pour objet ni, par suite, pour effet de permettre à cet État d'attribuer à la succursale les bénéfices qui seraient résultés de l'apport à l'intéressée de fonds propres d'un montant différent de celui qui, inscrit dans les écritures comptables produites par le contribuable, retrace fidèlement les prélèvements et apports réalisés entre les différentes entités de l'entreprise ; qu'en particulier, l'administration fiscale ne saurait substituer à ce dernier montant les fonds propres dont la succursale aurait été dotée, en vertu de la réglementation applicable ou au regard, notamment, de l'encours des risques auxquelles elle est exposée, si elle avait joui de la personnalité morale* » (pt 6 de la décision *Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*).

Il est vrai que ces décisions ont été rendues sur la base de conventions basées sur le modèle antérieur à la version 2010 du MC OCDE, et que le juge a rejeté l'invocation des commentaires y afférents, postérieurs aux stipulations conventionnelles applicables. Il restera donc à voir si le juge de l'impôt français adopte, à l'avenir, l'approche autorisée de l'OCDE sur cet aspect. Mais on se rappellera que cette solution n'est que la transposition, au cas des succursales, de la solution adoptée pour les filiales dans le précédent *Andritz* du 30 décembre 2003[62], et qu'une application différente en fonction de la forme d'implantation en France ne manquerait pas de soulever des questions. Enfin, on signalera que le même raisonnement est appliqué, *mutatis mutandis*, dans la situation inverse, où l'administration fiscale reprocherait au siège français d'avoir surcapitalisé un établissement étranger, se privant de percevoir les intérêts à raison de l'excédent de dotation en capital[63].

E. DINH ■

62 CE, sect., 30 déc. 2003, n° 233894, SA Andritz : Rec. Lebon ; RJF 3/04, n° 238, concl. G. Bachelier, p. 166.

63 CE, 17 juin 2015, n° 369722, 369724 et 369725, Min. c/ Sté AIG Management France SA, inédit : RJF 10/15, n° 759.