

REGLES "ANTI-ABUS" CONTRE LA SOUS-CAPITALISATION

CONDAMNATION DU REGIME FISCAL ALLEMAND... ET DU REGIME FISCAL BELGE

De manière inexorable, et pour certains inquiétante, la jurisprudence de la Cour de Justice érode systématiquement les prérogatives des Etats membres dans le domaine fiscal.

Cette tendance se marque particulièrement dans le domaine des présomptions générales destinées à lutter "contre la fraude ou les abus".

Selon la jurisprudence constante de la Cour, "[la lutte contre] la réduction des recettes fiscales ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général pouvant justifier une mesure en principe contraire à une liberté fondamentale", telle, notamment la liberté d'établissement.

L'arrêt rendu le 12 décembre 2002 par la Cour de Justice dans l'affaire Lankhorst-Hohorst¹ confirme une fois encore cette jurisprudence.

Une filiale allemande d'une société hollandaise

La loi allemande relative à l'impôt des sociétés contient une disposition qui peut être résumée comme suit, en employant une terminologie fiscale belge : Lorsqu'une société allemande est contrôlée par une société non résidente, les intérêts versés par la société allemande à la société mère étrangère sont requalifiés en dividendes, et ne peuvent en conséquence pas être déduits par la société allemande, si les prêts accordés par la mère excèdent le triple de sa participation dans le capital de la filiale.

Cette règle ne trouve toutefois pas à s'appliquer, et la déductibilité des intérêts dans le chef de la filiale est par conséquent autorisée, si la société allemande établit qu'elle aurait pu obtenir les fonds empruntés dans des conditions identiques auprès d'un tiers prêteur.

En l'espèce, la société allemande Lankhorst-Hohorst, filiale d'une société hollandaise, s'est trouvée dans une situation financière difficile.

En vue de réduire la charge des intérêts qu'elle versait à une banque allemande, elle a obtenu de sa maison mère hollandaise un prêt assorti d'un taux d'intérêt plus bas que

celui appliqué par la banque allemande. Ce prêt lui a permis de rembourser l'emprunt bancaire et de réduire la charge des intérêts qu'elle supportait précédemment.

Compte tenu du montant du prêt accordé par la société mère hollandaise par rapport à sa participation dans sa filiale allemande, les autorités fiscales allemandes ont considéré que les intérêts payés par Lankhorst-Hohorst à sa maison mère hollandaise devaient être assimilés à une distribution de bénéfices occultes. Les autorités allemandes ont en conséquence imposé ces "bénéfices occultes" dans le chef de Lankhorst-Hohorst.

Elles ont considéré que Lankhorst-Hohorst, compte tenu de son endettement excessif et de son incapacité à offrir des garanties, n'aurait pas pu obtenir auprès d'un tiers un prêt similaire, accordé sans garanties. En conséquence, l'exception à la règle de requalification des intérêts en dividendes ne pouvait pas jouer.

Dans le cadre de la procédure qui a ensuite été engagée devant les juridictions allemandes, Lankhorst-Hohorst a fait valoir que le prêt qui lui avait été octroyé par sa maison mère hollandaise "constituait une tentative de sauvetage et que le versement des intérêts... ne pouvait être qualifié de distribution déguisée de bénéfices. Elle a soutenu, en outre, qu'il y avait lieu de prendre en considération la finalité de la règle de requalification des intérêts en dividendes, "qui est d'empêcher les cas de fraude à l'impôt dû par les sociétés de capitaux. Or, en l'espèce,le prêt avait été accordé dans le seul but de minimiser les frais financiers de Lankhorst-Hohorst et de réaliser d'importantes économies sur les intérêts bancaires. Lankhorst-Hohorst a fait valoir, à cet égard, que les intérêts précédemment payés à la banque [allemande] représentaient une charge deux fois plus élevée que celle des intérêts ultérieurement payés à la société mère hollandaise. Il ne s'agissait donc pas d'un cas où un actionnaire non-résident cherche à éviter l'imposition due sur les distributions de bénéfices, en se faisant verser des intérêts".

Cette argumentation n'a toutefois pas été retenue par les tribunaux allemands : la disposition "anti-abus" s'applique, vu son caractère abstrait, même lorsque l'intention frauduleuse est absente.

Une restriction prohibée à la liberté d'établissement

La juridiction allemande a toutefois eu des doutes sur la compatibilité de la disposition anti-abus avec les règles du droit communautaire, et en particulier avec la liberté d'établissement.

Elle a en effet relevé que la règle anti-abus n'aurait pas trouvé à s'appliquer si la société mère de Lankhorst-Hohorst avait, elle aussi, été une société allemande.

En d'autres mots, le rejet de la déduction des intérêts dans le chef de Lankhorst-Hohorst, et la requalification de ces sommes en dividendes occultes en faveur de la société mère, ne sont intervenus que parce que la société mère était établie dans un autre Etat membre et non point en Allemagne.

Or, selon une jurisprudence constante de la Cour, la liberté d'établissement (en l'espèce d'une société hollandaise) sur le territoire allemand peut s'exercer de deux façons : soit

par la création d'une succursale (établissement stable) de la société étrangère (hollandaise) sur le territoire allemand; soit par la création d'une filiale de droit allemand par la société hollandaise. C'est cette dernière solution qui avait été retenue en l'espèce par la société mère hollandaise de Lankhorst-Hohorst.

Selon la Cour, "une telle différence de traitement entre filiales [allemandes] en fonction du siège [en Allemagne ou à l'étranger] de leur société mère constitue une entrave à la liberté d'établissement [de la société mère], entrave en principe interdite par l'article 43 du Traité CE. La mesure fiscale en cause rend en effet moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement [en Allemagne] par des sociétés établies dans d'autres Etats membres, et celles-ci pourraient en conséquence renoncer à l'acquisition, à la création ou au maintien d'une filiale dans l'Etat membre [Allemagne] qui édicte cette mesure".

Une société mère étrangère n'implique pas en soi un risque d'évasion fiscale

L'entrave à la liberté d'établissement étant ainsi établie, il restait à vérifier si cette entrave "poursuit un objectif légitime compatible avec le Traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général".

Avec un bel ensemble, les Gouvernements allemand, danois et britannique ainsi que la Commission ont soutenu que la mesure nationale en cause était nécessaire pour lutter "contre l'évasion fiscale à laquelle aboutirait le recours au mécanisme dit "de la sous-capitalisation"... Toutes choses étant égales par ailleurs, il serait fiscalement plus avantageux d'assurer le financement d'une filiale par l'emprunt plutôt que par des apports en capital. Dans ce cas, en effet, les bénéfices de la filiale sont transférés à la société mère sous forme d'intérêts déductibles lors du calcul des bénéfices imposables de la filiale, et non sous la forme de dividendes non déductibles. Dans la mesure où la filiale et la société mère ont leur siège dans des pays différents, la dette fiscale est alors susceptible d'être transférée d'un pays à l'autre".

"La Commission a toutefois relevé que la règle aboutit à une double imposition : en effet, la filiale allemande est soumise à l'impôt allemand sur les intérêts requalifiés en dividendes (et, par conséquent, réintégrés dans son bénéfice imposable). D'autre part, la société mère résidente aux Pays-Bas doit encore déclarer aux Pays-Bas les intérêts qu'elle a perçus.

Le principe de proportionnalité exigerait donc [selon la Commission] que les deux Etats membres concernés se concertent afin d'éviter une double imposition."

La Cour a toutefois retenu une approche plus radicale que celle défendue par la Commission.

"En ce qui concerne... la justification fondée sur le risque d'évasion fiscale, il importe de souligner que la législation [allemande] n'a pas pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait d'échapper à l'emprise de la législation fiscale allemande. Cette législation vise en effet, de manière générale, toute situation dans laquelle la société mère a son siège, pour quelque raison que ce soit, en dehors de l'Allemagne. Or, une telle situation n'implique pas, en elle-

même, un risque d'évasion fiscale, une telle société [mère] étant en tout état de cause soumise à la législation fiscale de l'Etat membre où elle est établie".

De surcroît, poursuit la Cour, la juridiction allemande a constaté elle-même que toute fraude ou abus était absent en l'espèce : le prêt est effectivement intervenu pour réduire, en faveur de la société allemande, la charge des intérêts financiers résultant de son crédit bancaire.

Rejet, une nouvelle fois, de l'argument de la cohérence

On se souviendra que la Cour, dans un arrêt Bachmann que nous qualifierons de "malheureux", avait considéré en 1992 que la nécessité d'assurer la cohérence d'un régime fiscal peut justifier une réglementation de nature à restreindre l'exercice d'une liberté fondamentale du Traité².

Depuis lors, dans (quasi) tout litige mettant en cause la compatibilité de la réglementation fiscale d'un Etat membre avec le droit communautaire, l'Etat membre concerné a invoqué la nécessité de préserver la cohérence de son système fiscal pour justifier la mesure incriminée.

Force est toutefois de constater que, chaque fois, la Cour a déclaré que les conditions qui l'avaient amenée à accepter la justification de la cohérence dans l'affaire Bachmann font défaut dans la nouvelle affaire dont elle a à connaître. L'affaire Lankhorst-Hohorst ne fait pas exception à la règle.

Et quid de la Belgique ?

Un parallèle évident nous paraît pouvoir être fait entre ce qui a été décidé par la Cour de Justice dans l'affaire Lankhorst-Hohorst, à propos de la règle anti-sous-capitalisation allemande, et la règle équivalente qui est en vigueur en Belgique depuis le 1er janvier 1997.

Elle fait l'objet de l'article 198, 11°, 1er alinéa, CIR.

Selon cette disposition, les intérêts payés par une société belge à un prêteur étranger sont réintégrés dans la base imposable de la société belge lorsque trois conditions sont réunies. Il faut :

- que les intérêts soient payés à un bénéficiaire établi à l'étranger;
- que ce bénéficiaire "étranger" soit établi dans un pays où il n'est pas soumis à la taxation, ou y est soumis à un régime notablement plus avantageux que le régime belge;
- que le total des prêts consentis (obligations émises publiquement exclues) par des prêteurs étrangers réunissant les deux conditions ci-avant excède 7 fois le capital et les réserves taxées de l'emprunteur belge³.

L'on observera que, tout comme la disposition allemande condamnée par la Cour, la disposition belge a une portée tout à fait générale. Autrement dit, elle trouve à

s'appliquer de manière automatique, quelles que soient les raisons pour lesquelles le prêteur se trouve établi à l'étranger.

Elle trouve d'autre part à s'appliquer non seulement lorsque le prêteur n'est pas soumis à l'impôt dans son propre pays sur les intérêts perçus mais également lorsque le régime fiscal qui lui est appliqué de ce chef "est notablement plus avantageux que celui résultant des dispositions de droit commun applicables en Belgique".

L'on sait qu'à l'occasion de la dernière réforme de l'impôt des sociétés, le Gouvernement a estimé "que le moment était venu de cesser de discriminer les sociétés étrangères [CE]" à propos du régime des revenus définitivement taxés : dorénavant toute société mère étrangère établie dans l'Union Européenne qui verse des dividendes à une société belge est réputée être soumise dans son Etat membre d'établissement à un régime fiscal qui n'est pas notablement plus avantageux que le régime belge"⁴.

Il nous paraît que le moment est également venu "de cesser de discriminer les prêteurs étrangers" établis dans un autre Etat membre. Dès lors que le taux d'intérêts stipulé est normal, il nous paraît que l'article 198, 3°, CIR ne peut plus trouver à s'appliquer, et ce quelle que soit l'importance des capitaux empruntés par la société belge par rapport à son capital.

Selon nous, il doit en aller ainsi même si le prêteur étranger CE n'est pas, par ailleurs, actionnaire de la société emprunteuse belge.

Dans cette hypothèse, en effet, il n'y aura certes pas restriction prohibée à la liberté d'établissement de la société étrangère en Belgique (hypothèse de l'affaire Lankhorst-Hohorst). Il y aura, par contre, restriction à la libre prestation de services par le prêteur belge en Belgique.

Marc DASSESSE

Professeur ordinaire à l'ULB

(mdassess@ulb.ac.be)

Conseil fiscal (Krockaert et Associés)

¹ Aff.C-324/00

² Arrêt Bachmann du 28 janvier 1992, aff. C-204/90. Pour un examen critique, voyez, notamment, M.Dassesse "L'arrêt Bachmann et la loi du 28 décembre 1992 : une victoire à la Pyrrhus?", Journal de droit fiscal, 1992, page 321 sq. Signalons ici que la Commission a récemment annoncé l'ouverture d'une

procédure en manquement contre plusieurs Etats membres, dont la Belgique, concernant le refus de déduction de (certaines) cotisations d'assurance pension versées à un fonds de pension étranger.

³ Pour plus de détails, voyez, notamment, M.Dassesse et P.Minne, Précis de droit fiscal, 5ème édition, Bruylant- Bruxelles 2001, page 684 sq.

⁴ Modification de l'article 203 CIR/92 par la loi du 24 décembre 2002, modifiant le régime d'imposition des sociétés. Voyez également notre chronique dans l'Echo du 16 octobre 2002 : "Réforme de l'impôt des sociétés et droit européen. Un projet perfectible. La main (en partie) invisible de la Commission Européenne...".