

02.2

# Les risques fiscaux liés à la réorganisation des réseaux de distribution

**Laurent POUILLE**Avocat associé, LS2P Avocats  
Docteur en droit

La réorganisation des réseaux de distribution expose les opérateurs à des risques fiscaux. Sont notamment concernés les magasins, les commissionnaires, les centrales d'achat (V. § 1 à 4), avec un risque d'acte anormal de gestion omniprésent (V. § 5 à 9). Dans un contexte international, les opérations peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 57 du CGI (V. § 14 à 18). À ces risques s'ajoute celui d'application d'une

retenue à la source à raison d'un éventuel revenu réputé distribué (V. § 10 à 12). Enfin, les nouvelles implantations, notamment des super centrales visées par la loi Egalim 3 entrée en vigueur le 30 mars 2023, invitent à s'interroger non seulement sur le risque d'établissement stable (V. § 19 à 25) mais aussi sur celui d'aide d'État (V. § 26 à 30).

## Introduction

1. Les réseaux de distribution ne cessent d'évoluer. À l'international, les alliances se font et se défont régulièrement, entraînant des changements, en particulier du lieu d'implantation des centrales d'achat. Les ennemis d'hier deviennent les alliés de demain. Sur les marchés nationaux, les réseaux évoluent continuellement mais la tendance est à la concentration. Dans le secteur de la grande distribution, on distingue les réseaux intégrés et les réseaux indépendants. Ces derniers sont soit franchisés soit réunis au sein d'une coopérative. Ces différences d'organisation impliquent des comportements différents des acteurs. Les intégrés jouissent d'une surface financière leur permettant de déployer des stratégies de conquête à long terme. Ils sont généralement plus présents à l'international et peuvent recourir aux marchés financiers pour accroître leur aura mais aussi augmenter leur risque comme nous le voyons actuellement avec Casino. Les réseaux d'indépendants sont généralement plus agiles, gérés de près par leurs adhérents, qui participent au fonctionnement des structures dites « amont ». Ils se déploient plus difficilement

à l'international et doivent se développer par eux-mêmes. Les magasins appartiennent aux adhérents.

Quel que soit le type de réseau, l'objectif recherché est double : prioritairement la création de valeur, avec une augmentation des fonds propres, de la capacité d'achat et de développement, la fixation de la clé de répartition bi ou tripartite, entre l'amont, l'aval et l'actionnaire si la société est cotée en bourse. Le chiffre d'affaires réalisé par les points de vente dépend très étroitement du positionnement prix par rapport à la clientèle cible, laquelle varie notamment selon l'enseigne et le bassin d'activité. **Chez les indépendants, les intérêts de l'amont et de l'aval ne sont pas toujours alignés**, précisément parce que chaque partie entend réaliser le maximum de profit. Mais l'amont n'a pas directement accès au consommateur et l'aval ne peut fonctionner sans l'appui notamment logistique, commercial et technique de l'amont. Se pose dès lors la question de la juste répartition de la valeur entre l'amont et l'aval, de ce qui peut relever d'une gestion normale ou d'un transfert de bénéfices, spécialement lorsque les magasins sont situés à l'étranger.

2. La réorganisation d'un réseau de distribution peut se traduire par des mouvements de points de vente (I), ou par des restructurations internes affectant la répartition de charges et produits au sein du réseau (II). La réalisation de ces opérations, en particulier dans un contexte international, conduit à s'interroger sur les éventuels risques fiscaux.

## I. Les risques fiscaux inhérents aux entrées et sorties du réseau de distribution

3. Dans les réseaux intégrés, les magasins appartiennent au groupe et sont peu mobiles. Toutefois, depuis quelques années, après la frénésie de rachats des points de vente à l'aube des années 2000, les réseaux intégrés cèdent régulièrement une partie de leurs magasins, généralement pour des raisons économiques<sup>1</sup>. Dans les réseaux indépendants, la situation est différente. Les magasins appartiennent aux adhérents et sont liés à leur réseau par un contrat de franchise ou d'approvisionnement. Malgré les multiples clauses contraignantes insérées dans les contrats par les franchiseurs pour tenter de protéger coûte que coûte leur réseau, les adhérents<sup>2</sup> cèdent également « leur affaire ». Ces cessions sont d'origines multiples. Elles peuvent résulter des étapes personnelles de la vie de l'entrepreneur qui cède son entreprise dans son réseau ou à un réseau concurrent pour en tirer un meilleur prix. Il peut également s'agir d'un choix commercial, par exemple une volonté de changer de format. Dans ce cas, le changement concerne l'adhérent et non les titres de la société ou le fonds de commerce. La cession peut intervenir de gré à gré au sein du même réseau, ou vers un réseau concurrent. La cession peut être réalisée directement entre adhérents ou vers une structure amont qui va réaliser une opération de portage.

4. La cession peut classiquement être opérée par une cession des titres de société ou par une vente du fonds de commerce et être ou non accompagnée de l'immobilier lié à l'exploitation, qui sera souvent logé dans une structure indépendante. Dans cette hypothèse, il n'est pas rare que des négociations s'engagent sur la répartition du prix de cession. Le marché français est particulièrement délicat, les règles d'urbanisme commercial conduisent à survaloriser les mètres carrés existants pour se développer. L'impossibilité de construire de nouveaux magasins dans certains secteurs conduit inéluctablement les acteurs du secteur à avoir des appétits d'ogre. Le prix de cession de ces entreprises peut être

très élevé. Fiscalement, ces cessions sont parfois réalisées à des niveaux de prix perçus comme éloignés de la valeur vénale des titres. La question du traitement fiscal des écarts de prix constatés conduit à s'interroger sur les risques fiscaux liés à ces opérations, liés à l'identification éventuelle d'un acte anormal de gestion (A) et d'une libéralité constitutive d'un avantage occulte soumis à une retenue à la source (B).

## A. Le risque d'acte anormal de gestion par application des règles de droit interne

5. La conquête de parts de marché peut conduire les distributeurs à de véritables guerres des prix. En France, la perte d'un territoire signifie bien souvent la disparition de l'enseigne dans la zone concernée. À l'international, le développement peut passer par le rachat de groupes au prix fort. Fiscalement, ces opérations peuvent susciter des questionnements de l'administration fiscale. Le contribuable peut-il légitimement acheter ou vendre un bien à n'importe quel prix sans s'exposer à un risque fiscal ? En cas de non-conformité du prix de cession de titres de participation, ou du fonds de commerce, par rapport à la valeur vénale, la charge ou la perte n'est pas déductible. L'acquisition de points de vente à un prix qui peut sembler déconnecté du marché peut être constitutive d'un acte anormal de gestion. Il faut tout d'abord souligner que l'évaluation de tels magasins est complexe. Les sommes que certains sont prêts à mettre sur la table pour acquérir des parts de marché sont importantes et le prix ne peut pas toujours être répercuté sur les repreneurs, spécialement en cas d'acquisition par l'amont d'un groupement d'indépendants. Il est d'usage qu'un hypermarché soit négocié pour un montant représentant plusieurs mois de chiffre d'affaires, les écarts pouvant aller du simple au double. Par exemple, dans l'arrêt *Sté Boulogne Distribution*, le montant de la cession représentait 40 % du chiffre d'affaires, soit 4,8 mois de chiffre d'affaires TTC<sup>3</sup>. Les supermarchés quant à eux sont nettement moins valorisés, surtout lorsqu'il s'agit d'enseignes de *discount*. L'administration fiscale a pu retenir une valorisation d'un fonds de commerce sous enseigne Netto à 19 % du chiffre d'affaires<sup>4</sup>. Ainsi, s'il réalise 30 M€ de chiffre d'affaires, le prix pourra être compris entre 10 et 25 M€. En 2019, Casino a cédé 6 hypermarchés à des adhérents Leclerc pour plus de 100 M€ pour un chiffre d'affaires HT de 150 M€<sup>5</sup>. En 2010, Casino avait racheté un parc de 42 magasins Carrefour en Thaïlande dont 34 hypermarchés, pour 868 M€<sup>6</sup>. Le rachat<sup>7</sup> des enseignes Cora et Match en France - 60 hypermarchés et 115 supermarchés totalisant 5,2 Mds€ de chiffre d'affaires - par Carrefour annoncé le 12 juillet 2023 pour plus d'un milliard

1 La vente en cours (juillet 2023) par Casino de 119 magasins à Intermarché en est un bel exemple. Sur le plan international, la cession du groupe Altis en 2012 et de sa vingtaine de magasins par le distributeur espagnol Eroski à Intermarché en est un autre. Mais également du départ d'un dirigeant fondateur, comme ce fut le cas en 2018 pour le rachat des Bricorama par le Groupement des Mousquetaires.

2 Le terme d'« adhérents » est utilisé pour le réseau Leclerc et le réseau du Groupement des Mousquetaires notamment avec l'enseigne Intermarché. Pour l'enseigne U, le terme utilisé est celui d'associé coopérateur.

3 CE, 20 déc. 2011, n° 313435, *Sté Boulogne Distribution*, inédit au recueil Lebon.

4 TA Nancy, 16 mars 2023, n° 2001901, SC des Mousquetaires, C.

5 Y. Puget, Casino vend 6 hypers Géant à des adhérents Leclerc : LSA, 19 janv. 2019.

6 J.-N. Caussil, Casino se renforce en Thaïlande : LSA, 18 nov. 2010.

7 J. Parigi, Carrefour rachète Cora et Match : l'annonce et l'analyse : LSA, 12 juill. 2023.

d'euros obéit à une logique de course aux mètres carrés. Selon Alexandre Bompard, président-directeur général du groupe Carrefour, cette « première acquisition majeure en France depuis plus de vingt ans consolide le leadership de Carrefour sur la distribution alimentaire sur son marché domestique »<sup>8</sup>. Un marché qui suscite des convoitises outre-Atlantique<sup>9</sup>.

6. L'administration fiscale s'attache à vérifier la conformité des actes de gestion à l'intérêt de l'entreprise. En cas de non-conformité, la charge ou la perte n'est pas déductible. Il importe donc de rappeler les conditions de sa mise en œuvre<sup>10</sup>. Le Conseil d'État dans l'affaire *Sté Croë Suisse* a défini l'acte anormal de gestion comme étant : « l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt »<sup>11</sup>. En cas de rejet de déductibilité, c'est à l'administration qu'il appartient, en règle générale, d'en apporter la preuve et d'établir les faits sur lesquels elle se fonde<sup>12</sup>. Toutefois, l'acte sera présumé anormal s'il existe entre les parties une relation d'intérêt ou si, lors d'une cession de bien, le prix est significativement inférieur à sa valeur vénale, critère jugé pertinent lorsque le bien cédé est un actif immobilisé<sup>13</sup>.

7. Si la cession porte sur un actif immobilisé et que le **prix est significativement inférieur à la valeur vénale, l'appauvrissement de l'entreprise et l'intention de commettre un acte anormal de gestion seront présumés**. La valeur vénale des titres non cotés s'apprécie compte tenu, selon la formule consacrée, de « tous les éléments dont l'ensemble permet d'obtenir un chiffre aussi voisin que possible de celui qu'aurait entraîné le jeu

normal de l'offre et de la demande »<sup>14</sup>. L'administration a tendance pour les évaluations de fonds de commerce de grande distribution à se rapprocher de cessions dans des zones similaires<sup>15</sup>. Si la référence peut paraître simple, elle n'en est pourtant pas toujours adaptée. Le prix de cession, pour se rapprocher au plus près du marché, doit être évalué en prenant en compte plusieurs critères. Par exemple, lorsque la cession intervient à l'intérieur du même réseau, les prix sont généralement plus contenus. Ce peut être le cas lorsque la société détentrice du fonds de commerce est encore liée par plusieurs années d'engagement contractuel avec ledit réseau, ce qui empêche d'aiguiser les appétits des concurrents. La cession peut également se faire à l'intérieur du cercle familial, les enfants de l'adhérent ayant à leur tour été agréés. Dans cette circonstance, il n'est pas rare que le prix de cession soit volontairement contenu. Un autre exemple important pour l'évaluation d'une enseigne de grande distribution est la présence ou non de l'enseigne sur le bassin concerné ; la volonté de conquête de nouveaux marchés porteurs peut être source d'une inflation des prix. L'acquisition par un groupe intégré ou indépendant aura également son importance. Comme cela a été signalé en introduction, les moyens et les perspectives des uns ne sont pas ceux des autres.

Pour évaluer l'acte anormal de gestion, la jurisprudence a recours à la notion d'écart significatif : l'écart doit<sup>16</sup> être en principe de 20 % sans que cela ne soit une règle absolue. Nous venons de le voir, le seuil de 20 % peut être facilement atteint si tous les critères d'évaluation ne sont pas suffisamment pris en considération. L'approche casuistique prévaut<sup>17</sup>. Le Conseil d'État par une décision du 7 avril 2023 a jugé<sup>18</sup> qu'un écart de 14,1 % était, au regard des circonstances de l'espèce, significatif. L'acte anormal existe aussi bien en cas de cession à prix minoré qu'à un prix excessif<sup>19</sup>. Néanmoins, s'agissant de l'acquisition de titres de société, ou d'un fonds de commerce, l'acquisition d'un élément d'actif à un prix excessif ne peut pas donner lieu à un rehaussement<sup>20</sup> des bases de l'impôt. En effet, cette acquisition n'a pas d'incidence sur le résultat de l'acquéreur au titre de l'exercice d'acquisition. Dans cette hypothèse, l'administration devra attendre pour opérer un

8 Sur la période du 15 mai 2023 au 11 juin 2023 (LSA data source Kantar in J. Parigi, Carrefour rachète Cora et Match : l'annonce et l'analyse, préc.), la part de marché des distributeurs alimentaires est répartie en France comme suit : Groupement E. Leclerc (23,5 %), Groupe Carrefour (19,9 %), Groupement Les Mousquetaires (16,1 %), Groupement U (11,8 %), Auchan retail (8,5 %), Lidl (8 %), Groupe Casino (5,8 %), Aldi (2,9 %) et Groupe L. Delhaize (2,4 %).

9 Reste encore absent Amazon fresh mais ses appétits ne sont pas démentis. La multiplication des ouvertures de magasins alimentaires Amazon Fresh dont les clients sortent sans passer en caisse, est en marche (D. Lee, *Amazon chief vows to 'go big' on physical stores* : Financial Time, 13 févr. 2023). Actuellement, on dénombre aux États-Unis 44 magasins Amazon fresh et 28 commerces de proximité Amazon Go, un chiffre encore éloigné du plan initial de 200 ouvertures de « Fresh stores ». L'acquisition en 2017 par Amazon de Whole Food Market pour 13,7 milliards de dollars avait retenu l'attention.

10 La jurisprudence rappelle la règle selon laquelle « un contribuable n'est jamais tenu de tirer des affaires qu'il traite le maximum de profits que les circonstances lui auraient permis de réaliser » (CE, 7 juill. 1958, n° 35977, Sté les entreprises de travaux publics André Borie : Dr. fisc. 1958, n° 44, comm. 938 ; Dupont 1958, p. 575). De cette règle découle le principe de non-immixtion dans la gestion des entreprises, qui s'applique sous réserve du risque manifestement excessif (CE, sect., 13 juill. 2016, n° 375801, SA Monte Paschi Banque : Dr. fisc. 2016, n° 36, comm. 464, concl. É. Bokdam-Tognetti, note O. Fouquet). L'acte anormal de gestion se situe en principe sur un autre terrain que l'erreur de gestion.

11 CE, plén. fisc., 21 déc. 2018, n° 402006, Sté Croë Suisse, concl. A. Bretonneau : Rec. Lebon, p. 467 ; FI 1-2019, n° 9, § 49, comm. S. Austriy ; Dr. fisc. 2019, n° 9, comm. 176, note F. Deboissy et G. Wicker ; RJF 3/2019, n° 246, chron. V. Villette, p. 303.

12 CE, plén., 27 juill. 1984, n° 34588, SA Renfort Service, concl. P.-F. Racine : Rec. Lebon, p. 292 ; Dr. fisc. 1985, n° 11, comm. 596 ; RJF 10/1984, n° 1233, p. 562.

13 En revanche, pour l'actif circulant, ce critère ne paraît pas suffisant pour renverser la charge de la preuve (v. en ce sens CE, 4 juin 2019, n° 418357, SARL Sté d'investissements maritimes et fonciers : Lebon T. ; Dr. fisc. 2020, n° 6-7, comm. 142, concl. R. Victor, note T. Pons).

14 CE, 29 déc. 1999, n° 171859, Robardey : Lebon T., p. 758 ; Dr. fisc. 2000, n° 21, comm. 427, concl. J. Courtial ; RJF 2/2000, n° 153.

15 Conformément à la jurisprudence CE, plén. fisc., 9 mai 2018, n° 387071, Sté Cérés : Rec. Lebon, p. 165 ; Dr. fisc. 2018, n° 26, comm. 317, concl. Y. Bénard, note F. Donnedieu de Vabres et Y. Chemama ; Dr. sociétés 2018, n° 8-9, comm. 158, note J.-L. Pierre ; RJF 7/2018, n° 726 et p. 915, chron. A. Iljic ; FR 27/2018, inf. 2, Y. Bénard.

16 CE, 3 juill. 2009, n° 301299, Hérial : Dr. fisc. 2009, n° 41, comm. 496, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 11/2009, n° 941 ; RJF 12/2009, chron. V. Daumas, p. 949. - CE, plén. fisc., 9 mai 2018, n° 387071, Sté Cérés, préc. note 14. - CE, 26 oct. 2021, n° 426462, Sté Crédit Agricole : Dr. fisc. 2022, n° 5, comm. 105, concl. C. Guibé, note E. Joannard-Lardant ; C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2022, n° 5, chron. 104. Inversement, dans des circonstances différentes, un écart de 14,75 % a pu être jugé non significatif (CE, 31 mai 2010, n° 297307).

17 Taux suggéré par Laurent Olléon dans ses conclusions dans les affaires Hérial et Plessis de Pouzilnac (CE, 3 juill. 2009, n° 301299, préc.).

18 CE, 7 avr. 2023, n° 466247 et 466244, Sté Crédit Agricole : Lebon T. ; RJF 6/23 n° 438, concl. C. Guibé.

19 CE, 24 janv. 1986, n° 38041, Sté immobilière X : RJF 3/86, n° 259. - CE, 27 janv. 1989, n° 61422, Valengin : Dr. fisc. 1989, n° 25, comm. 1229, concl. O. Fouquet ; RJF 3/89, n° 306.

20 CE, 27 avr. 2001, n° 212680, Sté Générale de Transport et d'Industrie (GTI) : Dr. fisc. 2001, n° 41, comm. 909, concl. J. Courtial ; RJF 7/01, n° 905.

redressement que les conséquences fiscales apparaissent, que ce soient des provisions pour dépréciation des titres s'il s'agit de société à prépondérance immobilière ou des moins-values.

L'importance de l'écart de prix peut être atténuée du fait de l'application d'**abattements** tel que l'abattement pour non-liquidité. Tout investisseur est prêt à rémunérer la liquidité et les biens qui ne sont pas liquides (hors contraintes juridiques liées aux statuts) au jour de l'évaluation ont une valeur plus réduite. Dans son guide d'évaluation<sup>21</sup>, l'administration admet le principe même de décote « générale » pour non-liquidité. Plus encore, cette décote selon l'administration « s'impose dans deux cas : lorsque la société est évaluée en fonction de la seule approche de l'actif net réévalué [...] et lorsque les titres non cotés sont valorisés par comparaison avec des titres cotés. » Peuvent donner à décote également l'existence d'une participation très minoritaire, voire démembrée. Il est alors fait état d'un abattement de minorité<sup>22</sup>, spécialement en présence de clause d'agrément. Les entraves contractuelles peuvent également donner lieu à l'application d'un abattement<sup>23</sup>. L'administration reconnaît<sup>24</sup> le bien-fondé de ces décotes : « Selon les réglementations juridiques applicables :

*Certaines réglementations juridiques ou statutaires peuvent constituer une cause de moins-value dont l'importance dépend du contenu et de la portée exacte de leurs dispositions.*

- Les parts sociales ne sont pas des titres librement négociables.

*Les statuts peuvent aménager les restrictions législatives imposées pour la cession à des tiers.*

- En revanche les actions sont en principe librement négociables. Cependant, les statuts peuvent prévoir une clause d'agrément qui restreint cette liberté (article L. 228-23 du code de commerce). Par conséquent, la lecture attentive des statuts permet de connaître l'existence et l'importance de la restriction des cessions. » Encore faut-il apporter les justifications utiles à la démonstration des abattements sollicités. Le juge a retenu, dans une affaire récente présentée devant le Tribunal administratif de Nancy<sup>25</sup>, uniquement l'abattement de liquidité et a rejeté tous les autres abattements qui n'apparaissaient avoir été suffisamment justifiés.

### 8. La présomption d'acte anormal de gestion peut être utilement<sup>26</sup> combattue par l'examen de la contrepartie

21 DGFIP, L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés, p. 94, 110 et fiche 8.

22 V. not. CE, 28 févr. 2001 n° 199295, Théron : RJF 5/01 n° 620 : validation d'une décote de 23,50 % pour une participation minoritaire représentant 1,1 % du capital de la société. - CAA Paris, 27 févr. 2004, n° 99PA02598 : admission d'un abattement de minorité de 25 % dans le cadre d'une participation minoritaire : « la valeur de l'action doit être corrigée par un abattement de minorité, dont il sera fait une juste appréciation en le fixant à 25 % ». - Cass. com., 23 nov. 2010, n° 09-17.295 (n° 1177 F-D), Saille : RJF 3/11, n° 382 : acceptation d'un abattement de minorité de 20 % en présence d'une cession de la nue-propriété de parts sociales.

23 Cass. com., 1<sup>er</sup> avr. 1997, n° 872 : RJF 7/97 n° 752 ; Bull. Joly 1997, p. 731 : la seule présence d'une clause d'agrément justifiait selon les hauts magistrats une décote de 10 %.

24 DGFIP, L'évaluation des entreprises et des titres de sociétés, préc., p. 25.

25 TA Nancy, 16 mars 2023, n° 2001901, SC des Mousquetaires, préc. note 4.

26 Comme le soulignait déjà en 2019 Florence Lerat, lors de son intervention au CEFEF sur le sujet, au niveau de la DVNI, le malentendu sur l'existence ou non d'un acte anormal de gestion est généralement dissipé soit lors des opérations de contrôle, soit au stade de la réponse aux observations et l'interlocution aboutit en règle générale à un abandon d'un quart des montants redressés chaque année.

**éventuellement obtenue.** Il n'est pas certain que la structure amont d'un réseau d'intégrés ou d'indépendants se soit réellement appauvrie à des fins étrangères à son intérêt. Elle peut avoir sciemment entendu se séparer de cet actif à ce prix ponctuellement décoté afin de préserver sa contribution à moyen et long terme, sa marge commerciale, et en réalité à préserver le réseau de ce qui peut être dans son objet, étant toutefois rappelé que l'appréciation de la normalité s'effectue au niveau de la société et non, plus largement, au niveau de réseau. En tout état de cause, le fait pour une entreprise d'acquérir des titres de participation à une valeur supérieure à la valeur théorique résultant du libre jeu de l'offre et de la demande échappe par construction aux fourches caudines de l'acte anormal de gestion<sup>27</sup>, sauf risque manifestement excessif. L'éviction de cette discussion avec l'administration fiscale résulte simplement du fait que l'acquisition n'engendre aucune diminution de l'actif net. Pour autant, une acquisition à un prix sensiblement supérieur à sa valeur vénale n'est pas de nature à laisser indifférent un service vérificateur. Lorsque l'actif est acquis par un groupe d'indépendants pour être ensuite recédé à ses adhérents, l'écart entre la valeur d'acquisition initiale et le prix de cession final est parfois important.

9. Si la cession concerne des **opérations transfrontalières**, l'acte anormal de gestion permettra à l'administration le cas échéant de contribuer<sup>28</sup> à établir l'existence d'un transfert indirect de bénéfices à l'étranger, au sens de l'article 57 du CGI. Si l'acte ne relève pas d'une gestion normale au sens des articles 38 et 209 du CGI, le transfert de bénéfices qu'il induit pourrait tomber dans le champ d'application de l'article 57 du CGI.

## B. Le risque d'une libéralité constitutive d'un avantage occulte soumis à une retenue à la source

10. Le bénéficiaire de l'acte anormal de gestion, en cas de cession<sup>29</sup> ou d'apport<sup>30</sup> à prix minoré, qui reçoit sciemment une libéralité est imposable au titre du **revenu réputé distribué sur le fondement de l'article 111, c du CGI**. Le risque fiscal pour le bénéficiaire pouvait paraître auparavant cantonné

27 CE, plén., 26 juill. 1982, n° 2533 et 19645 : Rec. Lebon, p. 296 ; Dr. fisc. 1983, n° 10, comm. 378, concl. P. Rivière ; RJF 10/1982, n° 903, chron. P.-F. Racine. - CE, 27 avr. 2001, n° 212680, Sté Générale de Transport et d'Industrie (GTI), préc.

28 Jérôme Turot indiquait dans une chronique parue à la RJF 1989, n° 538 : « l'article 57 est une version renforcée de la théorie de l'acte de gestion anormal en ceci qu'il fait peser une présomption d'anormalité sur les relations intragroupe, qu'il appartient au contribuable de renverser. » (chronique rédigée à propos de CE, 3 mars 1989, n° 77581, Sté Lainière de Picardie : Dr. fisc. 1989, n° 19, comm. 945, concl. B. Martin Laprade, note G. Tixier et T. Lamulle). Pour autant, ces notions demeurent distinctes et une société peut tomber dans le champ d'application de l'article 57 sans pour autant que ne soit reconnue l'existence d'un acte anormal de gestion qui serait par exemple concédé à une entreprise étrangère.

29 CE, plén. fisc., 9 mai 2018, n° 387071, Sté Cérés, préc. note 14.

30 CE, 5 janv. 2005, n° 254556, Sté Raffypack : Lebon T., p. 854, 855 et 858 ; Dr. fisc. 2005, n° 13, comm. 318, concl. E. Glaser, note A. Bricet et M. Gautier ; RJF 3/2005, n° 213, chron. F. Berezyziat, p. 314.

aux cessions, et non transposable aux apports, l'augmentation de l'actif net étant neutralisée fiscalement par déduction de la valeur d'apport sur le fondement de l'article 38, 2 du CGI. Ce frein a été levé avec l'extension par la décision *Cérès* de la jurisprudence *Raffypack*. Faute de gestion normale, la valeur de comptabilisation des éléments d'actif n'est pas opposable à l'administration. L'administration est en droit de subsister à la valeur d'origine de l'immobilisation sa valeur vénale, ce qui a pour effet d'accroître l'actif net.

Si l'écart de prix ne comporte pas de contrepartie, l'avantage octroyé est considéré comme une libéralité.

Dans le prolongement de la jurisprudence *Thérond* et selon l'expression reprise notamment dans les décisions *Cérès* et *Raffypack* : « La preuve d'une telle libéralité doit être regardée comme apportée par l'administration lorsqu'est établie l'existence, **d'une part, d'un écart significatif** entre le prix convenu et la valeur vénale du bien apporté et, **d'autre part, d'une intention**, pour l'apporteur d'octroyer, et, pour la société bénéficiaire, de recevoir une libéralité du fait des conditions de l'apport. Cette intention est présumée lorsque les parties sont en relation d'intérêts ». L'effet miroir lié à cette **double intention** est un élément important. Dans l'hypothèse où serait établi le fait que l'une des parties n'ait pas eu cette intention, l'opération ne pourrait pas être considérée comme une libéralité et l'article 111, c du CGI serait inapplicable.

**11.** L'exercice pour l'administration relève parfois d'un exercice de funambule, ne sachant pas de quel côté faire pencher son balancier : l'acquéreur a-t-il eu l'intention d'acheter trop cher l'actif ou a-t-il eu la volonté délibérée de réaliser une revente à un prix anormalement bas ? Lorsque l'acquisition a eu lieu à l'intérieur d'un réseau d'indépendants, les conditions de reprise du point de vente peuvent également être élevées lorsqu'il est en fin de contrat et donc libre de passer à la concurrence. L'écart de prix entre les deux opérations peut être important et les deux cessions peuvent intervenir quasi simultanément. L'étendue de la contrepartie doit être analysée et notamment la circonstance que l'opération ait eu pour effet de protéger le niveau de rentabilité de l'acquéreur en éliminant un concurrent ou d'empêcher l'entrée de nouveaux acquéreurs sur le marché<sup>31</sup>.

Il n'est pas non plus systématiquement acquis que le point de vente ou son dirigeant ait eu la moindre intention de recevoir une libéralité. L'historique du point de vente et sa situation de concurrence sont souvent éclairants. Le prix d'acquisition d'un magasin libre de s'engager a-t-il la même valeur que lorsqu'il est grevé d'un engagement d'appartenir à un réseau, engagement qui peut se compter en dizaines d'années ? À l'évidence, non. Quoi qu'il en soit, compte tenu de la personnalité fiscale distincte des sociétés, **en présence de contribuables distincts, les procédures sont indépendantes**. Les conséquences peuvent être difficilement audibles pour le second contribuable lorsque le premier, la structure amont, a bénéficié d'un abandon du redressement et que le rehaussement est maintenu au niveau du point de vente.

31 V. en ce sens CE, 20 déc. 2011, n° 313435, Sté Boulogne-distribution : Dr. fisc. 2012, n° 16, comm. 264, concl. P. Collin ; RJF 2012, n° 212.

**12.** Si l'administration établit l'existence d'une libéralité, un revenu réputé distribué au sens de l'article 111, c du CGI pourrait le cas échéant être constaté. Au niveau des intégrés, les titres peuvent également être détenus par une filiale étrangère. Au niveau des indépendants ou des franchisés, l'associé non résident, généralement une personne physique, détenteur des titres de la société d'exploitation sera censé appréhender un revenu sur lequel la retenue à la source sera prélevée. La même solution est retenue en cas d'interposition d'une société de personnes résidente par le commerçant non résident : si le revenu occulte au sens de l'article précité, provenant d'une société tierce de capitaux est perçu par une société de personnes française, celle-ci est tenue<sup>32</sup> de prélever la **retenue à la source de l'article 119 bis, 2 du CGI**. Seule la société régie par l'article 8 du CGI est en effet tenue de prélever la retenue à la source due par les associés non résidents.

Une telle pratique consistant *a priori* à **taxer un revenu d'investissement est-elle contraire à la liberté de circulation des capitaux** et plus spécifiquement au 1 de l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>33</sup> ? Les mesures interdites par ce texte comprennent celles qui sont de nature, selon la jurisprudence de la CJUE, à « *dissuader les non-résidents de procéder à des investissements dans un État membre ou à dissuader les résidents de cet État membre d'en faire dans d'autres États* »<sup>34</sup>. Il convenait de déterminer si la retenue à la source pratiquée au niveau de la société régie par l'article 8 était de nature à dissuader de la sorte les non-résidents. Si la distribution avait été régulière, elle serait résolument entrée dans le champ d'application de la restriction prohibée<sup>35</sup> faute d'être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. Avant que ne soit jugée l'affaire *Blue Solutions* en première instance en 2021, la solution en matière de distribution occulte n'avait pas été tranchée. La société *Blue Solutions* soulignait que les sociétés non résidentes sont imposées immédiatement et définitivement sur les revenus distribués alors que les sociétés résidentes déficitaires ne le sont pas.

La Cour administrative d'appel de Paris, par un arrêt du 15 mars 2023<sup>36</sup>, décide que « *Le revenu de la société non résidente ainsi imposé en France ne correspond pas à celui d'un investissement effectué dans ce pays par le contribuable dans le cadre de l'exercice de la liberté de circulation des capitaux* ». La mise en œuvre de **l'article 111, c du CGI n'entre pas dans le champ d'application de l'interdiction** précitée. Cette disposition

32 CE, 6 déc. 2021, n° 429308, Sté Profin Développement et Gestion, concl. C. Guibé : FI 1-2022, n° 5, § 37 ; RJF 2/22, n° 117 ; Dr. fisc. 2022, n° 17-18, comm. 208, note G. Abate.

33 Aux termes du 1 de l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites »

34 CJUE, 10 mai 2012, C-338/11 à 347/11, Santander Asset Management SGIIC et a., pt 15 : RJF 7/12 n° 775. - CJUE, 17 sept. 2015, C-10/14, C-14/14 et C-17/14, Miljoen et a., pt 44 : RJF 10/15 n° 1077. - CJUE, 2 juin 2016, C-252/14, Pensioenfond Metaal en Techniek, pts 27 et 28 : RJF 8-9/16, n° 774.

35 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, Sofina SA, Rebelco SA et Sidor SA, pt. 28, concl. M. Wathelet : FI 1-2019, n° 2, § 14 ; FI 1-2019, n° 5, § 6 ; RJF 2019 n° 230.

36 CAA Paris, 15 mars 2023, n° 21PA06144, SAS Blue Solutions, concl. A. Breillon, C+ : FI 2-2023, n° 4, § 3, comm. F. Billiaert et A. Glaize ; RJF 7/23, n° 544.

bénéficie en effet d'une base légale autonome, distincte de celle propre aux distributions régulières. Il ne suffit pas de stipuler contractuellement qu'une avance en compte courant n'est pas rémunérée pour prétendre valablement pouvoir échapper à la retenue à la source en France sur le revenu réputé distribué, diminuant d'autant le montant perçu par la société non résidente.

L'arrêt *EDF* du 16 novembre 2022<sup>37</sup> donne une étonnante illustration de l'application de la retenue à la source du fait de l'apparition d'un revenu réputé distribué. L'actionnaire unique EDFI, souscripteur d'emprunt obligataire convertible, avait en effet subi un rappel de retenue à la source au taux conventionnel sur la fraction de rémunération omise. Une position sanctionnée par le Conseil d'État qui juge l'option de conversion comme étant dépourvue de valeur pour l'actionnaire unique, suivant les conclusions de Karin Ciavaldini qui avait pris soin de souligner que cette conversion aurait eu une valeur pour un tiers.

## II. Les risques fiscaux engendrés par les modifications affectant la répartition des produits et des charges au sein du groupe de distribution

**13.** La répartition des produits et des charges au sein du groupe de distribution pose de multiples questions fiscales. Nous limiterons l'analyse à l'aperçu de trois types de risques<sup>38</sup> liés à l'activité internationale : le risque de transfert indirect de bénéfices (**A**), le risque d'établissement stable (**B**) et le risque d'aide d'État (**C**).

### A. Le risque de transfert indirect de bénéfices au sens de l'article 57 du CGI

**14.** L'article 57 du CGI, introduit dès 1933, constitue l'approche française<sup>39</sup> de l'article 9 de la convention modèle OCDE. Il est appliqué à toute entreprise exploitée en France, y compris une succursale française d'une société étrangère<sup>40</sup>. L'administration peut y recourir si elle démontre un lien de

dépendance juridique ou de fait entre l'entreprise française et l'entreprise étrangère ; démonstration qui n'est pas exigée si l'entité est implantée dans un État ou territoire non coopératif. Il faut également établir, c'est le point essentiel, l'existence d'un **transfert indirect de bénéfices à l'étranger par voie de majoration ou de minoration du prix d'achat ou de vente ou par tout autre moyen**, existence présumée en présence d'un lien de dépendance. Les exemples sont nombreux<sup>41</sup>. Citons notamment les avances sans intérêts, la renonciation à percevoir des commissions facturées, le prêt à titre gratuit à la filiale étrangère ou l'abandon de créances à des succursales étrangères en difficulté alors que la filiale étrangère ne l'était pas<sup>42</sup>. Mais également les redevances versées à une filiale étrangère pour lesquelles le contribuable a négocié un avantageux rescrit avec le pays d'accueil de la filiale bénéficiaire. L'existence d'un transfert indirect de bénéfices conduirait à un rehaussement. En cas de cession à prix minoré, le rehaussement interviendrait à concurrence de l'insuffisance du prix, imposable dans les conditions de droit commun.

En application des principes de l'OCDE, une entreprise membre d'un groupe a vocation à assumer un risque économique que la politique de prix de transfert d'un groupe la conduit à supporter. Les décisions *RKS/SKF* du 4 octobre 2021<sup>43</sup> ont rappelé la nécessité pour la société de disposer des fonctions de contrôle et d'atténuation effective du risque précité ainsi que de la capacité financière de l'assumer. La société RKS, filiale d'un groupe suédois, avait notamment une activité de fabrication et une activité de distribution à l'étranger de ses productions. Ses ventes à perte à des unités de distribution avaient été contestées sur le fondement de l'article 57. L'analyse fonctionnelle a été effectuée par l'administration avant qu'elle ne sélectionne les comparables. Elle a été conduite à retenir une activité routinière et après application de la méthode transactionnelle de la marge nette, l'administration a constaté que le taux de marge n'était pas un taux de pleine concurrence, qu'il était très négatif. Le rapporteur public, Karin Ciavaldini, invitait les juges du Palais Royal à la prudence sur le terrain de la qualification juridique des faits et à se positionner sur le terrain de l'erreur de droit, de la **distinction entre l'entrepreneur principal par opposition à celui d'« entité routinière »**, un maniement qui peut conduire à une simplification excessive des faits. La faiblesse du taux de marge de la mère devait être justifiée par le fait que la société RKS assumait la prise de risque et générerait la valeur ajoutée. Le rapporteur public précise que « l'utilisation de la notion d'entrepreneur principal opposée à celle d'entité routinière a empêché la cour d'entrer dans **une analyse fine des données** du

37 CE, 16 nov. 2022, n° 462383 et 462388, SAS Électricité de France International (EDFI) et SA Électricité de France (EDF), concl. K. Ciavaldini : FI 2-2023, n° 4.1.2, comm. C. Sniadower ; Dr. fisc. 2023, n° 5, comm. 99, note D. Gutmann, A. Le Boulanger et A. Bernard ; RJF 2/23, n° 89.

38 Il s'agit d'une sélection, étant précisé qu'il existe bien d'autres risques fiscaux, notamment celui d'application de l'article 209 B du CGI.

39 Aux termes du premier alinéa de l'article 57 du CGI, applicable en matière d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 du même code : « Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités [...] ».

40 CE, 9 nov. 2015, n° 370974, Sté Sodirep textiles SA-NV : Lebon T., p. 651 ; Dr. fisc. 2016, n° 24, comm. 377, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, note C. Silberstein, B. Granel, A. Calloud et M. Valetteau ; RJF 2/2016, n° 121.

41 Pour un panorama de la jurisprudence rendue en la matière, v. C. Silberstein et L. Nguyen-Lapierre, *Tour d'horizon de la jurisprudence en matière de prix de transfert* : FI 2-2023, n° 4.1.1.

42 CE, 11 avr. 2008, n° 281033, SA Guerlain : Dr. fisc. 2008, n° 18, comm. 302, concl. C. Verot, note M. Taly ; RJF 7/2008, n° 788, chron. J. Burguburu p. 667.

43 CE, 4 oct. 2021, n° 443130, Sté RKS et n° 443133, Sté SKF Holding France, concl. K. Ciavaldini : FI 1-2022, n° 4, § 20 ; RJF 12/21, n° 1094 ; Dr. fisc. 2021, n° 50, comm. 460, note V. Desoubries, R. Daguzan et M. Teissier. - V. égal. CE, 23 nov. 2020, n° 425577, Min. c/ Sté Ferragamo, concl. E. Bokdam-Tognetti : FI 1-2021, n° 4, § 7, comm. P. Escout : RJF 2/21, n° 116.

litige, en cherchant à **déterminer si les fonctions et les risques assumés** par la société RKS justifiaient que ce soit, plutôt que les distributeurs, qui appréhende les profits en cas de circonstances économiques favorables et, dans le cas contraire, subisse les pertes ». Suivant les conclusions évoquées, le Conseil d'État a jugé qu'« **en se fondant, pour juger que la société SKF, sans rechercher si sa position fonctionnelle en sein du groupe lui donnait vocation à porter les risques spécifiques qu'elle invoquait, à savoir, d'une part, des risques stratégiques liés au choix de développer de nouveaux produits, et, d'autre part, des risques opérationnels liés à l'efficacité des processus de production, la cour a entaché son arrêt d'erreur de droit** ».

Au titre de l'analyse fonctionnelle, le passage en revue des fonctions et risques liés aux produits, de la recherche et développement, de la fixation des prix, de la fonction commerciale et de l'image de marque est une étape qui doit appeler à la plus grande précaution. Il convient de se garder de conclure hâtivement à un rôle routinier. En l'espèce, la preuve doit être apportée que la société se verrait imposer les prix de vente aux consommateurs, même si la capacité de vente des produits à l'étranger dépend du rôle des entités distributrices. Rappelons à cet égard que d'une part, les distributeurs ont également et de manière significative, spécialement pour Aldi ou Lidl, des marques de distributeurs (MDD), qu'ils peuvent avoir leurs usines et moyens de production et qu'ils peuvent contrôler toute une chaîne de production et d'approvisionnement, que d'autre part, les centrales d'achats peuvent être implantées à l'étranger, que la négociation du prix est au cœur de l'activité de la grande distribution. Dès lors, il convient d'analyser en amont l'impact fiscal lié au rôle exact de l'entité qui disposerait d'un pouvoir de négociation directe du prix auprès de fournisseurs.

**15.** Un transfert d'actif incorporel peut bien entendu constituer un transfert indirect de bénéfices, par exemple un **transfert de clientèle sans contrepartie**, a fortiori pour le transfert d'un fonds de commerce sans contrepartie dans un réseau de distribution. L'article 57 trouvera également son application lors de la cession ou du transfert de clientèle à l'intérieur d'un réseau de distribution ou entre centrales d'achat. En effet, dans ce type de situation, le groupe de distribution, plutôt que de procéder à une cession d'action ou de fonds de commerce, va réorganiser les fonctions au sein du réseau en modifiant substantiellement les rôles des uns et des autres. La réorganisation du réseau peut donner lieu à une modification de la répartition des fonctions au sein d'un groupe. La décision *Piaggio* du Conseil d'État<sup>44</sup> permet de mesurer l'importance de la question de l'appartenance de la clientèle à l'une ou l'autre structure d'un groupe de distribution. La question peut paraître épineuse dans le cas d'un réseau de franchise. Dans cette espèce, la société française avait été pendant des années le distributeur exclusif des célèbres cyclomoteurs de la marque iconique. Elle achetait les véhicules et les revendaient sur le territoire national. Mais sa société mère italienne avait soudain décidé qu'elle deviendrait un simple agent commercial.

Le fisc français a vu rouge face à ce transfert gratuit de clientèle et s'était appuyé sur l'article 57 du CGI pour fonder son redressement. Il fut suivi par le Conseil d'État sur la base des critères utilisés en droit commercial interne pour trancher la question de l'appartenance de la clientèle, sachant que cette jurisprudence admet que le franchisé puisse être propriétaire de sa propre clientèle.

À la suite du **changement de statut de la filiale** française devenue agent commercial de la société italienne *Piaggio & C SpA* et non plus simplement distributeur, le Conseil d'État a estimé que *Piaggio France* avait créé non seulement sa propre clientèle mais aussi le fonds de commerce correspondant et que la clientèle avait été transférée à titre gratuit. La situation est en effet différente en cas de changement de statut de distributeur à celui de commissionnaire à la vente<sup>45</sup> en raison du caractère opaque du statut de commissionnaire. Toute réorganisation du mode de distribution ne constitue pas pour autant un transfert de fonds de commerce. Le passage d'un statut de distributeur à celui de commissionnaire ne constitue pas un transfert de fonds de commerce, il peut donc être régulièrement opéré sans aucune rémunération. En l'espèce, le statut d'agent opaque du commissionnaire explique cette différence de traitement. Dans le secteur de la grande distribution, le statut de commissionnaire à la vente est régulièrement utilisé, par exemple par des structures régionales qui agissent alors en qualité d'intermédiaires entre les points de vente et des centrales d'achat nationales, leurs commettants. Les points de vente n'ont alors aucun rapport direct avec les fournisseurs. De manière plus générale, dans le prolongement de la décision *Piaggio*, il est possible de s'interroger sur le risque engendré lors des réorganisations des réseaux de distribution, notamment lors de la création de nouvelles centrales d'achat face au risque d'un éventuel transfert de clientèle.

Le Conseil d'État reconnaît également qu'il peut y avoir un transfert de clientèle à titre gratuit entre une société étrangère et sa succursale française.

**16.** L'article 57 a été appliqué non seulement **aux filiales mais aussi aux succursales**. Dans ses conclusions dans l'affaire *Bupa Insurance Ltd*<sup>46</sup> jugée le 21 décembre 2022, Émilie Bokdam-Tognetti, animée par la volonté de tirer les conséquences de la décision *Sté Sodirep Textiles* de 2015<sup>47</sup>, précisait « lorsqu'un actif, acquis ou créé par les diligences d'une succursale et contrôlé par elle, se rattachant à l'entreprise exploitée en France, est ensuite détaché de cette exploitation et transféré à une autre

44 CE, 4 oct. 2019, n° 418817, Min. c/ SAS Piaggio France, concl. A. Lallet : FI 1-2020, n° 4, § 9, comm. P. Escaut ; RJF 12/19 n° 1128.

45 J.-L. Pierre, note ss CAA Paris, 31 déc. 2012, n° 10PA00748, Sté de participations et d'études des boissons sans alcool (SOPEBSA) : Dr. sociétés 2013, comm. 132. V. égal. Dr. fisc. 2013, n° 15, comm. 238, concl. A. Bernard, note B. Lunghi, C. Perez-Cuccureddu et F. Garcia ; RJF 2013, n° 705 ; FR Lefebvre 2013, n° 20, p. 29, note C. Silberstein et M. Bénard. - CE (na), 9 avr. 2014, n° 366493, SA SOPEBSA : Dr. fisc. 2014, n° 40, comm. 563, note C. Silberstein et B. Granel ; RJF 8-9/2014, n° 776. - Lire également le commentaire de L. Chesneau, La transformation d'un distributeur exclusif en agent commercial peut emporter un transfert de clientèle : Dr. fisc. 2020, n° 5, comm. 127.

46 CE, 21 déc. 2022, n° 450796, Min. c/ Bupa Insurance Ltd, concl. E. Bokdam-Tognetti : Lebon T ; FI 1-2023, n° 4, § 12, comm. P. Escaut : Dr. fisc. 2023, n° 25, comm. 225, note B. Gibert et D. Groux.

47 CE, 9 nov. 2015, n° 370974, Sté Sodirep textiles SA-NV, préc. note 40.

partie de la société, située à l'étranger, un tel transfert, pour être interne à la société, constitue toutefois, lorsqu'il ne donne pas lieu, en contrepartie, à l'attribution financière et comptable à la succursale d'une indemnisation correspondante, un avantage susceptible dans certaines circonstances d'être le support d'un transfert indirect de bénéfices à l'étranger », et ajoutait que « Compte tenu du pas déjà franchi dans l'affaire Sté Sodirep Textiles, nous n'identifions pas de raison d'exclure par principe la possibilité d'appliquer l'article 57 à un transfert d'actif incorporel entre succursale française et siège étranger. »

Après avoir rappelé que l'article 57 s'applique aux succursales françaises d'une société étrangère sans qu'y fasse obstacle leur absence de personnalité morale, le Conseil d'État suivant les conclusions du rapporteur public précise que peut relever de l'article 57 « la cession à une société établie hors de France, à titre gratuit ou à prix minoré, de la clientèle rattachable à l'activité d'une succursale française d'une société dont le siège est à l'étranger ». Même si en l'espèce, le transfert de la clientèle au siège n'a pas été retenu, faute d'autonomie commerciale suffisante de la succursale, la décision *Bupa Insurance Ltd* laisse ouverte la possibilité qu'un transfert de clientèle puisse résulter d'un changement de méthode de prix de transfert<sup>48</sup>.

17. Un transfert indirect de bénéfices peut résulter également d'une rémunération insuffisante du prêt consenti par la mère à sa filiale étrangère. Les groupes de grande distribution ont recours à des filiales de *cash pooling* (centrales de trésorerie) implantées en Belgique. La perte de l'intérêt fiscal d'une implantation en Belgique liée à la suppression du régime des intérêts notionnels<sup>49</sup> a conduit au rapatriement de ces activités en France, comme ce fut le cas par exemple pour Auchan. En toute légalité, la société belge déduisait de son résultat fiscal une charge égale au montant des intérêts « fictifs » calculés sur ses fonds propres ce qui diminuait sa base imposable et, *in fine*, réduisait son taux d'imposition effectif à l'IS belge.

Désormais implantées en France, les opérations de *cash management* n'en demeurent pas moins soumises à la règle de limitation de la **déductibilité des prêts intragroupe** (CGI, art. 212, I) par le taux plafond prévu par l'article 39, 1, 3° du CGI. Inversement, un taux trop bas est susceptible d'être remis en cause, notamment sur le fondement de l'acte anormal de gestion. Le taux opposable à l'administration est en principe le taux de marché : la société emprunteuse a en effet la possibilité de déduire les intérêts servis à une entreprise liée dans la limite de ceux calculés d'après le taux que l'entreprise emprunteuse aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues. Conformément à la jurisprudence *Siblu*<sup>50</sup> et dans le respect du principe de pleine concurrence, il convient de raisonner par rapport à la **société emprunteuse stand alone**.

Il faut déterminer un taux applicable à chaque filiale, en prenant en considération non seulement le risque filiale mais aussi les caractéristiques de l'emprunt, conformément à l'avis Sté *Wheelabrator*<sup>51</sup> du 10 juillet 2019 par lequel le Conseil d'État a rappelé la nécessité de se référer au principe de pleine concurrence. On tiendra compte au titre du *spread* de la filiale par exemple non seulement de la maturité de la dette, notamment dans le choix de l'indice, journalier type Ester pour la zone euro ou non journalier pour les maturités plus longues mais aussi de la situation financière de la filiale, sans parler du risque lié au pays ou zone d'implantation de la filiale. Par une décision Sté *WB Ambassador* du 10 décembre 2020<sup>52</sup>, le Conseil d'État a également jugé que le taux du marché s'entend du taux que les organismes financiers indépendants auraient été susceptibles de consentir à l'entreprise emprunteuse pour un prêt présentant les mêmes caractéristiques dans des conditions de pleine concurrence, compte tenu de ses caractéristiques propres, notamment de son profil de risque. Il est fréquent que les sociétés mères contre-garantissent leurs filiales.

18. Le développement d'un groupe de distribution peut être difficile dans les groupes d'indépendants pour financer les activités. Ainsi, une **caution** apportée par deux sociétés d'adhérents du groupe Leclerc pour la création d'un hypermarché ne portant pas l'enseigne aux États-Unis a été jugée anormale bien que les deux hypermarchés français soient indirectement associés de la structure américaine<sup>53</sup>. La Cour administrative d'appel de Douai a jugé que « *nonobstant la circonstance que le développement international du mouvement E. Leclerc est de nature à permettre d'améliorer les conditions d'achat et donc indirectement les marges des entreprises membres du réseau, la garantie apportée par la société Chambry Distribution ne peut être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme la contrepartie des avantages qu'elle retire elle-même directement de son adhésion au mouvement E. Leclerc* ». En l'espèce, le bénéfice invoqué était trop indirect, dans le cadre d'opérations de soutien à d'autres magasins français. La jurisprudence admet pourtant le système de cautionnement lié aux engagements issus de l'appartenance au réseau Leclerc<sup>54</sup> ou pour la participation financière à une association du mouvement formant du personnel pour des magasins situés à l'étranger<sup>55</sup>.

Dans les groupes intégrés, la question de la rémunération de la caution se pose également. Par application du principe de pleine concurrence, la mère devrait **refacturer ces**

48 En ce sens, v. P. Escaut, comm. sur la décision *Bupa Insurance Ltd*, préc.

49 Loi-programme, 26 déc. 2022 : MB 30 déc. 2022 : FI 1-2023, n° 11, § 18, comm. N. Bertrand et E. Yüksel.

50 CE, 18 mars 2019, n° 411189, SNC Siblu, concl. M.-G. Merloz : Lebon T. ; FI 2-2019, n° 5.3.1, comm. M. Seraille ; RJF 6/19 n° 513.

51 CE, avis, 10 juill. 2019, n° 429426, SAS *Wheelabrator Group*, concl. K. Ciavaldini : Lebon T. ; FI 4-2019, n° 5.3.1, comm. M. Seraille ; Dr. fisc. 2019, n° 36, comm. 353, note C. Lalloz et N. Vergnet.

52 CE, 9<sup>e</sup> ch., 10 déc. 2020, n° 428522, *WB Ambassador* : FI 1-2021, n° 4, § 13, comm. E. Lesprit.

53 CAA Douai, 27 sept. 2006, n° 05DA00424, Sté *Chambry Distribution* et n° 05DA01240, Sté *Villerdis* : BDCF 6/2007, concl. P. Le Garzic, p. 4 à 6.

54 CE, 26 sept. 2001, n° 219825, SA *Rocardis* : Dr. fisc. 2002, n° 24, comm. 490 ; RJF 12/01 n° 1491 ; BDCF 12/01 n° 145, concl. G. Bachelier ; BGFE 6/01, p. 3, obs. J.-L. Pierre. V. égal. M. Cozian, Cautionnement, groupes et fiscalité - L'exemple des Centres Leclerc : JCPE 2002, 1115.

55 CE, 6 mars 2006, n° 281034, Sté *Disvalor* : Dr. fisc. 2007, n° 19, comm. 490, note J.-L. Rossignol ; RJF 5/2006, n° 502 ; Rev. adm. 2006, p. 271, obs. O. Fouquet.

**garanties** à ses filiales. À défaut, la société s'expose au risque que l'administration considère que l'opération aboutit à un transfert indirect de bénéfices au sens de l'article 57 du CGI, dans le prolongement de la jurisprudence *Carrefour* de 1992<sup>56</sup>.

La société Carrefour avait consenti une caution à titre gratuit à certaines filiales étrangères et soulignait que ses participations dans les filiales bénéficiaires ne pouvaient qu'en être valorisées ou les dividendes reçus de celles-ci accrus. Le Conseil d'État avait écarté l'argument. Il avait été jugé que la SA Carrefour avait consenti à ses filiales un avantage constitutif d'un transfert indirect de bénéfices, au sens de l'article 57 du CGI. L'incidence sur la valorisation des titres détenus par la mère n'est pas un critère pertinent. Le fait de consentir à titre gratuit une caution est en principe un acte anormal de gestion, hormis le cas où la société ayant pris l'engagement peut être regardée comme ayant agi dans son propre intérêt en aidant la filiale. En l'espèce, eu égard au faible risque que comportaient les engagements de caution souscrits par la SA Carrefour, il a été jugé que l'administration ne justifiait pas que ceux-ci eussent dû être rémunérés par des commissions d'un taux annuel égal à 1 % des sommes garanties et que le taux devait être limité à l'époque à 0,25 %. La rémunération de la caution doit tenir compte du risque encouru. Notons que la question de la rémunération des engagements de caution se pose également pour les groupes de distribution pour des opérations purement internes.

## B. Le risque d'établissement stable pour les centrales d'achat internationales

**19.** L'argument d'un intérêt principalement fiscal d'une localisation hors UE, ou simplement hors de France d'une centrale d'achat ou de référencement parfois invoqué dans la presse généraliste apparaît peu crédible. D'autant plus que pour les super-centrales qui réunissent plusieurs acteurs, il faut concilier des intérêts fiscaux multilatéraux. La volonté d'échapper à la réglementation française, en particulier **l'article L. 441-7 du code de commerce** qui impose que les services internationaux soient dévoilés dans le cadre de la négociation annuelle entre le fournisseur et le distributeur, qu'ils apparaissent dans la convention annuelle unique devant être signée avant le 1<sup>er</sup> mars, paraît être un bien plus puissant vecteur de délocalisation. Il importe de rappeler notamment l'interdiction en droit français (C. com., art. L. 442-1, I) :

56 CE, 17 févr. 1992, n° 74272, 81690 et 82782, Sté Carrefour : Dr. fisc. 1992, n° 52, comm. 2458 ; RJF 4/1992, n° 433, p. 267, concl. P. Martin. Par ailleurs, il est possible de s'interroger sur le caractère absolu du recours au principe de pleine concurrence, après la décision EDF du 16 novembre 2022 précitée note 33. Daniel Gutmann et Arnaud Le Boulanger ainsi qu'Alexis Bernard, tout en rappelant les principes de l'OCDE, en particulier les § 11.34 et 7.29, précisent que « ce qui est fondamentalement en cause dans la présente affaire, ce n'est pas tant la valeur de l'option entre les mains de l'actionnaire unique que le montant de pleine concurrence des intérêts venant rémunérer l'OCA ». L'administration avait effectivement redressé EDFI sur le fondement du transfert indirect de bénéfices à l'étranger en raison de la rémunération pratiquée inférieure au quart du taux d'intérêt de pleine concurrence et a effectué le rappel d'impôt sur les sociétés correspondant. Le Conseil d'État a considéré que la situation était « par nature, insusceptible d'être comparée à une situation de pleine concurrence », au grand dam des auteurs de ladite chronique, qui alertent les lecteurs sur « l'usage délicat de la boîte de Pandore ».

« 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie [...] »

4° De pratiquer, à l'égard de l'autre partie, ou d'obtenir d'elle des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles prévues par la convention mentionnée à l'article L. 441-4 en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence. »

Est également sanctionné le fait de rompre brutalement, même de manière partielle, une relation commerciale établie.

L'article L. 420-2 du code de commerce prohibe, en son alinéa 1<sup>er</sup>, l'exploitation abusive d'une position dominante qui peut prendre la forme par exemple d'une « rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ». L'alinéa 2 vise l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique et plus spécifiquement par exemple les refus de vente, les ventes liées, les pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 et les accords de gamme.

L'article L. 464-2 du code de commerce précise l'étendue des sanctions applicables à une entreprise ou une association d'entreprises ayant commis des pratiques anticoncurrentielles. Une interdiction sanctionnée par une **amende** qui n'a rien d'anecdotique : **10 % du CA mondial HT** le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si cette infraction a trait à l'activité de ses membres, la sanction peut atteindre 10 % de la somme du CA mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association. Et cela sans compter l'amende civile et les dommages-intérêts, l'injonction de faire qui peut être prononcée ou encore de la publication, de la diffusion ou l'affichage de la décision de l'autorité de la concurrence. Le montant de l'astreinte journalière notamment pour exécuter une décision les ayant obligé à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles peut atteindre 5 % du CA mondial total journalier moyen, par jour de retard.

Le législateur a tenté de remédier à ce contournement du droit français par les centrales internationales, par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, dite « **Egalim 3** »<sup>57</sup>. Il y est indiqué qu'un nouvel article est introduit dans le code de commerce : l'article L. 444-1 A, lequel précise que « *Les chapitres Ier, II et III du présent titre s'appliquent à toute convention entre un fournisseur et un acheteur portant sur des produits ou des services commercialisés sur le territoire français. Ces dispositions sont d'ordre public. Tout litige portant*

57 L. n° 2023-221, 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs : JO 31 mars 2023, texte n° 1 ; G. Chantepie, « EGALIM 3 » : le droit des relations commerciales réformé à tâtons : Dalloz Actualité, 5 et 6 avr. 2023 ; M. Picard, M. Cadoux, S. Leboulenger et N. Monier, La loi « Descrozaille » divise les professionnels : LSA, 6 avr. 2023, 6s. ; C. Hovnanian, Quels sont les enjeux des négociations commerciales ? : JCPE 2023, Échos de la pratique, 330 ; M. du Gardin et B. Ruy, Loi Egalim 3 : protection du fournisseur sous l'égide du politique et de l'administration : LSA, 17 mars 2023.

sur leur application relève de la compétence exclusive des tribunaux français [...] ». **Après la décision Eurelec de la CJUE**<sup>58</sup> du 22 décembre 2022 mettant en échec à ce stade l'amende de 117 M€ infligée par la DGCCRF à Eurelec, l'attaque du législateur est directe mais le coup porté atteint-il sa cible ?

Afin de préserver la validité de son texte, le législateur n'a eu d'autre choix que d'ajouter : « [...] sous réserve du respect du droit de l'Union européenne et des traités internationaux ratifiés ou approuvés par la France et sans préjudice du recours à l'arbitrage ». Ce texte, salué par une partie de la doctrine<sup>59</sup>, permet d'écarter le règlement Bruxelles I bis<sup>60</sup> en cas d'action du ministre de l'Économie amené à prononcer des amendes. La règle nouvelle d'ordre public placera l'action dans le champ du droit français. En cas de demande de cessation des pratiques prohibées ou de demande de répétition de l'indu devant les juridictions françaises avec application du droit français sur le fondement du règlement Bruxelles I bis, le dessaisissement des juridictions françaises sera également plus compliqué.

**20.** Les grands distributeurs n'entendent pas pour autant renoncer à leur choix d'implantation ni bien entendu au recours aux centrales internationales pour massifier leurs achats. L'enjeu est de taille. Eurelec estime pour sa part à 4,5 Mds€ les surcoûts dus aux différences de prix pratiquées par les grands fournisseurs entre les pays européens<sup>61</sup>. Les principaux acteurs nationaux du secteur de la grande distribution ont leur centrale d'achat internationale : au Luxembourg pour Auchan<sup>62</sup>, en Suisse et en Belgique pour Intermarché<sup>63</sup>,

en Belgique notamment pour Super U<sup>64</sup> ou en Espagne pour Carrefour. La modification structurelle paraît être la création d'Everest, une nouvelle centrale d'achat située à Amsterdam, qui réunit Intermarché et Système U, avec pour différence essentielle qu'elle ne propose pas de services. Elle centralise uniquement des achats auprès d'une quarantaine de grandes multinationales<sup>65</sup>.

**21.** Le maintien des centrales d'achat à l'étranger et les réorganisations incitent à s'interroger sur le **risque de qualification d'établissement stable**, c'est-à-dire le lieu d'activité fixe à partir duquel les activités de l'entreprise sont intégralement ou partiellement déployées.

L'article 5, § 1 du modèle de convention OCDE donne une définition de l'établissement stable supposant la réunion de plusieurs conditions : une entreprise, conduisant son activité dans un autre État au moyen d'une installation d'affaires, qui doit être fixe, et par l'intermédiaire de laquelle tout ou partie de l'activité de l'entreprise est exercée. Le § 4 de l'article 5 liste des activités non constitutives d'un établissement stable, parmi lesquelles figurent les **activités préparatoires ou auxiliaires**. Le § 6 vise le cas de l'**agent indépendant** pour l'exclure de la définition de l'établissement stable. De manière générale, il suffisait de recourir à un agent indépendant pour échapper à la qualification d'établissement stable. Les commentaires OCDE précisent que cette exclusion suppose toutefois deux conditions : la première, que le représentant soit indépendant de l'entreprise, à la fois juridiquement et économiquement et la seconde, qu'il agisse dans le cadre ordinaire de son activité lorsqu'il agit pour le compte de l'entreprise.

**22.** Le recours à un statut de **commissionnaire** pouvait permettre cette échappatoire. La qualification d'établissement stable en France a évolué, spécialement à l'endroit du commissionnaire, lequel juridiquement ne dispose pas du pouvoir de conclure des contrats au nom du commettant. Auparavant, en application de la jurisprudence *Zimmer* du Conseil d'État du 31 mars 2010<sup>66</sup>, il ne pouvait pas constituer, conformément aux commentaires OCDE (C (5), n° 83), un établissement stable, sous réserve d'absence d'artificialité. La jurisprudence *Conversant International Ltd*<sup>67</sup> prenant en

58 CJUE, 22 déc. 2022, C-98/22, Eurelec Trading SCRL et Scabel SA ; Contrats Conc. Consom., mars 2023, comm. 43, p. 51, obs. N. Mathey ; JCPG 2023, comm. 143, 230, obs. C. Nourissat ; Europe févr. 2023, comm. 90, 39, obs. L. Idot.

59 Dans une chronique intitulée « La loi "EGALIM 3" ou "Descrozaïlle" du 30 mars 2023 : Vers un nouvel équilibre et un meilleur encadrement des relations commerciales entre distributeurs et fournisseurs ? disponible sur le site du cabinet Vogel & Vogel, les éminents auteurs écrivent : « Même si sa rédaction aurait pu être plus ferme et plus explicite, l'introduction de ce nouvel article doit être saluée [...] » (§ 17, p. 6). M. Picard dans son article intitulé « Négociations commerciales : la loi "Descrozaïlle" divise les professionnels (LSA, 4 avr. 2023) constate « des distributeurs vent debout, des industriels satisfaits ». S'agissant des centrales d'achat, certains auteurs estiment toutefois qu'en définitive, il n'est pas certain que l'objectif recherché ait été atteint, « moins par défaut de volonté que par défaut de moyens du législateur » : M. du Gardin et B. Ruy, Loi Egalim 3 : protection du fournisseur sous l'égide du politique et de l'administration : LSA, 17 mars 2023.

60 Règl. (UE) n° 1215/2012, 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

61 M. Picard, Eurelec remporte une première victoire sur Bercy : LSA, 12 janv. 2023.

62 La société Patinvest basée au Luxembourg est toujours en charge des négociations internationales. Une nouvelle structure a été créée en 2021, U2A une structure à l'achat regroupant 9 des 11 pays d'Auchan : France, Luxembourg, Espagne, Portugal, Hongrie, Pologne, Russie, Ukraine et Roumanie. Auchan mise sur une intégration des deux niveaux de négociation internes et internationaux, étant précisé que l'entité en charge des négociations internationales est avant tout Patinvest. U2A a pour objet de permettre un premier niveau de coordination internationale (cf. M. Leclerc, Les dessous d'U2A, la nouvelle structure d'achats d'Auchan : LSA, 14 juin 2021).

63 AgeCore, la centrale d'achat survit toujours en Suisse, malgré la sortie des deux plus grands alliés, EDEKA et Intermarché.

64 EDEKA a reconstitué une autre alliance, la société Epic Partners SA, également en Suisse, à Genève. Système U puis le distributeur italien Esselunga avec 9 % de parts de marché ont rejoint Epic Partners, toujours pour les négociations dites « on top ». Les cartes ont donc été redistribuées.

65 Le patron de Système U rétorque après avoir précisé qu'il respectera la primauté du droit français : « En France, il est toléré que Lidl et Aldi achètent à l'international, et nous n'aurions pas le droit de le faire ? », propos issu d'un article ayant pour titre « Dominique Schelcher, président de Système U : « Nous sommes à un tournant économique » (M. Picard, LSA, 27 mars 2023).

66 CE, 31 mars 2010, n° 304715 et 308525, Sté Zimmer Ltd : Dr. fisc. 2010, n° 16, comm. 289, concl. J. Burguburu, note É. Rivière, P. Escaut et É. Bonneaud ; Dr. fisc. 2010, n° 16, act. 127, G. Blanluet ; BGFE 2010, n° 3, p. 8 et 9 ; RJF 6/10 n° 568.

67 CE, plén. fisc., 11 déc. 2020, n° 420174, Min. c/ Sté Conversant International Limited, concl. L. Cytermann : Rec. Lebon ; FI 1-2021, n° 01, G. Blanluet ; FI 1-2021, n° 3.4, comm. S. Laurat et P. Nicolas ; FI 1-2021, n° 2, § 43, comm. E. Raingeard de la Blétière ; FI 1-2021, n° 3, § 14, comm. R. Coin ; RJF 2/21 n° 196 ; Dr. fisc. 2021, n° 4, comm. 117, concl. L. Cytermann, note F. Deboissy et G. Wicker.

compte les risques encourus et les garanties accordées, a élargi le concept et atténué les différences d'approche en matière d'IS et de TVA.

Le rapport de 2018 sur l'action 7 du plan BEPS<sup>68</sup> a apporté des clarifications visant à lutter contre les abus de structures de commissionnaires ou assimilés. En particulier, avec la mesure dite « anti-fragmentation » d'activités, visant le cas d'activités exercées qui réunies « *constituent des fonctions complémentaires qui font partie d'un ensemble cohérent d'activités d'entreprises* », le domaine de l'établissement stable se trouve élargi.

L'Instrument multilatéral de l'OCDE (IM) transposant directement les résultats du projet BEPS dans les conventions bilatérales, a modifié les conventions bilatérales signées par la France avec les États qui adhèrent à cette convention. Du fait des ratifications, les conventions bilatérales conclues entre la France et notamment la Belgique, la Suisse et l'Espagne en sont modifiées. Il importe donc d'en tenir compte au niveau des centrales d'achat. L'article 12 de l'IM porte sur les « *mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable par des accords de commissionnaire et autres stratégies similaires* ». Désormais, une personne non indépendante caractérise un établissement stable si elle agit pour le compte d'une entreprise étrangère et conclut habituellement des contrats pour le transfert de propriété de biens appartenant à cette entreprise. Le commentaire précise que « *Le paragraphe 5 suppose donc que seules les personnes qui concluent habituellement des contrats qui sont au nom de l'entreprise ou qui doivent être exécutés par l'entreprise, ou qui jouent habituellement le rôle principal menant à la conclusion de tels contrats qui, de façon routinière, sont conclus sans modification importante par l'entreprise, peuvent entraîner un établissement stable* ». Exit le droit civil. La règle « **substance over form** » prévaut. Évidemment, si l'activité est purement préparatoire ou auxiliaire<sup>69</sup>, les activités ne seront pas constitutives d'un établissement stable, faute d'installation fixe d'affaires. Le § 5, d) comporte toutefois une mise en garde : si l'installation est utilisée « *aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations* », l'établissement stable peut être caractérisé<sup>70</sup>.

**23.** Tout dépendra des modalités de fonctionnement de la centrale d'achat internationale à l'égard desquelles certains industriels dénoncent, au titre des négociations tarifaires, donc de réduction des prix consenties par les industriels, l'absence de quelconques contreparties. À l'occasion du contentieux Eurelec notamment, le ministre de l'Économie a conclu également que les prestations étaient dépourvues de

réelles contreparties. Logiquement, cette situation, si elle était avérée, devrait conduire à considérer que la centrale d'achat ou de référencement pourrait présenter un certain degré d'artificialité<sup>71</sup>, ce qui aurait pour effet d'accroître le risque de reconnaissance d'un établissement stable. Les négociations dites *on top* au niveau des centrales ne relèveraient-elles que d'une activité préparatoire ou auxiliaire ?

Si les fournisseurs et les distributeurs se réunissent au sein de la centrale pour négocier et que les employés de la centrale conduisent en partie ces négociations, la présence d'un établissement stable ne fera guère de doute. Ce n'est que dans l'hypothèse où les employés de la centrale d'achat internationale se limitent à un rôle préparatoire d'organisation de réunions qui auraient lieu par exemple en dehors de l'État de résidence de la centrale d'achat que le risque d'établissement stable paraît pouvoir être écarté. Si parmi les employés de la centrale internationale figurent d'anciens négociateurs nationaux, cette situation de faits accrédirait l'existence d'un établissement stable.

**24.** La reconnaissance de l'existence d'un établissement stable conduirait à s'interroger sur les **profits qui lui sont attribuables**. En vertu de l'article 7 de la convention modèle OCDE, les bénéfices devant être attribués à un établissement stable sont ceux que l'établissement stable aurait perçus s'il avait été une entreprise distincte et indépendante exerçant les activités qui lui valent d'être qualifié d'établissement stable. Si la prestation est dépourvue de contrepartie, il est probable que la rémunération allouée à la centrale d'achat par le distributeur serait pour partie excessive et donc non déductible fiscalement.

**25.** L'administration fiscale peut également utiliser l'article **209 B du CGI** pour taxer les revenus générés par une centrale d'achat à l'étranger<sup>72</sup> et rattacher les résultats bénéficiaires de la centrale à la France. L'application de ce texte a été retenue à l'endroit d'un distributeur. Pour l'éviter, la société devait notamment établir que ses clients, bien que n'étant pas eux-mêmes établis en Suisse, constitueraient cependant un marché qui ne serait effectivement accessible que par la voie d'une implantation en Suisse, pour des raisons économiques et politiques. Les conclusions du rapporteur public révèlent

68 Rapport qui livre les instructions supplémentaires sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables résultant des modifications du rapport sur l'action 7 du plan d'action BEPS à l'article 5 du modèle de convention fiscale de l'OCDE. <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps/instructions-supplementaires-sur-l-attribution-de-benefices-a-un-etablissement-stable-beps-action7.htm>.

69 Sur cette notion, v. D. Groux et A. Lecœur, L'activité préparatoire ou auxiliaire, une notion ancienne au cœur de nouveaux enjeux : FI 2-2023, n° 3.4.

70 En ce sens, v. A. Maitrot de la Motte et R. Jaune, L'invention de l'établissement stable : Dr. fisc. 2021, n° 4, 116.

71 Il s'agit d'une prise de position de l'auteur à ce sujet. Peuvent être également mentionnés les travaux réalisés sur l'issue des négociations *on top* : M. Corstjens, *International Retail Buying Groups : A Force for the Good ? The case of AgeCore / EDEKA*, juin 2022 : INSEAD, 31 pages. Marcel Corstjens, professeur émérite de marketing, titulaire de la chaire Unilever à l'INSEAD a réalisé une importante étude sur 138.000 articles dans 20 catégories alimentaires clés sur six ans, de 2014 à 2019 pour éviter la période Covid. Après analyse de 6 millions d'observations, il apparaît que les clients d'EDEKA - premier distributeur allemand détenant une part de marché d'environ 23 % et réalisant des ventes uniquement sur le marché national - donc les consommateurs allemands, ont payé en moyenne 12 % de moins sur les produits obtenus *via* l'alliance Agecore par rapport à ce qu'ils auraient payé en dehors de l'alliance. L'étude précise que les 12 % sont une moyenne qui cachent de grandes disparités selon les catégories de produits. Pour les produits alimentaires hors confiserie, la baisse est de l'ordre de 9 % et atteint 24 % pour la confiserie.

72 TA Montreuil, 18 nov. 2010, n° 0908415, Sté ITM Entreprises : RJF 7/11 n° 791 ; BDCF 7/11 n° 83.

par ailleurs qu'en l'espèce la clientèle de la société suisse Agenor AG, au cours des exercices en litige, n'était pas établie en Suisse. Il ne paraît dès lors pas impossible de considérer que si des négociations *on top* étaient intervenues avec des industriels dont le siège aurait été situé dans le pays d'implantation de la centrale internationale, la mise en œuvre de l'article 209 B en aurait été facilitée. En tout état de cause, le risque d'établissement stable en serait accru. Cette solution relative à l'article 209 B n'est toutefois applicable que lorsque les intérêts de la société française sont majoritaires.

### C. Le risque d'aide d'État

**26.** Certains États peuvent proposer notamment aux centrales d'achat internationales une fiscalité avec des niveaux d'imposition réduits, par le biais par exemple de « **décisions fiscales anticipatives** » plus connues sous le nom anglais de *rulings*. À la suite du renforcement de l'échange automatique de renseignements et dans le prolongement de l'action 5 du projet BEPS<sup>73</sup>, ces *rulings* sont portés à la connaissance des administrations et de ce fait s'exposent de plus en plus au risque d'une contestation par la Commission européenne qui y voit des aides d'État. L'affaire *Engie*<sup>74</sup> illustre le fait que ces décisions fiscales anticipatives peuvent effectivement être remises en cause, avec l'estampille du juge.

En matière d'aides d'État, la Commission doit démontrer l'existence d'un **avantage fiscal sélectif** au sens de l'article 107, § 1 du TFUE, qu'il convient d'examiner sous le prisme du cadre de référence. L'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE étant un instrument non contraignant, il faut se référer au **droit national de l'État membre** concerné. Par un arrêt de grande chambre du 8 novembre 2022 dans l'affaire *Fiat*<sup>75</sup>, la CJUE a précisé (pt 93) que « *les modalités concrètes de l'application [du principe de pleine concurrence] sont définies par le droit national et doivent être prises en compte en vue d'identifier le cadre de référence aux fins de la détermination de l'avantage sélectif* ». Cet avantage ne peut être apprécié que par rapport à une imposition dite « normale », ce qui suppose de se référer à un **cadre de référence** présenté initialement par la Commission comme un « *ensemble cohérent de règles qui s'appliquent de manière générale - sur la base de critères objectifs - à toutes les entreprises relevant de son champ d'application tel que défini par son objectif* »<sup>76</sup>. La Cour de justice souligne au point 63 que la mesure fiscale peut être inséparable du système général d'imposition de l'État membre mais si elle apparaît

détachable de ce système, le cadre de référence pourrait être plus restreint que le système général, voire pourrait s'identifier à la mesure elle-même « *lorsque celle-ci se présente comme dotée d'une logique juridique autonome et qu'il est impossible d'identifier un ensemble normatif cohérent en dehors de cette mesure* »<sup>77</sup>.

**27.** S'agissant des *rulings* dont peuvent bénéficier certains distributeurs ou certaines centrales d'achat internationales, il est possible de s'interroger sur la difficulté d'une analyse de **comparabilité pertinente** entre entreprises liées et indépendantes. À supposer qu'une étude solide de prix de transfert ait pu être menée, donc avec des comparables pertinents, il importe de définir le cadre de référence auquel la mesure fiscale se rattache. Il nous semble que les *rulings* dont bénéficient le secteur sont exposés au risque d'un contrôle d'aide d'État qui aurait pour objet notamment de s'assurer que les caractéristiques du droit national ne sont pas manifestement incohérentes avec l'**objectif d'imposition non discriminatoire de toutes les sociétés résidentes**, intégrées ou indépendantes, poursuivi par le droit national.

Dans l'affaire *Amazon*<sup>78</sup>, où l'issue pour la Commission a été toute autre que dans le cas d'*Engie*, l'entité luxembourgeoise LuxSCS, sous la mère américaine, ne détenait que des actifs incorporels. Elle n'avait ni salarié ni aucune présence physique au Luxembourg. Les redevances remontaient d'abord au niveau de la centrale de trésorerie luxembourgeoise LuxOpCo puis remontaient avec des taux de redevance compris entre 10,1 et 12,3 % du CA net au niveau de l'entité détenant l'incorporel LuxSCS pour bénéficier *in fine* à Amazon US. Des taux de redevances considérés comme excessifs par la Commission au motif qu'ils ne répondaient pas au principe de pleine concurrence.

**28.** S'agissant des centrales d'achat internationales, le chiffre d'affaires généré par la centrale peut être réellement significatif et une concurrence entre les États peut se développer afin d'attirer sur leur sol la nouvelle entité. L'arrêt *Fiat* précité mais aussi l'annulation des décisions de la Commission dans les affaires *Apple*<sup>79</sup>, *Starbucks*<sup>80</sup> et *Amazon* rappellent que l'issue favorable pour la Commission n'est en matière d'aides d'État pour le moins pas acquise : l'appréciation du principe de pleine concurrence s'effectue *in concreto*.

**29.** Face aux efforts financiers déployés par certains États pour attirer à eux les bénéfices générés par le secteur de la

73 OCDE, communiqué, 14 déc. 2022 : FI 1-2023, n° 10, § 14, comm. T. Viu, p. 239-241.

74 Trib. UE, 2<sup>e</sup> ch. élarg., 12 mai 2021, T-516/18, Luxembourg c/ Commission et T-525/18, Engie, Engie Global LNG Holding Sàrl et Engie Invest International SA c/ Commission : FI 3-2021, n° 2, § 29, comm. J. Monsenego ; Dr. fisc. 2021, n° 27, chron. 303, É. Thomas ; Dr. fisc. 2021, n° 29, comm. 321, note L. Leclercq, F. Puel et L. du Pasquier.

75 CJUE, gde ch., 8 nov. 2022, C-885/19 P et C-898/19 P, Fiat Chrysler Finance Europe, Irlande, Luxembourg c/ Commission : FI 1-2023, n° 2.1.6, comm. J. Monsenego ; Dr. fisc. 2022, n° 50, comm. 428, note A. Fournier.

76 Comm. UE, Communication relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107 § 1 du TFUE (2016/C 262/01), pt 132.

77 J. Monsenego, Aides d'État et droit fiscal : les apports de l'arrêt *Fiat* du 8 novembre 2022 quant à la détermination du cadre de référence : FI 1-2023, n° 2.1.6., p. 159 et s.

78 Trib. UE, 12 mai 2021, T-816/17 et T-318/18, Luxembourg, Amazon EU et Amazon.com/Commission : FI 3-2021, n° 2, § 29, comm. J. Monsenego [pourvoi C-457/21 P].

79 Trib. UE, 15 juill. 2020, T-778/16 et T-892/16, Irlande, Apple Sales International [pourvoi C-465/20 P] : FI 3-2020, n° 2, § 9, comm. J. Monsenego. V. égal. L. Cytermann, L'affaire *Apple* : un débat méthodologique à 13 milliards d'euros : FI 4-2020, n° 2.1.3 ; Dr. fisc. 2020, n° 30-35, étude 320, A. Maitrot de la Motte.

80 Trib. UE, 24 sept. 2019, T-755/15 et T-759/15, Luxembourg et Fiat Chrysler Finance Europe c/ Commission : FI 4-2019, n° 2, § 17 ; Dr. fisc. 2019, n° 40, act. 419, O. Peiffert ; Dr. fisc. 2019, n° 41, chron. 396, É. Thomas.

distribution, certains États ont pris des mesures protectrices pour tenter d'imposer la substance là où elle se trouve. Ils ont érigé de **nouvelles taxes visant les réseaux de distribution** afin de protéger une économie nationale parfois fragile. La question de leur compatibilité avec le TFUE a été soumise à l'appréciation de la CJUE. Aucune contrariété n'a été retenue. Soit il n'y avait pas de discrimination directe, soit la mesure instaurée au regard des objectifs poursuivis n'était pas disproportionnée.

La **Pologne** a introduit un **impôt progressif** dans le secteur du commerce de détail, **assis sur le chiffre d'affaires mensuel** de tout détaillant issu de la vente de marchandises aux consommateurs, au-delà d'un certain montant<sup>81</sup>. La question de la compatibilité de la loi polonaise avec la réglementation européenne en matière d'aides d'État a été soulevée. Saisie par la Commission, la CJUE constate dans sa décision du 16 mars 2021<sup>82</sup> que la Commission n'a pas établi que les caractéristiques de la mesure en cause avaient été conçues de manière manifestement discriminatoire, dans le but de contourner les exigences découlant du droit de l'Union en matière d'aides d'État.

En **Espagne**, il a été institué une **taxe régionale visant les surfaces de points de vente de 2500 m<sup>2</sup> et plus** : tout point de vente dont la surface de vente hors parking et lieux de stockage non accessibles au public excède 2499 m<sup>2</sup> entre dans le champ d'application de la taxe<sup>83</sup>. Est prise en compte uniquement la surface de vente du point de vente pris isolément et la taxe ne présente aucune progressivité. La CJUE après avoir précisé que les articles 49 et 54 TFUE ne s'opposent pas à un impôt frappant les grands établissements commerciaux, tel que celui en cause au principal, a jugé que (pt 68), bien qu'un tel impôt soit « *constitutif d'une aide d'État, au sens de cette même disposition, en ce qu'il en exonère les grands établissements commerciaux collectifs dont la surface de vente est égale ou supérieure au seuil de 2500 m<sup>2</sup>* », dans les circonstances décrites, il ne s'agit pas d'aides existantes au sens de l'article 1<sup>er</sup>, b) du règlement n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999 (cf. pt 86 et le dispositif)<sup>84</sup>.

81 De 17 millions de zlotys polonais (PLN), soit environ 4 M€. L'impôt comportait deux taux : 0,8 % pour le chiffre d'affaires compris entre 17 et 170 millions de PLN et 1,4 % pour la part excédant ce dernier montant.

82 CJUE, gde ch., 16 mars 2021, C-562/19 P, Commission c/ Pologne, concl. J. Kokott : FI 2-2021, n° 2, § 9, comm. J. Monsenego ; Dr. fisc. 2021, n° 12, comm. 169, note A. Maitrot de la Motte.

83 *Ley 16/2000 del Parlamento de Cataluña, del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales* (loi 16/2000 du parlement de Catalogne relative à l'impôt sur les grands établissements commerciaux), 29 déc. 2000, art. 4 : DOGC n° 3295, 30 déc. 2000, et BOE n° 20, 23 janv. 2001. Cette loi a institué l'impôt sur les grands établissements commerciaux (IGEC) sur le territoire de la Communauté autonome de Catalogne.

84 CJUE, 26 avr. 2018, C233/16, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED).

Le **cas hongrois** était plus complexe. La taxe instaurée vise plusieurs secteurs de l'économie, pas uniquement la distribution mais aussi les télécommunications et les fournisseurs d'énergie. En pratique, **les sociétés détenues par des personnes physiques ou morales étrangères supportaient une part plus importante de la charge de cet impôt fortement progressif**. La juridiction de renvoi estimait que la charge fiscale effective de cet impôt pesait principalement sur les assujettis dont l'actionnariat est étranger. Parallèlement, les contribuables d'actionnariat national opérant dans un système de franchise sous une même enseigne - chaque magasin étant, typiquement, une société commerciale distincte - relevaient de la tranche exonérée dudit impôt ou d'une des tranches faiblement taxées. L'atteinte à plusieurs principes du traité était en cause<sup>85</sup>. La Cour de justice a jugé compatible l'impôt fortement progressif sur le chiffre d'affaires<sup>86</sup>.

**30.** En matière de grande distribution, les pratiques anciennes sont tenaces. Les choix stratégiques motivés par l'accroissement de valeur sont peu perméables aux coups de semonce du législateur désireux de préserver son assiette taxable. À l'international, la part de risque financier est accrue, la visibilité des opérateurs moindre. Le risque encouru est parfois systémique. **Il est essentiel que l'analyse fiscale soit réalisée en amont des opérations projetées, en toute indépendance**. Les interrogations portent aussi, d'une part sur la préservation des moyens de production, dans le sillage d'un accroissement constant des marques de distributeurs, et d'autre part sur le maintien de la qualité des sources d'approvisionnement dans un contexte de course aux mètres carrés.

L. POUILLE ■

85 La question portait sur la compatibilité avec les dispositions du traité FUE relatives au principe de non-discrimination (art. 18 et 26 TFUE), au principe de liberté d'établissement (art. 49 TFUE), au principe d'égalité de traitement (art. 54 TFUE), au principe d'égalité en ce qui concerne la participation financière au capital des sociétés au sens de l'article 54 TFUE (art. 55 TFUE), au principe de libre prestation des services (art. 56 TFUE), au principe de libre circulation des capitaux (art. 63 et 65 TFUE) et au principe d'égalité en ce qui concerne l'imposition des entreprises (art. 110 TFUE).

86 CJUE, gde ch., 16 mars 2021, C-596/19 P, Commission c/ Hongrie, concl. J. Kokott : FI 2-2021, n° 2, § 9, comm. J. Monsenego ; Dr. fisc. 2021, n° 12, comm. 169, note A. Maitrot de la Motte. Le dispositif est le suivant : « *Les articles 49 et 54 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à la législation d'un État membre instituant un impôt fortement progressif sur le chiffre d'affaires, dont la charge effective est principalement supportée par des entreprises contrôlées directement ou indirectement par des ressortissants d'autres États membres ou par des sociétés ayant leur siège dans un autre État membre en raison du fait que ces entreprises réalisent les chiffres d'affaires les plus importants sur le marché concerné.* »