

141

Fiscalité internationale : chronique de l'année 2022

Emmanuel DINH,

*maître de conférences
à l'université Dauphine-PSL, Cr2D,
directeur de l'École Droit Dauphine (E2D),
directeur du master de Fiscalité
de l'entreprise (221),
avocat à la Cour, Couderc Dinh & Associés*



Nous avons choisi, cette année, de consacrer notre chronique aux thèmes suivants : la caractérisation d'une entité étrangère aux fins d'application de la loi française, les dispositifs anti-évasion fiscale, l'application des conventions fiscales, et les retenues à la source sur les dividendes (imputation et restitution).

1. Caractérisation d'une entité étrangère aux fins d'application de la loi française

A. - Plus-value de cession de droits dans un partnership américain par une personne physique résidente de France

1 - Par une décision du 2 février 2022 (CE, 9^e et 10^e ch., 2 févr. 2022, n° 443154 : Dr. fisc. 2022, n° 11, comm. 148, concl. É. Bokdam-Tognetti, note F. Deboissy ; Dr. fisc. 2022, n° 21, chron. 231, C. Acard, spéc. n° 4. – V. aussi le commentaire de J.-L. Pierre, Dr. sociétés, 2022, n° 5, comm. 61), mentionnée aux tables du Lebon, le Conseil d'État s'est prononcé sur la question inédite du traitement fiscal applicable aux gains réalisés par un associé personne physique résident de France à raison de la cession de ses parts dans un partnership de droit américain.

2 - Les faits sont les suivants. Une personne physique, résidente de France, était associée d'une entité de droit américain, Pharma Pass LLC Ltd, ayant la forme d'une « *limited liability company* » (LLC). Elle a cédé l'ensemble de ses droits dans le partnership américain, recevant le prix de vente initial en 2002, puis des compléments de

prix au titre des années 2006, 2007 et 2008. Le contribuable français avait revendiqué, à raison des sommes perçues au titre de ces dernières années, l'imputation de crédits d'impôt équivalents à l'impôt français, sur la base des dispositions de la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994. En effet, il avait considéré que les gains en question relevaient des dispositions du a) du 3 de l'article 13 de la convention, aux termes desquelles : « *Les gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers qui font partie de l'actif d'un établissement stable ou d'une base fixe qu'une entreprise ou un résident d'un État contractant a dans l'autre État contractant, y compris de tels gains provenant de l'aliénation de cet établissement stable (seul ou avec l'ensemble de l'entreprise) ou de cette base fixe, sont imposables dans cet autre État* » ; l'imposition conjointe accordée aux États-Unis et à la France ouvrant droit, en France, à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français en application des dispositions de l'article 24 de la convention relatives à l'élimination de la double imposition. Pour parvenir à ce résultat, le contribuable s'était appuyé sur le principe de transparence fiscale des partnerships américains, posé aux fins de répartition du pouvoir taxateur entre les deux États, par les dispositions du 4 de l'article 7 de la convention, dans les termes suivants : « *Un associé d'un "partnership" est considéré comme*

ayant réalisé des revenus (...) dans la mesure de sa part du "partnership" telle qu'elle est prévue par l'accord d'association (...). Le caractère – y compris la source et l'imputabilité à un établissement stable – de tout élément de revenu (...) attribuables à un associé est déterminé comme si l'associé avait réalisé ces éléments de revenu ou bénéficié de ces déductions de la même manière que le "partnership" les a réalisés ou en a bénéficié ». Le cédant estimait, sur cette base, que la cession de ses parts dans un partnership américain exerçant son activité aux États-Unis devait être assimilée à la cession de tout ou partie d'un établissement stable, ce qui conduisait, par le jeu combiné de ces dispositions et de la clause d'élimination de la double imposition, à un effacement de l'imposition en France. Ce faisant, sans doute était-il influencé par la conception américaine du partnership, qui considère celui-ci non pas comme une entité personnifiée mais comme un simple agrégat d'actifs (*sur ce point, V. concl. É. Bokdam-Tognetti, pt 3 ss CE, 9^e et 10^e ch., 2 févr. 2022, n° 443154 : Dr. fisc. 2022, n° 11, comm. 148, note F. Deboissy*). L'administration fiscale, à la suite d'un examen de la situation fiscale personnelle du contribuable, avait remis en cause l'usage des crédits d'impôt, estimant que les gains de cession ne relevaient pas des dispositions précitées du a) du 3 de l'article 13 du traité franco-américain, mais

de celles du 6 de l'article 13, aux termes desquelles « *Sous réserve des dispositions du paragraphe 5, les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que les biens visés aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident* », ce qui commandait une imposition exclusive en France. Alors qu'un jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 18 janvier 2018 (TA Strasbourg, 18 janv. 2018, n° 1507225 et 1507226) avait donné gain de cause au contribuable, la cour administrative d'appel de Nancy a, par un arrêt du 8 avril 2020, annulé la décision de première instance (CAA Nancy, 2^e ch., 8 avr. 2020, n° 18NC00754). C'est contre cet arrêt que le contribuable s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'État.

3 - Le rattachement des gains issus de la cession des parts de partnership américain aux dispositions du a) du 3 de l'article 13 ou à celles du 6 de l'article 13 de la convention franco-américaine pose la question de la portée des dispositions du 4 de l'article 7 du traité : la fiction posée par ces dispositions, consistant à considérer que l'associé du partnership doit être réputé avoir réalisé directement les éléments de revenu de celui-ci, dans la mesure de sa participation au contrat d'association, doit-elle se voir conférer une portée telle qu'il y aurait lieu de considérer que l'associé cédant ses droits dans un partnership serait réputé céder, à proportion de ses droits, une partie des actifs mêmes du partnership ?

4 - Dans sa décision du 2 février 2022, la Haute Assemblée va apporter une réponse négative à cette question, en disant pour droit : « *Les revenus issus de la cession d'une participation dans un partnership de droit américain ne sauraient être regardés comme ayant été réalisés par l'intermédiaire de cette entité pour l'application du 4 de l'article 7 de la convention franco-américaine relatif aux bénéfices des entreprises et relèvent de l'article 13 de cette convention relatif aux gains en capital. Dès lors que la cession d'une partie des parts d'une telle entité n'est pas constitutive d'une aliénation portant sur l'intégralité d'un établissement stable ou sur des biens mobiliers inscrits à l'actif d'un tel établissement, les stipulations du a) du 3 de cet article 13 ne sont pas applicables aux revenus issus de cette cession. Par suite, en vertu des stipulations résiduelles du 6 du même article, ces gains sont imposables dans l'État de résidence du cédant* » (CE, 9^e et 10^e ch., 2 févr. 2022, n° 443154, pt 5).

Au-delà, le Conseil d'État rejette les moyens fondés sur la portée du droit interne des deux États. S'agissant de l'argument tiré

du droit interne français, ayant trait à la nature d'actifs professionnels des titres conférée par l'article 151 nonies du CGI, la Haute Assemblée juge : « *Il résulte de ce qui précède qu'après avoir relevé, d'une part, que les titres qu'un associé détient dans un partnership ne sont pas réputés faire partie de l'actif de cette entité et, d'autre part, que M. B ne détenait que 25 % du capital du partnership Pharma Pass LLC Ltd, pour en déduire que les gains provenant de la cession de ces droits, quand bien même ils constituaient des éléments d'actif affectés à l'exercice de la profession de leur détenteur et seraient regardés comme tels pour l'application de l'article 151 nonies du Code général des impôts, ne relevaient pas des stipulations du a) du 3 de l'article 13 de la convention fiscale franco-américaine et étaient imposables en France en application du 6 de cet article, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits de l'espèce* » (CE, 9^e et 10^e ch., 2 févr. 2022, n° 443154, pt 6). S'agissant de l'argument tiré du droit interne américain, prescrivant, à rebours de la conception française des sociétés de personnes, un principe de transparence forte des partnership, le Conseil d'État juge que « *la circonstance que le partnership Pharma Pass LLC Ltd soit reconnu comme une entité fiscale transparente par le droit américain est sans incidence pour l'application des stipulations de l'article 13 de la convention fiscale franco-américaine* » (CE, 9^e et 10^e ch., 2 févr. 2022, n° 443154, pt 7).

5 - Restriction de la portée du principe de transparence fiscale de l'article 7-4 de la convention franco-américaine. – Comme on le voit, le Conseil d'État rejette l'extension du principe de transparence fiscale prescrit par l'article 7-4 de la convention fiscale franco-américaine en matière de revenus transitant par un partnership américain aux gains issus de la cession de ses droits par un associé d'un tel partnership. Force est d'admettre qu'une telle application aurait exigé un puissant effort d'interprétation des dispositions conventionnelles, auquel la Haute Assemblée se refuse en général. Le raisonnement déployé s'articule ici selon le séquençage suivant : (i) éviction des dispositions du a) du 3 de l'article 13 sur la base d'une **lecture littérale** de cet article, limitant son champ aux seuls revenus « réalisés par l'intermédiaire » du partnership ; (ii) par un effet en retour, énonciation du principe de relevance de l'article 13, relatif aux gains en capital ; (iii) inapplicabilité, au sein de cet article, des stipulations spécifiques du a) du 3 de cet article 13, en tant que la cession des intérêts détenus dans le partnership n'est pas consti-

tutive d'une aliénation portant sur l'intégralité d'un établissement stable ou sur des biens mobiliers inscrits à l'actif d'un tel établissement ; (iv) application, en conséquence, des dispositions générales du 6 de l'article 13, emportant taxation exclusive dans l'État de résidence du cédant.

Sur cet aspect, la solution, qui pose que le principe de transparence fiscale du 4 de l'article 7 possède une portée circonscrite à son objet, à savoir l'imposition des revenus réalisés par le partnership, s'inscrit dans le sillage de la décision de principe *Artémis* du 24 novembre 2014 (CE, plén. fisc., 24 nov. 2014, n° 363556, SA *Artémis* : *JurisData* n° 2014-029144 ; *Lebon*, p. 345 ; *Dr. fisc.* 2015, n° 3, *comm.* 57, *concl.* E. Cortot-Boucher, *note Ph. Derouin* ; *RJF* 2/2015, n° 102, *chron.* N. Labrune, p. 83. – E. Dinh, *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2015* : *Dr. fisc.* 2016, n° 9, *chron.* 196, *spéc.* n° 20 et s), et doit être pleinement approuvée. Comme le rappelle fort justement Émilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions, « *le raisonnement en transparence mis en place à l'article 7 ne concerne que les revenus transitant par le partnership. S'il peut donc s'appliquer aux gains réalisés par une telle entité lors de la cession d'éléments de son actif, il ne saurait en revanche s'appliquer à des revenus ou des gains qui ne sont pas réalisés par l'intermédiaire du partnership, à l'instar du gain réalisé par un associé en vendant ses parts dans une telle entité* » (V. *concl.* É. Bokdam-Tognetti, pt 4 ss CE, 9^e et 10^e ch., 2 févr. 2022, n° 443154). De fait, la fiction créée par les dispositions du 4 de l'article 7 de la convention franco-américaine ne couvre, littéralement, que les éléments de revenu ou les déductions **que le partnership a réalisés ou dont il a bénéficié** : il est donc, dans ces conditions, impossible d'étendre ladite fiction aux gains réalisés par l'associé au titre de l'aliénation de ses droits dans le partnership, lesquels droits ne peuvent être considérés autrement que comme un élément de son patrimoine propre. Et, en l'absence de disposition expresse, à l'article 7 ou même à l'article 5 du traité définissant l'établissement stable, qui prévoirait, au prix d'une autre fiction, que l'associé d'un partnership devrait être considéré, de ce seul fait, comme disposant d'un établissement stable aux États-Unis, les droits dans le partnership ne peuvent être considérés comme un élément de patrimoine pouvant être rattachés à un « bilan » fiscal américain : on signalera que la rapporteure publique a étudié, pour les éliminer, les voies qui auraient pu conduire à une telle solution, le partnership ne pouvant, par lui-même, être regardé comme un établissement stable de ses associés, compte tenu de la lettre de l'article 13 de la convention ; la

participation même dans le partnership ne pouvant davantage être regardée comme un établissement stable de l'associé, en regard de la lettre de l'article 5 du traité (*V. concl. É. Bokdam-Tognetti, pt 3 ss CE, 9^e et 10^e ch., 2 févr. 2022, n° 443154*).

6 - S'agissant du rejet, au point 7 de la décision, du moyen tiré de la transparence fiscale du partnership en droit américain, la solution est aussi parfaitement indiscutable. Non seulement, on sait, d'après la méthodologie fixée dans le précédent *Artémis*, que la loi fiscale étrangère n'est pas opposable en tant que telle au juge de l'impôt français, seules comptant les caractéristiques juridiques de l'entité étrangère aux fins d'administrer le test de ressemblance avec une entité de droit français. Mais encore, en tout état de cause, les règles applicables en droit interne américain n'étaient-elles d'aucune opérance, s'agissant de la mise en œuvre des dispositions de l'article 13 du traité franco-américain : il est patent que la transparence fiscale applicable en droit américain ne pouvait s'avérer davantage féconde que la transparence conventionnelle s'agissant de la question de l'aliénation des droits dans un partnership.

Quant au rejet, au point 6 de la décision, du moyen tiré du droit interne français, lequel qualifie les titres détenus dans le partnership d'« actifs professionnels », il doit aussi être approuvé, en tant que la qualification donnée en droit interne ne saurait influencer la qualification conventionnelle, eu égard à la lettre même de la convention. L'argument du contribuable était fondé sur les dispositions de l'article 151 nonies du CGI, aux termes desquelles « lorsqu'un contribuable exerce son activité professionnelle dans le cadre d'une société dont les bénéficiaires, en application des articles 8 et 8 ter, soumis en son nom à l'impôt sur le revenu dans la catégorie (...) des bénéficiaires industriels ou commerciaux ou des bénéficiaires non commerciaux, ses droits ou parts dans la société sont considérés notamment pour l'application des articles 38, 72 et 93, comme des éléments d'actif affectés à l'exercice de la profession ». Dès lors que les juges d'appel avaient admis, en droit interne, le bien-fondé de l'imposition des gains issus de la cession de ses intérêts dans le partnership sur le fondement de l'article 151 nonies – de façon contestable, nous y reviendrons –, le contribuable faisait valoir que la cour d'appel avait inexactement qualifié les faits en jugeant que les gains litigieux ne constituaient pas des gains provenant de l'aliénation d'un établissement stable. Ce raisonnement, mêlé de droit interne et de droit conventionnel, était séduisant. Mais il butait sur la lettre même

des dispositions du a) du 3 du 13 du traité franco-américain, lesquelles ne visent que les gains provenant de l'aliénation « de biens mobiliers qui font partie de l'actif d'un établissement stable ou d'une base fixe » ou de l'aliénation « de cet établissement stable (seul ou avec l'ensemble de l'entreprise) ou de cette base fixe ». En l'absence de clause d'assimilation qui aurait pu renvoyer aux biens qui seraient assimilés à des actifs professionnels par la législation nationale des États contractants (comme les droits dans une société de personnes sur la base de l'article 151 nonies), alors même qu'ils ne répondraient pas à la définition conventionnelle de l'établissement stable ou au critère de l'appartenance à un établissement stable tel que défini par la convention, force est d'admettre que, là encore, l'application littérale de la convention fiscale commandait le rejet de l'argument, seul pouvant être réservé le cas de l'exercice de la profession aux États-Unis par l'intermédiaire d'un établissement stable auquel auraient été rattachés les droits dans le partnership : dans une telle hypothèse, la fiction de l'article 151 nonies rejoindrait la réalité conventionnelle.

7 - **Une solution peu orthodoxe ?** – Si le sens de cette décision du 2 février 2022, se ressourçant à une interprétation littérale des stipulations conventionnelles, ne surprend pas, son architecture pose néanmoins question, tant il est vrai qu'elle ne met en œuvre **ni le principe de subsidiarité des conventions fiscales** tel qu'issu du précédent *Schneider Electric (CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, min. c/ Sté Schneider Electric : JurisData n° 2002-080182 ; Lebon, p. 233 ; Dr. fisc. 2002, n° 36, comm. 657 ; Dr. fisc. 2002, n° 36, étude 18, P. Dibout ; RJF 10/2002, n° 1080, chron. L. Olléon, p. 755 ; BDCF 10/2002, n° 120, concl. S. Austry)*, pour au contraire interroger directement les dispositions conventionnelles, **ni la méthode de l'« équivalence juridique »** (*V. sur ce point, E. Dinh, Les partnerships dans l'ordre fiscal international. Présentation et portée de la méthode de l'« équivalence juridique » : JCP E 2016, 1440*) permettant de qualifier une entité étrangère aux fins d'application de la loi fiscale française, telle qu'issue du précédent *Artémis* (selon laquelle : « Il appartient au juge de l'impôt, saisi d'un litige portant sur le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger, d'identifier d'abord, au regard de l'ensemble des caractéristiques de cette société et du droit qui en régit la constitution et le fonctionnement, le type de société de droit français auquel la société de droit étranger est assimilable. Compte tenu de ces constatations, il lui revient ensuite de déterminer le régime

applicable à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française »). Sous cette double considération, il nous semble qu'une démarche plus orthodoxe aurait pu suivre le cheminement suivant :

- en premier lieu, il eût fallu s'assurer que l'imposition des gains issus de la cession des droits dans le partnership était fondée en droit interne et sur la base de quelle qualification. C'est à ce stade du raisonnement que la méthode de l'équivalence juridique aurait été appliquée, aux fins de déterminer la qualification du gain de cession : compte tenu de la prééminence du critère de l'étendue de la responsabilité des associés dans l'administration du « test de ressemblance » (*V. sur ce point, E. Dinh, Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2021 : Dr. fisc., 2022, n° 12, chron. 159, spéc. n° 68*), il nous semble que la « **limited liability company** » aurait dû être assimilée à une société à responsabilité limitée, relevant, en droit français, de l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun. Il s'en serait donc nécessairement suivi que **le gain de cession des droits dans cette entité aurait relevé des dispositions de l'article 150-0A du CGI**. Comme on le voit, et même si le Conseil d'État a refusé d'accueillir le moyen tiré de la nature d'actifs professionnels des droits dans le partnership, le dispositif de l'article 151 nonies, supposant nécessairement une assimilation de l'entité étrangère à une société de l'article 8 du CGI, n'avait, en tout état de cause, pas lieu d'être invoqué sur la base d'une application orthodoxe de la méthodologie *Artémis* ;

- c'est seulement à l'issue de cette première étape, une fois le principe d'imposition validé en droit interne et la qualification du gain fixée, qu'il y avait lieu d'interroger la convention fiscale, aux fins de savoir si celle-ci faisait obstacle à une imposition en France. En principe, la qualification des gains taxables, telle qu'établie en application du droit interne, ouvre une voie d'accès à l'une des catégories cédulaires de la convention. En l'espèce, et sous réserve que le premier temps du raisonnement décrit ci-avant ait été suivi, il apparaît évident que l'article 13 relatif aux gains en capital était désigné, et qu'à l'intérieur de celui-ci, le paragraphe 6 était pertinent ; l'éviction du a) du 3 pouvant se fonder, à ce stade, sur l'absence de portée du principe de transparence fiscale posé par le 4 de l'article 7 pour l'application de l'article 13.

On notera que ce circuit classique a été suivi par le Conseil d'État dans sa décision *SAS Masterfoods Holding* du 8 novembre 2019 qui concernait la question de l'imposition en France de la personne morale associée commanditaire d'une société en commandite allemande à raison des revenus

procurés par sa participation (CE, 8^e et 3^e ch., 8 nov. 2019, n° 430543, min. c/ SAS Masterfoods Holding : Dr. fisc. 2019, n° 51-52, comm. 491, concl. R. Victor, note R. Jouffroy ; Dr. fisc. 2020, n° 6-7, chron. 130, C. Acard, spéc. n° 11 ; RJF 2/2020, n° 148).

Dans cette affaire, il était établi, sur la base du droit interne, que l'entité allemande était assimilable à une société en commandite simple de droit français, et que la personne morale française devait être regardée comme un associé commanditaire, si bien que les sommes qu'elle percevait en cette qualité avaient la nature, au regard de la loi fiscale française, de revenus mobiliers, taxables en France dans les conditions de droit commun. En revanche, les dispositions spécifiques de la convention franco-allemande, prescrivant que les participations d'un associé (sans distinction en fonction de sa qualité de commandité ou de commanditaire) ne sont imposables que dans l'État où l'entité dont il est associé possède un établissement stable, à proportion des droits de l'associé dans les bénéfices, commandaient une imposition exclusive en Allemagne. En conséquence, le principe conventionnel de transparence fiscale de l'entité dévalisait ici les effets de l'assimilation fiscale. Tel n'était pas le cas dans l'affaire ici chroniquée, compte tenu de l'absence de portée du principe de transparence fiscale posé par la convention franco-américaine, en matière de cession de droits dans le partnership, ce qui a peut-être justifié l'économie du détour par le droit interne qui, pourtant, nous semble relever du champ d'application de la loi.

8 - Par cette décision du 2 février 2022, le Conseil d'État complète donc sa jurisprudence sur la question complexe de la fiscalité applicable aux partnerships, sous l'angle, cette fois, de la cession de ses droits par un associé français, dans un contexte franco-américain, où la convention fiscale prévoit un principe de transparence pour les bénéfices réalisés par le partnership. On en retiendra qu'après avoir, dans le précédent *Artémis*, précisé que ces dispositions n'avaient d'autre objet que de procéder à une répartition de la matière imposable dans le cas particulier où les revenus sont réalisés dans le cadre d'un partnership de droit américain, sans toutefois pouvoir influencer le régime fiscal applicable en France aux revenus perçus, la Haute Assemblée vient ici limier la portée du principe de transparence des dispositions du 4 de l'article 7 du traité franco-américain aux seuls revenus transitant par le partnership.

B. - Assimilation d'une entité étrangère à une société à l'IS à raison de sa forme : inopérance du critère de la nature de l'activité et précisions sur l'office du juge

9 - Par une décision *Sté Phoenix Union Co* du 22 juillet 2022 (CE, 9^e et 10^e ch., 22 juill. 2022, n° 444942, *Sté Phoenix Union Co* : Dr. fisc. 2022, n° 40, comm. 353, concl. É. Bokdam-Tognetti, note E. Joannard-Lardant ; Dr. fisc. 2022, n° 37, act. 338, O. Fouquet), mentionnée aux tables du Lebon, le Conseil d'État a apporté d'utiles précisions quant à la mise en œuvre de la méthode d'assimilation des entités étrangères à des entités françaises, s'agissant tout à la fois des critères opérants et des obligations pesant sur le juge.

10 - Les faits sont les suivants. Une société de droit suisse, Phoenix Union Co, était propriétaire de deux appartements à Cannes, qu'elle mettait à disposition à titre gratuit au bénéfice de son associé unique, étant ici précisé que ses statuts prévoyaient explicitement la mise à disposition gratuite d'immeubles au profit des associés, entre autres éléments participant de son objet social. À la suite d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a considéré qu'elle avait commis un acte anormal de gestion à raison de la renonciation aux loyers consentie, et en avait tiré les conséquences en matière d'impôt sur les sociétés au titre des années 2011 et 2012. Les juges du fond ayant fait droit aux prétentions de l'administration, la société se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 30 juin 2020 (CAA Marseille, 30 juin 2020, n° 19MA00580).

11 - A l'appui de son pourvoi, la société soulevait divers moyens, organisés autour de deux axes : tout d'abord, elle estimait qu'elle ne pouvait être assimilée à une société anonyme de droit français et assujettie à l'impôt sur les sociétés, du seul fait de sa forme sociale, au triple motif (i) qu'elle avait été obligée de prendre le statut de société anonyme suisse, faute d'existence en Suisse d'un statut de société de personnes, (ii) qu'elle ne poursuivait pas un but lucratif, et (iii) qu'elle avait un objet exclusivement civil, mobilisant sur cet aspect le précédent *min. c/ Sté immobilière Saint-Charles* (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 24 mai 2006, n° 278737, min. c/ *Sté immobilière Saint-Charles* : *JurisData* n° 2006-080937 ; *Lebon*, p. 264 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 50, comm. 785, concl. E. Glaser ; *Dr. sociétés* 2006, comm. 155, note J.-L. Pierre ; *RJF* 8-9/2006, n° 996 ; *RTD com.* 2007, p. 254 et s., note J.-P.

Le Gall ; *RTD com.* 2006, p. 694, note O. Fouquet) ; ensuite, elle considérait que la renonciation à percevoir des loyers ne pouvait être regardée comme contraire à son intérêt, dès lors qu'elle s'était bornée à exécuter son objet social qui consistait précisément à mettre à la disposition de son associé unique les appartements dont elle était propriétaire. Cette question, inédite, ayant trait à la congruence de l'intérêt social et de l'objet social, et interrogeant la possibilité qu'une société ne poursuive pas son intérêt en accomplissant son objet social, justifie la mention de la solution aux tables du Lebon. On signalera, sur cet aspect qui ne rentre pas directement dans l'objet de la présente chronique, que le Conseil d'État, dans la continuité de la décision *Croë Suisse* (CE, plén., 21 déc. 2018, n° 402006, *Sté Croë Suisse* : *JurisData* n° 2018-023298 ; *Lebon*, p. 467 ; *Dr. fisc.* 2019, n° 9, concl. A. Bretonneau, note. F. Deboissy et G. Wicker ; *RJF* 3/2019, n° 246, chron. V. Villette, p. 303 ; *FR* 6/2019, inf. 4 p. 11, obs. A. Bretonneau), a dit pour droit que « Constitue un acte anormal de gestion l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt. Au regard de ces principes, la circonstance qu'une renonciation à recettes par une société de capitaux au bénéfice de ses associés serait conforme à l'objet social de l'entreprise n'est pas à elle seule de nature à faire regarder cette renonciation comme étant dans l'intérêt propre de l'entreprise, ni que satisfaire par cette gratuité l'un des objets pour lequel la société a été créée soit une contrepartie suffisante » (CE, 9^e et 10^e ch., 22 juill. 2022, n° 444942, *Sté Phoenix Union Co*, pt 6). Comme l'a observé le Président Fouquet, le Conseil d'État a donc choisi de « dissocier fiscalement l'intérêt de l'entreprise de son objet. En effet, en matière fiscale, il s'agit d'apprécier la capacité contributive d'un contribuable, en fonction notamment de ses recettes. Il n'appartient pas au contribuable de faire varier discrétionnairement sa capacité contributive par sa renonciation à percevoir certaines recettes d'autant plus que les charges sont la contrepartie des recettes » (O. Fouquet, *Bénéfices industriels et commerciaux – Société anonyme suisse propriétaire d'un immeuble en France : quel régime ?* : *Dr. fisc.* 2022, n° 37, act. 338, spéc. n° 5). On admettra aisément qu'une solution contraire eût constitué une prime à l'aménagement des statuts des sociétés à des fins d'évitement fiscal.

La première question nous intéressera davantage : la Haute Assemblée va en effet trouver l'occasion dans cette affaire d'apporter d'utiles précisions sur la méthode d'assimilation des entités étrangères à des entités françaises, s'agissant en l'espèce d'une société de capitaux, ainsi que

sur l'office du juge dans la mise en œuvre de la méthode de l'équivalence juridique. Sous cette double considération, cette décision *Sté Phoenix Union Co* vient utilement compléter la décision du 2 avril 2021 (CE, 9^e et 10^e ch., 2 avr. 2021, n° 427880, min. c/ *World Investment Corporation* : Dr. fisc. 2021, n° 21, comm. 261, concl. C. Guibé, note F. Deboissy ; RJF 6/2021, n° 597), commentée dans la chronique de l'année dernière (V. E. Dinh, *Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2021* : Dr. fisc., 2022, n° 12, chron. 159, spéc. n° 63 et s.).

12 - Après avoir rappelé les termes du 1 de l'article 206 du CGI, de même que le considérant de principe issu du précédent *Artémis* (CE, plén. fisc., 24 nov. 2014, n° 363556, SA *Artémis* : *JurisData* n° 2014-029144 ; Lebon, p. 345 ; Dr. fisc. 2015, n° 3, comm. 57, concl. E. Cortot-Boucher, note Ph. Derouin ; RJF 2/2015, n° 102, chron. N. Labrune, p. 83. - E. Dinh, *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2015* : Dr. fisc. 2016, n° 9, chron. 196, spéc. n° 20 et s., pt 2), le Conseil d'État juge : « Pour déterminer si une société de droit étranger est assimilable à une société par actions de droit français, le juge de l'impôt n'a pas à tenir compte du caractère civil ou commercial de l'objet de cette société, un tel critère n'étant pas au nombre des caractéristiques définissant ce type de sociétés. Il résulte par ailleurs des dispositions citées au point 2 qu'une société anonyme de droit français est assujettie à l'impôt sur les sociétés à raison de sa forme sociale, quel que soit son objet. Enfin, il résulte de ces mêmes dispositions que, dès lors qu'il constate qu'une société de droit étranger doit être assimilée à un type de société de droit français passible de l'impôt sur les sociétés à raison de sa forme sociale, il appartient au juge de l'impôt d'appliquer à cette société le régime fiscal correspondant, sans qu'ait d'incidence la circonstance que le droit étranger en cause ne prévoirait pas de structure comparable aux types de sociétés de droit français mentionnés à l'article 8 du Code général des impôts » (CE, plén. fisc., 24 nov. 2014, n° 363556, SA *Artémis* : *JurisData* n° 2014-029144 ; Lebon, p. 345 ; Dr. fisc. 2015, n° 3, comm. 57, concl. E. Cortot-Boucher, note Ph. Derouin ; RJF 2/2015, n° 102, chron. N. Labrune, p. 83. - E. Dinh, *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2015* : Dr. fisc. 2016, n° 9, chron. 196, spéc. n° 20 et s., pt 3), avant de valider le raisonnement suivi par les juges d'appel dans les termes suivants : « Par suite, en jugeant, après avoir identifié dans son arrêt les caractéristiques propres, au regard du droit suisse, de la société *Phoenix Union Co*, et notamment sa nature de société de capitaux et la responsabilité de son associé limitée au montant de ses apports,

que celle-ci devait être assimilée à une société anonyme de droit français pour l'application des dispositions de l'article 206 du Code général des impôts, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le caractère civil ou commercial de son objet et sur l'absence en droit suisse de structure sociale comparable aux sociétés civiles françaises, la cour administrative d'appel de Marseille, qui n'était pas tenue de préciser à peine d'irrégularité les références des dispositions du droit suisse sur lesquelles elle se fondait, n'a entaché son arrêt ni de dénaturation, ni d'erreur de qualification juridique ni d'erreur de droit et n'a pas méconnu son office » (CE, 9^e et 10^e ch., 22 juill. 2022, n° 444942, *Sté Phoenix Union Co*, pt 4). Il y a donc lieu de retenir les enseignements suivants de cette décision du 22 juillet 2022.

13 - **Inopérance de la nature de l'activité en présence d'une entité étrangère assimilée à une société passible de l'IS à raison de sa forme.** - S'agissant de la méthodologie applicable en matière de caractérisation des entités étrangères aux fins d'application de la loi fiscale française, cette décision complète la décision précitée min. c/ *World Investment Corporation*, par laquelle le Conseil d'État avait été amené à appliquer la méthode de l'équivalence juridique à une « corporation » de droit américain ayant procédé à la cession d'un bien immobilier en France, la question se posant en l'espèce de l'imposition de la plus-value immobilière selon le régime des particuliers ou celui des sociétés relevant de l'impôt sur les sociétés. Le Conseil d'État avait conclu à l'assimilation de la « corporation » à une société par actions simplifiée de droit français sur la base du raisonnement suivant : « Il résulte de l'instruction et notamment du certificat de constitution produit au dossier que la société *World Investment Corporation*, créée avec un capital de 10 000 dollars, a pour objet de réaliser toute activité conforme à la loi du Delaware. Les titres de la société sont librement négociables, sous réserve du droit prioritaire de souscription dont bénéficient les associés en cas d'émission de nouvelles parts. En outre, ainsi qu'il a été dit au point 5 ci-dessus, la responsabilité financière des associés est, sauf exception, limitée aux apports. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que la société *World Investment Corporation* est assimilable à une société par actions simplifiée de droit français et qu'elle est dès lors passible de l'impôt sur les sociétés à raison de sa forme sociale, en application du 1 de l'article 206 du CGI, sans qu'il soit besoin d'examiner le caractère lucratif de son activité » (CE, 9^e et 10^e ch., 22 juill. 2022, n° 444942, *Sté Phoenix Union Co*, pt 7).

Cette solution procédait directement de la construction même de l'article 206, 1 du CGI, fixant la liste des entités ressortissant au champ d'application de l'impôt sur les sociétés, selon deux critères alternatifs, à savoir (i) soit certaines personnes morales limitativement énumérées correspondant, quel que soit leur objet, aux sociétés anonymes, aux sociétés en commandite par actions, aux sociétés à responsabilité limitée, aux sociétés coopératives et à certaines personnes publiques, (ii) soit toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif. Une fois identifiée la forme sociale de droit français à laquelle doit être assimilée l'entité étrangère, le critère du caractère lucratif de l'activité exercée, fixé par la clause balai du 1 de l'article 206, est neutralisé. La décision ici chroniquée repose également sur la lettre même de l'article 206, 1. Les dispositions de ce texte ne distinguant pas selon l'objet civil ou commercial des sociétés qu'elles visent aux fins de leur assujettissement à l'impôt sur les sociétés, rien ne justifie que la nature de l'activité exercée soit considérée de quelque manière que ce soit comme un critère pertinent dans la mise en œuvre de la méthode de l'équivalence juridique : dès lors qu'une entité étrangère est assimilable par sa forme à une des sociétés limitativement visées par le 1 de l'article 206, (sur la base, essentiellement, du critère de l'étendue de la responsabilité des associés), la nature de son activité ne possède aucune influence quant à son assujettissement à l'impôt sur les sociétés. Il en va de même, et pour des raisons identiques, de la circonstance selon laquelle son État de constitution n'offrirait pas de formes de sociétés comparables aux sociétés de personnes relevant de l'article 8 du CGI.

De ce point de vue, cette décision du 22 juillet 2022 confirme aussi que la solution prescrite par le précédent min. c/ *Sté immobilière Saint-Charles* de 2006, dont se prévalait la requérante, est caduque, comme l'annonçait déjà le précédent min. c/ *World Investment Corporation*. Pour rappel, dans cette affaire, une société ayant le statut de société anonyme de droit monégasque possédait en France un ensemble immobilier, qu'elle mettait gratuitement à la disposition de son actionnaire (une fondation gérant des établissements scolaires). Comme dans l'affaire ici chroniquée, l'administration fiscale avait assujéti cette société à l'impôt sur les sociétés à raison du montant estimé des loyers qu'elle aurait dû percevoir de la fondation. Le Conseil d'État, saisi par l'administration d'un pourvoi à l'encontre de l'arrêt ayant accordé la décharge de l'imposition, avait confirmé l'analyse de la cour administrative d'appel sur la base du raison-

nement suivant : « Considérant que le droit monégasque des sociétés anonymes prévoit que celles-ci, selon qu'elles ont ou non un objet commercial, sont immatriculées au répertoire du commerce et de l'industrie ou au répertoire des sociétés civiles ; qu'ainsi, la cour, qui a relevé, d'une part, que la société immobilière Saint-Charles avait pour seul objet la mise à disposition de son principal actionnaire, la fondation de la Salle, de son bien immobilier à l'usage de colonie de vacances pour des enfants et de maison de repos pour des enseignants, et, d'autre part, qu'elle était immatriculée au répertoire national des sociétés civiles monégasques, a exactement qualifié les faits en en déduisant qu'à la différence d'une société anonyme de droit français, et alors même que son capital est, comme le sien, composé d'actions impliquant la limitation de responsabilité de leurs détenteurs, elle ne pouvait être regardée comme commerciale du seul fait de sa forme sociale ». Cette décision *min. c/ Sté immobilière Saint-Charles* présentait une forme de fragilité intrinsèque, par sa convocation de la commercialité de la société, critère absent du texte du 1 de l'article 206 au visa duquel elle était pourtant rendue. Confrontée à la séquence jurisprudentielle *Artémis World Investment Corporation Phoenix Union Co*, il semble qu'elle doive être considérée comme abjurée. Comme l'indique dans ses conclusions Émilie Bokdam-Tognetti, « De l'article 206 du CGI, il résulte ainsi qu'une société étrangère, dès lors qu'elle est assimilable par sa forme à une société anonyme de droit français, ou à une SAS que l'article 1655 quinquies assimile aux SA pour l'application du CGI, est assujettie à l'IS, peu important que son objet et son activité soient de nature civile, et peu important aussi le point de savoir si le droit des sociétés de l'État dans lequel elle a été constituée comporte ou non des formes de sociétés assimilables aux catégories françaises de sociétés visées à l'article 8 et si, dans son État de constitution, ses associés auraient pu, pour poursuivre une activité de nature civile, créer une société assimilable en droit français à une société de personnes » (concl. É. Bokdam-Tognetti, pt 6 ss CE, 9^e et 10^e ch., 22 juill. 2022, n° 444942, *Sté Phoenix Union Co*).

14 - Office du juge dans la mise en œuvre de la méthode de l'assimilation. – S'agissant de l'office du juge dans la mise en œuvre de la méthode de l'équivalence juridique, cette décision *Phoenix Union Co* apporte aussi d'utiles réponses au débat ouvert à l'occasion du précédent *World Investment Corporation*, quant aux obligations qui s'imposent au juge de l'impôt en matière d'identification des règles de droit étranger et de leur contenu, nécessaires à la résolution du litige. Dans cette affaire

World Investment Corporation, les juges d'appel n'avaient pas cité les dispositions du code du Delaware sur lesquelles ils s'étaient fondés pour conclure à l'existence d'une responsabilité illimitée des associés d'une « corporation ». L'administration n'ayant soulevé aucun moyen tiré de la méconnaissance par la cour d'appel de son office ni de l'insuffisance de motivation de son arrêt, et de tels moyens n'étant pas d'ordre public, la question n'avait pu être abordée par la Haute Assemblée. Dans ses conclusions, Céline Guibé avait toutefois émis l'opinion qu'une telle omission « traduit une méconnaissance de leur office de la part des juges d'appel » (V. concl. C. Guibé ss CE, 9^e et 10^e ch., 2 avr. 2021, n° 427880, *min. c/ World Investment Corporation* : Dr. fisc. 2021, n° 21, comm. 261, note F. Deboissy – c'est nous qui soulignons).

Cette affaire fournit donc l'occasion au Conseil d'État d'apporter une réponse explicite à la question, en précisant que « la cour administrative d'appel de Marseille, qui n'était pas tenue de préciser à peine d'irrégularité les références des dispositions du droit suisse sur lesquelles elle se fondait, n'a entaché son arrêt ni de dénaturation, ni d'erreur de qualification juridique ni d'erreur de droit et n'a pas méconnu son office » (CE, 9^e et 10^e ch., 22 juill. 2022, n° 444942, *Sté Phoenix Union Co*, pt 4). Comme l'avait indiqué Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions sur la décision *Artémis*, « le droit étranger n'est pas appliqué comme une règle juridique contraignante mais plus comme un élément de fait qui va permettre au juge de l'impôt de caractériser une opération afin de la qualifier au vu de la loi fiscale nationale ». Il s'ensuit que l'erreur éventuellement commise par les juges du fond dans l'interprétation de la loi étrangère, laquelle relève de leur appréciation souveraine, commande une censure, au stade de la cassation, sur le terrain de la **dénaturation**, comme cela fut le cas dans l'affaire *World Investment Corporation*. Mais ainsi **ravalées au rang de fait, les dispositions du droit étranger prises en compte aux fins d'assimilation de l'entité étrangère à une forme sociale française ne rentrent pas dans l'orbite de l'article R. 741-2 du Code de justice administrative**, faisant obligation à une décision de contenir, entre autres, les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application. Dans ses conclusions sur l'affaire ici chroniquée, Émilie Bokdam-Tognetti distingue la situation à laquelle est confronté le juge de l'impôt des hypothèses rencontrées en droit international privé où la Cour de cassation a cassé des décisions de cours d'appel pour avoir privé leurs décisions de base légale en ne précisant pas les dispositions de la loi étrangère sur laquelle

elles s'étaient fondées. Mais dans toutes ces situations, les juges du fond avaient fait application d'une règle de droit étranger, désignée par la règle de conflit de lois, ce qui ne s'applique pas au juge fiscal, lequel se borne à prendre en considération des éléments tirés du droit étranger comme autant d'éléments de fait qui permettent l'assimilation à une forme sociale de droit français, aux fins d'application de la seule loi fiscale française (V. sur tous ces points, concl. É. Bokdam-Tognetti, pts 7 et 8 ss CE, 9^e et 10^e ch., 22 juill. 2022, n° 444942, *Sté Phoenix Union Co*). La solution édictée pourrait toutefois être infléchie dans l'hypothèse où les dispositions du droit étranger auraient été discutées par les parties et que leur mention s'avérerait indispensable pour permettre de saisir le sens de la décision rendue (V. Dr. fisc. 2022, n° 40, comm. 353, concl. É. Bokdam-Tognetti, note E. Joannard-Lar-dant).

15 - Cette décision *Sté Phoenix Union Co* du 22 juillet 2022 complète donc utilement la jurisprudence sur la qualification des entités étrangères en droit fiscal international français, dans l'hypothèse ici d'une assimilation à une société de capitaux relevant de l'impôt sur les sociétés. On retiendra notamment que le défaut de mention des dispositions de droit étranger sur lesquelles les juges du fond bâtissent leur analyse n'entraîne pas, par principe, l'irrégularité de leur décision, puisque ces dispositions ont la nature d'éléments de fait, et que le juge de l'impôt, par essence, n'applique que la loi fiscale française. En vertu du principe de souveraineté fiscale, seules les qualifications de l'État, et non les qualifications issues d'une loi étrangère, peuvent recevoir des effets fiscaux. De fait, contrairement à ce qui prévaut en droit international privé, il n'existe pas de règles générales de conflit de lois en matière fiscale, « matière fondamentalement d'ordre public » (J.-P. Le Gall, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes. L'arrêt Diebold : un incident ou un cataclysme ?* : Dr. fisc. 2000, n° 15, étude 100122, spéc. n° 11). Ce principe irrigue donc la démarche du juge aussi bien que son office dans la mise en œuvre de la méthode de l'équivalence juridique.

2. Dispositifs anti-évasion fiscale

A. - Appréciation du régime fiscal privilégié d'une société étrangère au sens de l'article 238 A : le régime mère-fille doit être pris en compte

16 - Par une décision du 14 février 2022 mentionnée aux tables du Lebon (CE, 3^e et

8^e ch., 14 févr. 2022, n° 442061 et 442062 : Dr. fisc. 2022, n° 26, comm. 267, concl. M.-G. Merloz, note M. Buchet ; Dr. sociétés 2022, n° 6 ; comm. 74, note J.-L. Pierre), le Conseil d'État a apporté, à la faveur d'un litige mettant en jeu l'article 123 bis du CGI, une précision importante sur l'appréciation du caractère privilégié du régime fiscal d'une entité étrangère au sens des dispositions de l'article 238 A du CGI, qui sera transposable aux autres dispositifs renvoyant à cet article.

17 - Des personnes physiques résidentes de France ont fait l'objet d'un rehaussement d'impôt sur le revenu et de prélèvements sociaux au titre des années 2010 et 2011, dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers sur le fondement de l'article 123 bis du CGI, à raison de leur participation dans une société Level One de droit luxembourgeois, dont ils détenaient l'intégralité du capital. La société luxembourgeoise, constituée sous la forme d'une Soparfi (société de participations financières), avait été créée en 2009, par voie d'apport de titres d'une société opérationnelle de droit français.

Pour rappel, le dispositif de l'article 123 bis, issu de la loi de finances pour 1999 (L. n° 98-1266, 30 déc. 1998, art. 101 : Dr. fisc. 1997, n° 1-2, comm. 1), est le pendant, pour les personnes physiques, de celui prévu à l'article 209 B du CGI : les personnes physiques résidentes de France détenant une participation, directe ou indirecte, d'au moins 10 % dans une entité étrangère soumise à un régime fiscal privilégié dont le patrimoine est principalement constitué d'actifs financiers et monétaires, sont réputées avoir bénéficié d'une distribution de revenus de capitaux mobiliers correspondant aux bénéfices ou revenus positifs de l'entité, au premier jour du mois suivant la clôture de l'exercice de cette dernière (ou, en l'absence d'exercice clos au cours d'une année, le 31 décembre), sous réserve de l'application d'une clause de sauvegarde. Aux termes du deuxième alinéa du 1 de l'article 123 bis, le caractère privilégié d'un régime fiscal est déterminé conformément aux dispositions de l'article 238 A par comparaison avec le régime fiscal applicable à une société ou collectivité mentionnée au 1 de l'article 206. Aux termes de l'article 238 A, est regardée comme soumise à un régime fiscal privilégié dans l'État ou territoire où elle est implantée, soit la personne qui n'y est pas imposable, soit celle qui y est assujettie à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié (40 % depuis le 1^{er} janvier 2020) à celui de l'impôt sur les bénéfices ou les revenus dont elle aurait été redevable dans les conditions de droit commun en

France, si elle y avait été domiciliée ou établie.

18 - C'est précisément sur la comparaison à effectuer pour qualifier un régime fiscal de privilégié au sens de ces dispositions que le litige s'est cristallisé. On sait, depuis la décision SA Auriège du 21 mars 1986, rendue aux conclusions d'Olivier Fouquet, qu'est exigée une **comparaison in concreto** de la charge fiscale effectivement supportée par l'entité étrangère, et de celle qu'elle aurait supportée si elle avait été établie en France (CE, 7^e et 9^e ss-sect., 21 mars 1986, n° 53002, SA Auriège : Juris-Data n° 1986-600581 ; Dr. fisc. 1986, n° 31, comm. 1432, concl. O. Fouquet ; RJF 5/1986, n° 470). Dans une décision Sté Control Union Inspections France (CUIF) du 24 avril 2019, commentée dans notre chronique de l'année 2019, le Conseil d'État avait confirmé, dans la lignée du précédent SA Auriège, que la comparaison *in concreto* des charges fiscales suppose, nécessairement, une prise en compte des règles d'assiette, cette décision nous enseignant qu'une telle exigence s'applique y compris dans le cas limite de taux nominaux proches de zéro dans l'État concerné, rendant pourtant assez illusoire l'inexistence d'un régime fiscal privilégié (CE, 3^e et 8^e ch., 24 avr. 2019, n° 413129, Sté Control Union Inspections France (CUIF) : JurisData n° 2019-006399 : Dr. fisc. 2019, n° 28, comm. 327, concl. L. Cytermann, note M. Buchet et I. Masounga. – V. aussi E. Dinh, Fiscalité internationale : chronique 2019 : Dr. fisc. 2020, n° 12, chron. 199, spéc. n° 2 et s.).

Dans l'affaire ici chroniquée, l'administration fiscale avait refusé de tenir compte du régime des sociétés mères et filiales des articles 145 et 216 du CGI dans cet exercice de comparaison des charges fiscales aux fins de détermination de l'existence d'un régime fiscal privilégié de l'entité luxembourgeoise. La cour administrative d'appel de Versailles a, sur ce point, suivi la position de l'administration, estimant que la comparaison devait s'effectuer en prenant en compte le taux normal de 33.33 % de l'impôt sur les sociétés auquel elle aurait été soumise si elle avait été française, « dans les conditions de droit commun » et « en dehors de toute considération qui relèverait d'une décision de gestion de l'entreprise » (CAA Versailles, 1^{re} ch., 11 févr. 2020, n° 17VE02562).

19 - C'est donc contre cette décision que les contribuables se pourvoient en cassation devant le Conseil d'État, donnant à celui-ci l'occasion de préciser les modalités d'application de la comparaison exigée par l'article 238 A du CGI aux fins d'identification du caractère privilégié d'un régime

fiscal étranger. La réponse est clairement donnée au point 8 de la décision du 14 février 2022, dans les termes suivants : « Il résulte des dispositions de l'article 238 A du Code général des impôts, citées au point 6, que l'appréciation du caractère privilégié du régime fiscal applicable doit se faire au regard de l'impôt sur les bénéfices ou les revenus dont la personne aurait été redevable dans les conditions de droit commun en France, lesquelles incluent le régime des sociétés mères défini aux articles 145 et 216 du Code général des impôts. En se bornant, pour juger que la société Level One relevait d'un régime fiscal privilégié, à relever qu'elle ne pouvait se prévaloir du régime des sociétés mères au motif que ce régime optionnel relèverait d'une décision de gestion, sans rechercher si elle aurait rempli les conditions pour bénéficier du régime des sociétés mères si elle avait été établie en France, la cour a commis une erreur de droit ».

20 - La Haute Assemblée ne considère donc pas le caractère optionnel du régime des sociétés mères et filiales comme un obstacle dirimant à la prise en compte de celui-ci pour la détermination de la charge fiscale française de référence aux fins d'appréciation du caractère privilégié du régime fiscal étranger. Marie-Gabrielle Merloz, dans ses conclusions, se réfère au caractère très souple de l'option, ainsi qu'au fait que le régime mère-fille « est un régime d'imposition à part entière qui a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises éligibles, sans privilégier un secteur particulier. Il fait partie du paysage fiscal habituel et courant des sociétés. Il est, de surcroît, pérenne et harmonisé au niveau européen » (concl. M.-G. Merloz, pt 3 ss CE, 3^e et 8^e ch., 14 févr. 2022, n° 442061 et 442062 : Dr. fisc. 2022, n° 26, comm. 267, note M. Buchet). Autant d'éléments, donc, qui ont dû peser dans le choix du Conseil d'État de le faire intégrer « dans les conditions de droit commun » de l'imposition en France, contrairement à l'interprétation stricte de cette notion retenue par les juges d'appel. On constatera que le 3 de l'article 123 bis dispose : « Les bénéfices ou les revenus positifs mentionnés au 1 sont réputés acquis le premier jour du mois qui suit la clôture de l'exercice de l'entité juridique établie ou constituée hors de France ou, en l'absence d'exercice clos au cours d'une année, le 31 décembre. Ils sont déterminés selon les règles fixées par le présent code comme si l'entité juridique était imposable à l'impôt sur les sociétés en France ». Et, sur ce dernier point, l'administration fiscale précise elle-même, dans sa doctrine commentant le sujet de la reconstitution des résultats de l'entité étrangère selon les règles fiscales françaises, que « Pour la détermination des résul-

tats de l'entité étrangère le régime des sociétés mères peut s'appliquer lorsque les conditions requises par l'article 145 du CGI sont remplies » (BOI-RPPM-RCM-10-30-20-20, 12 sept. 2012, § 320). Sous cette considération, l'interprétation de l'article 238 A du CGI délivrée par le Conseil d'État instaure donc une forme de **cohérence entre les conditions d'entrée dans le dispositif de l'article 123 bis et ses effets**.

Il restera à la cour de Versailles, à qui l'affaire est renvoyée, d'apprécier toutefois si, au cas particulier, la société, si elle avait été française, aurait pu valablement se prévaloir du régime mère-fille. Dans la réalisation de cet exercice de fiscalité-fiction, il lui faudra alors notamment déterminer, au regard des circonstances de fait concrètes, si un éventuel abus de droit aurait pu lui être opposé, ce qui aurait rendu l'option pour le régime inopposable à l'administration.

21 - Quid des régimes fiscaux réservés à des secteurs particuliers ? – Cette décision du 14 février 2022 apporte donc une précision bienvenue sur la méthodologie à retenir en matière de maniement de l'article 238 A du CGI. Sa portée sera d'autant plus importante que de nombreuses dispositions anti-évasion fiscale renvoient à l'article 238 A : tel est le cas, au-delà de l'article 123 bis, des articles 209 B, 155 A, et 57 du CGI. Elle complète ainsi utilement le précédent *CUIF* de 2019. Il restera toutefois au juge de l'impôt à préciser les contours de l'imposition « dans les conditions de droit commun ». La rapporteure publique, en précisant que le régime mère-fille s'appliquait « à toutes les entreprises éligibles, sans privilégier un secteur particulier », pour défendre son appartenance au paysage fiscal de droit commun, semble donc écarter les éventuels régimes fiscaux réservés aux entreprises intervenant dans des secteurs particuliers. Cette approche peut paraître *a priori* en contradiction avec les commentaires administratifs sur l'article 238 A eux-mêmes, qui précisent : « *De nombreux systèmes fiscaux comportent des régimes particuliers d'imposition, dérogatoires au régime de droit commun, applicables à certaines formes d'entreprises, d'activités ou de revenus. / Il conviendra de tenir compte de ces régimes particuliers pour la détermination des termes de comparaison* » (V. BOI-BIC-CHG-80-10, 12 sept. 2012, § 220). On se rappellera que, dans l'affaire *CUIF*, la requérante invoquait l'existence en droit français de **règles d'assiette particulières pour les sociétés d'assurances**, en raison de l'application de provisions spéciales, mais cet argument n'avait pas été retenu car soulevé pour la première fois au stade de la cassa-

tion. La jurisprudence à venir nous éclairera sur ce point.

22 - Quelle évolution possible ? – D'un point de vue pratique, cette décision du 14 février 2022 aura pour effet concret de rassurer les contribuables français ayant recours à des sociétés holdings étrangères quant au déclenchement des dispositifs des articles 123 bis et 209 B du CGI, qui aurait été quasi-automatique si la solution contraire avait été adoptée. Toutefois, le soulagement risque d'être de courte durée, si l'on regarde l'évolution de la conception même du régime des sociétés mères et filiales que le Conseil d'État défend désormais. En effet, par une décision *Sté Axa* du 5 juillet 2022, chroniquée ci-après (V. n° 63), le Conseil d'État a censuré la doctrine administrative qui, interprétant les dispositions de l'article 216 du CGI définissant le régime fiscal des sociétés mères, considérait que la quote-part de frais et charges de 5 % sur les dividendes ne pouvait s'analyser comme conduisant à l'imposition d'une partie des dividendes. Cette décision, fondée sur le caractère forfaitaire de la quote-part de frais et charges, non assorti d'une possibilité de plafonnement aux frais réels exposés aux fins d'obtention des revenus, invite donc à **regarder la quote-part de frais et charges de 5 % comme une imposition d'une fraction des dividendes**, du moins lorsque le montant des frais réels est inférieur à la quote-part de frais et charges. **Cette conception nouvelle risque de probablement créer un appel d'air pour l'entrée dans les dispositifs des articles 123 bis et 209 B du CGI**. De fait, une entité étrangère est considérée comme bénéficiant d'un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A dans son État ou territoire d'implantation dans deux hypothèses : (i) si elle n'y est pas imposable, ou (ii) si elle y est assujettie à des impôts sur les bénéfices notablement moins élevés (40 % aujourd'hui) que ceux auxquels elle aurait été redevable en France. Dans la première hypothèse d'absence d'imposition locale, le fait que désormais la quote-part de frais et charges soit analysée comme traduisant une imposition partielle en France des dividendes, alors qu'elle relevait d'une logique de neutralisation de charges dans le paradigme antérieur, contrepartie d'une exonération, devrait avoir pour effet mécanique de faire entrer les holdings étrangères se trouvant dans cette situation dans le champ des dispositifs du 123 bis et du 209 B. Dans la seconde hypothèse, des calculs devront être faits, mais il y a fort à parier, compte tenu du taux relativement élevé de la quote-part de frais et charges pratiqué en France (conduisant à un taux d'impôt de 1,25 %

des dividendes aujourd'hui), que l'exercice de comparaison des charges fiscales se traduise, là aussi, par une entrée dans les dispositifs. On attendra donc la réaction des interprètes officiels de la loi fiscale que sont l'administration et le juge de l'impôt. Mais les décisions du 14 février 2022 pourraient ressembler, pour les associés français de holdings étrangères, à une victoire à la Pyrrhus.

B. - Paiements effectués sur un compte tenu dans un organisme financier dans un pays à fiscalité privilégiée : modalités d'application des dispositions du dernier alinéa de l'article 238 A

23 - Par une décision *Sté Gemar Lumitec* du 19 avril 2022 (*CE, 3^e et 8^e ch., 19 avr. 2022, n° 442234 et 442236, Sté Gemar Lumitec : Dr. fisc. 2022, n° 37, comm. 327, concl. L. Cytermann*), le Conseil d'État apporte des précisions sur la mise en œuvre de la méthodologie dont il avait fixé les principes dans une première décision sur cette affaire en 2019, s'agissant de l'application des dispositions du dernier alinéa de l'article 238 A du CGI.

24 - Les faits sont les suivants. Une société de droit français, Gemar Lumitec, intervenant dans le négoce de matériel scénique, avait versé, au titre des exercices clos en 2009, 2010 et 2011, des sommes en rémunération de services (prestations d'intermédiation auprès de fournisseurs en Asie et de contrôle qualité) rendus par son principal fournisseur, la société Taiwan Georgia Corp., établie à Taiwan. À l'issue d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale s'était fondée sur le dernier alinéa de l'article 238 A du CGI pour remettre en cause la déduction des sommes. Elle avait en effet constaté que les versements avaient été effectués au bénéfice du dirigeant de la société de Taiwan, sur un compte ouvert à son nom, dans un établissement bancaire de Hongkong, territoire à fiscalité privilégiée. L'administration a considéré que la preuve de la réalité des prestations de services, que supportait la société française sur le fondement des dispositions de l'article 238 A du CGI, n'était pas apportée. Il s'en est suivi un rehaussement du résultat de la société, ainsi que l'assujettissement des sommes réputées distribuées à la retenue à la source sur le fondement des dispositions des articles 109, I, 1° et 110 du CGI, au taux de 25 %.

Pour rappel, l'article 238 A repose sur un mécanisme de renversement de la charge de la preuve au profit de l'administration, en prévoyant une double présomption de ficti-

vité et d'anormalité des charges (intérêts, redevances, rémunérations de prestations de services) supportée par des résidents français au titre de prestations facturées par des personnes bénéficiant d'un régime fiscal privilégié. La dialectique de la preuve est la suivante : il appartient à l'administration, dans un premier temps, d'apporter la preuve que le bénéficiaire des sommes en question bénéficie, dans son État de résidence ou d'établissement, d'un régime fiscal privilégié ; lesdites sommes sont alors non déductibles de l'assiette française, sauf à ce que le résident français, personne physique ou morale, qui en revendique la déduction, apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et ne présentent pas un caractère anormal ou excessif. La notion de « régime fiscal privilégié » est précisée au deuxième alinéa de l'article, dans sa version issue de la loi de finances pour 2005 (L. n° 2004-1484, 30 déc. 2004, art. 104, II : Dr. fisc. 2005, n° 1-2, comm. 73), applicable à la décision ici chroniquée, de la façon suivante : « les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France si elles y avaient été domiciliées ou établies », le seuil de déclenchement du régime fiscal privilégié ayant été abaissé à 40 % par la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018, à compter du 1^{er} janvier 2020. Le dernier alinéa de l'article 238 A, issu de la loi de finances pour 1982 (L. n° 81-1160, 30 déc. 1981, art. 90, I : Dr. fisc. 1982, n° 2-3, comm. 87), étend le dispositif « également à tout versement effectué sur un compte tenu dans un organisme financier établi dans un des États ou territoires visés ». C'est précisément cet alinéa du texte qui servait ici de base légale au redressement, les sommes ayant mouvementé un compte bancaire ouvert auprès d'un établissement bancaire de Hong Kong.

25 - Lorsque le Conseil d'État avait été saisi pour la première fois de cette affaire, il s'était agi pour lui de répondre à la question inédite des modalités d'application du dispositif prévu au dernier alinéa de l'article 238 A du CGI (CE, 3^e et 8^e ch., 24 avr. 2019, n° 412284, Sté Gemar Lumitec : Dr. fisc. 2019, n° 28, comm. 327, concl. L. Cytermann, note M. Buchet et I. Massounga ; RJF 7/2019, n° 631 et 632). Le Conseil d'État avait posé pour principe, au point 3 de sa décision du 24 avril 2019, que « Pour l'application des dispositions [...] du

dernier alinéa de l'article 238 A du Code général des impôts, le titulaire d'un compte qui est tenu par un organisme financier et sur lequel des sommes sont versées par un contribuable français, est regardé comme soumis à un régime fiscal privilégié lorsque, dans l'hypothèse où il serait domicilié ou établi dans l'État ou le territoire où l'organisme financier est lui-même établi et où il réaliserait depuis cet État ou ce territoire l'activité ayant donné lieu au versement, il n'y serait pas imposable ou y serait assujetti à des impôts sur les bénéfices dont le montant serait inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont il aurait été redevable dans les conditions de droit commun en France, s'il y avait été domicilié ou établi et s'il avait réalisé depuis la France l'activité en cause ». Nous avons signalé dans notre chronique de 2019, à laquelle nous renvoyons pour davantage de détails, qu'une telle interprétation, éloignée du texte, était paradoxalement la seule à même de lui conférer toute sa portée (V. E. Dinh, Fiscalité internationale : chronique 2019 : Dr. fisc. 2020, n° 12, chron. 199, spéc. n° 9 et s.). Quoi qu'il en soit, il en ressort que l'application du dispositif du dernier alinéa de l'article 238 A suppose une mécanique intellectuelle complexe consistant, concrètement, à **comparer deux situations hypothétiques**, à savoir (i) la charge fiscale à laquelle le prestataire aurait été soumis s'il avait été établi dans l'État où se trouve l'organisme financier auprès duquel est ouvert le compte crédité, et (ii) la charge fiscale qui eût été la sienne s'il avait été établi en France.

À cette aune, le Conseil d'État avait censuré le raisonnement tenu par les juges du fond qui, pour établir l'existence du régime fiscal privilégié, s'étaient fondés sur l'absence de contestation des indications données par l'Administration, selon lesquelles les revenus provenant d'activités réalisées en dehors du territoire de Hong Kong n'y sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés, et leur avait renvoyé l'affaire. Alors que les juges d'appel n'ont pas davantage donné satisfaction à la société dans le cadre du nouvel examen de l'affaire, le Conseil d'État est de nouveau saisi, cette fois pour contrôler l'application par la cour de renvoi de la mise en œuvre de la méthode de comparaison des deux situations hypothétiques.

26 - Dans sa décision du 19 avril 2022, le Conseil d'État va d'abord réitérer le considérant issu de son arrêt du 24 avril 2019 fixant le mode d'emploi du dernier alinéa de l'article 238 A, augmenté du considérant issu du précédent Sté Control Union Inspections France (CUIF) du même jour, aux

termes duquel « (...) la charge de la preuve de ce que le bénéficiaire des rémunérations en cause est soumis à un régime fiscal privilégié incombe à l'administration. Il lui appartient à cet égard d'apporter tous éléments circonstanciés non seulement sur le taux d'imposition, mais sur l'ensemble des modalités selon lesquelles des activités du type de celles qu'exerce le bénéficiaire sont imposées dans le pays où il est domicilié ou établi. Le contribuable peut, de son côté, faire valoir, en réponse à l'administration, tous éléments propres à la situation du bénéficiaire en cause » (CE, 3^e et 8^e ch., 19 avr. 2022, n° 442234 et 442236, Sté Gemar Lumitec, pt 6). Une fois les bases posées, la Haute Assemblée va contrôler l'application par les juges du fond du dispositif, s'agissant, tout d'abord, de la caractérisation du régime fiscal préférentiel, appréciée au niveau du titulaire du compte bancaire mouvementé (alors que, dans les premiers arrêts, les débats s'étaient concentrés, à tort, sur l'imposition de la société prestataire elle-même), en l'espèce le dirigeant personne physique de la société de Taïwan, et ensuite, de l'appréciation de la démonstration par le contribuable de la réalité des prestations facturées et de la normalité des montants.

27 - Sur les deux aspects, le Conseil d'État valide les raisonnements des juges du fond, constatant l'absence d'erreur de droit et s'en remettant à leur appréciation souveraine des faits non entachée de dénaturation :

- sur le premier sujet (CE, 3^e et 8^e ch., 19 avr. 2022, n° 442234 et 442236, Sté Gemar Lumitec, pts 8 à 10), on signalera que : (i) s'agissant de la reconstitution de l'**assiette taxable**, un taux de charges de 10 % du montant des sommes versées « au regard des catégories de charges regardées comme déductibles tant en France qu'à Hong Kong », a pu être considéré comme valablement retenu, alors que la société invoquait un taux de charges de 50 %, applicable dans le cadre du régime des micro-BIC, et quand bien même ce régime n'aurait pas été applicable en regard des sommes en jeu ; (ii) s'agissant du taux d'imposition pratiqué aux fins de reconstitution de l'imposition hongkongaise, la prise en compte d'un taux moyen d'imposition résultant, en fonction de l'assiette reconstituée, de l'application du barème prévu par le système d'imposition personnalisé en vigueur à Hong Kong, a été également validée ; (iii) même en l'absence de la majoration de 25 % de l'assiette de l'impôt dont le dirigeant aurait été redevable en France s'il n'avait pas été adhérent d'une association de gestion agréée, initialement retenue par l'administration pour comparer l'imposition dont il aurait été

redevable dans les deux pays, l'impôt auquel il aurait été soumis à Hong Kong était inférieur de plus de la moitié à ceux dont il aurait été redevable en France, pour chacune des années en litige ;

- sur le second sujet (*CE, 3^e et 8^e ch., 19 avr. 2022, n° 442234 et 442236, Sté Gemar Lumitec, pts 11 et 12*), le Conseil d'État estime que c'est par une appréciation souveraine des faits exempte de dénaturation que les juges d'appel ont considéré que la société n'établissait pas la réalité des prestations facturées (notamment un manque de précision des factures produites, l'absence de toutes pièces attestant de la réalité des contrôles qualité que la société de Taïwan aurait mis en place ou des relations qu'elle aurait établies avec d'autres fournisseurs).

28 - Casuistique (trop ?) complexe. – À la lecture de la décision, et des conclusions de Laurent Cytermann, on ne peut que mesurer la complexité de la mise en œuvre de la méthodologie fixée par le Conseil d'État dans sa première décision du 24 avril 2019 quant à l'identification d'un régime fiscal privilégié en présence d'une situation entrant dans le champ du dernier alinéa de l'article 238 A. On sait, notamment depuis le précédent *CUIF*, que le juge est exigeant envers l'administration quant à la démonstration du caractère privilégié du régime fiscal. **Mais la difficulté de l'exercice est ici renforcée par le fait que cette appréciation s'effectue au niveau du titulaire du compte mouvementé**, en l'espèce une personne physique. Il faut donc identifier la catégorie de revenus pertinente (en l'espèce les BIC) : on mesure ici l'intensité de l'exercice de fiscalité-fiction auquel il y a lieu de se livrer puisque, par hypothèse, le dirigeant de la société étrangère n'a jamais accompli *personnellement* une telle activité. Une fois identifiée la catégorie de revenus adéquate, encore faut-il fixer un niveau de charges acceptable, opération forcément dépourvue du moindre caractère scientifique. On notera sur ce point, qu'à tout le moins, il semble s'évincer d'une lecture *a contrario* de la décision que les taux forfaitaires des régimes micro pourraient être retenus si les seuils étaient respectés. Enfin, s'agissant de la majoration pour non-adhésion à une association de gestion agréée, on notera qu'il ne devrait pas automatiquement en être tenu compte aux fins de comparaison des charges fiscales hypothétiques, alors que comme le souligne le rapporteur public, on ne sait évidemment rien de ce qu'aurait été le comportement du contribuable s'il avait été établi en France.

Force est d'admettre que **cette affaire met en lumière la fragilité intrinsèque du dispositif du dernier alinéa de l'article 238**

A, lorsque, comme c'est ici le cas, il existe une dissociation entre la société prestataire et le titulaire du compte bancaire mouvementé. Et le double exercice de fiscalité-fiction nécessaire à l'identification du régime fiscal privilégié dans cette hypothèse apparaît d'autant plus vain que, dans le deuxième temps de la dialectique de la preuve, il appartient à la société débitrice française de rapporter – fort logiquement compte tenu de l'objectif du texte – la preuve de la réalité des prestations fournies *par la société elle-même*, et non par le titulaire du compte bancaire. Au fond, il n'est pas interdit de considérer que ce texte, issu de la loi de finances pour 1982, est aujourd'hui obsolète, et mériterait une réécriture. Comme l'indiquait François Loloum dans ses conclusions sur la décision du 18 mai 1998 (*CE, 9^e et 8^e ss-sect., 18 mai 1998, n° 157974, min. c/ SA Arthur Loyd : Dr. fisc. 1998, n° 49, comm. 1092, concl. F. Loloum ; RJF 7/1998, n° 790*), à la faveur de laquelle le Conseil d'État avait eu à se prononcer pour la première fois sur les dispositions du dernier alinéa de l'article 238 A du CGI : « *Le risque que présentent pour l'Administration des versements sur des comptes ouverts dans des paradis fiscaux est que ces sommes échappent à l'attention des services fiscaux de l'État où le bénéficiaire a sa résidence fiscale. Par nature, les États à régime fiscal privilégié n'entretiennent pas avec les autres États de relations d'assistance administrative. Dès lors le choix d'effectuer un versement sur un compte ouvert dans un tel paradis fiscal rend, par principe, douteuse la destination finale des sommes* ». Ces précisions sont éclairantes sur l'objet du dernier alinéa de l'article 238 A. Alors que le texte de l'article 238 A vise, de façon générale, à déjouer les schémas conduisant à une érosion de base fiscale française obtenue par des versements à destination de prestataires établis dans des États à fiscalité privilégiée, et passibles de l'impôt dans ces États à raison des règles de territorialité, le dernier alinéa de l'article 238 A n'avait, dans l'esprit du législateur de 1982, vocation qu'à servir de coadjuteur au mécanisme général en présence de versements sur des comptes bancaires établis dans des paradis fiscaux : l'opacité fiscale y régnant pouvant laisser suspecter une absence de déclaration dans l'État de résidence du prestataire, lieu, par hypothèse, de l'exercice de l'activité. Mais depuis cette époque, l'échange d'informations entre États s'est massivement intensifié, et la notion d'ETNC, qui a précisément vocation à couvrir ce type de situation, a fait son entrée dans notre droit. Dès lors, le dernier alinéa de l'article 238 A pourrait voir son champ restreint aux seuls versements de

source française réalisés sur des comptes ouverts auprès d'établissements bancaires établis dans des ETNC, pour le plus grand profit de la simplicité et de la sécurité juridique.

C. - Clause de bénéficiaire effectif et situation triangulaire : applicabilité directe de la convention fiscale avec l'État de résidence du bénéficiaire effectif des revenus de source française

29 - Par une décision *Sté Planet 20 mai 2022* du 20 mai 2022 (*CE, 9^e et 10^e ch., 20 mai 2022, n° 444451, Sté Planet : Dr. fisc. 2022, n° 30, comm. 291, concl. C. Guibé, note Ph. Martin*), publiée aux tables du Lebon, peut-être la plus importante de cette année en fiscalité internationale, le Conseil d'État a apporté de très utiles précisions sur le maniement des clauses de bénéficiaire effectif en présence d'une situation triangulaire.

30 - Dans cette affaire, une société de droit français, la SARL Planet, exerçant une activité de distribution de programmes sportifs à destination de clubs de fitness, a fait l'objet de rappels de retenue à la source à raison de sommes versées au titre des exercices clos de 2011 à 2014, à une société belge et à une société maltaise, respectivement dénommées Les Mills Belgium SPRL et Les Mills Euromed Ltd. Les sommes litigieuses constituaient la contrepartie de la sous-distribution de programmes collectifs de fitness élaborés par la société Les Mills International Ltd, établie en Nouvelle-Zélande, et étaient proportionnelles (25 % ou 30 %) aux redevances versées par les clubs licenciés. L'administration a considéré que les sommes en question devaient recevoir la qualification de « redevances » au sens du b du I de l'article 182 B du CGI (considérant qu'il s'agissait de produits tirés de la propriété industrielle ou commerciale et de droits assimilés), et en conséquence être assujetties à une retenue à la source en France sur la base de ces dispositions. Elle a ainsi procédé à des retenues à la source sur les sommes de source française, en appliquant spontanément et directement – c'est le point de départ original de cette affaire – le taux réduit de 10 % prévu par la convention fiscale du 30 novembre 1979 entre la France et la Nouvelle-Zélande, à son article 12. En effet, l'administration a estimé, en se fondant sur les stipulations du contrat d'agence conclu le 2 décembre 1998 entre la société française et la société Les Mills International Ltd, que celle-ci devait être considérée comme la bénéficiaire réelle des sommes en question. La société, de son

côté, combattait le principe de taxation en France, en rejetant la qualification de redevances au profit de celle de prestation de services, qui supprimait tout pouvoir taxateur à la France en l'absence d'établissement stable en France des sociétés belge et maltaise récipiendaires des sommes.

31 - Alors que le tribunal administratif de Marseille avait retenu la qualification de prestation de services (TA Marseille, 18 mai 2018, n° 1605447, 1605448 et 1705980), la cour administrative de Marseille, renversant la solution des juges de première instance, a validé la position de l'administration, estimant notamment que si les contrats prévoient que la SARL Planet a la qualité de sous-distributeur disposant du droit exclusif de facturer les clubs utilisant les programmes et ressources Les Mills, « ils indiquent également qu'elle peut utiliser ces ressources pour démonstration ou formation et utiliser le logiciel et les ressources du logiciel fourni pour administrer les clubs affiliés », pour en conclure : « Contrairement à ce que soutient la SARL Planet, ces stipulations ont également pour objet de lui transférer, pour son usage, un savoir-faire ou des informations qui demeurent la propriété de la société Les Mills. Il s'ensuit que les rémunérations qu'elle a versées, en contrepartie de cet usage, constituent des redevances au sens de l'article 12 de la convention fiscale du 30 novembre 1979 entre la France et la Nouvelle-Zélande » (CAA Marseille, 15 juill. 2020, n° 18MA04302, pt 6).

32 - La société Planet se pourvoit donc en cassation devant le Conseil d'État, en invoquant la contradiction de motifs et l'erreur de droit. Elle reproche aux juges d'appel d'avoir méconnu le champ d'application des conventions fiscales en qualifiant les sommes litigieuses au regard de la seule convention franco-néo-zélandaise, alors que la prise en compte des contrats conclus en 2011 et 2012 aurait dû conduire la cour à constater que la société néo-zélandaise n'était pas le bénéficiaire effectif des versements et à faire application des conventions fiscales avec la Belgique et Malte.

Cette affaire fournit donc l'occasion au Conseil d'État de se prononcer, pour la première fois, sur la question de l'applicabilité directe des dispositions de la convention fiscale liant la France, État du débiteur des revenus passifs, à l'État de résidence du bénéficiaire effectif, en présence d'une situation triangulaire où le récipiendaire des revenus est situé dans un États tiers.

33 - Le Conseil d'État, dans sa décision du 20 mai 2022, va casser l'arrêt des juges d'appel, mais sur un autre terrain que celui

choisi par la société : non pas parce que, par principe, la convention avec la Nouvelle-Zélande aurait dû être écartée, mais parce que la cour a omis de rechercher si la société néo-zélandaise pouvait être regardée comme le bénéficiaire effectif des sommes en cause, selon les termes suivants : « En se bornant, pour juger que cette convention était applicable au litige, à relever que l'administration fiscale soutenait que la société néo-zélandaise Les Mills International Ltd devait, en application d'un contrat d'agence signé le 2 décembre 1998 entre cette société et la société Planet, être regardée comme la bénéficiaire effective des sommes en litige versées par la société française et aux sociétés belge et maltaise, sans se prononcer elle-même sur sa qualité de bénéficiaire effectif desdites sommes pour les quatre années en litige, la cour a commis une erreur de droit » (CE, 9^e et 10^e ch., 20 mai 2022, n° 444451, Sté Planet, pt 4).

Mais auparavant, la Haute Assemblée, après avoir rappelé au point 2 de son arrêt le considérant de principe issu de la décision *Scheider Electric* (CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, min. c/ Sté Schneider Electric : *JurisData* n° 2002-080182 ; *Lebon*, p. 233 ; *Dr. fisc.* 2002, n° 36, comm. 657 ; *Dr. fisc.* 2002, n° 36, étude 18, P. Dibout ; *RJF* 10/2002, n° 1080, chron. L. Olléon, p. 755 ; *BDCF* 10/2002, n° 120, concl. S. Austry), aura posé le principe de l'applicabilité directe de la convention fiscale conclue avec l'État de résidence du bénéficiaire effectif des revenus de source française, sur la base d'une lecture téléologique de la convention fiscale, dans les termes suivants : « Eu égard à leur objet, et telles qu'elles sont éclairées par les commentaires formulés par le comité fiscal de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) sur l'article 12 de la convention modèle établie par cette organisation publiés le 11 avril 1977, et ainsi d'ailleurs qu'il résulte des mêmes commentaires publiés respectivement les 23 octobre 1997, 28 janvier 2003 et 15 juillet 2014 et en dernier lieu le 21 novembre 2017, les stipulations du 2 de l'article 12 de la convention fiscale franco-néo-zélandaise sont applicables aux redevances de source française dont le bénéficiaire effectif réside en Nouvelle-Zélande, quand bien même elles auraient été versées à un intermédiaire établi dans un État tiers » (CE, 9^e et 10^e ch., 20 mai 2022, n° 444451, Sté Planet, pt 3).

34 - Solution inédite. – Cette décision du 20 mai 2022 est la bienvenue car elle fournit le mode d'emploi de la clause de bénéficiaire effectif en présence d'une situation triangulaire, qui curieusement, faisait défaut jusque-là.

Il est vrai que le Conseil d'État n'avait pas eu auparavant l'occasion de se prononcer sur le sujet, compte tenu de la manière dont les contentieux mettant en jeu la clause de bénéficiaire effectif s'étaient présentés à lui. Ainsi, dans la décision *Diebold Courtage* du 13 octobre 1999 (CE, 8^e et 9^e ss-sect., 13 oct. 1999, n° 191191, min. c/ *Diebold Courtage* : *JurisData* n° 1999-051277 ; *Lebon*, p. 307 ; *Dr. fisc.* 1999, n° 52, comm. 948, concl. G. Bachelier, note C. Acard ; *RJF* 12/1999, n° 1492, chron. E. Mignon, p. 931 ; *BJS janv.* 2000, n° 10, p. 54, note Ph. Derouin ; *Rev. adm.* 2000, p. 264, n° 315, obs. O. Fouquet) concernant les redevances de source française versées à une société en commandite néerlandaise ayant la double caractéristique d'être fiscalement transparente et dépourvue de personnalité morale, détenue par deux associés résidents des Pays-Bas, et reversées pour une fraction importante à une société suisse, le Conseil d'État n'avait pas jugé que l'administration apportait la preuve, malgré l'importance des sommes reversées, que la société suisse devait en être considérée comme le bénéficiaire effectif, si bien que la question de l'applicabilité de la convention franco-suisse n'avait pas été abordée. Dans l'affaire *EuroTrade Juice* du 23 novembre 2016 (CE, 8^e et 3^e ch., 23 nov. 2016, n° 383838, SAS Eurotrade Juice : *JurisData* n° 2016-025434 ; *Dr. fisc.* 2017, n° 3, comm. 66, concl. B. Bohnert, note F. Le Mentec ; *RJF* 2/2017, n° 130), concernant des dividendes de source française versés, par l'intermédiaire d'une société du Luxembourg, à un bénéficiaire effectif résident de l'Uruguay, la question ne s'était pas davantage posée, faute d'une convention fiscale entre la France et l'Uruguay. Dans l'affaire *Bank of Scotland* du 29 décembre 2006 (CE, 3^e et 8^e ss-sect. 29 déc. 2006, n° 283314, min. c/ Sté Bank of Scotland : *JurisData* n° 2006-081065 ; *Dr. fisc.* 2007, n° 4, comm. 87, concl. F. Séners, note O. Fouquet ; *RJF* 3/2007, n° 322, chron. Y. Bénard, p. 319), qui mettait en jeu un remboursement d'excédent de retenue à la source et une restitution d'avoir fiscal attachés à des dividendes de source française versés à une banque écossaise à laquelle la société américaine détentrice des titres – considérée comme le bénéficiaire effectif des dividendes – en avait temporairement cédé l'usufruit, le Conseil d'État n'avait été mis en mesure de se prononcer sur l'applicabilité du traité fiscal franco-américain, en raison de l'absence de mandat dont aurait pu se prévaloir la banque écossaise pour réclamer le remboursement au nom de la société américaine, comme le rappelle Céline Guibé dans ses conclusions sur la décision ici chroniquée, se référant à la chronique de Yohann Bénard sur cette décision. Enfin, dans l'affaire *Performing Right*

Society (PRS) du 5 février 2021 (CE, 10^e et 9^e ch., 5 févr. 2021, n° 430594 et 432845, min. c/ *Sté Performing Right Society* (PRS) Ltd : Dr. fisc. 2021, n° 17, comm. 226, concl. L. Domingo, note J.-L. Pierre ; Dr. fisc. 2021, act. 185, M. Vail et B. Lhermet), chroniquée l'année dernière (V. sur ce point, E. Dinh, *Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2021* : Dr. fisc., 2022, n° 12, chron. 159, spéc. n° 32 et s.), concernant des redevances de source française versées à un organisme britannique équivalent de la SACEM, dont la qualité de bénéficiaire effectif avait été niée, le Conseil d'État n'avait pas davantage eu l'opportunité de trancher la question de l'applicabilité des conventions conclues par la France avec les États de résidence des artistes non britanniques (l'administration ayant consenti à l'annulation de la retenue à la source sur la base de la convention franco-britannique à hauteur des seules redevances ayant effectivement bénéficié aux membres résidents fiscaux du Royaume-Uni). Le silence de cette décision sur ce point est sans doute lié, comme le présume Céline Guibé dans ses conclusions, au défaut, dans le dossier, de toute référence à l'identité et à la résidence des quelques 160 000 auteurs bénéficiaires effectifs des sommes, ainsi qu'à l'absence de mandat dont celle-ci aurait pu se prévaloir pour contester en leur nom l'application de la retenue à la source de droit interne.

Cette affaire *Sté Planet* se présente donc à front renversé par rapport aux précédentes, l'administration fiscale ayant en l'espèce d'office appliqué la convention fiscale avec l'État de résidence de la société considérée comme le bénéficiaire effectif des redevances de source française, soit la société néo-zélandaise, faisant litière de la réception des paiements par les sociétés belge et maltaise. Après que le débat fut porté sur la qualification des sommes litigieuses devant les juges du fond, il est recentré devant le juge de cassation sur la notion même de bénéficiaire effectif, pour donner lieu à une décision riche d'enseignements à plusieurs égards.

35 - Valeur persuasive des commentaires OCDE postérieurs. – D'emblée, on constatera que l'interprétation du traité fiscal est confortée par la prise en compte des commentaires de l'OCDE. S'agissant d'interpréter un texte de 1979, la Haute Assemblée s'appuie, logiquement, sur la version des commentaires existant en 1977. Mais elle invoque aussi les différentes versions des commentaires publiées subséquentement à la conclusion de la convention fiscale, confirmant ainsi le principe de leur valeur persuasive, attestée par l'usage de l'adverbe de liaison « *d'ailleurs* », conformé-

ment à la logique issue du précédent *Conversant* (CE, plén. fisc., 11 déc. 2020, n° 420174, min. c/ *Conversant International Ltd* : Dr. fisc. 2021, n° 4, comm. 117, concl. L. Cytermann, note F. Deboissy et G. Wicker ; Dr. fisc. 2021, n° 4, étude 116, A. Maitrot de la Motte ; Dr. fisc. 2021, n° 1-2, act. 1, B. Gouthière ; Dr. fisc. 2021, n° 1-2, act. 2, Y. Sérandour ; Dr. fisc. 2021, n° 30-35, étude 324, F. Locatelli ; RJF 2/2021, n° 196).

36 - Interprétation téléologique de la convention. – Surtout, comme on l'a signalé plus haut, on admettra que le Conseil d'État, qui déploie ici une **méthode d'interprétation fondée sur l'objet de la convention fiscale, s'écarte frontalement de sa lettre** ; fait suffisamment rare pour être souligné dans la jurisprudence la plus récente. Dans la période récente, on se rappelle en effet que le Conseil d'État, saisi de la question de l'utilisation par des sociétés françaises déficitaires de crédits d'impôt correspondant à des impôts prélevés à la source sur des revenus passifs de source étrangère, a opté pour une lecture strictement littérale des dispositions conventionnelles, en s'abritant derrière la théorie de l'acte clair, dans un cas pourtant évident de contrariété à l'objet des traités fiscaux (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 12 mars 2014, n° 362528, *Sté Céline* : Lebon, p. 155 ; Dr. fisc. 2014, n° 22, comm. 356, concl. F. Aladjdi, note Ph. Durand ; Dr. fisc. 2014, n° 19, act. 275, obs. E. Meier et M. Valetteau ; RJF 6/2014, n° 602. – V. E. Dinh, *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2014* : Dr. fisc. 2015, n° 9, étude 172, spéc. n° 5). Ici, la Haute Assemblée choisit d'accorder la préséance à l'objet des conventions fiscales, défini dans les termes suivants par Céline Guibé : « **L'arsenal conventionnel vise, avant tout, à éliminer les doubles impositions : s'il est conforme à cet objectif d'exclure les simples intermédiaires des avantages conventionnels, il l'est tout autant de permettre aux "vrais" bénéficiaires de s'en prévaloir, quelles que soient les modalités de perception des revenus** ». **Mais pour parvenir à ce résultat, il lui faut, tout de même, dévitaliser les termes mêmes du texte de l'article 12 du traité franco-néo-zélandais** (selon lesquels « 1. Les redevances provenant d'un État et payées à un résident de l'autre État sont imposables dans cet autre État. 2. Toutefois, ces redevances sont aussi imposables dans l'État d'où elles proviennent et selon la législation de cet État, mais si la personne qui reçoit les redevances en est le bénéficiaire effectif l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 p. cent du montant brut des redevances ») car, par principe, l'application de la convention franco-néo-zélandaise supposerait à tout le moins la reconnaissance, dans un premier temps du raisonnement, du fait que les

redevances sont payées à un résident de Nouvelle-Zélande. Dans le même sens, et du point de vue de la syntaxe, le 2 de l'article 12 fait référence à « ces redevances », c'est-à-dire celles-là mêmes qui sont mentionnées au 1 du même article, à savoir celles qui sont « payées » au résident de l'autre État contractant. Dit autrement, une application littérale du texte s'opposait à une conception autonomiste du 2 de l'article 12 par rapport au 1. Il s'ensuit que le fait que les redevances soient versées à une société belge ou maltaise rendait, en principe, formellement impossible l'application de la convention signée par la France avec la Nouvelle-Zélande. À cet égard, on se rappelle que, dans sa décision *Faraday* du 5 juin 2020 (CE, 9^e et 10^e ch., 5 juin. 2020, n° 425789, min. c/ *Sté Faraday* et 425962, *Sté Faraday* : *JurisData* n° 2020-007560 : Dr. fisc. 2020, n° 43, comm. 416, concl. É. Bokdam-Tognetti ; FR 30/2020, inf. n° 6 ; RJF 8-9/2020, n° 671), que nous avons commentée dans la chronique de l'année 2020 (V. E. Dinh, *Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2020* : Dr. fisc., 2021, n° 10, chron. 167, spéc. n° 33 et s.), le Conseil d'État avait au contraire défendu une lecture stricte de la notion de « *sommes payées à* » contenue dans les dispositions de l'article 238 A du CGI, interdisant une approche « *look-through* » en présence d'une situation triangulaire, dans les termes suivants : « Ces dispositions sont applicables aux sommes payées ou dues à des personnes domiciliées ou établies dans un État étranger ou un territoire situé hors de France et qui y sont soumises à un régime fiscal privilégié, sans qu'il y ait lieu de rechercher, lorsque ces conditions sont remplies, si ces personnes les reversent ensuite à des tiers ». La Haute Assemblée consent donc ici à une lecture constructive du texte de la convention, fondée, si l'on se réfère à la lecture des conclusions de la rapporteure publique, sur la différence d'objet entre le texte conventionnel et le texte de droit interne codifié à l'article 238 A, décrit, à juste titre, comme « un pur dispositif anti-abus, permettant d'appréhender les sommes transitant par les paradis fiscaux, sans égard pour l'identité de leurs bénéficiaires en dernier ressort » (concl. C. Guibé ss CE, 9^e et 10^e ch., 20 mai 2022, n° 444451, *Sté Planet* : Dr. fisc. 2022, n° 30, comm. 291, note Ph. Martin).

37 - Effort d'interprétation. – Quant au recours aux commentaires de l'OCDE, postérieurs à la signature de la convention, force est d'admettre que le Conseil d'État s'appuie sur une **conception particulièrement volontariste de leur valeur persuasive**. Céline Guibé souligne dans ses conclusions que les commentaires plaident en faveur

d'une applicabilité directe de la convention conclue avec l'État de la résidence du bénéficiaire effectif en présence d'une situation triangulaire, depuis le modèle de 1977, et que leur version actuelle dispose que c'est justement pour préciser ce point, qui a constitué la position constante des États membres, que le texte de la convention modèle a été modifié en 1997. Cette affirmation appelle quelques remarques.

De fait, dans leur version actuelle (21 novembre 2017), il est expressément précisé : « *Sous réserve d'autres conditions imposées par l'article et les autres dispositions de la Convention, l'exemption de l'impôt dans l'État de la source reste disponible lorsqu'un intermédiaire tel qu'un agent ou autre mandataire situé dans un État contractant ou dans un État tiers est interposé entre le bénéficiaire et le payeur, mais que le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre État contractant (le texte du Modèle de Convention a été modifié en 1997 pour préciser ce point qui a constitué la position constante des États membres)* » (Commentaires du Comité des affaires fiscales de l'OCDE sur l'article 12, 21 nov. 2017, § 4.6 – passage souligné par nous); ce commentaire se rapportant à l'actuel article 12 du Modèle OCDE, rédigé de la manière suivante : « *Les redevances provenant d'un État contractant et dont le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre État contractant ne sont imposables que dans cet autre État* ». Au contraire, les commentaires sur le modèle OCDE de 1977 (dont l'article 12 évoquait à l'époque les redevances « *payées à un résident de l'autre État* »), antérieurs à la convention franco-néo-zélandaise, ne faisaient pas explicitement référence à une situation triangulaire, se contentant de préciser qu'« *En vertu du paragraphe 1, l'exemption d'impôt dans l'État de la source ne s'applique pas lorsqu'un intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire, s'interpose entre le créancier et le débiteur, à moins que le bénéficiaire effectif ne soit un résident de l'autre État contractant. Les États qui souhaiteraient que cela soit formulé de manière plus explicite pourront le faire lors des négociations bilatérales* » (Commentaires du Comité des affaires fiscales de l'OCDE sur l'article 12, 11 avr. 1977, § 4). L'évolution des commentaires et du texte de la convention modèle sur les redevances semble en effet servir la démonstration, même si la « position constante » des États a dû être assortie entre-temps d'une modification même de la lettre de la convention modèle OCDE.

Néanmoins, compte tenu de la **rédaction singulière de l'article sur les redevances de la convention franco-néo-zélandaise**, se distinguant du modèle OCDE tant sur la forme (avec une rédaction organisée autour

de deux alinéas), que sur le fond (la prescription d'une réduction de l'imposition à la source, plutôt qu'une exonération), il apparaît intéressant de raisonner en prenant en compte l'évolution du modèle et des commentaires concernant l'article applicable aux dividendes, d'autant plus que la teneur des commentaires de 2017 concernant la notion de bénéficiaire effectif est identique pour les dividendes et les redevances (ainsi que les intérêts). Force est en effet d'admettre que la clause relative aux redevances de la convention franco-néo-zélandaise est comparable, par sa **structure duale**, à celle relative aux dividendes de 1977, dont le libellé était le suivant : « *1. Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État. 2. Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident et selon la législation de cet État, mais si la personne qui reçoit les dividendes en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder (...)* ».

Et c'est précisément cette structure duale, et l'articulation entre le premier et le deuxième paragraphe qui, au regard de la rédaction applicable à l'époque, interdit techniquement de faire jouer la convention fiscale entre l'État de la source et l'État de résidence du bénéficiaire effectif en présence d'une situation triangulaire. Le comité des affaires fiscales de l'OCDE, réfléchissant à la notion de bénéficiaire effectif, en a bien pris conscience en 2012 : « *The Working Party agreed that the issue raised in these last comments needed to be addressed. A literal interpretation of the words « such dividends » in the preamble of paragraph 2 of Article 10 could lead to the conclusion that these dividends must be dividends that are paid direct to a resident of a Contracting State, which would be problematic where the direct recipient and the beneficial owner of the dividends are residents of two different States. (...) The Working Party decided that, in order to remove any doubt, such clearer wording should be included in the Article itself* » (OCDE, Revised proposals concerning the meaning of beneficial owner in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention, 2012 – passage souligné par nous). C'est ainsi que l'OCDE a pu proposer la nouvelle rédaction de l'article 10 de la convention modèle OCDE, encore en cours aujourd'hui : « *1. Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État. 2. Toutefois, les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contrac-*

la législation de cet État, mais si le bénéficiaire effectif des dividendes est un résident de l'autre État contractant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder (...) ». C'est donc au prix d'une modification par l'OCDE du texte même de la convention qu'a pu être conférée une portée autonome au 2 de l'article 10 par rapport au 1 de ce même article, ce qui illustre l'effort interprétatif massif accompli par le Conseil d'État dans sa décision du 20 mai 2022, qui a posé le principe d'applicabilité directe de la convention fiscale avec l'État de la résidence du bénéficiaire effectif des revenus de source française dans un cadre conventionnel dont on comprend, à la lumière de l'évolution de la clause sur les dividendes, qu'au fond il ne s'y prêtait pas.

38 - Portée de la solution. – On en tirera pour conséquence que ce principe d'applicabilité directe de la convention fiscale avec l'État de la résidence du bénéficiaire effectif en présence d'une situation triangulaire devrait recevoir la **portée la plus large**. S'agissant des redevances, il apparaît assez évident qu'il s'appliquera *a fortiori* aux conventions suivant la nouvelle rédaction. Mais il s'évince de tout ce qui précède que le principe devra s'appliquer de la même manière en présence de dividendes ou d'intérêts, qui sont en général visés par des clauses conventionnelles ayant une structure duale, quelle que soit d'ailleurs, la rédaction de la clause (inspirée de l'ancien modèle ou du nouveau modèle).

En pratique, l'administration devrait donc, par principe, appliquer spontanément la convention conclue avec l'État de résidence du bénéficiaire effectif, sauf à ce qu'elle n'ait pas les éléments permettant de l'identifier précisément, notamment dans une configuration du type *Performing Rights Society* où les bénéficiaires effectifs se comptent en centaines de milliers. Dans cette hypothèse, il appartiendra au contribuable d'apporter les éléments permettant d'identifier les bénéficiaires effectifs. Quant au juge de l'impôt, il lui appartiendra, lorsque le bénéficiaire effectif lui est connu, d'appliquer, le cas échéant, *d'office* – s'agissant de déterminer le champ d'application de la loi –, la convention conclue avec l'État de résidence de ce dernier. Procéduralement, si le litige se noue au niveau du bénéficiaire apparent, il appartiendra à celui-ci de se prévaloir d'un mandat donné par le bénéficiaire effectif aux fins de contester en son nom la retenue à la source qui aura été établie sur la base du droit interne français. Enfin, le caractère très général du principe édicté par le Conseil d'État doit pouvoir conduire à la réversibilité de l'invocation de la qualité de bénéficiaire effectif : on pourrait trouver des situations dans les-

quelles le contribuable lui-même serait à l'initiative, pour remettre en cause l'application des conventions fiscales telle qu'elle découle du circuit des paiements, sous réserve que la preuve soit apportée, par tous moyens, que le bénéficiaire direct des sommes de source française n'en est pas le bénéficiaire effectif.

39 - Interrogations résiduelles. – Cette décision du 20 mai 2022 est favorable aux contribuables, puisqu'elle autorise, après une première phase de rejet de la convention conclue avec l'État de résidence du bénéficiaire apparent, l'application de la convention existant avec l'État de résidence du bénéficiaire effectif, supprimant de fait l'approche consistant à rejeter la situation en dehors de toute appréhension conventionnelle, par hypothèse, la pire pour le contribuable. Personne ne s'en plaindra. **Mais la logique d'oblitération totale du bénéficiaire apparent sur laquelle elle repose s'entrechoque avec le principe d'attribution personnelle du revenu**, dont l'exigence n'est pas satisfaite, en l'espèce, au regard de la convention franco-néo-zélandaise. Et cette remarque vaut, selon nous, également pour les clauses conventionnelles relatives aux dividendes et aux intérêts, y compris dans leur nouvelle version, qui a certes conféré une autonomie au paragraphe 2, mais au détriment de la cohérence entre les exigences d'attribution personnelle du revenu et de bénéficiaire effectif, distribuées entre le paragraphe 1 et le paragraphe 2. Dans cette perspective, la structure moniste de la clause relative aux redevances, dans sa rédaction moderne expurgée de toute référence au paiement (« *Les redevances provenant d'un État contractant et dont le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre État contractant ne sont imposables que dans cet autre État* »), permet d'éviter l'incohérence.

Mais, dans les clauses à structure duale, il n'en demeure pas moins que la dissociation entre les conditions d'attribution personnelle des revenus et de bénéficiaire effectif ne peut qu'avoir un effet perturbateur sur la mécanique conventionnelle. On fera trois commentaires :

- tout d'abord, quelle que soit la lecture faite du 2 de l'article, il n'en demeure pas moins qu'au sens du 1 de cet article, les revenus de source française ne sont pas « payés » au bénéficiaire effectif ;

- ensuite, quelle solution faudra-t-il donner à une situation dans laquelle le passage par le bénéficiaire effectif entraîne une **novation des revenus** ; ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Sté Planet* mettant en jeu une organisation contractuelle de sous-distribution des applications rémunérées

par des sommes dont la qualification de redevances ne variait pas ? Prenons l'hypothèse d'une situation triangulaire mettant en jeu une entité d'un État A, prêtant des fonds à une entité d'un État B, aux fins de financement d'une prise de participation par celle-ci dans une société française. Les dividendes versés par cette dernière correspondent exactement au montant des intérêts versés par la société de l'État B à la société de l'État A. Dans ces conditions, il sera sans doute considéré que la société de l'État A est le bénéficiaire effectif des dividendes de source française, commandant, selon le principe dégagé par la décision *Sté Planet*, l'application de la convention avec l'État A. Pour autant, la société de l'État A ne peut être considérée comme attributaire des *dividendes* en application de la règle d'attribution personnelle des revenus de la convention liant l'État A à la France (sauf application d'un principe de transparence à la société de l'État B, ou mise en œuvre de règles de type CFC dans l'État A à raison des revenus en cause), cette qualité ne pouvant revenir qu'à la société de l'État B ;

enfin, se pose la question de l'éventuelle **application des clauses d'élimination de la double imposition** (*convention modèle, art. 23 A et 23 B*) par la société de l'État A : celles-ci ne peuvent recevoir application que lorsque les résidents « reçoivent » des revenus imposables dans l'État de la source. Or, dans notre exemple, la société de l'État A ne « reçoit » pas des dividendes imposables en France. Bref, la notion de bénéficiaire effectif (dont aucune définition n'existe encore en droit fiscal international français) n'a sans doute pas fini d'alimenter la jurisprudence fiscale.

3. Application des conventions fiscales

A. - Imposition en France des plus-values de cession de titres de société à prépondérance immobilière brésilienne : de l'importance des clauses relatives à l'élimination de la double imposition

40 - Par une décision du 14 avril 2022 (*CE, 8^e et 3^e ch., 14 avr. 2022, n° 455943 : Dr. fisc. 2022, n° 28, comm. 281, concl. R. Victor, note B. Gouthière*), mentionnée aux tables du Lebon, le Conseil d'État s'est prononcé sur le principe d'imposition en France de la plus-value de cession par une personne physique résidente de France de titres d'une société à prépondérance immobilière au Brésil, en donnant toute son importance à la clause d'élimination de la

double imposition, dans un cadre conventionnel où la clause d'attribution du pouvoir taxateur apparaissait lacunaire.

41 - Les faits sont très simples, et mettent en scène deux époux résidents de France au sens des dispositions de l'article 4 B du CGI. En 2008, l'épouse a cédé à une société de droit américain (Brazil Ethanol Inc.) l'intégralité des titres qu'elle détenait en propre dans une société anonyme de droit brésilien (la SA Leao Irmaos Açucar e Alcool), dont l'actif était principalement constitué de biens immobiliers sis au Brésil, 40 % du prix ayant été payé comptant, le solde devant être versé en quatorze annuités, de 2009 à 2022. Les époux ont considéré que la plus-value de cession dégagée devait, sur la base des dispositions de la convention franco-brésilienne du 10 septembre 1971, faire l'objet d'une taxation exclusive au Brésil, et par conséquent échapper à l'impôt sur le revenu et aux contributions sociales en France. À l'issue d'un contrôle sur pièces, l'administration a toutefois considéré que la plus-value de cession de titres, taxable dans la catégorie des plus-values mobilières, sur le fondement de l'article 150-0 A du CGI, relevait de la juridiction fiscale française, sans qu'y fasse obstacle la convention franco-brésilienne, celle-ci exigeant seulement de la France l'imputation d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt perçu au Brésil, aux fins d'élimination de la double imposition. L'administration a donc soumis le gain réalisé à l'impôt sur le revenu au taux proportionnel de 18 % et aux contributions sociales au taux de 12,1 %.

Le différend entre les contribuables et l'administration portait sur l'interprétation des dispositions du paragraphe 1 de l'article 13 du traité fiscal franco-brésilien, aux termes duquel le droit d'imposer « *les gains provenant de l'aliénation de biens immobiliers (...) ou de parts et droits analogues dans une société dont l'actif est composé principalement de biens immobiliers* » est attribué à l'État de la situation des biens, étant précisé que le paragraphe 2 prévoit : « *Les gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers faisant partie de l'actif d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant (...) sont imposables dans cet autre État. Toutefois, les gains provenant de l'aliénation de navires ou d'aéronefs exploités en trafic international et de biens mobiliers affectés à l'exploitation desdits navires ou aéronefs ne sont imposables que dans l'État contractant où le siège de la direction effective de l'entreprise est situé* », tandis que le paragraphe 3 dispose : « *Les gains provenant de l'aliénation de tous biens ou droits autres que ceux*

mentionnés aux paragraphes 1 et 2 sont imposables dans les deux États contractants ».

42 - Dans une première décision du 12 mars 2020, la cour administrative d'appel de Lyon a prononcé la décharge des impositions en jugeant que les dispositions précitées excluaient l'imposition par la France d'un gain de cession de parts d'une société à prépondérance immobilière brésilienne (CAA Lyon, 5^e ch., 12 mars 2020, n° 18LY01137).

Le Conseil d'État, par une décision du 11 décembre 2020, a annulé l'arrêt de la cour de Lyon pour erreur de droit (CE, 8^e et 3^e ch., 11 déc. 2020, n° 440307 : Lebon T, p. 669 et 718 ; Dr. fisc. 2021, n° 27, comm. 310, concl. K. Ciavaldini), en jugeant : « Il résulte de la définition du résident d'un État contractant donnée par les stipulations précitées de son article 4, du fait que son article 13 distingue une hypothèse d'imposition dans un État contractant de l'hypothèse où des gains ne sont imposables "que" dans un État contractant et, enfin, des conditions dans lesquelles son article 22, qui renvoie notamment à l'article 13, prévoit qu'est évitée la double imposition, qu'en prévoyant que les gains provenant de l'aliénation de parts ou de droits analogues dans une société dont l'actif est composé principalement de biens immobiliers sont imposables dans l'État où ces biens sont situés, les stipulations précitées du 1 de l'article 13 n'ont ni pour objet, ni pour effet d'exclure toute possibilité, pour l'État dont le contribuable est résident, d'imposer également ces gains » (CE, 8^e et 3^e ch., 11 déc. 2020, n° 440307, pt 4), et renvoyé l'affaire à la cour administrative d'appel de Lyon.

Cette dernière a toutefois, dans sa décision sur renvoi du 6 juillet 2021, persévéré, en se plaçant cette fois sur le terrain de l'interprétation administrative du traité franco-brésilien (CAA Lyon, 2^e ch., 6 juill. 2021, n° 20LY03628). De fait, la contribuable se prévalait de la garantie contre les changements de doctrine de l'administration du second alinéa de l'article L. 80 A du LPF, en invoquant les commentaires administratifs sur l'article 13 de la convention (consignés dans l'instruction fiscale 14 B-17-72 du 8 décembre 1972, reprise au paragraphe 490 de la doctrine administrative référencée BOI-INT-CVB-BRA du 12 août 2015), ainsi libellés : « Le droit d'imposer les gains provenant de l'aliénation de biens immobiliers ou de parts et droits analogues dans une société dont l'actif est composé principalement de biens immobiliers est attribué à l'État de la situation des biens (art. 13, paragraphe 1). / L'imposition des gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers dépendant de l'actif d'un établisse-

ment stable est réservée à l'État où se trouve situé cet établissement stable et celle provenant de gains afférents à la vente de navires ou aéronefs exploités en trafic international à l'État du siège de la direction effective de l'entreprise (art. 13, paragraphe 2). / Par contre, les gains provenant de la vente de tous autres biens ou droits analogues restent imposables dans les deux États (art. 13, paragraphe 3) ». La cour de Lyon en a déduit que « Cette instruction attribue le droit d'imposer les gains provenant de l'aliénation de biens immobiliers ou de parts et droits analogues dans une société dont l'actif est composé principalement de biens immobiliers au seul État de la situation des biens et précise qu'en revanche, les gains provenant de la vente de tous autres biens ou droits analogues, c'est-à-dire qui ne sont ni des biens immobiliers, ni des biens mobiliers dépendant de l'actif d'un établissement stable, ni des navires ou aéronefs exploités en trafic international, sont imposables dans les deux États » (CAA Lyon, 2^e ch., 6 juill. 2021, n° 20LY03628). Selon la requérante, les commentaires administratifs devaient donc être interprétés comme prescrivant une imposition exclusive au Brésil des gains de cession de titres de société à prépondérance immobilière dans cet État. C'est contre cette décision du 6 juillet 2021 des juges de Lyon que le ministre s'est pourvu en cassation, donnant l'occasion au Conseil d'État de se prononcer pour la seconde fois sur cette affaire.

43 - Dans sa décision du 14 avril 2022, la Haute Assemblée va commencer par casser la décision de la cour administrative d'appel de Lyon, avant de régler l'affaire au fond, sur le fondement du second alinéa de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, s'agissant d'un second pourvoi en cassation.

44 - S'agissant de la lecture proposée par les juges d'appel de la doctrine administrative, la Haute Assemblée censure le raisonnement dans les termes suivants : « Le premier alinéa de ces énonciations se borne à rappeler que la convention reconnaît à l'État où se situent des biens immobiliers un droit d'imposer les gains résultant de leur cession ou de celle de parts d'une société dont ils composent principalement l'actif, sans préciser que l'État de résidence du bénéficiaire des gains se trouve privé du pouvoir d'imposer ses propres résidents à raison des mêmes gains. Le deuxième alinéa mentionne, à l'inverse, pour d'autres gains, un droit d'imposition réservé, c'est-à-dire exclusivement attribué, à l'un des deux États parties, alors que le troisième alinéa indique que certains autres gains sont concurremment imposables dans les deux États parties. / Pour accueillir le moyen tiré de ce que ces énonciations faisaient obstacle à ce

que la France impose le gain en cause, relevant de leur premier alinéa, la cour s'est fondée sur ce que seul leur troisième alinéa mentionnait un droit d'imposition concurrent des deux États parties. Il résulte de ce qui a été dit au point précédent que la cour, en statuant ainsi, a commis une erreur de droit » (CE, 8^e et 3^e ch., 14 avr. 2022, n° 455943, pts 4 et 5).

45 - Régulant l'affaire au fond, le Conseil d'État, après avoir rappelé au point 8 de sa décision le considérant de principe de l'arrêt *Schneider Electric*, commence par envisager la situation sur le terrain du droit interne, dont il ressort que la contribuable « était soumise, en vertu de la loi fiscale française, à l'impôt sur le revenu à raison du gain de source brésilienne en litige, dans la catégorie des gains de cession de valeurs mobilières, droits sociaux et titres assimilés définie aux articles 150-0 A à 150-0 F du Code général des impôts s'agissant du produit de cession de parts d'une société de capitaux à prépondérance immobilière. La plus-value litigieuse était également soumise aux prélèvements sociaux assis sur les revenus du patrimoine » (CE, 8^e et 3^e ch., 14 avr. 2022, n° 455943, pt 10).

Analysant dans un second temps la situation au regard de la convention fiscale, le Conseil d'État commence par préciser le champ d'application matériel de la convention fiscale franco-brésilienne, aux fins de validation de l'inclusion, dans ce traité ancien, des contributions sociales parmi les impôts couverts, dans les termes suivants : « En vertu de l'article 2 de la même convention, celle-ci s'applique, pour la France, notamment, à "l'impôt sur le revenu", ainsi qu'aux "impôts futurs de nature identique ou analogue qui s'ajouteraient aux impôts actuels ou qui les remplaceraient". Les prélèvements sociaux assis sur les revenus soumis, en France, à l'impôt sur le revenu, créés postérieurement à l'entrée en vigueur de la convention, constituent, pour l'application de ces stipulations, des impôts de nature analogue s'ajoutant à cet impôt » (CE, 8^e et 3^e ch., 14 avr. 2022, n° 45594, pt 12). Puis, s'agissant du cœur du litige, le Conseil d'État rappelle non seulement les dispositions de l'article 13 relatif aux gains en capital, mais aussi celles de l'article 22, intitulé « Règles générales d'imposition », prévoyant les modalités d'élimination de la double imposition (« La double imposition est évitée de la façon suivante : / [...] 2. Dans le cas de la France : / [...] c) En ce qui concerne les revenus visés aux articles 10, 11, 12, 13, 14, 16 et 17 qui ont supporté l'impôt brésilien conformément aux dispositions desdits articles, la France accorde aux résidents de France percevant de tels revenus de source brésilienne un crédit d'impôt correspondant à

l'impôt perçu au Brésil et dans la limite de l'impôt français afférent à ces mêmes revenus », pour juger qu'« Il résulte de la définition du résident d'un État contractant donnée par les stipulations précitées de son article 4, du fait que son article 13 distingue une hypothèse d'imposition dans un État contractant de l'hypothèse où des gains ne sont imposables "que" dans un État contractant et, enfin, des conditions dans lesquelles son article 22, qui renvoie notamment à l'article 13, prévoit qu'est évitée la double imposition, qu'en prévoyant que les gains provenant de l'aliénation de parts ou de droits analogues dans une société dont l'actif est composé principalement de biens immobiliers sont imposables dans l'État où ces biens sont situés, les stipulations précitées du 1 de l'article 13 n'ont ni pour objet, ni pour effet d'exclure toute possibilité, pour l'État dont le contribuable est résident, d'imposer également ces gains » (CE, 8^e et 3^e ch., 14 avr. 2022, n° 455943, pt 15), et conclure que la plus-value litigieuse « était au nombre des revenus visés au 1 de l'article 13 de la convention fiscale franco-brésilienne, imposables au Brésil en vertu de ces stipulations, sans que celles-ci ne fassent obstacle à la soumission, en France, de la plus-value à l'impôt sur le revenu et aux prélèvements sociaux, sous réserve de l'attribution d'un crédit d'impôt dont l'appelante a bénéficié » (CE, 8^e et 3^e ch., 14 avr. 2022, n° 455943, pt 16).

46 - De cette décision du 14 avril 2022, on retiendra trois enseignements principaux, en forme de réitération de principes à la fois généraux et propres à l'interprétation des conventions fiscales.

47 - Interprétation interdite de la doctrine administrative. – Tout d'abord, cette décision nous rappelle que la doctrine administrative ne s'interprète pas. La lecture de la doctrine administrative par les juges du fond est contrôlée par le Conseil d'État sous l'angle de l'erreur de droit. Et dans sa décision du 6 juillet 2021, la cour administrative d'appel de Lyon s'est justement « laissé aller à interpréter la doctrine, penchant que la jurisprudence [du Conseil d'État] réproouve », pour reprendre l'expression de Romain Victor dans ses conclusions. Quelle que soit son importance pratique, il y a lieu de rappeler que la doctrine administrative relève du domaine du non-droit ou de l'« infra-droit », en tant qu'elle ne constitue qu'un « pseudo-pouvoir réglementaire » (P. Serlooten, *Droit fiscal des affaires* : Dalloz, 2005, p. 11, n° 13), dépourvu d'autorité. Et en tant qu'elle est dépourvue d'esprit, elle ne se prête pas à interprétation. De ce point de vue, les juges de Lyon ont commis une double erreur (i) en considérant de façon

constructive que la phrase : « *Le droit d'imposer (...) est attribué à l'État de la situation des biens* » signifiait « *Le droit d'imposer (...) est attribué au seul État de la situation des biens* », au lieu de considérer que cette phrase ne signifiait pas autre chose que « *le gain est imposable dans l'État de la situation des biens* », renvoyant à une simple attribution objective du pouvoir taxateur audit État sans exclusion du pouvoir taxateur de l'autre État, et (ii) en pensant que l'expression « *Par contre* », figurant au début de l'alinéa 3 des commentaires litigieux, et prescrivant le principe d'une imposition conjointe dans les deux États, invitait à une opposition par rapport aux prescriptions du premier alinéa, alors qu'elle devait être lue comme une opposition aux dispositions du deuxième alinéa, prévoyant justement un droit d'imposition exclusif dans un État ou dans l'autre, même si, sur ce point, l'on admettra, avec Romain Victor, que la rédaction n'est pas la plus claire. En tout état de cause, l'arrêt rappelle l'exigence d'application littérale de la doctrine administrative.

48 - Impôts couverts par la convention. – Ensuite, la décision est éclairante sur le champ d'application des conventions fiscales, en tant qu'elle vient préciser les impôts couverts s'agissant d'impôts **introduits postérieurement** à leur conclusion. Dans sa première décision sur cette affaire du 11 décembre 2020, le Conseil d'État avait simplement jugé que les dispositions de la convention franco-brésilienne n'avaient ni pour objet, ni pour effet d'exclure toute possibilité, pour l'État dont le contribuable est résident, d'imposer également les gains issus de la cession de titres de société à prépondérance immobilière dans l'autre État. Toutefois, la Haute Assemblée n'avait pas abordé la question de savoir si, au-delà de la question de l'attribution à la France du pouvoir d'imposer les gains litigieux, la contribuable cédante pouvait se prévaloir des dispositions de la convention s'agissant des prélèvements sociaux, introduits en droit français après 1971, date de signature du traité. Ce dernier fixe en effet, en son article 2, les « *impôts visés* ». Au a) du 1 de cet article, il est précisé que les impôts actuels auxquels s'applique la convention, pour la France, sont : « *l'impôt sur le revenu ; l'impôt sur les sociétés, y compris toute retenue à la source, tout précompte ou tout versement anticipé afférents aux impôts visés ci-dessus, (ci-après dénommés "impôt français")* », tandis qu'au 2 de cet article, il est stipulé que « *La Convention s'appliquera aussi aux impôts futurs de nature identique ou analogue qui s'ajouteraient aux impôts actuels ou qui les remplaceraient* ». Il s'agissait donc pour le Conseil d'État, comme l'y a

invité son rapporteur public, de vérifier que les prélèvements sociaux répondent à cette définition, et en particulier s'ils sont d'une nature analogue à l'impôt sur le revenu auquel ils s'ajoutent. La Haute Assemblée a déjà eu l'occasion de se pencher sur cette question, notamment dans un précédent Aaron du 20 novembre 2013 (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 20 nov. 2013, n° 361167, min. c/ Aaron : *JurisData* n° 2013-027147 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 3, *comm.* 81, *concl.* F. Aladjidi, *note* A. Maitrot de la Motte ; *RJF* 2014, n° 149), commenté dans notre chronique de l'année 2013 (V. E. Dinh, *Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2013 : Dr. fisc.*, 2014, n° 10, *chron.* 197, *spéc.* n° 25 et s.), mettant en jeu la convention franco-suisse du 9 septembre 1966 modifiée. Toutefois, les dispositions de la convention fiscale franco-suisse étaient plus détaillées s'agissant de la liste des impôts couverts. En effet, le paragraphe 2 de son article 2 prévoyait que « *Sont considérés comme impôts sur le revenu et sur la fortune les impôts ordinaires et extraordinaires perçus sur le revenu total, sur la fortune totale, ou sur les éléments de revenu ou de la fortune, y compris les impôts sur les gains provenant de l'aliénation de biens mobiliers ou immobiliers, ainsi que les impôts sur les plus-values* », tandis que le paragraphe 3 du même article, dans sa rédaction issue de l'avenant du 22 juillet 1997, ne donnait qu'une liste indicative des impôts visés : « *Les impôts actuels auxquels s'applique la convention sont : (...) A. En France, les impôts visés au paragraphe 2, et notamment (...)* », et n'excluait donc pas les prélèvements sociaux. Sur cette base, le Conseil d'État avait jugé que la CSG et la CRDS étaient des « *impôts actuels* » couverts par la convention, alors même qu'ils n'étaient pas expressément mentionnés par celle-ci. La convention franco-brésilienne, au contraire, se contente d'une mention « *sèche* » de l'impôt sur le revenu et de l'impôt sur les sociétés parmi les impôts couverts du côté français, sans préciser qu'un impôt sur le revenu peut être perçu sur le revenu total ou sur des éléments de revenu. La question était donc posée de savoir, si dans ce contexte conventionnel particulier, les contributions sociales, frappant des *éléments de revenu* (à un taux forfaitaire), pouvaient revêtir une nature analogue à celle de l'impôt sur le revenu frappant un *revenu global* (de façon progressive). La distinction toutefois, est relativisée par Romain Victor dans ses conclusions, qui seront suivies par le Conseil d'État : non seulement l'impôt sur le revenu n'est pas aussi global qu'il y paraît (*encore faut-il qu'un texte en effet prévoie expressément l'imposition d'un élément de revenu donné, contrairement à la vocation*

globalisante de l'impôt sur les sociétés, fondée sur CGI, art. 38, 2), mais encore les contributions sociales viennent-elles, prises ensemble, frapper des revenus qui en réalité recoupent largement les différentes catégories cédulaires de l'impôt sur le revenu. **Il s'ensuit donc que les contributions sociales sont couvertes** par la convention franco-brésilienne, et donc par toutes les conventions se caractérisant par un caractère aussi lacunaire.

49 - Importance des clauses d'élimination de la double imposition. – Enfin, et c'est l'enseignement principal de cette décision, **la lecture d'une convention fiscale doit reposer sur une approche holistique**, où les clauses relatives à l'élimination de la double imposition ont toute leur importance, en tant qu'elles peuvent contribuer à fonder le droit d'imposer de l'État de la résidence, en présence d'une clause d'attribution du pouvoir taxateur pouvant s'avérer lacunaire. Et, en l'espèce, force est d'admettre que l'article 13 était muet sur le régime fiscal applicable dans l'État de la résidence. Si bien que le principe de taxation dans l'État de la résidence (même en l'absence de la locution restrictive « *ne... que* ») aurait été puissamment affaibli sans le coadjuvateur du recours à l'article 22 du traité relatif à l'élimination de la double imposition : en prévoyant, dans le cas de la France, la manière dont est éliminée la double imposition en ce qui concerne les revenus visés à l'article 13 (par définition dans toutes ses dispositions), cet article est en réalité le siège incontestable de l'attribution conventionnelle du pouvoir taxateur à la France des gains de cession de titres de sociétés à prépondérance immobilière au Brésil, puisqu'il en ressort, nonobstant une rédaction sans doute imparfaite, que l'intention des auteurs de la convention n'était pas d'exonérer les gains en France. Cette décision, en tout cas, est un modèle en matière de méthodologie de lecture des conventions fiscales, à mettre entre toutes les mains de ceux qui s'intéressent à la fiscalité internationale : comme l'a dit Bruno Gouthière, elle montre que « *le traitement d'un cas particulier exige l'analyse de l'ensemble des stipulations conventionnelles et qu'il ne faut pas se contenter de regarder la règle posée par l'article pertinent de la convention. Il faut toujours combiner les règles d'attribution des droits d'imposer avec l'article fondamental de la convention qui indique comment les doubles impositions doivent être éliminées* » (B. Gouthière, *Convention franco-brésilienne : la France a le droit d'imposer les plus-values immobilières imposables au Brésil même si la convention ne le précise pas explicitement*, note ss CE, 8^e et

3^e ch., 14 avr. 2022, n° 455943 : Dr. fisc. 2022, n° 28, comm. 281, spéc. n° 11).

B. - Imposabilité en France des crédits d'impôt forfaitaires sur le fondement de la convention franco-chinoise : la redéfinition de la subsidiarité des conventions fiscales

50 - Par une décision *min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch* du 31 mai 2022 (CE, 8^e et 3^e ch., 31 mai 2022, n° 461519, *min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch* : Dr. fisc., 2022, n° 29, comm. 285, concl. R. Victor, note S. Austray, B. Foucher et M. Lenègre), le Conseil d'État est venu préciser que les crédits d'impôt fictifs prévus par l'ancienne convention fiscale franco-chinoise étaient imposables en France, sur la base des dispositions conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition, au prix d'une redéfinition du principe de subsidiarité des conventions.

51 - Les faits sont les suivants. La société de droit français HSBC France, membre du groupe d'intégration fiscale mené par la succursale française de la société anglaise HSBC Bank PLC Paris Branch, a perçu, au titre des années 2013 et 2014, des intérêts rémunérant des prêts accordés à des sociétés chinoises. La convention fiscale franco-chinoise du 30 mai 1984, applicable à l'époque des faits, prévoyait un crédit d'impôt forfaitaire de 10 % au titre des intérêts en provenance de Chine. Cette pratique conventionnelle, qui tend à tomber en désuétude (la clause a d'ailleurs été supprimée du traité franco-chinois de 2013), visait à favoriser l'investissement par des entreprises françaises dans les États de source concernés, en leur permettant de réduire leur impôt en France par voie d'imputation d'un crédit calculé au taux forfaitairement fixé par la convention, alors même que les revenus avaient fait l'objet d'un prélèvement à la source à un taux inférieur, voire avaient été exonérés de tout prélèvement (ce qui était le cas des intérêts litigieux en provenance de Chine).

De façon plus précise, la convention fiscale franco-chinoise prévoyait, en son article 10, le principe, classiquement appliqué en matière de taxation des revenus passifs, de l'imposition conjointe des intérêts entre l'État de la résidence et l'État de la source, avec une limitation de l'impôt dans ce dernier État, dans les termes suivants : « 1. Les intérêts provenant d'un État contractant et payés à un résident de l'autre contractant sont imposables dans cet autre État. 2. Toutefois, ces intérêts sont aussi imposables dans l'autre État contractant d'où ils pro-

viennent et selon la législation de cet État, mais si la personne qui reçoit les intérêts en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 % du montant brut des intérêts ».

Les dispositions du 2 de l'article 22, quant à elles, réglaient la double imposition créée par l'exercice conjoint de leur pouvoir taxateur par les deux États dans les termes suivants : « *En ce qui concerne la République française : (...) b) Les revenus visés aux articles 9, 10, 11, 12, 15 et 16 provenant de Chine sont imposables en France, conformément aux dispositions de ces articles, pour leur montant brut. Il est accordé aux résidents de France un crédit d'impôt français correspondant au montant de l'impôt chinois perçu sur ces revenus mais qui ne peut excéder le montant de l'impôt français afférent à ces revenus ; c) Aux fins de l'alinéa b en ce qui concerne les éléments de revenu visés aux articles 9, 10 et 11, le montant de l'impôt chinois perçu est considéré comme étant égal à (...) 10 % sur les intérêts (...), du montant brut de ces éléments de revenu (...)* ».

52 - Dans un premier temps, au moment de la liquidation de l'impôt sur les sociétés du groupe fiscal, les crédits d'impôt ont été imputés à hauteur des deux-tiers d'un montant égal à 10 % des intérêts perçus, méthode supposant la double prise de position suivante : (i) s'agissant de l'assiette taxable, l'imputation des deux-tiers du crédit d'impôt reflète le fait que la société avait considéré que ledit crédit faisait partie de la base imposable (la prise en compte des intérêts nets perçus, et l'imputation des deux-tiers du crédit d'impôt, comme le permettent tout à la fois les règles comptables et les règles issues de l'article 136 de l'annexe II du CGI, équivalant, à une époque où le taux de l'impôt était de 33,1/3 %, à la prise en compte du crédit dans la base taxable assortie d'une imputation de 100 % de celui-ci au moment de la liquidation de l'impôt) ; (ii) s'agissant du calcul du crédit d'impôt lui-même, l'application du taux forfaitaire de 10 % au montant des intérêts perçus traduit quant à elle le recours à une méthode de calcul « en dedans » (au contraire, le recours à un calcul « en dehors » aurait supposé l'application du taux de 10 % à une base égale à l'intérêt net augmenté de l'impôt réputé prélevé en Chine, ce qui aurait conduit à l'application d'un taux forfaitaire de 11 % au montant des intérêts reçus).

Par la suite, la société s'est ravisée, défendant une position à front renversé avec la position déclarative prise initialement, considérant qu'elle était fondée non seulement (i) à imputer sur l'impôt français 100 % du montant des crédits d'impôt for-

faitaires (revenant donc sur le principe de l'inclusion de ces derniers dans le résultat imposable), mais encore (ii) à revendiquer le bénéfice d'un montant de crédit d'impôt forfaitaire déterminé à partir d'un calcul « en dehors », fixé, donc, à 11 % du montant des intérêts reçus, sur la base, s'agissant de ce dernier point, d'une décision *Natixis* rendue entre-temps par la cour administrative d'appel de Versailles, concernant également les dispositions du traité franco-chinois de 1984.

La société tête de groupe a donc, par voie de réclamation, déposée le 22 décembre 2016, demandé une restitution de l'impôt à due concurrence, au titre des deux années concernées. L'administration a partiellement admis la réclamation déposée : (i) elle a accepté le principe d'imputation de 100 % des crédits d'impôt forfaitaires sur l'impôt français, soit le principe de la non-intégration des crédits d'impôt forfaitaires dans l'assiette de l'impôt, et prononcé le dégrèvement correspondant, (ii) mais a, en revanche, rejeté le principe du calcul « en dehors » des crédits d'impôt forfaitaires.

53 - La société a donc décidé de saisir le juge de l'impôt pour obtenir gain de cause sur le solde des montants réclamés, étant précisé qu'en cours d'instance, le Conseil d'État, par une décision *min. c/ SA Natixis* rendue le 20 novembre 2017, confirmant la position retenue par la cour administrative d'appel de Versailles dans l'affaire précitée, a jugé que « les résidents de France ayant reçu des intérêts de source chinoise bénéficient, lors de leur imposition en France, d'un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt chinois perçu sur ces revenus, lequel est fixé forfaitairement à 10 % du montant brut des intérêts perçus. En jugeant que ce crédit d'impôt doit être déterminé à partir d'un montant brut des revenus reconstitué par ajout aux intérêts versés de l'impôt chinois réputé acquitté, la cour n'a pas commis une erreur de droit » (CE, 9^e et 10^e ch., 20 nov. 2017, n° 396595, *min. c/ Sté Natixis*, pt 2 : *Dr. fisc.* 2019, n° 5, *comm.* 137, *concl.* Y. Bénard, *note* S. Austrey et B. Foucher ; *RJF* 2/2018, n° 204). Le principe du calcul « en dehors » du crédit d'impôt forfaitaire, supposant l'application d'un taux de 11 % au montant des intérêts perçus, était donc validé. L'administration a, toutefois, maintenu ses conclusions tendant au rejet de la demande de la société sur la base d'une demande de compensation d'assiette, fondée sur les dispositions de l'article L. 203 du LPE, considérant qu'il y avait lieu, par un jeu de symétrie, d'inclure dans la base imposable le montant des crédits d'impôt forfaitaires, question devenue le point nodal du litige.

Alors que le tribunal administratif de Montreuil, par une décision du 26 septembre 2019, a donné gain de cause à l'administration (*TA Montreuil*, 26 sept. 2019, n° 1707113), la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté, dans un arrêt du 20 décembre 2021, le principe d'intégration à la base imposable des crédits d'impôt forfaitaires, sur la base d'un raisonnement convoquant le principe de subsidiarité des conventions fiscales (*CAA Versailles*, 3^e ch., 20 déc. 2021, n° 19VE03903). En effet, après avoir rappelé au point 3 de sa décision, le célèbre considérant issu de la décision d'assemblée du Conseil d'État *Schneider Electric* du 28 juin 2002, la cour de Versailles a indiqué que si les stipulations du traité franco-chinois « confèrent un droit à un crédit d'impôt forfaitaire qui, par hypothèse, ne correspond pas à une imposition prélevée dans l'État de la source, ni le 4 du I de l'article 39 du Code général des impôts, ni aucune autre disposition législative de droit interne n'a pour objet ou pour effet d'inclure un tel crédit d'impôt, qui ne constitue pas un revenu taxable, dans la base imposable à l'impôt sur les sociétés en France » (*CAA Versailles*, 3^e ch., 20 déc. 2021, n° 19VE03903, pt 6), pour en conclure que « L'imposition, en sus des intérêts versés, de l'impôt chinois réputé acquitté pour la détermination du crédit d'impôt précité, ne saurait davantage trouver son fondement dans les stipulations des articles 10 et 22 précités de l'accord du 30 mai 1984 dès lors, ainsi qu'il a été rappelé au point 3, qu'une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions ne saurait, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition mais seulement conduire à écarter, sur tel ou tel point, la loi fiscale nationale » (*CAA Versailles*, 3^e ch., 20 déc. 2021, n° 19VE03903, pt 8).

54 - C'est cet arrêt, contre lequel l'administration s'est pourvue en cassation, qui a été annulé pour erreur de droit par le Conseil d'État, dans la décision ici chroniquée, au prix d'un inflexionnement du principe de subsidiarité, en forme de resserrement de son champ d'application sur les seules dispositions conventionnelles ayant trait à la répartition interétatique de la matière imposable.

55 - C'est ainsi que la Haute Assemblée a jugé, après avoir rappelé à son tour le considérant de principe issu du précédent *Schneider Electric* au point 2 de sa décision du 31 mai 2022, qu'« Il appartient néanmoins au juge, pour la mise en œuvre des stipulations d'une convention qui sont relatives, non à la répartition du pouvoir d'imposer entre les deux parties, mais aux modalités d'élimina-

tion des doubles impositions, de faire application des stipulations claires subordonnant l'imputation du crédit d'impôt forfaitaire qu'elles prévoient à raison de l'impôt réputé perçu dans l'État où les revenus en cause trouvent leur source à l'inclusion dans l'assiette de l'impôt sur les bénéfices dû en France du revenu en cause augmenté de cet impôt » (CE, 8^e et 3^e ch., 31 mai 2022, n° 461519, *min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch*, pt 3). Les dispositions précitées de l'article 22 du traité franco-chinois, interprétées par la Haute Assemblée comme prévoyant « pour l'élimination de la double imposition née de la possibilité reconnue concurrentiellement à la France et à la Chine de taxer les intérêts de source chinoise perçus par une entreprise établie en France, que cette entreprise est imposable en France sur ces revenus, retenus pour leur montant brut, c'est-à-dire incluant le montant de l'impôt chinois tel que défini au c du 2 de l'article 22, et bénéficie d'un crédit d'impôt imputable sur l'impôt sur les sociétés en France, égal à 10 % du même montant brut de ces revenus, dans la limite du montant de l'impôt français dû à raison de ceux-ci » (CE, 8^e et 3^e ch., 31 mai 2022, n° 461519, *min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch*, pt 5), et considérées comme répondant à la condition de clarté du texte posée avant, appelaient donc la cassation de l'arrêt de cour d'appel, dans ces termes : « le ministre (...) est fondé à soutenir qu'alors que les stipulations claires (...) subordonnent l'imputation du crédit d'impôt forfaitaire qu'elles prévoient à raison de l'impôt réputé prélevé en Chine sur les intérêts y trouvant leur source à l'inclusion dans l'assiette de l'impôt sur les bénéfices dû en France de ces intérêts augmentés de cet impôt, la cour administrative d'appel de Versailles a commis une erreur de droit en jugeant, au motif qu'aucune disposition législative de droit interne ne prévoyait l'inclusion de cet impôt forfaitaire dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés dû en France, que la société requérante était en droit d'imputer sur cet impôt, calculé, en ce qui concerne les opérations en cause, sur le seul montant des intérêts de source chinoise perçus par elle, un crédit d'impôt égal au montant total de l'impôt réputé prélevé à la source sur ces intérêts » (CE, 8^e et 3^e ch., 31 mai 2022, n° 461519, *min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch*, pt 6).

56 - **Confirmation de l'imposabilité du crédit d'impôt forfaitaire.** – Cette décision *HSBC* du 31 mai 2022 vient donc compléter le guide d'utilisation des crédits d'impôt forfaitaires dans le cadre franco-chinois, même si sa portée pratique, sur ce point, sera nécessairement limitée, compte tenu de la disparition de tels crédits d'impôt dans le traité franco-chinois actuellement appli-

cable, et de la diversité rédactionnelle des clauses d'élimination de la double imposition rendant difficile la transposition de la solution aux relations avec d'autres États, étant en outre rappelé que les crédits d'impôt forfaitaires tendent, en tout état de cause, à disparaître des traités à la faveur de la renégociation de ses conventions par la France. Ainsi, après avoir fixé, dans sa décision *min. c/ SA Natixis* du 20 novembre 2017, le principe de la détermination du crédit d'impôt forfaitaire sur la base d'un calcul « en dehors », et précisé, dans sa décision *min. c/ BNP Paribas* du 10 décembre 2021, les modalités d'application de la règle du butoir (limitant la base d'imputation du crédit forfaitaire au montant de « l'impôt français afférent aux revenus concernés ») en jugeant qu'aux fins de détermination de l'assiette de l'impôt théorique français déterminant le quantum du crédit d'impôt imputable, la notion de « montant brut » devait s'entendre comme « brut de l'impôt chinois », et non pas comme « brut de toutes charges » au sens de l'article 39 du CGI (CE, 8^e et 3^e ch., 10 déc. 2021, n° 449637, *min. c/ Sté BNP Paribas* : Dr. fisc. 2022, n° 21, *comm.* 233, *concl.* K. Ciavaldini : Dr. fisc. 2022, n° 21, *chron.* 231, C. Acard, *spéc.* n° 3), le Conseil d'État vient ici dire pour droit que le crédit d'impôt forfaitaire participe de la base imposable en France de la société bénéficiaire des intérêts, **sur la base des stipulations claires de la convention relatives à l'élimination de la double imposition.**

57 - Le sujet avait été en réalité déjà tranché, nous semble-t-il, dans le précédent *BNP Paribas* du 10 décembre 2021 commenté dans notre chronique de l'année 2021 (*V. sur ce point, E. Dinh, Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2021* : Dr. fisc., 2022, n° 12, *chron.* 159, *spéc.* n° 45 et s.) dans ces termes : « Les stipulations citées au point 2 prévoient, pour l'élimination de la double imposition née (...) de la possibilité reconnue concurremment à la France et à la Chine de taxer les intérêts de source chinoise perçus par une entreprise établie en France, que cette entreprise est imposable en France sur ces revenus, retenus pour leur montant brut, c'est-à-dire incluant le montant de l'impôt chinois tel que défini au c de l'article 22, mais qu'elle bénéficie d'un crédit d'impôt imputable sur l'impôt sur les sociétés dû en France, égal au montant de cet impôt chinois, dans la limite du montant de l'impôt français dû à raison de ces revenus. En l'absence de toute stipulation contraire dans la convention conclue le 30 mai 1984 entre la France et la Chine, le montant de l'impôt français dû à raison de ces revenus doit être déterminé en appliquant au montant brut de

ces intérêts, c'est-à-dire incluant le montant de l'impôt chinois, l'ensemble des dispositions du Code général des impôts relatives à l'impôt sur les sociétés. Par suite, en application de l'article 39 de ce code, il y a lieu, pour déterminer le montant de l'impôt français dû à raison de ces revenus, de déduire de ce montant brut l'ensemble des charges, exception faite de l'impôt chinois, qui sont directement liées à l'acquisition de ces intérêts et n'ont pas pour contrepartie un accroissement de l'actif, sauf exclusion par des dispositions spécifiques » (CE, 8^e et 3^e ch., 10 déc. 2021, n° 449637, *min. c/ Sté BNP Paribas*, pt 3). Mais le principe de l'imposabilité en France des crédits d'impôt forfaitaires, sur la seule base des dispositions conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition, avait été énoncé *mezza voce*, uniquement aux fins d'application de la règle du butoir. Certes appliqué uniquement à la détermination du « mini-compte de résultat » afférent aux seuls intérêts perçus, nécessaire à la détermination du montant de l'impôt théorique français afférent aux revenus servant de plafond au crédit d'impôt, le principe semblait donc déjà fixé de la prise en compte, en tant que produits, des crédits d'impôt accompagnant les intérêts perçus, et il eût été surprenant que la Haute Assemblée préconise en mai 2022 une solution différente de celle prescrite en décembre 2021, d'autant qu'elle présente l'avantage de fournir une cohérence à l'article 22 de la convention franco-chinoise dans toutes ses dimensions. Toutefois, le moyen soulevé par l'administration relatif au maniement erroné par la cour administrative d'appel de Versailles du principe de subsidiarité des conventions fiscales a forcé le Conseil d'État à prendre position explicitement sur la portée de ce principe, en l'absence de base légale de droit interne prescrivant l'imposabilité des crédits d'impôt forfaitaires.

58 - **Affaiblissement du principe de subsidiarité des conventions fiscales.** – La difficulté a été résolue par une redéfinition des contours du champ d'application du principe de la subsidiarité des traités fiscaux, prenant la forme d'une exclusion des clauses relatives aux modalités d'élimination de la double imposition. Ainsi, il semble s'évincer de cette décision *HSBC* qu'il y aurait lieu de procéder à une distinction selon la nature des dispositions conventionnelles :

- les clauses ayant trait à la répartition du pouvoir d'imposer seraient soumises au principe de subsidiarité, supposant donc qu'il existe une base légale de droit interne permettant de faire le lien avec la convention, faute de quoi les dispositions de

celle-ci ne sauraient trouver application, nonobstant leur supériorité dans la hiérarchie des normes ;

- les clauses relatives à l'élimination de la double imposition, se situant en dehors de l'orbite du principe de subsidiarité des conventions fiscales, produiraient donc directement leurs effets, quitte à ce que cela se traduise par l'imposition d'un revenu non prévue par le droit interne, sous réserve toutefois qu'elles soient stipulées de façon suffisamment claire.

59 - Le fondement d'un tel inflexissement du principe posé il y a vingt ans par l'arrêt d'assemblée *Schneider Electric* n'est pas explicité de façon très étoffée par le rapporteur public – et pour cause, puisqu'il ne s'agit pour Romain Victor, que de restituer à ce principe son exacte portée –, lorsqu'il expose : « La méthode définie par votre arrêt d'Assemblée doit être mise en œuvre lorsqu'il s'agit de déterminer si les stipulations d'une convention fiscale relatives aux revenus dénommés ou aux revenus innommés visés par la clause balai sont de nature à retirer à la France le pouvoir d'imposer un revenu qu'elle détiendrait en vertu du droit interne ou à apporter des limitations au pouvoir de taxer, par exemple via la définition d'un taux plafond. Et lorsqu'on s'intéresse à l'existence d'un pouvoir d'imposer côté français, on s'intéresse à la fois à l'existence d'un texte d'assiette et aux règles de territorialité applicables – même s'il faut tenir compte, s'agissant de l'IS, de la dérogation au principe de territorialité prévue au premier alinéa du I de l'article 209 du CGI, qui place dans le champ d'application de l'IS les bénéficiaires dont l'imposition est attribuée à la France par une convention fiscale internationale relative aux doubles impositions. En revanche, la méthode *Sté Schneider Electric* est privée d'objet lorsqu'est en cause l'article relatif à la méthode d'élimination de la double imposition. Cette clause – d'une nature singulière – n'a nullement pour objet d'assurer la répartition du pouvoir d'imposer entre les États parties à la convention. Elle nous met face à un mécanisme dont l'objet est de régler les difficultés qui naissent de celles des stipulations qui précèdent et attribuent concurremment aux deux États le pouvoir d'imposer un même revenu. Il en résulte que, sauf à faire du *Sté Schneider Electric* deux fois de suite et donc une fois de trop, lorsque la convention partage le pouvoir d'imposer un revenu, il faut appliquer directement la clause d'élimination, sans qu'il y ait lieu de faire un second crochet par le droit interne, dès lors qu'il s'agit d'une norme d'effet direct, obligatoire en tous ses éléments et qui prévaut sur toute disposition contraire de la loi interne, conformément à l'article 55 de la Constitution ».

Quant à la recherche d'un précédent, il est vrai que l'arrêt *Sté Céline* du 12 mars 2014 (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 12 mars 2014, n° 362528, *Sté Céline* : *JurisData* n° 2014-004866 ; *Lebon*, p. 155 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 22, *comm.* 356, *concl.* F. Aladjdi, *note Ph. Durand* ; *Dr. fisc.* 2014, n° 19, *act.* 275, E. Meier et M. Valetteau ; *RJF* 6/2014, n° 602), par lequel le Conseil d'État avait jugé que les stipulations claires d'une convention fiscale relatives à l'élimination de la double imposition pouvaient mener à l'interdiction de déduction d'un impôt étranger, pourtant prévue par le droit interne, apparaît proche. Toutefois, outre le fait qu'une telle solution constituait, déjà, selon nous, un infléchissement du principe de subsidiarité des conventions fiscales (V. sur ce point, E. Dinh, *Fiscalité internationale : chronique de l'année 2014* : *Dr. fisc.* 2015, n° 9, *chron.* 172), il existe, tout de même, une différence philosophique entre l'interdiction de déduire une charge (justifiée par ailleurs par l'octroi d'un crédit d'impôt), et la création, *extra legem*, d'un principe d'imposition d'un produit même si, dans les deux cas, c'est une problématique de détermination d'assiette qui est en jeu.

60 - C'est tout l'intérêt théorique de cette décision *HSBC* du 31 mai 2022, qui remet en question les enseignements que l'on tirait traditionnellement du principe de subsidiarité des traités fiscaux internationaux, quant à la capacité de l'administration de se prévaloir des dispositions des conventions fiscales pour asseoir une imposition. Avant le précédent *Sté Céline* du 12 mars 2014, la Haute Assemblée avait déjà eu, avec sa décision *Sté BNP Paribas* du 12 juin 2013 (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 12 juin 2013, n° 351702, *Sté BNP Paribas* : *Lebon*, p. 155 ; *Dr. fisc.* 2013, n° 46, *comm.* 511, *concl.* E. Cortot-Boucher, *note E. Dinh* ; *RJF* 10/2013, n° 911, *chron.* É. Bokdam-Tognetti, p. 787 ; *RTD com.* 2013, *note O. Fouquet*, p. 607), l'occasion de se prononcer sur un cas d'alourdissement de l'assiette taxable d'une entreprise française du fait des dispositions d'une convention fiscale. Dans cette affaire, était posée la question de la déduction en France de provisions pour dépréciation de titres de participation dans une filiale canadienne, à une époque où la convention franco-canadienne prévoyait, par le jeu combiné d'une clause de participation substantielle et d'une méthode d'élimination de la double imposition des gains en capital fondée sur un principe d'exonération, l'imposition exclusive des plus-values sur titres dans l'État de la filiale. Alors même que la provision litigieuse était déductible en regard du droit interne, la Haute Assemblée a néan-

moins considéré que les dispositions de la convention s'opposaient à sa déduction. Pour parvenir à cette solution, la Haute Assemblée a, dans un premier temps, pris appui sur le droit interne, en précisant qu'une provision constituée en vue de faire face à une perte ou une charge n'est déductible en application du 5° du 1 de l'article 39 du CGI que lorsque la charge ou la perte qu'elle anticipe est « elle-même susceptible d'affecter l'assiette de l'impôt dû au titre d'un exercice futur ». Ce premier temps du raisonnement ouvrait donc mécaniquement la voie à un examen de la déduction de la provision litigieuse à l'aune des prescriptions conventionnelles (« si, en principe, la moins-value réalisée lors de la cession d'un élément d'actif est de nature à affecter l'assiette de l'impôt dû, c'est sous réserve qu'aucune disposition de la loi fiscale ou aucune stipulation d'une convention fiscale internationale n'y fasse obstacle »). L'altération de l'assiette taxable de l'entreprise par la prise en compte des stipulations conventionnelles reposait ici sur le fait que **la situation visée entraine dans le champ d'application des conventions fiscales, qui doit s'apprécier de manière objective** : alors même qu'elle n'était pas liée directement à une question de double imposition juridique, elle avait vocation à être régie par les stipulations conventionnelles dans la mesure où elle soulevait une question directement liée à la répartition interétatique de la matière imposable. Dans ce contexte, la subsidiarité ne pouvait avoir pour effet d'empêcher la relevance de la convention fiscale. C'est selon cette mécanique que, nous le pensions alors, devaient s'articuler les rapports entre les principes de subsidiarité et supériorité des traités fiscaux, la condition posée par le premier, voulant que l'administration, pour asseoir une imposition sur des stipulations conventionnelles, trouve nécessairement appui sur le droit interne, étant ici remplie.

61 - Dans la décision ici chroniquée, la question de l'intégration à la base imposable de l'entreprise française du crédit d'impôt forfaitaire ne participe pas d'une question directement liée à la répartition du pouvoir d'imposer entre les deux pays. De fait, cette question a été conventionnellement réglée **en amont**, à l'article 10 du traité, le paragraphe 1 de cet article prévoyant que « Les intérêts provenant d'un État contractant et payés à un résident de l'autre contractant sont imposables dans cet autre État » (on aura remarqué l'absence de référence, ici, au montant brut des revenus), le paragraphe 2 disposant, quant à lui, que « Toutefois, ces intérêts sont aussi imposables dans l'autre État contractant d'où ils proviennent et selon

la législation de cet État, mais si la personne qui reçoit les intérêts en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 % du montant brut des intérêts » (la référence au montant brut des intérêts ne concernant ici, par construction, que les modalités du prélèvement opéré par l'État de la source). Dans ces conditions, alors que la convention a accordé à la France le droit de taxer les intérêts en provenance de Chine, il nous semble que le principe de subsidiarité aurait pu avoir pour effet, en l'absence de pont dressé sur ce point entre la législation interne et la convention – cette question étant étrangère à la répartition objective du pouvoir d'imposer –, de laisser s'appliquer les règles de l'article 39 du CGI, qui ne prévoient en aucun cas le principe de l'imposition des crédits d'impôts forfaitaires. Une telle solution n'aurait d'ailleurs pas été en contradiction avec celle apportée dans l'affaire *BNP Paribas* du 10 décembre 2021, qui, ne concernant que l'application de la règle du butoir d'origine purement conventionnelle, ne supposait pas d'appliquer le principe de la subsidiarité des conventions.

La Haute Assemblée a toutefois décidé, dans son arrêt *HSBC* du 31 mai 2022, de **réviser le principe de subsidiarité en immunisant les clauses conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition** contre ses effets potentiels, au prix d'une distinction entre les clauses relatives à la répartition du pouvoir d'imposer et celles relatives à l'élimination de la double imposition, dont on a un peu de mal à saisir le fondement. Si nous souscrivons parfaitement à l'idée d'une différence de nature entre ces deux types de clauses, les premières s'inscrivant dans une logique pure de répartition objective du pouvoir taxateur, et les secondes dans une logique d'exercice du pouvoir taxateur ainsi réparti, nous aurions toutefois tendance à en tirer des conséquences assez éloignées quant au manquement du principe de subsidiarité. Considérant qu'en tout état de cause, le point de départ de toute imposition suppose l'existence d'une base légale en droit interne, nous aurions plutôt préconisé l'utilisation suivante du principe de subsidiarité : (i) le nécessaire recours à la convention fiscale dès lors que la question a trait à la répartition du pouvoir d'imposer, puisqu'elle entre alors dans le champ d'application objectif des traités fiscaux, nonobstant l'aggravation de la situation du contribuable pouvant éventuellement en découler (comme dans la décision *Sté BNP Paribas* du 12 juin 2013) ; (ii) la non-application des dispositions conventionnelles lorsque la question n'a pas trait à la répartition du pouvoir taxateur, les disposi-

tions relatives à l'élimination de la double imposition faisant partie de ce groupe de clauses conventionnelles. Dans cette dernière hypothèse, il nous semble en effet que l'absence de fondement à l'imposition en droit interne aurait dû, en toute logique, neutraliser l'application des dispositions de la convention, nonobstant le principe de supériorité de la norme internationale, par application du principe de subsidiarité.

62 - En conclusion, cette décision du 31 mai 2022 entraîne, à nos yeux, un affaiblissement significatif du principe de subsidiarité des conventions fiscales, dont la décision *Sté Céline* du 12 mars 2014 était, déjà, le fourrier. Le principe de supériorité des conventions fiscales en sort, logiquement, renforcé. Il serait parfaitement vain de reprocher au juge de remodeler à sa guise un principe qu'il a lui-même porté sur les fonts baptismaux. À tout le moins pourrait-il reconnaître qu'il ne s'agit pas tant de lui restituer sa portée, que de la limiter.

4. Retenues à la source sur les dividendes : imputation et restitution

A. - Possibilité d'imputer les impôts prélevés à l'étranger sur l'imposition due à raison de la QPFC de 5 %

63 - Par une décision *Sté Axa* du 5 juillet 2022 (*CE, 8^e et 3^e ch., 5 juill. 2022, n° 463021, SA Axa* : *Dr. fisc. 2022, n° 28, act. 281* ; *Dr. fisc. 2022, n° 38, chron. 331, C. Acard, spéc. n° 19*), le Conseil d'État censure la doctrine administrative qui, interprétant les dispositions de l'article 216 du CGI définissant le régime fiscal des sociétés mères, considérait que la quote-part de frais et charges (ci-après « QPFC ») de 5 % sur les dividendes ne pouvait s'analyser comme conduisant à l'imposition d'une partie des dividendes. Il s'ensuit que les impôts prélevés à la source dans l'État de résidence de la filiale distributrice pourront désormais faire l'objet d'une imputation sur l'imposition due à raison de la QPFC. La décision s'inscrit donc dans la lignée de l'arrêt *L'Air liquide* du 15 novembre 2021 (*CE, 8^e et 3^e ch., 15 nov. 2021, n° 454105, Sté Air Liquide pour l'étude et l'exploitation des procédés Georges Claude* : *Dr. fisc. 2022, n° 11, comm. 147, concl. K. Ciavaldini, note J.-L. Pierre* ; *Dr. fisc. 2022, n° 11, chron. 144, N. de Boynes, spéc. n° 1* ; *Dr. fisc. 2022, n° 5, chron. 104, C. Acard, spéc. n° 8* - *V. aussi, E. Dinh, Quote-part de frais et charges de 12 % sur les plus-values de cession de titres de participa-*

tion : mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur fiscal, JCP E 2022, n° 8-9, comm. 1090), commentée dans la chronique de l'année dernière (*E. Dinh, Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2021 : Dr. fisc., 2022, n° 12, chron. 159, spéc. n° 54 et s.*) sans pour autant en être la transposition parfaite, le juge ayant dû tenir compte ici du droit de l'Union européenne. Du coup, elle suscite de nombreuses questions sur la mise en œuvre de la solution préconisée, qui devront être traitées par le Conseil d'État dans les mois qui viennent.

64 - Dans cette affaire, la société Axa a saisi le Conseil d'État aux fins d'annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite de rejet par l'administration de sa demande tendant à l'abrogation du paragraphe 100 des commentaires administratifs, publiés le 11 mars 2021 au BOFIP (*BOI-IS-BASE-10-10-20, 11 mars 2021*), aux termes desquels l'article 216 du CGI « fixe un mode de calcul pour la réintégration des charges afférentes à des produits qui ne sont pas imposés et ne peut s'analyser comme conduisant à l'imposition d'une partie des dividendes ». Dit autrement, la position de l'administration consiste à appliquer l'axiome suivant lequel les charges se rapportant à des revenus exonérés ne sont pas déductibles, et à considérer que la QPFC n'a pas d'autre vocation que de neutraliser, forfaitairement, les charges liées à l'obtention des dividendes soustraits à l'impôt.

Pour rappel, l'article 216 pose pour principe, au premier alinéa du I, que « Les produits nets des participations, ouvrant droit à l'application du régime des sociétés mères et visées à l'article 145, touchés au cours d'un exercice par une société mère, peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci, déduction faite d'une quote-part de frais et charges ». La QPFC de droit commun est égale à 5 % du produit total des participations, crédit d'impôt compris, ce taux pouvant être réduit à 1 % de ce même produit, crédit d'impôt compris, dans certaines circonstances (distributions de dividendes à l'intérieur d'un groupe fiscal intégré, et distributions internationales faites par certaines sociétés « intégrables » sous certaines conditions). On s'en souvient, l'application d'un tel taux réduit traduit la réponse apportée par la France à la décision *Groupe Steria SCA* de la Cour de justice de l'Union européenne du 2 septembre 2015, qui avait considéré que la neutralisation de la QPFC au titre des distributions de dividendes de la part des seules sociétés résidentes parties à un groupe d'intégration fiscale n'était pas compatible avec le principe de liberté d'établissement (*CJUE, 2^e ch., 2 sept. 2015, aff. C-386/14, Groupe Steria SCA* : *Dr. fisc. 2015,*

n° 40, comm. 611, note M.-P. Hôo et C. Maignan ; *RJF 11/2015, n° 972*).

La position exprimée par l'administration dans sa doctrine précitée a pour effet d'empêcher toute imputation d'un crédit d'impôt correspondant à une retenue à la source prélevée dans l'État de la filiale distributrice, sur l'impôt français dû à raison de la QPFC. Dès lors que celle-ci, selon la conception de l'administration, ne peut être considérée comme relevant d'une logique d'imposition d'une partie des dividendes, le crédit d'impôt correspondant à l'impôt prélevé dans l'État de la source, et limité, selon la formule conventionnelle classique, au « montant de l'impôt français correspondant à ces revenus » (règle dite du butoir), ne peut donc que tomber en non-valeur, faute d'une imposition en France.

65 - La QPFC de 5 % : mécanisme neutralisateur de charges déductibles ou d'imposition des dividendes perçus ?

Dans son recours, la société Axa conteste la position de l'administration, pour au contraire défendre l'idée que la réintégration de la QPFC au résultat imposable de la société mère constitue une modalité d'imposition des dividendes reçus. De ce point de vue, la société pouvait se prévaloir du précédent *L'Air liquide*, par lequel le Conseil d'État avait, le 15 novembre 2021, consacré l'illégalité de la doctrine administrative qui énonçait que les plus-values à long terme sur cession de titres de participation étant exonérées d'impôt, aucune imputation d'un impôt étranger acquitté au titre de la plus-value (en présence d'une clause de participation substantielle dans la convention fiscale applicable) ne pouvait être effectuée, peu important la réintégration de la QPFC de 12 %. Dans cette affaire, la Haute Assemblée, suivant les conclusions de sa rapporteure publique, Karin Ciavaldini, avait en effet jugé que « Compte tenu du mode de détermination des sommes que la société cédante doit réintégrer dans son bénéfice en application du deuxième alinéa du a quinquies du I de l'article 219 du Code général des impôts précité et du pourcentage de 12 % qu'elles fixent, les dispositions (...) doivent être regardées non pas comme ayant pour objet de neutraliser de manière forfaitaire la déduction de frais exposés pour l'acquisition ou la conservation d'un revenu afférent à une opération exonérée, mais comme visant à soumettre à cet impôt, à un taux réduit, les plus-values de cession de titres de participation ». Et il est vrai que la cour administrative d'appel de Lyon, dans une décision *Sté A. Raymond et Cie* du 27 janvier 2022 ayant fait l'objet d'un pourvoi en cassation en cours d'instruction, a transposé le raisonnement de la décision *L'Air liquide*

à la QPFC du régime mère-fille, jugeant que « la soumission à l'impôt sur les sociétés de la quote-part, fixée forfaitairement, de 5 % des dividendes en cause s'analyse comme une modalité d'imposition de l'ensemble de ces revenus en France », ouvrant droit, par conséquent, à l'imputation d'un crédit d'impôt sur les cotisations d'impôt sur les sociétés en France, dans les limites prévues par les dispositions conventionnelles applicables, notamment relatives au butoir (CAA Lyon, 2^e ch., 27 janv. 2022, n° 20LY00698, SCS A. Raymond & C^{ie}, C : Dr. fisc. 2022, n° 23, chron. 242, T. Jouno, O. Lemaire, J. Jimenez, spéc. n° 4 ; Dr. sociétés 2022, n° 5, comm. 62, note J.-L. Pierre ; RJF 5/2022, n° 433, note V. Leroy et P. Mispelon ; FR 12/2022, n° 1, concl. C. Vinet ; Dr. fisc. 2022, n° 11, comm. 144, chron. N. de Boynes).

La thèse de l'administration pouvait, quant à elle, prendre appui sur le précédent *Sté Fournier Industrie et Santé* du 23 avril 1997, qui avait déjà donné l'occasion au Conseil d'État de se pencher sur la question de la nature intrinsèque de la QPFC de 5 % de l'article 216 du CGI (CE, 9^e et 8^e ss-sect., 23 avr. 1997, n° 145611, SA *Fournier Industrie et Santé* : *JurisData* n° 1997-044530 ; Dr. fisc. 1997, n° 44, comm. 1141, concl. G. Goulard ; RJF 6/1997, n° 543). La Haute Assemblée avait validé le raisonnement des juges du fond qui avaient rejeté la demande de la société requérante d'imputer l'avoir fiscal sur l'impôt dû à raison de la quote-part de frais et charges, en jugeant que « pour rejeter cette prétention, la cour administrative d'appel s'est fondée sur ce que la défalcation prévue par l'article 216 avait pour objet "d'annuler", forfaitairement, la déduction de frais comptabilisés parmi l'ensemble des charges d'exploitation de la société mère, mais afférents à l'acquisition de produits soustraits à l'impôt, et non de laisser soumise à l'impôt sur les sociétés, en tant que telle, une fraction de revenus distribués incluant un crédit d'impôt imputable ; qu'en statuant ainsi, la cour a fait une exacte application des dispositions précitées des articles 209 bis et 216 du Code général des impôts ».

66 - Toutefois, à l'époque des faits jugés dans cette affaire, le régime de l'article 216 était différent, puisque les dispositions du II de cet article prévoyaient alors que la QPFC ne pouvait excéder, pour chaque période d'imposition, le montant total des frais et charges de toute nature exposés par la société. Aussi, dès lors que le lien organique entre la QPFC de 5 % sur les dividendes et les frais réels a été rompu par les dispositions de la loi de finances pour 2011 qui ont supprimé le plafonnement (L. n° 2010-1657, 29 déc. 2010, art. 10 : Dr. fisc. 2011, n° 1, comm. 36), la question se posait de

façon renouvelée de la véritable nature de la QPFC de 5 %, à la lumière notamment du raisonnement tenu par Karin Ciavaldini dans ses conclusions sur l'affaire *L'Air Liquide*. Celle-ci invoquait justement le précédent *Sté Fournier Industrie et Santé* pour mieux distinguer la QPFC du régime mère fille et celle relative aux plus-values à long terme : alors qu'il existait un lien, dans le texte d'origine du régime mère fille, entre la QPFC et les frais et charges exposés, un tel lien n'avait jamais existé dans le régime du a *quinquies* du I de l'article 219, puisque la QPFC prévue par ce texte n'a jamais été plafonnée aux frais réels.

Dans le même sens, dans ses décisions *Vicat et Vétoquinol* du 5 mars 2018 (CE, 8^e et 3^e ch., 5 mars 2018, n° 416514, *Sté Vicat* : *JurisData* n° 2018-004932 ; Dr. fisc. 2018, n° 20, comm. 276, concl. R. Victor. – CE, 8^e et 3^e ch., 5 mars 2018, n° 416567, SA *Vétoquinol* ; Dr. fisc. 2018, n° 20, comm. 276, concl. R. Victor ; RJF 6/2018, n° 661), le Conseil d'État lui-même, saisi d'une QPC dirigée contre le texte de l'article 216 du CGI dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2011, et fondée sur sa contrariété avec l'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (pour les requérantes, l'imposition « forfaitaire », conduisant à taxer des revenus fictifs, était établie en méconnaissance des capacités contributives des contribuables), avait rappelé qu'« en prévoyant, à l'article 216 du Code général des impôts, la soumission à l'impôt sur les sociétés d'une quote-part des produits de participation perçus par une société mère, qui constituent des revenus dont elle a disposé, le législateur s'est borné à préciser la portée de l'exonération qu'il instituait sans soumettre à l'impôt, quel que soit le montant de cette quote-part et contrairement à ce qui est soutenu, des revenus fictifs » (CE, 8^e et 3^e ch., 5 mars 2018, n° 416514, *Sté Vicat*, pt 5 : *JurisData* n° 2018-004932). La Haute Assemblée avait donc précisément exprimé, dans son interprétation des dispositions de l'article 216 du CGI, dans leur version applicable après la suppression du plafonnement aux charges réelles, le principe de la soumission à l'impôt d'une quote-part des produits de participation, en même temps que l'objectif assigné à une telle imposition, à savoir la délimitation d'un périmètre de revenus exonérés, susceptible, par un effet en retour, d'inclure que la QPFC pourrait être considérée, pour reprendre l'expression de Guillaume Goulard dans ses conclusions sous la décision *Sté Fournier Industrie et Santé* (mais utilisée *a contrario*), comme « une fraction des revenus distribués qui, selon un raisonnement de type "ticket modérateur", aurait échappé au régime légal des sociétés mères ».

67 - Il existait donc un certain nombre d'éléments favorables à une évolution du Conseil d'État sur la nature de la QPFC de l'article 216 du CGI. Pour autant, la **transposition de la solution adoptée pour la QPFC de l'article 219 a I quinquies du CGI, dans la décision *L'Air Liquide* n'était pas non plus évidente**, pour plusieurs raisons :

- tout d'abord, comme rappelé plus haut, la solution dans cette affaire avait été adoptée sur la base d'un double fondement, à savoir les modalités de détermination des sommes à réintégrer, et le taux appliqué, dont le montant de 12 % était particulièrement élevé et avait, contrairement à la QPFC de 5 %, fait l'objet d'augmentations à la mesure des durcissements successifs apportés par le législateur (qu'il s'agisse, dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2011, du doublement du taux de la quote-part, de 5 % à 10 %, ou encore, dans le cadre de la loi de finances pour 2013, de l'augmentation du taux à 12 %, et de la modification de l'assiette de la quote-part, correspondant à la plus-value brute). La limitation du taux de la QPFC de l'article 216 à 5 %, imposée par la directive mère-fille, affaiblissait les possibilités de transposition du raisonnement, rendant l'argument de la motivation budgétaire inopérant, même si la réduction du taux à 1 % dans certaines hypothèses à la suite de la décision *Groupe Steria SCA* de la Cour de justice de l'Union européenne du 2 septembre 2015 attestait d'une forme de décorrélation avec les frais réellement engagés aux fins d'obtention des revenus exonérés (CJUE, 2^e ch., 2 sept. 2015, aff. C-386/14, *Groupe Steria SCA* : Dr. fisc. 2015, n° 38, act. 515, F. Laffaille ; Dr. fisc. 2015, n° 40, comm. 611, note M.-P. Hôo et C. Maignan) ;

- ensuite, techniquement, la question de la nature de la QPFC de 12 % est liée à des considérations propres à l'imposition des plus-values de cessions de titres de participation, par définition absentes du débat concernant la QPFC de 5 % sur les dividendes : (i) les frais et charges inhérents à la cession ne sont pas déduits du résultat imposable au taux normal en tant que frais généraux, mais viennent en déduction du prix de cession retenu dans l'assiette de la quote-part de frais et charges (V. CE, 8^e et 3^e ch., 12 oct. 2018, n° 419221, *Sté Vinci* : *JurisData* n° 2018-017684 ; Dr. fisc. 2018, n° 42-43, act. 464 ; Dr. sociétés 2019, comm. 39, note J.-L. Pierre ; RJF 1/2019, n° 13, concl. B. Bohnert C 13), ce qui contraste d'autant la caractérisation de la QPFC en tant que mécanisme neutralisateur de charges pour les plus-values de cession ; (ii) la question ne peut être envisagée sans considérer le volet « pertes en capital », et

On sait que la réintégration de la QPFC de 12 % suppose la réalisation par l'entreprise d'une plus-value nette au cours de l'exercice de cession (CE, 8^e et 3^e ch., 14 juin 2017, n° 400855, *Sté Orange Participations : Dr. fisc. 2017, n° 39, comm. 480, concl. B. Bohner*; *Dr. fisc. 2017, n° 39, chron. 478, C. Acard, spéc. n° 15*), ce qui là aussi contredit la vocation de la QPFC de 12 % à simplement neutraliser les charges engagées aux fins d'obtention d'un gain en capital exonéré, puisque selon cette logique, son application ne devrait pas être inféodée à l'existence d'un résultat net positif (Karin Ciavaldini, dans ses conclusions sous la décision *L'Air liquide*, avait d'ailleurs considéré que le précédent *Sté Orange Participations* engageait la solution).

- enfin et surtout, la transsubstantiation de la QPFC de 5 % en imposition à taux réduit des dividendes perçus sur le modèle de la QPFC de 12 % butait sur la directive mère fille elle-même, qui prévoit, au 1 de son article 4, que l'État membre de la société mère soit s'abstient d'imposer les dividendes, soit les impose, mais en autorisant la société mère à déduire du montant de son impôt la fraction d'impôt sur les sociétés afférente aux dividendes et acquittée par la filiale distributrice, et au 3 de son article 4, que l'État membre garde la faculté de prévoir que des charges se rapportant à la participation ne sont pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère, et que, si les frais de gestion se rapportant à la participation sont fixés forfaitairement, le montant forfaitaire ne peut excéder 5 % des bénéfices distribués par la société filiale.

68 - La nature duale de la QPFC de 5 %. – Dans sa décision du 5 juillet 2022, le Conseil d'État va censurer la doctrine administrative attaquée, en tant qu'elle postule de façon systématique que la QPFC ne pourrait jamais avoir la nature d'une imposition, sans toutefois transposer à la QPFC de 5 % la solution issue du précédent *L'Air liquide*, en disant pour droit, au point 4 de l'arrêt : « *Compte tenu du caractère forfaitaire de la quote-part des produits de participations qu'une société mère doit réintégrer à son bénéfice en application du I de l'article 216 du Code général des impôts, sans possibilité pour cette dernière de limiter cette réintégration au montant réel des frais et charges de toute nature exposés par elle au cours de la période d'imposition en vue de l'acquisition ou la conservation des revenus correspondants, les dispositions citées au point 2 doivent être regardées non comme ayant pour seul objet de neutraliser la déduction, opérée au titre de ses frais généraux, des charges afférentes aux titres de participation dont les produits sont exonérés d'impôt sur les sociétés, mais comme*

visant à soumettre à cet impôt, lorsque le montant des frais est inférieur à cette quote-part forfaitaire, une fraction des produits de participations bénéficiant du régime des sociétés mères ». Nous sommes donc en présence d'une décision en demi-teinte qui, en abjurant le précédent *Sté Fournier Industrie et Santé*, soulève au moins autant de questions dans ses modalités d'application qu'elle n'apporte de réponses dans le principe de solution qu'elle édicte, reposant sur la nature duale de la QPFC de 5 %.

69 - D'emblée, on constatera que le critère unique du caractère forfaitaire de la QPFC, non assorti d'une possibilité de plafonnement aux frais réels exposés aux fins d'obtention des revenus, constitue le fondement de la décision. C'est ce qu'exprime Romain Victor dans ses conclusions, lorsqu'il expose *a contrario* : « *Si le volant de charges et frais réintégrés au résultat était strictement égal au montant des charges et frais généraux supportés au titre de l'acquisition et de la gestion des titres des filiales distributrices, selon une logique de "frais réels" ou si, à défaut d'être strictement égal, le montant réintégré était jugé approchant ou suffisamment représentatif des charges et frais effectivement supportés, alors il n'y aurait pas d'obstacle à voir dans la QPFC un pur mécanisme de neutralisation de la déduction de frais exposés pour l'acquisition ou la conservation d'un revenu afférent à une opération elle-même exonérée* ».

70 - On signalera également que, contrairement à la QPFC de 12 %, la QPFC de 5 % n'est pas perçue comme visant une imposition à taux réduit de l'ensemble des dividendes perçus, mais une imposition d'une fraction des dividendes, du moins lorsque le montant des frais réels est inférieur à la QPFC. Sur ce point, on constatera que la Haute Assemblée apporte une réponse à la question laissée ouverte par Romain Victor dans ses conclusions, qui proposait deux lectures possibles de la QPFC de 5 %, entraînant des conséquences différentes en matière d'imputabilité des crédits d'impôt, à savoir, soit une taxation de la totalité des dividendes reçus, soit, comme l'a finalement décidé le Conseil d'État, une taxation sur une base réduite, doublée d'un mécanisme de neutralisation des frais et charges. La solution proposée par le Conseil d'État contredit donc l'approche holistique retenue par les juges de Lyon dans la décision *Sté A. Raymond et Cie* du 27 janvier 2022, au profit d'une approche analytique prenant pour point de départ le montant des frais réels : à hauteur des frais engagés aux fins d'acquisition et de conservation des dividendes, la QPFC au fond,

porte bien son nom, si bien que si les frais réels dépassent son montant, celle-ci ne répond à aucune logique d'imposition, ce qui empêchera concrètement toute imputation d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt subi à l'étranger ; en revanche, si son montant dépasse les frais réels, elle mute pour devenir un instrument d'imposition d'une partie des dividendes perçus. C'est la différence que dresse Romain Victor entre les « vrais frais », et les « faux frais », seule la seconde catégorie devant être prise en compte pour le calcul de l'imposition. Il s'ensuit donc concrètement que la base d'imputation des crédits d'impôt correspondant aux impôts étrangers ne pourra jamais être égale à 1,25 % du montant des dividendes bruts, sauf à envisager l'hypothèse théorique d'une entreprise ne supportant aucuns frais liés à l'acquisition et à la conservation desdits dividendes.

La caractérisation de la nature duale de la QPFC de 5 % oblige, en retour, à une réflexion sur le quantum de charges déductibles, que lance Romain Victor, sans pour autant apporter à ce stade de réponse nette. De fait, dès lors que la QPFC ne correspond, dans cette perspective, qu'à une imposition sur une base réduite des dividendes, il y a lieu, alors, par un retour dans le raisonnement de l'axiome fiscal évoqué plus haut, de ne pas déduire l'intégralité des « vrais frais » pour déterminer l'assiette d'imposition effective des dividendes, puisque ces « vrais frais » se rapportent à des revenus partiellement exonérés (à hauteur de 95 %), et donc de leur appliquer ce prorata, ce qui réduira le montant déductible aux fins de détermination de l'assiette d'imposition effective des dividendes. Ce correctif, au détour d'une de ces mises en abîme dont le droit fiscal a le secret, aura donc pour effet concret de hausser d'autant la QPFC servant de base d'imputation des crédits d'impôt.

Mais la QPFC ainsi déterminée devra, dans un troisième temps, faire l'objet d'un nouveau correctif, aux fins d'application de la règle du **butoir**, le montant de l'impôt servant de butoir devant, conformément à la décision de pléniaire fiscale *SA Crédit Industriel et Commercial* rendue par le Conseil d'État le 7 décembre 2015, être déterminé en déduisant du montant brut des dividendes distribués, et « *sauf exclusion par des dispositions spécifiques* », les charges justifiées, qui ne sont exposées que du fait de l'acquisition, de la détention ou de la cession des titres ayant donné lieu à la perception des dividendes, qui sont directement liées à cette perception et qui n'ont pas pour contrepartie un accroissement de l'actif (CE, plén. fisc., 7 déc. 2015, n° 357189, *min. c/ SA Crédit Industriel et Commercial Alsace-*

Lorraine (CIC) : Dr. fisc. 2016, n° 3, comm. 80, concl. B. Bohnert, note Ph. Durand ; Dr. sociétés 2016, comm. 49, note J.-L. Pierre ; Dr. fisc. 2016, n° 3, chron. 73, C. Acard, spéc. n° 16 ; RJF 2/2016, n° 123). Compte tenu de la conception extensive des charges devant être prises en compte aux fins de la détermination du butoir retenue par le Conseil d'État, les charges à retenir excéderont la plupart du temps, par hypothèse, les seules charges liées à l'acquisition et à la conservation des dividendes, prises en compte dans le calcul à l'étape précédente. Il en sera ainsi des charges liées à l'acquisition, la détention et la cession des titres ayant donné lieu à la perception des dividendes. Le montant des « vrais frais », tel que déterminé à l'étape précédente, devra donc être majoré de ces frais (en toute logique être proratisés aussi selon la même méthode), ce qui viendra donc réduire l'assiette du butoir, pour obtenir, finalement le montant du butoir qui servira de base à l'imputation des crédits d'impôt.

71 - Quelle compatibilité avec la directive mère-fille ? – Par cette décision *Sté Axa* du 5 juillet 2022, le Conseil d'État a donc franchi le pas, comme il l'avait fait quelques mois plus tôt avec la QPFC de 12 % sur les plus-values de cession de titres de participation, consistant à dépasser la qualification législative de « quote-part de frais et charges » pour voir dans la QPFC de 5 % sur les dividendes, une imposition – partielle – des dividendes. Le raisonnement déployé dans le précédent *L'Air liquide* n'a toutefois pas été ici transposé, la Haute Assemblée étant ici plus prudente, et sauvegardant à la QPFC de 5 % sa nature de mécanisme neutralisateur de charges. Ces précautions limiteront, de fait, les conséquences financières de sa décision, par hypothèse potentiellement beaucoup plus importantes pour la QPFC de 5 % que pour la QPFC de 12 %, supposant que l'on soit en présence d'une situation rare de double imposition en matière de plus-values de cession de titres de participation.

72 - La rétivité du Conseil d'État à transposer la solution *L'Air liquide* est sans doute justifiée par les contraintes posées par la directive mère-fille, qui impose que l'État de la société mère s'abstienne d'imposer les bénéfices distribués (article 4-1-a), tout en lui laissant la faculté de prévoir que les charges se rapportant à la participation ne sont pas déductibles du bénéfice imposable, sous réserve, en cas de détermination forfaitaire des frais de gestion, que le montant forfaitaire ne puisse excéder 5 % des bénéfices distribués. C'est ainsi que nous comprenons le commentaire de Romain Victor,

formulé lorsqu'il évoque la première façon d'envisager la QPFC (en tant que principe de taxation de la totalité des dividendes reçus) : « Mais on peut se demander si cette première lecture (qui donc repose sur l'idée d'une taxation de la totalité des dividendes reçus) est compatible avec le droit de l'Union européenne. On se souvient en effet que, même s'il est issu de textes législatifs antérieurs le régime des sociétés mères doit être regardé comme assurant la transposition des objectifs de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, puisqu'il n'a pas été modifié à la suite de l'intervention de cette directive (...). Or la directive prévoit que l'État de la société mère s'abstient d'imposer les bénéfices distribués ou, ce qui revient au même, les impose en faisant bénéficier la société mère d'un crédit d'impôt ». Mais, à vrai dire, on voit mal a priori en quoi l'éviction de la logique de taxation totale au profit d'une logique de taxation partielle, finalement choisie par le Conseil d'État, est de nature à garantir l'euro-compatibilité de l'approche. Le droit de l'Union européenne prescrit une absence de taxation, ce qui ne s'accommode pas mieux d'une taxation partielle. Cela étant dit, on se rappelle que la Cour de justice, dans sa décision *Groupe Steria SCA* précitée, a écrit : « Il résulte ainsi d'une réglementation d'un État membre telle que celle en cause au principal que les dividendes perçus par une société mère résidente faisant partie d'un groupe fiscal intégré, et qui ont été distribués par ses filiales appartenant au même groupe fiscal, sont entièrement déduits du bénéfice net de cette société mère et, partant, entièrement exonérés de l'impôt sur les sociétés dans cet État membre, alors que les dividendes perçus par ladite société mère de filiales n'appartenant pas audit groupe fiscal ne sont que partiellement exonérés de cet impôt, en raison de la réintégration de la quote-part de frais et charges dans le bénéfice de cette même société mère » (CJUE, 2^e ch., 2 sept. 2015, aff. C-386/14, *Groupe Steria SCA* : Dr. fisc. 2015, n° 38, act. 515, F. Laffaille ; Dr. fisc. 2015, n° 40, comm. 611, note M.-P. Hôo et C. Maignan, pt 18). L'exonération partielle mentionnée suppose donc, par définition, une taxation partielle à raison de la QPFC, qui sans doute justifie ici la solution adoptée, même si, dans cette affaire, la référence à la rémanence de taxe était uniquement utilisée aux fins de mise en évidence d'une inégalité de traitement dans le cadre d'un raisonnement portant sur la liberté d'établissement. En tout état de cause, le Conseil d'État a consenti à ouvrir la boîte de Pandora, et il lui appartient désormais de préciser les modalités de calcul de la fraction de la

QPFC de 5 % qui servira de base d'imputation aux crédits d'impôt correspondant aux impôts étrangers.

B. - Restitution de retenue à la source sur les revenus passifs de source française : applicabilité en présence d'une société étrangère ayant un résultat nul

73 - Par une décision *Brufinol SA* du 18 octobre 2022 (CE, 8^e et 3^e ch., 18 oct. 2022, n° 466329, *Sté Brufinol* : Dr. fisc. 2022, n° 45, comm. 387, concl. R. Victor), le Conseil d'État a dit pour droit que la restitution de la retenue à la source prévue à l'article 235 quater du CGI n'était pas limitée aux sociétés étrangères déficitaires, mais s'appliquait aux sociétés étrangères ayant un résultat nul.

74 - Cette décision concerne le recours pour excès de pouvoir formé par la société de droit luxembourgeois *Brufinol SA* à l'encontre du paragraphe 30 des commentaires administratifs publiés le 29 juin 2022 sous la référence BOI-RPPM-RCM-30-30-10-90, réitérant, dans sa première phrase, les dispositions du premier alinéa du 2^o du I de l'article 235 quater du CGI. Le recours a été introduit le 2 août 2022, dans les deux mois suivant la mise en ligne des commentaires, conformément à la logique du précédent *Sté Hasbro European Trading BV* (CE, sect., 13 mars 2020, n° 435634, *Sté Hasbro European Trading BV (HET BV)* : Lebon, p. 94 ; Dr. fisc. 2020, n° 15-16, comm. 225, concl. K. Ciavaldini, note S. Rudeaux ; RJF 5/2020, n° 487).

Pour rappel, ce texte prévoit un mécanisme de restitution temporaire de la retenue à la source prélevée par la France à raison du versement de revenus passifs de source française à des sociétés non-résidentes se trouvant en situation déficitaire. Les sommes ainsi restituées donnent lieu à l'établissement d'une nouvelle imposition, concomitamment placée en report. Certains événements, notamment le retour à une situation bénéficiaire, mettent fin au report et rendent définitivement exigibles les impositions concernées. Les commentaires administratifs attaqués précisent : « Conformément au 2^o du I de l'article 235 quater du CGI, le résultat fiscal de l'entité non résidente doit être déficitaire au titre de l'exercice au cours duquel les revenus et profits de source française sont perçus ». Pour la société requérante, cette doctrine, qui reprend à la lettre le texte législatif, n'est donc pas entachée d'incompétence. En revanche, elle réitère une disposition législative qui est, selon elle, incompatible avec le droit de l'Union européenne en tant qu'elle

inféode la restitution de la retenue à la source au caractère « déficitaire » de la société récipiendaire des sommes de source française. Il s'ensuit, selon la société requérante, que les sociétés étrangères ayant un **résultat nul** au titre de l'exercice de perception des revenus de source française (dans l'hypothèse d'un résultat bénéficiaire annulé par l'imputation de déficits reportables) ne saurait avoir droit à la restitution. Pour la société requérante, le législateur aurait dû ouvrir la possibilité de restitution à toutes les sociétés qui ne sont **pas bénéficiaires** (et qui donc, de ce fait, ne procèdent pas, dans leur État, à un décaissement d'impôt), au lieu de ne viser que les seules sociétés déficitaires, excluant, du même coup, les sociétés ayant, comme elle, un résultat nul. Une telle rédaction est, selon elle, contraire à la jurisprudence de la Cour de justice, qui ne s'était pas montrée aussi restrictive pour caractériser la contrariété avec le principe de libre circulation des capitaux. Ce recours donne donc l'occasion à la Haute Assemblée d'apporter de très utiles précisions sur-le-champ d'application de la restitution de la retenue à la source sur les revenus passifs de source française. Avant de voir la solution apportée, il y a lieu de revenir sur les principales étapes ayant conduit à l'adoption des dispositions de l'article 235 quater du CGI par le législateur fiscal à la faveur de la loi de finances pour 2020.

75 - Saga jurisprudentielle. – Pour correctement saisir les enjeux de l'affaire ici chroniquée, il faut repartir des affaires *Sofina SA*, *Rebelco SA* et *Sidor SA* jugées le 22 novembre 2018 par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 5^e ch., 22 nov. 2018, aff. C-575/17, *Sofina SA*, *Rebelco SA*, *Sidor SA* : Dr. fisc. 2019, n° 18-19, chron. 251, C. Acard ; RJF 2/2019, n° 230 – concl. Melchior Wathelet. – V. D. Gutmann, *Dividendes versés à des non-résidents : quel avenir pour les retenues à la source au sein de l'UE ?* : FR 54/2018, inf. 3). Des sociétés résidentes de Belgique avaient perçu des dividendes distribués par des sociétés françaises dans lesquelles elles détenaient des participations minoritaires inférieures au seuil de 5 %. Les dividendes, non-éligibles au régime issu de la directive sur les sociétés mères et filiales, avaient fait l'objet d'une retenue à la source en France au taux réduit de 15 %, conformément aux dispositions combinées du droit interne et de la convention franco-belge. Les sociétés belges, en situation de déficit (tant en application des règles fiscales belges que des règles françaises), contestaient leur assujettissement en France à une telle imposition, alors que des sociétés françaises déficitaires n'auraient été effective-

ment imposées sur ces dividendes qu'ultérieurement, une fois redevenues bénéficiaires, par le jeu de la minoration de leurs déficits reportables. Elles estimaient donc être victimes d'une différence de traitement contraire au principe européen de libre circulation des capitaux posé par les articles 63 et 65 du TFUE. Le différend avait été porté devant le Conseil d'État qui avait consenti à interroger la Cour de justice à titre préjudiciel (CE, 9^e et 10^e ch., 20 sept. 2017, n° 398666 et 398672, *Sté Rebelco*. – CE, 9^e et 10^e ch., 20 sept. 2017, n° 398674 et 398675, *Sté Sidro* : Dr. fisc. 2017, n° 50, comm. 583, concl. E. Bokdam-Tognetti, note A. de Waal ; RJF 12/ 2017, n° 1262), alors qu'il avait jugé, dans une décision de plénitude fiscale *Sté GBL Energy* du 9 mai 2012 rendue dans un contexte franco-luxembourgeois, que l'application de la retenue à la source dans ce type de situation – réduite à une simple différence de *technique d'imposition* – ne portait pas atteinte au principe de libre circulation des capitaux, en tant qu'elle ne concernait pas des situations objectivement comparables, sans alors déférer la question à la Cour de justice (CE, plén. fisc., 9 mai 2012, n° 342221 et 342222, *Sté GBL Energy* : Dr. fisc. 2013, n° 4, comm. 80, concl. L. Olléon, note G. Blanluet ; RJF 7/2012, n° 774, chron. É. Bokdam-Tognetti, p. 587 ; RJF 1/2013, n° 45). Il est vrai que la Haute Assemblée avait cru pouvoir mobiliser, à l'époque, la décision *Truck Center SA* rendue par la Cour de justice du 22 décembre 2008 (CJCE, 4^e ch., 22 déc. 2008, aff. C-282/07, *Truck Center* : Dr. fisc. 2009, n° 26, comm. 389 ; RJF 3/2009, n° 302 ; BDCF 3/2009, n° 40, concl. J. Kokott).

Entre-temps, toutefois, la Commission européenne elle-même avait apporté son écot à la contestation. À la suite d'une mise en demeure n° 2013/4244, le législateur français, dans le cadre de la loi de finances rectificative pour 2015, a ainsi instauré une exonération de retenue à la source, prévue à l'article 119 quinquies du CGI, pour les sociétés non-résidentes (résidentes d'un État membre de l'Union européenne ou d'un État ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales) déficitaires et faisant l'objet, dans leur État, d'une procédure collective. Mais la Commission a jugé cette avancée insuffisante, et, par un avis motivé du 17 mai 2017, a demandé à la France de supprimer la retenue à la source pour toutes les sociétés déficitaires résidentes d'autres États membres (*Commission européenne*, MEMO/17/1280). Ensuite, la jurisprudence de la Cour de justice elle-même sur l'analyse de comparabilité des situations a évolué, en particulier sur la question de la période de

référence à prendre en compte afin de mener l'analyse. Deux décisions de la Cour de justice avaient été rendues, *Miljoen* le 17 septembre 2015 (CJUE, 3^e ch., 17 sept. 2015, aff. C-10/14, *JBGT Miljoen*, aff. C-14/14, X et C-17/14, *Sté Générale SA*, pt 51 : Dr. fisc. 2015, n° 45, comm. 664, note A. de Waal et *Pensioenfonds Metaal en Techniek (PMT)* le 2 juin 2016. – CJUE, 1^{re} ch., 2 juin 2016, aff. C-252/14, *Pensioenfonds Metaal en Techniek (PMT)*, pt 37 : Dr. fisc. 2016, n° 23, act. 366 ; Dr. fisc. 2016, n° 30-35, chron. 438, L. Bernardeau, O. Peiffert et F. Schmied), dont il ressortait en substance que l'appréciation de l'existence d'un éventuel traitement fiscal désavantageux des revenus versés à des non-résidents devait être effectuée sur la base de la période prise en compte pour l'imposition des résidents. Sous cette considération, la question du désavantage en termes de trésorerie, induite par l'application de la retenue à la source aux seules sociétés non résidentes, se posait donc avec une acuité renouvelée : simple inconvénient non discriminatoire consubstantiellement lié à des techniques d'imposition différentes dans une perspective pluriannuelle, mais conduisant *in fine* à un résultat identique dans les deux situations, à savoir un décaissement d'impôt, il mutait en véritable préjudice au détriment des sociétés non-résidentes si l'on devait resserrer la focale sur le seul exercice de perception des dividendes.

76 - C'est donc ce changement de contexte qui a conduit la Haute Juridiction administrative à saisir à l'époque la Cour de justice, à la faveur des affaires *Sofina SA*, *Rebelco SA* et *Sidor SA*, de la question de savoir si le désavantage de trésorerie résultant de l'application d'une retenue à la source aux dividendes versés aux sociétés non-résidentes déficitaires, alors que les sociétés résidentes déficitaires ne sont imposées sur le montant des dividendes qu'elles perçoivent que lors de l'exercice au titre duquel elles redeviennent le cas échéant bénéficiaires, constituait par lui-même une différence de traitement caractérisant une restriction à la liberté de circulation des capitaux, la question se posant de façon particulièrement prégnante dans le cas limite où la société récipiendaire cesse son activité sans jamais redevenir bénéficiaire, une société résidente placée dans cette situation n'étant pas effectivement imposée sur les dividendes perçus.

Dans sa décision du 22 novembre 2018, la Cour de justice a dit pour droit que « Les articles 63 et 65 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle les divi-

dendes distribués par une société résidente font l'objet d'une retenue à la source lorsqu'ils sont perçus par une société non-résidente, alors que, lorsqu'ils sont perçus par une société résidente, leur imposition selon le régime de droit commun de l'impôt sur les sociétés ne se réalise à la fin de l'exercice au cours duquel ils ont été perçus qu'à la condition que le résultat de cette société ait été bénéficiaire durant cet exercice, une telle imposition pouvant, le cas échéant, ne jamais intervenir si ladite société cesse ses activités sans avoir atteint un résultat bénéficiaire depuis la perception de ces dividendes ». Ainsi, les juges de Luxembourg énoncent clairement que, dans le cadre d'une analyse de comparabilité circonscrite à l'exercice de perception des dividendes, le prélèvement en tout état de cause d'une retenue à la source sur les dividendes versés à des non-résidents s'avère incompatible avec le droit de l'Union européenne dès lors que les dividendes perçus par une société résidente ne sont imposés qu'à la condition que son résultat soit bénéficiaire au titre de l'exercice de perception.

77 - Logiquement, le Conseil d'État, abjurant sa décision *Sté GBL Energy* de 2012, en a tiré toutes les conséquences, par une décision du 27 février 2019, en jugeant que « le droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'en application des dispositions du 2 de l'article 119 bis du Code général des impôts, une retenue à la source soit prélevée sur les dividendes perçus par une société non-résidente qui se trouve, au regard de la législation de son État de résidence, en situation déficitaire » (*CE, 9^e et 10^e ch., 27 févr. 2019, n° 398662, 398663, 398666, 398672, 398674 et 398675, Sté Sofina et a., pt 3 : JurisData n° 2019-002761 ; Lebon T., p. 692 ; Dr. fisc. 2019, n° 26, comm. 311, concl. E. Bokdam-Tognetti, note A. Maitrot de la Motte ; RJF 5/2019, n° 441*). Par la suite, il a jugé que la retenue à la source prélevée sur des dividendes versés à des sociétés non-résidentes déficitaires devait leur être restituée (*CE, 9^e et 10^e ch., 5 nov. 2021, n° 433212, min. c/ Sté Filux : Dr. fisc. 2022, n° 16, comm. 199, concl. É. Bokdam-Tognetti ; RJF 1/2022, n° 28*).

De même, c'est à la suite de cette décision que le législateur français a mis en place le dispositif codifié à l'article 235 quater du CGI, à la faveur de la loi de finances pour 2020 (*L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019, art. 42, I, 3^e et II : Dr. fisc. 2020, n° 1, comm. 16, note F. Pezet*), instituant une mécanique de restitution de la retenue à la source sur les revenus versés à des entités non-résidentes déficitaires, assorti d'une imposition mise en report jusqu'à un éventuel retour à meilleure fortune, sous réserve que soit rempli un certain nombre de conditions

notamment déclaratives. Le dispositif, applicable à compter du 1^{er} janvier 2020, couvre l'ensemble des revenus passifs de source française frappés d'un prélèvement à la source (revenus visés aux articles 119 bis, 182 A bis, 182 B, 244 bis, 244 bis A et 244 bis B du CGI) et autorise la restitution de celui-ci, sur demande et sous certaines conditions. Le 2^o du I de l'article 235 quater précise, s'agissant de la société non-résidente : « Son résultat fiscal, calculé selon les règles applicables dans l'État ou le territoire où est situé son siège ou son établissement stable, est déficitaire au titre de l'exercice au cours duquel les revenus et profits mentionnés au premier alinéa du présent I sont, selon le cas, perçus ou réalisés. / Le résultat déficitaire est calculé en tenant compte des revenus et profits dont l'imposition fait l'objet d'une demande de restitution au titre de cet exercice et des revenus et profits mentionnés au même premier alinéa ayant ouvert droit à une restitution au titre d'exercices antérieurs, lorsque le report d'imposition mentionné au II est toujours en cours ».

78 - Lecture neutralisante du texte. – Alors que tout à la fois le Conseil d'État en 2019 et le législateur en 2020 avaient limité la possibilité d'obtenir la restitution des retenues à la source aux seules sociétés non-résidentes déficitaires, la question était donc posée, en pratique, de la possibilité pour une société non-résidente dont le résultat était nul (par le jeu de l'imputation de déficits antérieurs) de se prévaloir de la jurisprudence européenne. De fait, une société dont le résultat est nul n'est par définition pas davantage redevable d'une imposition dans son État de résidence qu'une société dont le résultat est déficitaire. Le désavantage de trésorerie subi du fait de la retenue à la source n'en est donc pas moins grave qu'en présence d'une société en situation de déficit par rapport à la situation domestique de référence : la société résidente ne subira concrètement aucune imposition, que son résultat soit strictement déficitaire, ou nul. Et, on l'a vu, force est d'admettre que **la Cour de justice, dans sa décision de 2018, n'avait pas fait référence au caractère déficitaire de la société récipiendaire des dividendes**, se contentant de stigmatiser la différence de traitement par rapport aux sociétés résidentes dont l'imposition ne se réalise qu'à la condition que le résultat de cette société ait été bénéficiaire durant l'exercice de perception des revenus, ce qui permet, *a contrario*, d'accueillir tout autant les sociétés dont le résultat est inférieur à zéro que celles dont le résultat est égal à zéro. Pourtant, sur le terrain, l'administration – plus précisément la direction des non-résidents en charge

d'instruire les demandes de restitution de retenue à la source – avait refusé de faire droit à de telles demandes lorsqu'elles émanaient de sociétés étrangères dont le résultat était nul. Le service se fondait sur une interprétation stricte de la notion de société « déficitaire », d'ailleurs retenue par la cour de Versailles (*CAA Versailles, 7^e ch., 12 mars 2020, SA Sofina, n° 19VE00937, pt 6*), à laquelle avait été renvoyée l'affaire *Sofina*, à la suite de l'arrêt du Conseil d'État du 27 février 2019. C'est donc dans ce contexte que la société Brufinol, qui avait essuyé, de la part de la direction des non-résidents, un refus de restitution de retenue à la source sur des dividendes de source française qui lui avaient été distribués, a décidé d'attaquer les dispositions du BOFiP réitérant les dispositions du premier alinéa du 2^o du I de l'article 235 quater du CGI.

79 - Dans sa décision du 18 octobre 2022, rendue aux conclusions de Romain Victor, la Haute Assemblée va rejeter le recours de la société Brufinol, mais sur la base d'une lecture neutralisante des dispositions du texte national, qui lui donne raison sur le fond. Ainsi, au point 3 de la décision, le Conseil d'État dit pour droit : « En vertu de ces dispositions du 2^o du I de l'article 235 quater, le résultat fiscal d'une société non-résidente est déterminé en tenant compte des revenus et profits ayant supporté une retenue ou un prélèvement à la source, que la législation du pays dans lequel cette société est établie inclue ou non ces revenus ou profits dans l'assiette de l'impôt, à hauteur des seuls montants dont l'intégration conduit à constater chez cette société un résultat négatif ou nul, après déduction d'éventuels déficits antérieurs effectivement imputés si la législation du pays l'autorise et après prise en compte des éventuels revenus ou profits ayant ouvert droit, au cours de la même période de report d'imposition, à une restitution de retenue ou de prélèvement à la source au titre d'exercices antérieurs. **La société non-résidente dont le résultat, ainsi déterminé, est négatif ou nul est fondée à demander la restitution de la retenue ou du prélèvement à la source à concurrence des sommes retenues ou prélevées sur les revenus ou profits devant être réintégrés** ».

80 - La lecture des conclusions de Romain Victor permet de comprendre la solution apportée, dont on admettra d'emblée qu'elle n'allait pas de soi, au regard de la lettre même du texte critiqué. Le rapporteur public, pour expliciter le mécanisme de restitution de l'article 235 quater du CGI, prend pour exemple trois situations susceptibles de se présenter, distinguant (i) le cas où le montant des dividendes de

source française est inférieur au montant du déficit étranger avant prise en compte desdits dividendes, (ii) le cas où le montant des dividendes de source française est supérieur au montant du déficit étranger avant prise en compte desdits dividendes, et (iii) le cas où le montant des dividendes de source française est strictement égal au montant du déficit étranger avant prise en compte desdits dividendes. Dans le premier cas, la société non-résidente demeure strictement déficitaire, et possède un droit à restitution de la retenue à la source française, calculée sur l'intégralité du montant du dividende, ce qui apparaît évident. Les deux autres cas sont plus intéressants, car ils renvoient à une situation où la société bénéficiaire dégage un résultat (après prise en compte des dividendes de source française) positif dans le deuxième cas, et strictement égal à zéro dans le troisième cas. Et Romain Victor explique, exemple chiffré à l'appui, que dans le troisième cas, la société non-résidente aura tout de même droit à une restitution intégrale, et que dans le deuxième cas, elle aura droit à une restitution partielle, contrepartie de ce que la France n'aura le droit de taxer les dividendes qu'à hauteur de leur fraction rendant la société bénéficiaire : si la société dégage un résultat fiscal de référence de - 70 000 €, et perçoit des dividendes de source française pour un montant de 100 000 €, ayant pour effet de rendre son résultat ainsi retraité bénéficiaire à hauteur de 30 000 €, elle conservera un droit à restitution de la retenue à la source calculé sur une base de 70 000 € (soit 25 % × 70 000 €). Sans doute cet exemple est-il le plus topique, puisqu'au fond, il met en exergue le fait que, nonobstant l'existence d'un résultat fiscal retraité bénéficiaire, la société conserve néanmoins le droit à une restitution d'une fraction de la retenue à la source. D'ailleurs, Romain Victor précise que la société non-résidente « ne doit être soumise à la retenue à la source sur les dividendes de source française que dans la limite de son bénéfice net, ce qui est une autre manière de dire qu'elle a droit à une restitution partielle, limitée à la retenue à la source appliquée aux dividendes ayant pour effet de ramener son déficit étranger à zéro ». On aura remarqué au passage que cette inversion de perspective peut être féconde si l'on en revient à la lettre du texte qui ne vise que les sociétés déficitaires : au fond, un déficit peut être « positif » ou nul, tout comme, symétriquement, un bénéfice. Sous ces considérations, Romain Victor en conclut que les dispositions de l'article 235 quater « ainsi interprétées », ne sont pas incompatibles avec le principe de libre circulation des capitaux. Le rapporteur public, d'ailleurs, poursuit sa démonstration en

avançant que la doctrine administrative attaquée fournissait elle-même les éléments de réponse, notamment au travers de l'exemple chiffré donné au paragraphe 60 du BOFiP contesté, libellé de la façon suivante : « Une société non-résidente perçoit des revenus de source française d'un montant de 100 000 € sur lesquels est prélevée une retenue à la source de 25 000 €. Le résultat fiscal de la société est de - 70 000 €. Les revenus de source française ne sont pas inclus dans ce résultat car exonérés dans l'État de résidence. Après retraitement, le résultat fiscal de cette société est de + 30 000 €. Elle pourra dès lors déposer une demande de restitution temporaire, sous réserve du respect des autres conditions, pour la somme de $(100\,000 - 30\,000) \times 25\%$ soit 17 500 € ». Romain Victor en tire pour conséquence qu'« On voit dans ce cas de figure que la restitution est envisagée pour un résultat bénéficiaire, pour la fraction des revenus et profits de source française ayant supporté une retenue ou un prélèvement à la source dont la prise en compte dans le résultat fiscal de la société non-résidente conduit à porter ce résultat à zéro ».

81 - Nous ne sommes toutefois pas certain que cet exemple issu du BOFiP puisse permettre de conclure que le principe de restitution de la retenue à la source de l'article 235 quater du CGI s'appliquant aux sociétés dont le résultat est égal à zéro s'impose avec la force de l'évidence. En effet, le BOFiP litigieux est construit sur la base de l'architecture suivante : « I. Conditions à remplir par l'entité non-résidente A. Lieu de situation B. Résultat fiscal déficitaire 1. Résultat fiscal de référence 2. Retraitement des revenus et profits non inclus ». Et l'exemple précité est compris dans le 2 du B du I (« Retraitement des revenus et profits non inclus »), qui précise que, dans l'hypothèse où les revenus de source française soumis à retenue à la source ne sont pas compris dans le résultat fiscal déterminé selon les règles de l'État de la société bénéficiaire, ils doivent y être ajoutés (de même que les revenus non inclus au titre d'exercices antérieurs et ayant ouvert droit à restitution lorsque le report d'imposition est toujours en cours) aux fins d'appréciation du caractère déficitaire de la société non-résidente. Ce retraitement du résultat fiscal de référence - justifié selon nous, en théorie, compte tenu de l'objectif du texte - vise à couvrir les cas où l'État de résidence de l'entité bénéficiaire ne prévoit pas, dans son système fiscal interne, de taxation des revenus. Toutefois, les développements du BOFiP relatifs au résultat fiscal de référence (compris dans le 1 du B du I) ne font que préciser, au premier alinéa, que « Conformément au 2° du I de l'article 235 quater du CGI, le résultat fiscal de l'entité non

résidente doit être déficitaire au titre de l'exercice au cours duquel les revenus et profits de source française sont perçus », et au deuxième alinéa, que « Le résultat déficitaire s'entend de celui calculé selon les règles fiscales applicables dans l'État ou le territoire où est situé le siège ou l'établissement stable » (BOI-RPPM-RCM-30-30-10-90, 29 juin 2022, § 30). Or, il nous semble que, précisément, le point nodal du litige se situait à ce niveau, en amont du retraitement éventuel des revenus de source française. Le véritable exemple topique aurait été le suivant : une société non-résidente perçoit des revenus de source française d'un montant de 100 000 € sur lesquels est prélevée une retenue à la source de 25 000 €. Le résultat fiscal de la société est de 100 000 € (en prenant pour hypothèse que l'État taxe les dividendes de source étrangère et qu'il n'y a pas d'autres revenus) avant imputation des déficits reportables selon les règles de droit commun en vigueur dans son État de résidence, et ramené à zéro à la suite de l'imputation des déficits en question. Et il est patent qu'à aucun endroit, la doctrine administrative ne mentionne explicitement le cas de l'annulation du résultat de référence par le jeu des règles de droit commun de report en avant des déficits telles qu'elles s'appliquent dans l'État concerné. Tout au plus l'exemple, qui met en exergue le fait qu'une restitution partielle puisse trouver à s'appliquer en présence d'un résultat fiscal (retraité) positif, doit conduire à admettre que la possibilité d'une restitution (intégrale) est donc *a fortiori* vraie en présence d'un résultat égal à zéro.

En réalité, la seule ligne conductrice est celle mise en exergue par Romain Victor au début de sa démonstration d'explicitation du mécanisme de restitution : « On ne le comprend bien, au fond, que si l'on garde en permanence à l'esprit l'objectif poursuivi par l'article 235 quater, dans son volet restitution, qui est de parvenir à une égalité de traitement de sociétés résidentes et non-résidentes ». Mais force est d'admettre que, sur la base d'une lecture littérale du texte de l'article 235 quater, la restitution semble inféodée à l'existence d'un résultat fiscal de référence déficitaire. Si la société Brufinol voit sa requête rejetée, elle gagne néanmoins sur le fond, puisque le Conseil d'État délivre une interprétation du texte conforme à la sienne. En tout état de cause, le ministre, se désolidarisant de la position du service des non-résidents, lui avait accordé en cours d'instance devant le tribunal administratif de Montreuil la restitution de retenue à la source qu'elle sollicitait. Nous comprenons toutefois que la société Sofina aura connu un sort moins favorable, puisque la décision de la cour administrative d'appel de Versailles précitée du 12 mars 2020, qu'elle a

déférée au Conseil d'État, a fait l'objet d'une décision de non-admission de la part de la Haute Assemblée en date du 26 mai 2021 (*CE (na), 9^e ch., 26 mai 2021, n° 441806, Sté Sofina*). Il ne lui reste sans doute, à ce stade, que le recours à la Commission européenne pour faire valoir ses droits.

82 - Fin de la saga jurisprudentielle ? – Cette décision *Brufinol* du 18 octobre 2022 marque-t-elle la fin d'une longue saga jurisprudentielle commencée il y a plus de dix ans avec la décision *Sté GBL Energy*? Un

point nous semble encore fragile au regard de l'euro-compatibilité du dispositif, s'agissant, précisément, du retraitement des revenus de source française aux fins d'appréciation du caractère déficitaire du résultat de l'entité récipiendaire des revenus. Le principe du retraitement est commandé par le fait que certains États ne taxent pas les revenus dans leur système fiscal. Il doit s'ensuivre, en toute logique, et en théorie (ce n'est pas nécessairement le cas de tous), qu'ils ne permettent pas, par symétrie, la déduction de l'ensemble des charges

liées à ces revenus. Dans ces conditions, la recherche de l'égalité de traitement avec les sociétés non-résidentes devrait, selon nous, commander la prise en compte de toutes les charges liées à la perception des revenus de source française. Sous cette considération, le mécanisme pourrait s'avérer davantage euro-compatible. Sauf à ce qu'il puisse être considéré que le principe même du retraitement des revenus de source française aux fins d'appréciation du caractère déficitaire de l'entité récipiendaire pose *in se* question au regard du droit de l'Union européenne.