

DIVIDENDES - INTÉRÊTS REDEVANCES

Chronique d'actualité



Jérôme ARDOUIN
Avocat, EY Société d'Avocats



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



Thomas PERROT
Avocat associé, Skadden, Arps, Slate,
Meagher & Flom LLP



Nicolas VERGNET
Maître de conférences en droit public
à l'Université Paris Panthéon-Assas

Questions générales

> **Crédits d'impôt étranger non utilisés du fait de la situation déficitaire de la société française - Report sur les exercices suivants (non)** - Le Conseil d'État juge que les crédits d'impôt conventionnels qui n'auraient pas pu être consommés du fait de la situation déficitaire de la société française titulaire de revenus de source étrangère ayant supporté un impôt étranger ne sont pas reportables sur les exercices suivants. Selon le Conseil d'État, ce caractère reportable ne peut pas être déduit de l'esprit de la convention lorsque sa lettre ne le prévoit pas. Il considère également que cette absence de report ne méconnaît ni le droit de l'Union européenne, ni la Convention EDH (V. § 1).

Dividendes et autres revenus distribués

> **Dividendes entrants - Retenue à la source supportée indûment à l'étranger - Déduction des revenus imposables en France** - Le Conseil d'État accepte, sur le fondement de l'article 122 du CGI, la déduction des impôts payés à l'étranger sur les revenus des valeurs mobilières

émises hors de France, quand bien même l'impôt étranger aurait été prélevé en méconnaissance d'une convention fiscale bilatérale. Cette solution avait déjà été retenue en matière d'IS dans la jurisprudence *Éts Soulès* du 20 novembre 2002, sur le fondement de l'article 39, 1, 4° du CGI. Le Conseil d'État subordonne cette déduction à la condition que la convention fiscale ne comporte pas de stipulation s'opposant clairement à cette déduction (V. § 28).

> **Précompte mobilier - Étendue du droit à restitution** - À la suite de l'arrêt de la CJUE du 12 mai 2022 concluant à l'incompatibilité du précompte mobilier avec la directive mère-fille, le Conseil d'État précise le droit à restitution dont bénéficient les sociétés concernées en fonction des imputations portées sur leurs déclaration de précompte ainsi qu'à l'égard des distributions qu'elles ont reçues de filiales non européennes (V. § 40).

...

- > **Dividendes sortants - Retenue à la source (CGI, art. 119 bis, 2)** - L'administration apporte des précisions à diverses questions portant sur l'application de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis du CGI par les établissements bancaires s'agissant, d'une part, des opérations entrant dans le champ d'application de la retenue à la source, et d'autre part, lorsqu'elles sont conclues avec des non-résidents, des opérations d'acquisition temporaire d'actions françaises ou des opérations sur dérivés dont le sous-jacent comporte des actions françaises (V. § 48).
- > S'appuyant sur la documentation produite par une société d'assurance vie de droit italien qui s'était

acquittée de la retenue à la source du 2 de l'article 119 bis du CGI sur des dividendes provenant de sociétés françaises, la CAA de Versailles juge que cette société démontre que les produits financiers qu'elle perçoit sont réinvestis dans les contrats, moyennant une commission de gestion variable selon les contrats, et qu'étant soumise à des exigences similaires à celles des sociétés d'assurance vie françaises, elle doit également constituer des provisions techniques complémentaires à hauteur des dividendes perçus. La cour constate ainsi une différence de traitement fiscal défavorable qui n'est justifiée par aucune raison impérieuse d'intérêt général et prononce donc la décharge de la retenue à la source (V. § 50).

Questions générales

1. Revenus passifs - Crédits d'impôt étranger non utilisés du fait de la situation déficitaire de la société française - Report sur les exercices suivants (non) - Le Conseil d'État juge que les crédits d'impôt conventionnels qui n'auraient pas pu être consommés du fait de la situation déficitaire de la société française titulaire de revenus de source étrangère ayant supporté un impôt étranger ne sont pas reportables sur les exercices suivants. Selon le Conseil d'État, ce caractère reportable ne peut pas être déduit de l'esprit de la convention lorsque sa lettre ne le prévoit pas. Il considère également que cette absence de report ne méconnaît ni le droit de l'Union européenne, ni la Convention EDH.

CE, 8^e et 3^e ch., 8 mars 2023, n° 456349, SA Natixis, concl. R. Victor : Lebon T. (V. annexe 1)

2. L'arrêt rendu le 8 mars 2023 par le Conseil d'État dans l'affaire *Natixis* s'inscrit dans une longue séquence contentieuse au cours de laquelle des sociétés ont recherché une possibilité d'utiliser les crédits d'impôt étranger attachés à des revenus perçus en période déficitaire, soit en sollicitant leur remboursement¹, soit en demandant, comme dans l'affaire commentée, leur report en avant afin de pouvoir les imputer sur l'impôt dû au titre de l'exercice où la société redevient bénéficiaire. Et sans doute cet arrêt marque-t-il la fin de cette séquence, tous les arguments semblant avoir été essayés, en vain.

1 V. par ex. CE, 27 juin 2016, n° 388984, SA Faurecia : RJF 2016, n° 871, concl. E. Crépey et CE, 8^e ch., 13 déc. 2019, n° 430523, SA Faurecia : FI 2-2020, n° 4, § 44 sur une question prioritaire de constitutionnalité.

3. Au cas d'espèce, les sociétés membres du groupe fiscal intégré constitué par la société Natixis avaient reçu au cours des exercices 2008 à 2011 des dividendes, intérêts et redevances provenant de plusieurs pays étrangers sur lesquels avaient été prélevées des retenues à la source². Toutefois, les crédits d'impôt auxquels ces retenues à la source ouvraient droit en vertu des différentes conventions fiscales applicables n'ont pas pu être imputés sur l'impôt dû par la société mère, le résultat d'ensemble étant déficitaire. Le groupe étant redevenu bénéficiaire en 2012, la société tête de groupe a demandé par voie de réclamation le remboursement de l'impôt sur les sociétés acquitté au titre de l'exercice 2012 au motif qu'elle aurait dû pouvoir reporter et imputer sur sa cotisation d'impôt les crédits d'impôt conventionnels non imputés précédemment.

À la suite du refus implicite de l'administration, la société a saisi sans succès le Tribunal administratif de Montreuil puis la Cour administrative d'appel de Versailles³ avant de former un pourvoi en cassation.

4. Par sa décision, qui sera mentionnée aux tables du recueil Lebon, le Conseil d'État considère que, à défaut de mention spécifique en ce sens et en l'absence de double imposition juridique subie par la requérante, les conventions bilatérales ne peuvent pas être interprétées comme permettant le report des crédits d'impôt conventionnels afférents à des revenus perçus au cours d'un exercice déficitaire. Il retient aussi que cette absence de possibilité de report n'est contraire ni à la libre circulation des capitaux, ni au droit à la protection des biens garanti par la Convention européenne des droits de l'homme.

2 Il s'agissait des pays suivants : Argentine, Australie, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Corée du Sud, Italie, Japon, Maroc, Nouvelle-Zélande, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, Turquie.

3 TA Montreuil, 21 mars 2019, n° 1707163, SA Natixis. - CAA Versailles, 6 juill. 2021, n° 19VE01921, SA Natixis : FI 4-2021, n° 5, § 3 ; T. Pons, Le report d'imputation des crédits d'impôt d'origine étrangère sur l'IS en période déficitaire : FI 4-2021, n° 5.1.

♦ **Ni le droit interne, ni les conventions fiscales ne prévoient le report des crédits d'impôt étranger**

5. Droit interne - Dans sa décision, le Conseil d'État relève qu'aucune disposition de droit interne, y compris l'article 220 du CGI, ne prévoit « *qu'une société résidente de France qui n'aurait pu, en raison de sa situation déficitaire, imputer sur l'impôt dû en France au titre de l'exercice au cours duquel elle perçoit des revenus de source étrangère le crédit d'impôt conventionnel, correspondant à l'impôt acquitté à l'étranger à raison de ces revenus, puisse l'imputer sur l'impôt dû au titre d'un exercice ultérieur* ». Le Conseil d'État confirme ainsi explicitement sa décision BPCE de 2017⁴ dans laquelle il avait considéré implicitement, mais nécessairement, que l'article 220 du CGI ne prévoyait pas le report en avant des crédits d'impôt non imputables avant de transmettre au Conseil constitutionnel la question de savoir si cet article, à défaut de prévoir un tel report, méconnaissait les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques et le droit de propriété.

6. La prémisse à cette position est qu'il résulte de l'article 220 que le crédit d'impôt conventionnel doit être imputé sur l'impôt dû au titre de l'exercice de perception du revenu correspondant. Cette interprétation, retenue dès l'arrêt BPCE dans lequel il est énoncé que « *l'imputation des retenues à la source que ces dispositions prévoient s'opère sur l'impôt sur les sociétés dû au titre de l'exercice de perception des revenus* », ne découle pas du texte même de l'article 220 qui se limite à prévoir que le crédit d'impôt est imputé sur le montant de l'impôt à la charge de l'entreprise, dans la limite du butoir⁵.

7. À cet égard, aurait pu être envisagée une autre interprétation, plus constructive, consistant à considérer que le crédit d'impôt doit être imputé sur l'impôt sur les sociétés dû au titre de l'exercice au cours duquel ce revenu est effectivement imposé. En effet, dans l'affaire GBL Energy dans laquelle une société étrangère, déficitaire, invoquait l'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne des retenues à la source prélevées sur les dividendes versés par une société française, le Conseil d'État avait considéré qu'« *aucune disposition du droit interne français ne [prévoyant] une exonération des dividendes reçus par une société résidente lorsque ses résultats sont déficitaires [...] ces dividendes sont effectivement compris dans le résultat de cette société et viennent en diminution du déficit reportable et lorsque le résultat de cette société redevient bénéficiaire, la diminution de ce déficit reportable implique que ces dividendes seront effectivement imposés à l'impôt sur les sociétés au titre d'une année*

ultérieure au taux de droit commun alors applicable »⁶. Suivant la même logique, dans le cas de flux entrants, les revenus de source étrangère sont compris dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice de leur perception, viennent en diminution de son déficit reportable et seront effectivement imposés à l'impôt sur les sociétés au titre d'une année ultérieure, lorsque la société redeviendra bénéficiaire. Selon cette lecture que l'on retrouve sous la plume de la rapporteure publique Emilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sous la décision BPCE précitée, « *il ne s'agirait pas d'un report de crédit d'impôt non (ou incomplètement) utilisé, mais d'une naissance différée du droit d'imputation* ». Pour autant la rapporteure publique invitait déjà le Conseil d'État à ne pas retenir cette approche au motif notamment que l'assiette de l'impôt de l'exercice bénéficiaire est constituée des revenus de cette année alors que les revenus ayant donné lieu au crédit d'impôt ne sont pas véritablement compris dans cette assiette : « *ils ont été pris en compte lors du calcul du bénéfice d'une année antérieure et fondus dans un résultat déficitaire qui, étant traité comme une charge de l'exercice, réduit le bénéfice imposable ultérieur* ».

8. Une fois écartée la possibilité que le report d'imputation des crédits d'impôt étranger puisse découler du droit interne, restait à savoir si un tel report pouvait être dégagé des conventions fiscales applicables au cas d'espèce.

9. Conventions internationales - Le Conseil d'État relève dans un premier temps que les stipulations des articles relatifs à l'élimination des doubles impositions des conventions fiscales en cause « *ne comportent [...] aucune stipulation prévoyant qu'une société résidente de France puisse imputer sur l'impôt dû au titre d'un exercice ultérieur le crédit d'impôt conventionnel correspondant à l'impôt acquitté à l'étranger qu'elle ne peut, en raison de sa situation déficitaire, imputer au titre de l'exercice au cours duquel elle perçoit les revenus y ouvrant droit* ».

10. À défaut de prévoir expressément une imputation différée, ces stipulations doivent-elles être lues comme permettant le report en avant des crédits d'impôt qui n'ont pas pu être imputés du fait de la situation déficitaire de la société récipiendaire des revenus ? Il ressort des conclusions du rapporteur public Romain Victor (reproduites en annexe) que, selon la société, une telle lecture s'imposait dès lors qu'à défaut d'admettre un tel report, le prélèvement de la retenue à la source et l'imposition ultérieure de la société lorsqu'elle redevient bénéficiaire entraîneraient une double imposition juridique contraire à l'objet des conventions fiscales, à savoir éliminer les situations de double imposition⁷. Cette interprétation téléologique des stipulations conventionnelles proposée par la société était assez audacieuse au regard des commentaires de la convention modèle de l'OCDE qui se contentent de renvoyer aux États parties à une convention le soin de régler les problèmes découlant de la réalisation de

4 CE, 26 juin 2017, n° 406437, Sté BPCE : RJF 10/17 n° 942, concl. E. Bokdam-Tognetti C 942. - CC, 28 sept. 2017, n° 2017-654 QPC, Sté BPCE retenant la constitutionnalité de l'absence de report prévu par l'article 220.

5 CGI, art. 220 : « 1. a) Sur justifications, la retenue à la source à laquelle ont donné ouverture les revenus des capitaux mobiliers, visés aux articles 108 à 119, 238 septies B et 1678 bis, perçus par la société ou la personne morale est imputée sur le montant de l'impôt à sa charge en vertu du présent chapitre. / Toutefois, la déduction à opérer de ce chef ne peut excéder la fraction de ce dernier impôt correspondant au montant desdits revenus. / [...] b) En ce qui concerne les revenus de source étrangère visés aux articles 120 à 123, l'imputation est limitée au montant du crédit correspondant à l'impôt retenu à la source à l'étranger ou à la décote en tenant lieu, tel qu'il est prévu par les conventions internationales. [...] »

6 CE, plén. fisc., 9 mai 2012, n° 342221 et n° 342222, Sté GBL Energy : Dr. fisc. 2013, n° 4, comm. 80, concl. L. Olléon, note G. Blanluet ; RJF 2012 n° 774.

7 OCDE, Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, 2017, Introduction, § 1 et s.

pertes par le biais de leur législation interne ou d'une modification de l'article de la convention modèle, sans en faire une obligation pesant sur eux⁸.

11. L'argument est écarté par le Conseil d'État qui, suivant les conclusions de son rapporteur public, retient l'absence de double imposition juridique pour en déduire que « *la société requérante n'est pas fondée à soutenir que les stipulations des conventions fiscales bilatérales en cause, qui doivent être interprétées conformément au sens ordinaire à attribuer à leurs termes, dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but qu'elles poursuivent, devraient être lues, dans leur silence, comme prévoyant nécessairement le report des crédits d'impôt conventionnels non utilisés* ».

12. L'élément déterminant de la solution retenue est ainsi l'absence de double imposition juridique qui découle de la constatation par le Conseil d'État que « *les entreprises dont le résultat fiscal est déficitaire ne sont pas imposées en France au titre des revenus qu'elles perçoivent au cours de l'exercice concerné, sans qu'ait d'incidence à cet égard la circonstance que l'article 209 du code général des impôts prévoit, sous certaines conditions et limites, la possibilité que le déficit constaté au titre d'un exercice constitue une charge déductible du bénéfice d'un exercice ultérieur* ». Cette affirmation est utilement éclairée par les conclusions du rapporteur public qui déduit de l'article 36 du CGI que les produits perçus au cours d'un exercice déficitaire ne sont pas imposés :

« [...] on ne peut soutenir que, juridiquement, les revenus touchés par une société redevable de l'IS au cours d'un exercice déficitaire seraient imposés au titre d'un exercice bénéficiaire postérieur. Il faut en effet se rendre à l'idée que les produits touchés au cours d'un exercice déficitaire ne sont pas imposés et ne le seront jamais. L'article 36 du CGI, auquel renvoie le I de l'article 209 de ce code, énonce que sont seuls compris dans la base imposable les « *bénéfices obtenus pendant l'année de l'imposition* ». Les dividendes, les intérêts et les redevances perçus au cours d'un exercice, fût-il déficitaire, ne sont donc jamais compris dans la base imposable d'un exercice ultérieur, serait-il bénéficiaire. La loi fiscale consent seulement aux entreprises concernées le droit d'être moins imposées sur leurs revenus d'exercices bénéficiaires futurs, pour tenir compte des déficits passés, ce qui est différent. »

13. L'analyse retenue rejoint celle d'Emilie Bokdam-Tognetti, dans ses conclusions sous l'arrêt *BPCE* précédemment citées, selon laquelle les revenus correspondant au crédit d'impôt étranger sont pris en compte dans l'assiette de l'impôt de l'exercice de leur perception mais ne sont pas véritablement compris dans l'assiette de l'impôt de l'exercice bénéficiaire ultérieur, même par le biais du dispositif de report en avant des pertes.

14. Par ailleurs, il nous semble que c'est l'absence d'impôt dû dans l'État de résidence du bénéficiaire, résultant de la situation déficitaire de ce dernier, qui conduit le Conseil d'État

à exclure l'existence d'une double imposition et non l'existence d'un décalage entre la période d'imposition du revenu dans l'État de source et la période d'imposition du revenu dans l'État de résidence du bénéficiaire, même si ce dernier argument est avancé « *en tout état de cause* » par le rapporteur public pour justifier l'absence de double imposition juridique définie comme « *celle qu'une seule personne supporte à raison d'un même fait générateur ou pour une période identique* »⁹. Le cas des revenus perçus en situation déficitaire devrait ainsi être distingué de la question du décalage d'imposition entre l'État de source et l'État de résidence, ou « *timing mismatch* », pour laquelle les commentaires de la convention modèle OCDE prévoient l'obligation pour l'État de résidence d'accorder l'allègement de la double imposition « *même si l'État de source impose le revenu au cours d'une année antérieure ou postérieure* »¹⁰.

15. Quoiqu'il en soit, le Conseil d'État conclut ainsi que ni le droit interne, ni les conventions fiscales ne prévoient le report des crédits d'impôt étranger lorsque ceux-ci ne peuvent être imputés en raison d'une situation déficitaire. Anticipant cette issue et, sans doute un peu pour inciter les juges à retenir une interprétation neutralisante des textes, la société requérante arguait que cette absence de report prévu était contraire au droit de l'UE et à la Convention EDH.

♦ **Le fait que ni le droit interne, ni les conventions fiscales ne prévoient le report des crédits d'impôt étranger est-il contraire au droit de l'UE et à la Convention EDH ?**

16. La société se prévalait en cassation d'une contrariété au principe de libre circulation des capitaux et d'une contrariété au droit à la protection des biens garanti par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention EDH).

17. Sur l'absence de contrariété à la libre circulation des capitaux - Il ressort des conclusions du rapporteur public que, pour soutenir que l'absence de report des crédits d'impôt étranger prévu par le droit interne et les conventions fiscales était contraire à la libre circulation des capitaux, la société invoquait à la fois une différence de traitement constitutive d'une discrimination et une restriction.

18. Absence de discrimination - La discrimination serait constituée entre les sociétés françaises déficitaires percevant des revenus de source étrangère ouvrant droit au crédit d'impôt et les sociétés françaises percevant de tels revenus qui bénéficient d'une élimination effective et immédiate de la double imposition et seraient ainsi traitées plus favorablement.

⁸ Commentaires des articles 23 A et 23 B du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE, 2017, § 65 et 66.

⁹ V. pour une critique de cette définition de la double imposition juridique, B. Foucher et M. Lenègre, Quand le silence n'est pas d'or pour le contribuable, le cas du report en avant des crédits d'impôt : FR 18/23 n°1.

¹⁰ Commentaires des articles 23 A et 23 B du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE, 2017, § 32.8. Sur cette question, v. J. Salom in *Modèle de convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune* - commentaire : Éd. Francis Lefebvre, 2014, p. 705-707.

L'argument est toutefois rejeté par le Conseil d'État qui, après avoir rappelé la jurisprudence traditionnelle de la Cour de justice selon laquelle le droit de l'Union européenne ne prescrit pas de critères généraux pour la répartition des compétences entre les États membres s'agissant de l'élimination des doubles impositions à l'intérieur de l'Union et ne constituent pas des restrictions interdites les désavantages pouvant découler de l'exercice parallèle des compétences fiscales des différents États membres, pour autant qu'un tel exercice ne soit pas discriminatoire¹¹, considère que « la circonstance que l'imposition supportée à la source constitue une charge définitive pour une société résidente de France déficitaire tandis qu'elle donne lieu à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt sur les sociétés pour une société bénéficiaire ne saurait être regardée, compte tenu de la différence de situation entre ces deux sociétés au regard de l'existence d'une double imposition juridique, comme portant atteinte à la liberté de circulation des capitaux ».

Le Conseil d'État retient ainsi l'existence d'une différence de traitement mais estime que celle-ci est justifiée par une différence de situation entre sociétés bénéficiaires et sociétés déficitaires, ces dernières n'étant pas soumises à une double imposition juridique.

19. Cet élément de la décision appelle deux remarques. Premièrement, la décision semble s'écarter de la position retenue par le Conseil constitutionnel dans l'affaire *BPCE* pour écarter l'argument selon lequel l'article 220 méconnaîtrait le principe d'égalité devant la loi. En effet, celui-ci a considéré qu'« en interdisant de reporter sur un exercice ultérieur la retenue à la source de l'impôt sur le revenu ou un crédit d'impôt d'origine étrangère, les dispositions contestées traitent de la même manière toutes les sociétés, quels que soient leurs résultats »¹². En d'autres termes, le Conseil constitutionnel retenait l'absence de différence de traitement entre les sociétés en situation bénéficiaire et celles en situation déficitaire, là où le Conseil d'État justifie la différence de traitement par la différence de situation. Deuxièmement, pour caractériser une situation différente entre sociétés bénéficiaires et sociétés déficitaires, le Conseil d'État s'appuie sur le fait que les sociétés déficitaires ne sont pas soumises à une double imposition juridique, et donc sur l'analyse juridique qu'il a retenue pour apprécier l'existence ou non d'une double imposition dans le cadre des conventions fiscales. Or, pour déterminer l'existence ou non d'une différence de situation, n'aurait-il pas été nécessaire de retenir l'analyse économique de l'arrêt *GBL Energy* qui, pour reprendre les termes de Romain Victor, « se défend, surtout lorsque, comme les juges de Luxembourg, on s'attache à mesurer les effets concrets et potentiellement discriminatoires d'une législation nationale » ?

20. Sur l'absence de restriction - Au-delà de l'existence d'une discrimination et sans doute afin de contourner les difficultés à caractériser une différence de traitement ou situation

comparable, la société invoquait aussi une restriction à la libre circulation des capitaux tirée de ce que l'absence de report du crédit d'impôt en cas de situation déficitaire conduirait à privilégier l'investissement dans les sociétés françaises au détriment de l'investissement dans les sociétés étrangères. À cet égard, la Cour de justice a pu, en s'appuyant sur le fait que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne visait les « restrictions » aux échanges, se détacher dans certains cas de la notion de discrimination afin de cibler des mesures non discriminatoires mais susceptibles d'interdire, de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice d'une liberté fondamentale¹³. Toutefois, la possibilité d'identifier une restriction sans discrimination sur la seule base d'un traitement rendant moins attrayant l'exercice d'une liberté est généralement exclue en matière fiscale¹⁴. C'est peut-être ce qui explique la réponse du Conseil d'État qui se contente d'énoncer que « contrairement à ce qui est soutenu, n'est pas de nature à constituer une atteinte à cette liberté la circonstance qu'une société résidente de France déficitaire percevant des revenus de source étrangère serait exposée à un risque d'élimination imparfaite de la double imposition économique tandis qu'une même société percevant des revenus de source française ne le serait pas », là où le rapporteur public se bornait à relever que « le Conseil constitutionnel a écarté toute différence de traitement organisée par le droit interne » et que « toutes les sociétés résidentes déficitaires échappent à l'impôt en France. Elles sont donc traitées identiquement ».

21. Sur l'absence de contrariété au droit à la protection des biens garanti par la Convention EDH. - Dernière cartouche, la société invoquait le fait que l'absence de report des crédits d'impôt étranger résultant du droit interne et des conventions fiscales porterait atteinte au droit à la protection des biens garanti par l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

L'argument avait peu de chances de prospérer, la solution étant déjà engagée par la jurisprudence du Conseil d'État dans l'affaire *Faurecia* relative à une demande en remboursement de crédits d'impôt étranger non imputables du fait d'une situation déficitaire¹⁵. Dans cette décision, le Conseil d'État avait considéré que « dès lors que la société requérante ne disposait d'aucun droit à obtenir la restitution du montant des crédits d'impôts d'origine étrangère dont ses filiales étaient bénéficiaires, elle ne disposait d'aucune créance restituable pouvant être regardée comme un bien au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Sans surprise, la solution est transposée au cas d'espèce : « le crédit d'impôt conventionnel ne constitue pas un acompte sur le paiement au Trésor de l'impôt sur les sociétés, de sorte que la société Natixis,

11 CJCE, gde ch., 14 nov. 2006, C-513/04, Kerckhaert Morres. - CJCE, 16 juill. 2009, C-128/08, Jacques Damseaux. - CJUE, 10 févr. 2011, C-436/08, Haribo et C-437/08, Salinen.

12 CC, 28 sept. 2017, n° 2017-654 QPC, Sté BPCE, § 11.

13 CJCE, 31 mars 1993, C-19/92, Kraus, pt 32. - CJCE, 30 nov. 1995, C-55/94, Gebhard, pt 37. - CJUE, gde ch., 29 nov. 2011, C-371/10, National Grid Indus, pt 36 et jurisprudence citée.

14 V. J. Kokott, concl. 21 déc. 2011 ss CJUE, C-498/10, X, pt 28. - V. égal. G. Hogan, concl. 28 nov. 2019 ss CJUE, C-565/18, Société générale, pt 35.

15 CE, 27 juin 2016, n° 388984, SA Faurecia : RJF 2016, n° 871, concl. E. Crépey.

qui ne disposait en outre, conformément à ce qui a été dit aux points 4 et 6, d'aucun droit à obtenir le report du montant des crédits d'impôt d'origine étrangère dont elle et ses filiales étaient bénéficiaires, ne disposait d'aucune créance restituable pouvant être regardée comme un bien au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

◇ Contester la retenue à la source au lieu de rechercher le bénéfice du crédit d'impôt ?

22. À défaut de contrariété au droit de l'Union européenne ou à la Convention EDH de l'absence d'imputation d'un crédit d'impôt dans l'État de résidence de la société récipiendaire des revenus du fait de sa situation déficitaire, celle-ci pourrait-elle contester la retenue à la source prélevée dans l'État de source ? Dans ses conclusions, le rapporteur public Romain Victor note que « si la société Natixis entend contester le prélèvement d'un impôt sur une société déficitaire par l'État de la source du revenu, c'est alors la législation de l'État de la source qu'il lui appartient de critiquer, pas la législation française ».

En filigrane, est ainsi évoquée l'articulation entre les contentieux visant à obtenir en France, en tant qu'État de résidence, la restitution ou l'imputation différée du crédit d'impôt conventionnel et la jurisprudence *Sofina* de la Cour de justice de l'Union européenne dont il découlait que la France, en tant qu'État de source, ne pouvait pas prélever une retenue à la source sur un revenu perçu par une société étrangère déficitaire¹⁶ et qui a conduit le législateur français à instaurer un mécanisme de report des retenues et prélèvements à la source pour les sociétés étrangères en situation déficitaire, codifié à l'article 235 quater du CGI¹⁷.

Autrement dit, en cas de situation déficitaire d'une société française percevant un revenu étranger, celle-ci ne devrait-elle pas chercher à contester la retenue à la source prélevée à l'étranger plutôt que de chercher à bénéficier d'un crédit d'impôt en France ? Tout d'abord, une telle contestation n'est envisageable que lorsque l'État de source est membre de l'Union européenne, condition remplie au cas d'espèce et à l'époque des prélèvements par seulement 4 pays sur les 15 visés. Ensuite, le succès d'un tel contentieux ne nous semble pas garanti dans l'hypothèse où, comme au cas d'espèce, les sociétés récipiendaires des revenus étrangers sont membres d'un groupe fiscal intégré et que l'impossibilité d'imputer les crédits d'impôt étranger attachés à ces revenus résulte non pas de leur propre situation déficitaire mais de l'existence d'un déficit d'ensemble au niveau du groupe fiscal intégré.

16 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, *Sofina SA, Rebelco SA, Sidro SA*, concl. M. Wathelet : FI 1-2019, n° 2, § 14 ; FI 1-2019, n° 5, § 6 ; RJF 2019 n° 230.

17 L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 42 : FI 1-2020, n° 5, § 5 ; G. Blanluet, Revenus des sociétés étrangères déficitaires : nouveau dispositif, nouvelles questions : FI 1-2020, n° 01.. Les impositions concernées par ce dispositif sont les retenues à la source des articles 119 bis (dividendes), 182 A bis (rémunérations de prestations artistiques fournies ou utilisées en France) et 182 B et les prélèvements des articles 244 bis (profits immobiliers), 244 bis A du CGI (plus-values immobilières) et 244 bis B (plus-values de cession d'une participation substantielle).

◇ Un problème réel qui semble ne plus pouvoir être résolu que par la loi... ou la doctrine administrative

23. Si les arguments contentieux semblent avoir été épuisés, le problème économique demeure entier. Comme l'a rappelé le Professeur Blanluet, « à chaque fois qu'un crédit d'impôt tombe en non-valeur, en tout ou partie, pour une raison ou pour une autre, relativement à un revenu réimposé en France, le contribuable subit une double imposition, quelle qu'en soit la forme ou la manifestation, immédiatement ou à terme. Il la subit alors pourtant qu'elle devrait être effacée ou atténuée par l'effet de la convention applicable »¹⁸.

24. Certes, certains des arguments contentieux invoqués par la requérante n'étaient pas nécessairement susceptibles de résoudre le problème de l'absence d'utilisation du crédit d'impôt étranger en cas de situation déficitaire. Dans ses conclusions, le rapporteur public s'interroge ainsi sur les conséquences d'une éventuelle incompatibilité avec le droit de l'UE de l'absence de report résultant du silence du droit interne et des conventions internationales. Selon lui, le fait que la société requérante critique ces règles « en tant [qu'elles] ne prévoient pas une faculté de report des crédits d'impôt non imputés [...] pose inévitablement la question de savoir ce que le juge serait conduit à décider concrètement, s'il concluait à l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux ». Or, excluant la possibilité pour le juge de « créer, sans terme de comparaison en droit interne, un mécanisme complet de report des crédits d'impôt non imputés », celui-ci « en serait réduit à écarter le droit interne ou la convention bilatérale, mais il retomberait alors sur du vide ».

25. Il n'en reste pas moins que, à défaut de tirer du droit interne ou des conventions fiscales la possibilité en cas de situation déficitaire d'utiliser les crédits d'impôt étranger sur l'impôt dû au titre d'un exercice ultérieur à celui de la perception des revenus, ou d'obtenir la restitution de ces crédits d'impôt non imputables, le problème ne semble pouvoir être résolu que par une intervention législative, ou la doctrine administrative.

26. Concernant la **doctrine administrative**, celle-ci prévoit généralement que les crédits d'impôt conventionnels non imputés ne peuvent pas être reportés¹⁹. Rare aménagement relevé par le rapporteur public dans ses conclusions, les commentaires relatifs à la convention franco-sénégalaise précisent que les titulaires de crédits d'impôt afférents à des redevances de source sénégalaise peuvent majorer leurs déficits reportables des crédits d'impôt non imputés²⁰. Compte tenu de la fermeté de l'administration à combattre les demandes de report des crédits d'impôt étranger, il semble illusoire d'espérer une doctrine organisant un tel mécanisme.

18 G. Blanluet, Les crédits d'impôt d'origine étrangère, ces mal-aimés ; FI 3-2019, n° 01.

19 Pour la convention franco-algérienne : BOI-INT-CVB-DZA-60, 26 déc. 2014, § 180 ; pour la convention franco-allemande : BOI-INT-CVB-DEU-10-70, 26 déc. 2014, § 60, 120 et 140 ; pour la convention franco-italienne : BOI-INT-CVB-ITA-10-50, 23 sept. 2015, § 20, 50 et 110.

20 BOI-INT-CVB-SEN-30, 12 sept. 2012, § 100 : « si aucun impôt n'est acquitté au titre de l'exercice concerné, le crédit d'impôt reste pris en charge au titre de cet exercice, mais peut venir augmenter, à due concurrence, le report déficitaire du ou des exercices ultérieurs ».

27. Concernant le **législateur**, des initiatives passées sont restées lettre morte. Ainsi, lors de l'examen du projet de loi de finances pour 2011, le Sénat avait adopté avec l'avis favorable du Gouvernement un amendement de sa Commission des finances qui modifiait l'article 220, 1, a du CGI afin de permettre l'imputation des crédits d'impôt pendant trois exercices puis, le cas échéant, leur déduction de l'assiette de l'impôt sur les sociétés²¹. Toutefois, cette modification avait été supprimée lors de l'examen du texte par la Commission mixte paritaire. Plus récemment, lors de l'examen du projet de deuxième loi de finances rectificative pour 2017 devant l'Assemblée nationale, la députée Bénédicte Peyrol avait déposé un amendement permettant le report des crédits d'impôt conventionnels pendant deux ans mais l'a retiré, à la demande du Gouvernement, compte tenu de l'impact budgétaire de la mesure estimée à 150 M€²².

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, la situation budgétaire actuelle ne permet malheureusement pas d'espérer une réponse législative favorable dans les prochaines années.

J. ARDOUIN ■

Dividendes et autres revenus distribués

Dividendes entrants

28. Dividendes entrants - Retenue à la source supportée indûment à l'étranger - Déduction des revenus de capitaux mobiliers imposables en France dès lors que la convention fiscale applicable n'interdit pas cette déduction - Le Conseil d'État accepte, sur le fondement de l'article 122 du CGI, la déduction des impôts payés à l'étranger sur les revenus des valeurs mobilières émises hors de France, quand bien même l'impôt étranger aurait

21 Sénat, Comm. fin., Projet de loi de finances pour 2011, amdt n°1-446. Aux termes de l'amendement, l'article 220, 1, a du CGI aurait été modifié comme suit (ajout souligné par nos soins) : « 1. a) Sur justifications, la retenue à la source à laquelle ont donné ouverture les revenus des capitaux mobiliers, visés aux articles 108 à 119, 238 septies B et 1678 bis, perçus par la société ou la personne morale est imputée sur le montant de l'impôt à sa charge en vertu du présent chapitre. / Toutefois, la déduction à opérer de ce chef ne peut excéder la fraction de ce dernier impôt correspondant au montant desdits revenus. Le surplus peut être imputé sur l'impôt dû sur les revenus de même nature au titre des deux exercices suivants. La fraction non imputée à l'issue de cette période constitue une charge déductible des résultats de l'exercice suivant »

22 AN, Projet de deuxième loi de finances rectificative pour 2017, séance 5 déc. 2017, examen de l'amendement n° 523 portant article additionnel après l'article 11 du projet.

été prélevé en méconnaissance d'une convention fiscale bilatérale. Cette solution avait déjà été retenue en matière d'IS dans la jurisprudence *Éts Soulès* du 20 novembre 2002²³, sur le fondement de l'article 39, 1, 4° du CGI. Le Conseil d'État subordonne cette déduction à la condition que la convention fiscale ne comporte pas de stipulation s'opposant clairement à cette déduction.

CE, 10^e et 9^e ch., 15 mars 2023, n° 449723, Espous, concl. L. Domingo : Lebon T. (V. annexe 2)

◆ LES FAITS ET LA DÉCISION

29. Cette intéressante décision mentionnée aux tables du recueil Lebon concerne l'imposition d'un contribuable résident fiscal de France ayant bénéficié, au titre des années 2010 et 2011, de sommes au titre de dividendes et de tantièmes versées par une société de droit luxembourgeois, la société CA Animation, holding d'un groupe intervenant dans le secteur de l'agroalimentaire, dont il était actionnaire et administrateur.

La société CA Animation avait transféré son siège depuis la France à la fin de l'année 2005. À la suite d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices 2006 à 2011, l'administration a considéré que la société avait en réalité conservé son siège de direction effective en France. L'administration en a tiré les conséquences au niveau de l'imposition des revenus du contribuable. En effet, les revenus avaient, au moment de leur versement par la société de droit luxembourgeois, fait l'objet d'une retenue à la source au Luxembourg, en application de l'article 8 de la convention franco-luxembourgeoise du 1^{er} avril 1958 alors applicable, dont l'intéressé avait revendiqué l'imputation sur son impôt sur le revenu français, conformément au b) du 3 de l'article 19 du ladite convention. Mais, à la suite de l'identification du siège de direction effective en France de la société distributrice à la faveur de la vérification de sa comptabilité, l'administration a, par un effet en retour, dénié à l'intéressé le bénéfice du crédit d'impôt conventionnel, au motif que la société n'avait pas son « domicile fiscal » au Luxembourg, au sens du 4 de l'article 2 de la convention.

Le contribuable s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'État contre la décision de la Cour administrative d'appel de Marseille du 15 décembre 2020 qui, après le Tribunal administratif de Montpellier dans un jugement du 15 janvier 2018, a rejeté sa demande de décharge des impositions supplémentaires résultant des redressements infligés.

30. À l'appui de son recours, le contribuable défendait, à titre principal, l'imputation du crédit d'impôt conventionnel - ce qui revenait, concrètement, à défendre la réalité du siège de direction effective au Luxembourg de la société CA Animation, pour préserver l'application de la convention

23 CE, 20 nov. 2002, n° 230530, Ets Soulès et Cie : Rec. Lebon ; RJF 2/03 n° 153 ; BDCF 2/03 n° 19, concl. G. Goulard.

franco-luxembourgeoise - et, à titre subsidiaire, la déduction de l'impôt luxembourgeois de son revenu imposable, sur la base du seul droit interne, précisément des dispositions de l'article 122 du CGI relatives aux revenus des valeurs mobilières émises hors de France servant pour la détermination des revenus imposables, aux termes desquelles « 1. [...] le revenu est déterminé par la valeur brute en euros des produits encaissés d'après le cours du change au jour des paiements, sans autre déduction que celle des impôts établis dans le pays d'origine et dont le paiement incombe au bénéficiaire ».

31. S'agissant de la demande formée à titre principal, le Conseil d'État va valider le raisonnement de la cour, en considérant, au point 4 de sa décision, que : « Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, au cours des années d'imposition en litige, la société CA Animation ne disposait au Luxembourg que d'un local de 13 m² mis à sa disposition par une société luxembourgeoise de domiciliation. Elle n'y employait qu'un salarié de la même société exerçant pour elle une activité de comptable quelques heures par semaine. Par ailleurs, ses contrats ont continué à être signés et les décisions à être prises depuis le siège parisien d'autres sociétés du groupe par M. d'Espous et son coassocié, tous deux domiciliés en France. Il s'ensuit que la cour, par un arrêt suffisamment motivé et sans dénaturer les pièces du dossier, n'a commis ni erreur de droit, ni erreur de qualification juridique des faits en déduisant de l'ensemble de ces éléments, et alors même que la société CA Animation tenait ses assemblées générales et ses conseils d'administration au Luxembourg, que le centre effectif de direction de cette société se situait en France. Par suite, faute pour la société CA Animation d'avoir son domicile fiscal au Luxembourg, la cour, par un arrêt suffisamment motivé, n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que M. d'Espous, alors même que, comme il s'en prévaut, les dividendes qu'il a perçus de la société CA Animation ont été effectivement soumis à une retenue à la source au Luxembourg, ne pouvait bénéficier du crédit d'impôt prévu par les stipulations, citées au point 2, de l'article 19 de la convention fiscale franco-luxembourgeoise, à hauteur du montant de cette retenue à la source ».

32. En revanche, s'agissant de la demande subsidiaire, la Haute assemblée va, au point 6 de sa décision, censurer la décision des juges d'appel sur le fondement de l'article 122 du CGI, dans les termes suivants : « Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les dividendes qui ont été versés par la société CA Animation à M. d'Espous, au titre des années 2010 et 2011, ont été soumis à une retenue à la source prélevée par cette même société au titre de l'impôt dû au Luxembourg. Dès lors que la convention fiscale franco-luxembourgeoise ne comporte aucune stipulation excluant la possibilité de déduire l'impôt acquitté dans cet État d'un revenu imposable en France et dès lors que M. d'Espous, bénéficiaire de la distribution des dividendes, a supporté la charge fiscale ayant pesé sur ces derniers, la cour a entaché son arrêt d'erreur de droit en jugeant qu'il ne pouvait bénéficier, en application des dispositions, citées au point 5, de l'article 122 du code général des impôts, du droit de déduire des dividendes en litige l'imposition supportée au Luxembourg ».

◆ LES ENSEIGNEMENTS DE LA DÉCISION

◇ Sur l'identification du siège de direction effective

33. Cette décision du 15 mars 2023 est intéressante en ce qu'elle vient compléter une jurisprudence encore peu étoffée sur la notion de siège de direction effective. En effet, dès lors qu'était en jeu, à titre principal, l'application de la convention franco-luxembourgeoise aux revenus perçus par le demandeur, il appartenait à celui-ci de défendre l'existence au Luxembourg du siège de direction effective de la société distributrice, seule condition à même de maintenir la situation litigieuse dans l'orbite de la convention. On notera que la convention franco-luxembourgeoise employait l'expression de « centre effectif de direction », qui n'a pas été considérée par le juge comme recelant une quelconque spécificité. À cette fin, Laurent Domingo, dans ses conclusions, a d'emblée placé la démarche interprétative dans le sillage du précédent *Paupardin* du 16 avril 2012²⁴, à la faveur duquel le Conseil d'État avait posé pour principe que le siège de direction effective s'entend du « lieu où les personnes exerçant les fonctions les plus élevées prennent les décisions stratégiques qui déterminent la conduite des affaires de cette entreprise dans son ensemble ».

34. Sur le fond, la décision ici chroniquée nous paraît surtout s'inscrire dans le prolongement de la décision *Sté Cie internationale des wagons-lits et du tourisme* du 7 mars 2016²⁵, par laquelle la Haute assemblée a retenu une définition du « siège de direction-établissement stable » équivalente à celle du « siège de direction effective » déterminant la résidence d'une société, au prix, en apparence, d'une forme de confusion des concepts, qui fut à l'époque source de nombreuses interrogations²⁶. Il est vrai que les deux notions sont fonctionnellement et téléologiquement distinctes. Le « siège de direction effective » (« *place of effective management* » dans la version anglaise du modèle de convention OCDE), en effet, a vocation à déterminer la résidence d'une société, tandis qu'un simple « siège de direction » (« *a place of management* » dans la version anglaise du modèle de convention OCDE), en tant qu'exemple, parmi d'autres, d'installation fixe d'affaires susceptible de caractériser un établissement stable, n'a vocation qu'à identifier un seuil d'activité déclenchant l'imposition dans un État d'une entreprise dont il est acquis qu'elle est résidente d'un autre État. Les commentaires de l'OCDE précisent d'ailleurs expressément qu'« une entité peut avoir plus d'un siège de direction, mais elle ne peut avoir qu'un seul siège de direction effective » (§ 24 sous l'article 4).

Dans ses conclusions sous l'affaire *Sté Cie internationale des*

24 CE, 16 avr. 2012, n° 323592, *Paupardin* : RJF 7/2012, n° 674 ; BDCF 7/2012, n° 80, concl. J. Boucher. - V.G. Blanluet, M. Taly, D. Gutmann, P. Martin, V. Bied-Charreton et A. Gardette, La localisation des centres de décision : critères et enjeux : Dr. fisc. 2013, n° 13, 214.

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

26 V. not. F. Le Mentec, Notion de siège de direction : une décision insatisfaisante : Dr. fisc. 2016, n° 20, act. 297. - J. Saïac et R. Billard-Moalic, Un siège de direction peut en cacher un autre : Option Finance 2016, n° 1366, p. 24.

wagons-lits et du tourisme, Aurélie Bretonneau n'avait toutefois pas condamné ce qu'elle qualifiait d'« *étrangeté congénitale de l'arrêt* » des juges d'appel : « *Nous pensons cette assimilation peu gênante en l'espèce [...]. En entendant caractériser l'existence d'un siège de direction effective en France, la cour caractérisait nécessairement celle d'un simple «siège de direction»* », et il nous semble, avec le recul, que la décision *Sté Cie internationale des wagons-lits et du tourisme* doit être considérée comme la décision de référence lorsque se pose la question de l'identification d'un siège de direction effective. En effet, dans cette affaire, était essentiellement posée la question de savoir si le seul critère du **lieu de la tenue** des conseils d'administration était suffisant aux fins de qualification d'un siège de direction, ainsi d'ailleurs que pouvait le laisser penser la doctrine administrative, selon laquelle « *Le siège de direction effective sera normalement le lieu où la personne, ou le groupe de personnes, de rang le plus élevé (par exemple, le conseil d'administration) prend ses décisions* »²⁷. À cette question, la Haute assemblée avait répondu par la négative, consacrant du même coup la pertinence de la **technique du faisceau d'indices**. Ainsi, le lieu de réunion du conseil d'administration n'est qu'un indice parmi d'autres, dépourvu de caractère prioritaire, comme cela est précisé expressément au considérant 6 de l'arrêt du 7 mars 2016 : « *si le lieu où se tiennent les conseils d'administration d'une société peut constituer un indice pour l'identification d'un siège de direction, ce seul élément ne saurait, confronté aux autres éléments du dossier, suffire à le déterminer* ». Dans cette affaire, le Conseil d'État s'était fondé sur les indices suivants pour rejeter l'existence d'un siège de direction en Belgique : (i) les services nécessaires à l'activité de holding, propres ou mis à disposition de la société par l'effet d'une convention d'assistance administrative, étaient tous situés en France ; (ii) le conseil d'administration avait décidé, au cours de l'exercice en litige, de vendre l'immeuble abritant la société à Bruxelles sans prévoir de relogement en Belgique ; (iii) les décisions stratégiques intervenues au cours de l'année 2003 avaient, en réalité, été préparées et décidées dans leur principe à l'occasion de réunions antérieures du conseil d'administration, tenues à Paris, quand bien même plusieurs réunions du conseil d'administration au titre de l'année litigieuse, au cours desquelles ont été formellement prises les décisions stratégiques, s'étaient tenues en Belgique.

35. C'est donc cette méthode que va utiliser en l'espèce le juge de l'impôt, refusant de donner en soi un effet déterminant au fait que la société CA Animation tenait ses assemblées générales et ses conseils d'administration au Luxembourg aux fins de fixation de sa résidence fiscale. Au demeurant, on notera aussi que Laurent Domingo défend une **conception extensive des décisions stratégiques permettant d'identifier le centre nerveux de l'entreprise** : « *Votre jurisprudence ne doit au demeurant pas être comprise dans un sens restrictif : les décisions stratégiques qui déterminent la conduite des affaires de l'entreprise ne recouvrent pas seulement les décisions prises par le conseil d'administration, mais s'étendent également aux décisions les plus importantes en matière de direction, d'administration et de contrôle de la société* ». Sous cette considération,

on le comprend, le siège de direction effective devra être doté d'un degré de substance suffisamment fort pour faire face à l'ensemble des décisions ainsi visées.

Sur le fond, on constatera que le juge fait preuve d'un certain degré d'exigence, sans doute commandé par le fait que l'on se situait ici dans une zone grise, puisque la présence au Luxembourg n'était en l'espèce pas inexistante, même si elle apparaissait légère. Contrairement aux faits en cause dans l'affaire *Sté Cie internationale des wagons-lits et du tourisme*, elle disposait en effet d'un local et de personnel sur place. Certes, les moyens matériels et humains pouvaient paraître légers (un local de superficie modeste, un comptable à temps partiel, tous deux mis à disposition par une société de domiciliation luxembourgeoise), mais à tout le moins la présence d'un comptable démontrait-elle que la comptabilité devait être tenue sur place. Quant à la superficie (13 m²), l'on pourrait se poser la question du nombre de mètres carrés jugés nécessaires à l'exercice d'une simple activité de gestion de participations. On pourrait aussi regretter la prise en compte du facteur de la résidence fiscale en France des associés et dirigeants (deux sur trois), en se rappelant que, dans l'affaire *Sté Cie internationale des wagons-lits et du tourisme*, la Haute assemblée, contrairement à la cour administrative d'appel, n'avait pas retenu, parmi les indices d'identification du siège de direction effective, les aspects personnels concernant les dirigeants, à savoir ni les fonctions occupées par les principaux dirigeants au niveau de la société mère française ni leur résidence en France. Enfin, on constatera qu'à la différence du rapporteur public qui examine la question, le Conseil d'État n'a pas même fait mention de la finalité alléguée par le contribuable du transfert de siège au Luxembourg dans le double objectif de l'internationalisation d'un groupe très français et d'accès aux marchés financiers luxembourgeois : sans doute l'argument est-il opérant pour démontrer l'absence de but fiscal à une telle délocalisation, mais pas pour la démonstration objective de fixation du siège de direction effective d'une entreprise.

36. Au fond, c'est sans doute l'appréciation contrapunctive des éléments factuels en France et au Luxembourg qui en l'espèce a pesé dans la balance, car, comme l'indique Laurent Domingo, « *Il s'agit essentiellement d'une question de fait, qui, à défaut de réponse évidente, repose sur la réunion d'un ensemble d'indices et, le cas échéant, si une société dispose de plusieurs centres, sur la confrontation des données propres à chacun de ces centres dès lors qu'une société ne peut avoir qu'un seul centre de direction effective* ». Toutefois, dès lors que la présence de la société au Luxembourg n'était pas nulle, la question aura sans doute été posée, s'agissant du litige concernant spécifiquement celle-ci, de la répartition de la matière imposable entre la France et le Luxembourg.

♦ Sur le sort de l'impôt indûment prélevé au Luxembourg

37. Le point nodal du litige concernait l'imposition en France de l'associé de la société CA Animation au titre des revenus distribués par celle-ci, ayant fait l'objet au Luxembourg d'une retenue à la source au taux conventionnel.

²⁷ BOI-INT-CVB-DZA-10, 12 sept. 2012, § 170.

38. À défaut de mise en œuvre de la convention franco-luxembourgeoise, le contribuable demandait, à titre subsidiaire, l'application des dispositions de droit interne codifiées à l'article 122 du CGI, permettant la déduction en base « *des impôts établis dans le pays d'origine et dont le paiement incombe au bénéficiaire* ». Sur ce plan, le Conseil d'État va censurer la décision des juges d'appel ayant validé la position de l'administration, qui avait neutralisé le bénéfice du droit interne non pas en vertu d'un raisonnement de type *Céline*²⁸, mais sur la seule base d'une interprétation pour le moins restrictive du texte de l'article 122 du CGI lui-même, selon laquelle la retenue à la source litigieuse n'était pas constitutive d'un impôt dont le paiement incombait au requérant : le service, suivi par les juges du fond, avait considéré que le « paiement » de la retenue à la source **incombait** à la société CA Animation, en sa qualité d'établissement payeur.

39. Sans surprise, la Haute assemblée va casser l'arrêt sur ce point. Pour ce faire, elle aura pu mobiliser le précédent *SA Établissements Soulès et Cie* du 20 novembre 2002²⁹, par lequel elle avait admis la possibilité pour une société de droit français de déduire parmi ses charges, sur le fondement de l'article 39, 1, 4° du CGI, les impôts supportés à l'étranger, à moins d'une stipulation conventionnelle y faisant obstacle, contrairement à la doctrine administrative 4 H-1414 applicable à l'époque selon laquelle, de façon générale, l'existence d'une convention ayant pour objet l'élimination de la double imposition fait obstacle à la déduction de l'impôt étranger. Dans la décision *SA Établissements Soulès et Cie*, le raisonnement se situait toutefois uniquement sur le terrain du droit interne, qui fut interprété comme autorisant par principe la déduction des impôts étrangers.

Il appartenait donc au Conseil d'État d'enrichir son raisonnement des enseignements issus de sa séquence jurisprudentielle *Sté Céline et Min. c/ Sté LVMH*³⁰ et de s'assurer qu'au cas d'espèce, la convention franco-luxembourgeoise ne comportait aucune stipulation excluant la possibilité de déduire l'impôt acquitté au Luxembourg d'un revenu imposable en France.

C'est donc un heureux exemple dans lequel la situation du contribuable ne se trouve pas aggravée par les dispositions de la convention fiscale.

E. DINH³¹ ■

40. Dividendes entrants - Précompte mobilier - Droit de l'Union européenne - Directive mère-fille - Étendue du droit à restitution - À la suite de l'arrêt de la CJUE du 12 mai 2022 concluant à l'incompatibilité du précompte mobilier avec la directive mère-fille, le Conseil d'État précise le droit à restitution dont bénéficient les sociétés concernées en fonction

des imputations portées sur leurs déclaration de précompte ainsi qu'à l'égard des distributions qu'elles ont reçues de filiales non européennes.

CE, 8^e et 3^e ch., 1^{er} mars 2023, n° 441657, Min. c/ SE Schneider Electric et n° 442192, SE Schneider Electric, n° 442224, SE Schneider Electric et a. et n° 442248, Sté L'Air Liquide, n° 443678, Min. c/ L'Air Liquide et n° 443800, Sté L'Air Liquide, concl. R. Victor (V. annexe 3)

41. On se souvient que, dans son arrêt du 12 mai 2022³², la CJUE a estimé que le dispositif français du précompte était contraire à la directive mère-fille en ce qu'il avait pour effet d'imposer dans le chef de la société mère les bénéfices que sa filiale lui avait distribués, dès lors qu'il ne relevait pas de l'exclusion prévue par l'article 7, § 2 ; dans ces conditions, les sociétés concernées étaient fondées à demander la restitution de l'intégralité du précompte versé à raison de la redistribution de sommes reçues de filiales dans l'Union européenne.

42. Dans la série d'arrêts du 1^{er} mars 2023 ici commentée, le Conseil d'État annule les commentaires administratifs relatifs au précompte incompatibles avec le droit de l'Union européenne et règle plusieurs aspects pratiques liés aux modalités de restitution du précompte indûment versé et à la détermination du quantum du remboursement y afférent.

◆ Recours pour excès de pouvoir

43. D'abord, deux recours en excès de pouvoir³³ étaient dirigés contre trois instructions, de 1995 et 2001, qui, en omettant de préciser que le précompte ne doit pas s'appliquer au titre de la redistribution de produits reçus de filiales européennes, exigence issue du droit communautaire affirmée par la CJUE dans un arrêt de 2011³⁴ puis dans celui de 2022 mentionné plus haut. Ces commentaires administratifs ne faisaient en somme que réitérer les dispositions du CGI applicables à l'époque et encourageaient dès lors une censure mécanique, que le Conseil d'État accepte, sans surprise, tout en découpant de façon chirurgicale les paragraphes litigieux, de façon à faire subsister le reste des instructions administratives.

◆ Bénéfices distribués par des filiales établies hors de l'Union européenne

44. Plus intéressant dans les recours de plein contentieux était le moyen tiré de ce que, même « européenisé », le dispositif du précompte laissait subsister une discrimination à l'endroit des sociétés mères de filiales extra-européennes, discrimination que pourrait interdire l'application combinée des articles 14 de la Convention EDH et 1^{er} de son premier protocole additionnel. En effet, la directive mère-fille ne vise que les distributions

28 CE, 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline : Rec. Lebon, p. 155 ; RJF 6/14 n° 602 ; BDCF 6/14 n° 59, concl. F. Aladjidi ; Dr. fisc. 2014, n° 22, comm. 356, note P. Durand.

29 CE, 20 nov. 2002, n° 230530, SA Étis Soulès et Cie, préc.

30 CE, 7 juin 2017, n° 386579, Min. c/ Sté LVMH : Lebon T. ; RJF 10/17 n° 942, concl. É. Bokdam-Tognetti, C 942.

31 L'auteur précise qu'il est intervenu en qualité de conseil de la société CA Animation.

32 CJUE, 12 mai 2022, C-556/20, Schneider Electric et a., concl. J. Kokott : FI 3-2022, n° 2, § 24, comm. L. Cytermann.

33 CE, 8^e et 3^e ch., 1^{er} mars 2023, n° 442224, SE Schneider Electric et a. et n° 442248, Sté L'Air Liquide.

34 CJUE, 15 sept. 2011, C-310/09, Min. c/ Accor SA.

reçues de sociétés situées dans un autre État membre que celui du bénéficiaire, et ne protège donc pas celles réalisées par des sociétés non européennes de la double imposition. Mais si la réalité de cette discrimination n'est pas contestée par le Conseil d'État, elle se justifie, selon lui, par l'objectif poursuivi par la directive mère-fille, qui vise à favoriser la constitution de groupes d'entreprises au sein de l'Union européenne, objectif qui ne nécessite pas d'étendre le bénéfice de l'exonération de précompte aux membres non européens de ces groupes. Si le raisonnement n'est pas davantage développé, on comprend que la construction du marché intérieur nécessite d'assurer la neutralité des flux de dividendes entre sociétés établies sur son territoire, sans qu'un principe de même importance requière d'étendre ce cadre favorable plus largement.

◇ Montants restituables

45. L'autre aspect notable discuté dans ces arrêts tenait à la délimitation de la fraction du précompte payé par les requérants qui correspondait à des dividendes de filiales situées dans un autre État membre et dont, de ce fait, ils étaient fondés à demander le remboursement. À cet égard, **le Conseil d'État fait prévaloir la position de l'administration, qui arguait que cette question doit être réglée par les imputations portées par les sociétés distributrices dans leurs déclarations de précompte**, en retenant les montants identifiés comme prélevés sur des bénéfices provenant de telles filiales.

46. Une difficulté vient toutefois du fait que ces déclarations ont été établies à une époque où la loi et la doctrine administrative conduisaient à traiter de la façon la plus défavorable possible les distributions provenant de bénéfices reçus de filiales européennes. Ainsi, une société dont les sommes distribuables comprenaient d'une part des bénéfices ayant été imposés à un taux réduit, comme des plus-values à long terme inscrites à une réserve spéciale, ouvrant droit à un précompte lui aussi à taux réduit et d'autre part des dividendes de filiales européennes était-elle incitée à imputer en priorité ses distributions sur les premiers postes et seulement de façon subsidiaire sur les seconds et ce d'autant plus que ces sommes restent entièrement fongibles entre elles pour tout besoin autre que la perception du précompte. Aurait-elle eu connaissance de l'exonération des bénéfices provenant de filiales européennes requise par le droit communautaire, cette société aurait sans grand doute rempli ses déclarations de précompte de façon à distribuer en priorité ces derniers bénéfices. Il n'est donc pas entièrement satisfaisant que l'État puisse opposer aux sociétés requérantes les déclarations qu'elles ont remplies en fonction de règles impératives édictées par ce même État et dont il s'avère qu'elles étaient incorrectes. Au demeurant, dans d'autres circonstances, le Conseil d'État lui-même³⁵ a admis que la déclaration initiale d'impôt sur les sociétés déposée par un contribuable pouvait être modifiée *a posteriori*, dans le délai de réclamation, pour soumettre rétroactivement des revenus distribués au régime mère-fille, dans l'hypothèse notamment

où l'éligibilité de ces revenus à ce régime aurait été révélée par un contrôle fiscal. Il ne semblait donc pas insurmontable de faire preuve de davantage de souplesse au cas présent, quand bien même cette solution aurait certainement présenté une complexité pratique liée à la modification rétroactive de déclarations déposées il y a près de vingt ans.

47. Le Conseil d'État fait également droit à la demande du ministre, tendant à faire admettre que le précompte dont le montant doit être restitué est calculé « en dehors », plutôt qu'« en dedans ». Ainsi, le Conseil d'État juge que lorsque la déclaration de précompte indique qu'une distribution est imputée à hauteur de 100 sur des bénéfices provenant de filiales européennes, il faut considérer que cette somme comprend à la fois le montant net reçu par l'actionnaire, et le précompte afférent. Le précompte étant égal à la moitié du montant distribué, il s'établit dans cette hypothèse à 33, là où les requérants soutenaient que son paiement ayant été financé sur la trésorerie disponible de la société distributrice, son montant et, donc celui de la restitution, devait être fixé à la moitié des sommes mises en distribution, soit 50.

T. PERROT ■

Dividendes sortants

48. Dividendes sortants - Retenue à la source (CGI, art. 119 bis, 2) - Opérations d'acquisition temporaire d'actions françaises auprès de non-résidents - Conclusion avec des non-résidents d'opérations sur dérivés dont le sous-jacent comporte des actions françaises - L'administration apporte des précisions à diverses questions portant sur l'application de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis du CGI par les établissements bancaires s'agissant, d'une part, des opérations entrant dans le champ d'application de la retenue à la source, et d'autre part, lorsqu'elles sont conclues avec des non-résidents, des opérations d'acquisition temporaire d'actions françaises ou des opérations sur dérivés dont le sous-jacent comporte des actions françaises.

BOI-RPPM-RCM-30-30-10-10, § 5. - BOI-RES-RPPM-000122. - BOI-RES-RPPM-000123, 15 févr. 2023 (V. annexe 4)

49. Ces précisions administratives seront commentées dans un prochain numéro.

50. Dividendes sortants - Retenue à la source (CGI, art. 119 bis, 2) - Dividendes versés à une société d'assurance vie italienne soumise à des obligations de constitution de provisions techniques - Droit de l'Union - S'appuyant sur la documentation produite par une société d'assurance vie de droit italien qui

35 CE, 20 déc. 2017, n° 414974, Sté Worms et Cie : RJF 2018, n° 254, concl. B. Bohnert.

s'était acquittée de la retenue à la source du 2 de l'article 119 bis du CGI sur des dividendes provenant de sociétés françaises, la CAA de Versailles juge que cette société démontre que les produits financiers qu'elle perçoit sont réinvestis dans les contrats, moyennant une commission de gestion variable selon les contrats, et qu'étant soumise à des exigences similaires à celles des sociétés d'assurance vie françaises, elle doit également constituer des provisions techniques complémentaires à hauteur des dividendes perçus. La cour constate ainsi une différence de traitement fiscal défavorable qui n'est justifiée par aucune raison impérieuse d'intérêt général et prononce donc la décharge de la retenue à la source.

CAA Versailles, 3^e ch., 9 févr. 2023, n° 20VE01438, Sté Bipiemme Vita S.p.A., C (V. annexe 5)

51. Il n'est plus à démontrer que les retenues à la source prélevées sur les revenus passifs font les joies des arrêtistes tant les contentieux issus de leur application sont nombreux. L'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Versailles en fournit une nouvelle illustration.

52. Bipiemme Vita S.p.A., société d'assurance vie de droit italien, avait perçu des dividendes de source française ayant fait l'objet de la retenue à la source de l'article 119 bis, 2 du CGI - au taux réduit de 15 % prévu par la convention fiscale franco-italienne du 5 octobre 1989. La société contestait le paiement de cette retenue, motif pris de sa contrariété avec le principe de libre circulation des capitaux que garantit l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) puisque la charge fiscale supportée par une société d'assurance vie française dans pareil cas se trouverait, par comparaison, réduite voire annulée du fait de la déduction corrélative de provisions techniques représentatives de ses engagements vis-à-vis des assurés.

53. Rappelons en effet que les sociétés d'assurance européennes sont soumises, en vertu de la directive 2002/83/CE du Parlement et du Conseil du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie, à une obligation de constituer des provisions techniques lorsqu'elles perçoivent des produits financiers affectés à leurs assurés dès lors que ces produits font l'objet d'un réinvestissement dans leurs contrats. La règle permet de garantir le règlement intégral, et à tout moment, des engagements pris à l'égard de ces assurés. Sa transposition en droit interne est assurée, pour la France, par les articles R. 331-1 et R. 332-1 du code des assurances et, pour l'Italie, par le décret législatif n° 209 du 7 septembre 2005 - elle fait plus largement l'objet d'une harmonisation dans l'Union européenne.

54. La discrimination dans cette affaire est donc relativement évidente - pour ne pas dire classique - nul ne doutant que, perçue sur le montant brut du dividende, la retenue à la source entraîne un coût définitif pour son redevable non

résident que n'a pas à supporter une société d'assurance vie française dans une situation analogue.

55. L'existence d'une éventuelle restriction à la libre circulation des capitaux n'avait d'ailleurs pas été contestée par le Tribunal administratif de Montreuil dans cette affaire, lequel avait simplement jugé que, sur le terrain factuel, il appartenait à la requérante de justifier de la réalité et du montant de ses provisions techniques, ce qu'elle ne faisait pas. La Cour administrative d'appel de Versailles était donc invitée à trancher, par l'arrêt commenté, l'affaire ou, plus exactement, à se repencher dessus puisque la position retenue à Montreuil reprenait en fait celle qu'elle avait elle-même adopté quelques temps auparavant dans une situation similaire à l'occasion d'une affaire *Sté UBS Asset Management Life Ltd*³⁶.

56. Deux évènements de nature à la faire changer de pied quant au raisonnement à tenir sont toutefois intervenus entre-temps. D'abord, une mise en demeure de la Commission européenne de février 2021 exhortant la France de modifier ses règles en matière de retenue à la source sur les dividendes versés aux compagnies d'assurance vie d'autres États membres de l'Espace économique européen dès lors que les assureurs établis en France n'ont pas à supporter cette retenue définitive ou alors ont la faculté de l'imputer sur leur impôt, ce qui annihile toute charge fiscale en raison des provisions déductibles précitées. Ensuite, la cassation de l'arrêt de la CAA de Versailles dans l'affaire *Sté UBS Asset Management Life Ltd*, en mai 2021, par laquelle le Conseil d'État a considéré que la retenue à la source sur les dividendes perçus par une société d'assurance vie européenne pouvait constituer une entrave à la libre circulation des capitaux³⁷.

57. Dans un cheminement de pensée désormais relativement bien acquis, la Cour de justice commence toujours par identifier la liberté de circulation applicable, puis l'existence d'une différence de traitement susceptible d'en entraver l'exercice, puis la compatibilité éventuelle de cette différence de traitement avec le droit européen soit parce qu'elle concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables, soit parce qu'elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général.

58. Au cas présent, nul ne semblait contester l'existence d'une différence de traitement des sociétés d'assurance vie non résidentes par rapport aux sociétés d'assurance vie françaises, les premières étant imposables sur le montant brut de leurs dividendes tandis que les secondes le sont pour leur montant net - en particulier des provisions techniques. Et il se trouve que, pour ce qui concerne les fonds de pension, la Cour de justice avait déjà identifié l'existence d'une telle différence dans l'application d'une charge fiscale aux dividendes versés à des fonds non résidents qui serait plus lourde que celle supportée par les fonds résidents sur ces mêmes dividendes, tout

³⁶ CAA Versailles, 1^{er} oct. 2019, n° 17VE03599, *Sté UBS Asset Management Life Ltd*.

³⁷ CE, 11 mai 2021, n° 438135, *UBS Asset Management Life Ltd*, concl. K. Ciavaldini : FI 3-2021, n° 5, § 23.

comme dans l'exonération des dividendes versés à un fonds de pension résident alors que ceux versés à un fonds de pension non résident supportent une retenue à la source définitive³⁸.

59. Toutefois, les différences de traitement ne sont pas, *per se*, prohibées par le droit de l'Union : **seules le sont les discriminations arbitraires³⁹, c'est-à-dire celles qui portent sur des situations comparables, et il semblerait que ce soit précisément sur ce point que se concentrerait principalement le nœud de l'affaire.** Il est vrai que l'article 65 du TFUE permet aux États membres d'établir une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne la résidence. Mais cela ne signifie pas que toute mesure nationale qui distingue des contribuables par référence à leur résidence serait nécessairement compatible avec les traités⁴⁰.

60. En particulier, il résulte d'une jurisprudence constante que les contribuables résidents et non résidents sont dans une situation comparable à l'égard des frais directement liés à l'activité qui est à l'origine des revenus imposables litigieux, la Cour de justice considérant notamment que si les résidents peuvent déduire des frais directement liés à la perception de dividendes, « la prise en compte de tels frais devrait également être admise pour les [...] non-résidents »⁴¹. L'on pourrait être tentés de voir, dans les provisions techniques que peuvent déduire les sociétés d'assurance françaises, de tels coûts - directement liés à la perception des dividendes. Il s'avère cependant que la transposition de cette jurisprudence européenne pourrait être discutable en l'espèce puisque, comme le rappelait l'avocat général dans l'affaire *College Pension Plan of British Columbia*, « ladite jurisprudence se rapporte à des frais, qui sont directement liés à la perception des recettes » et « il [...] semble évident que les provisions constituées par le fonds de pension ne peuvent pas être qualifiés de "frais liés à la perception des recettes" »⁴². C'est d'ailleurs l'argument que tentait de mettre en avant la Finlande dans l'affaire *Commission c/ Finlande*, à savoir l'absence de lien direct entre les dividendes perçus par le fonds et les provisions techniques puisque ces provisions ne constituaient pas des charges exposées pour l'acquisition du revenu dès lors que les recettes étaient perçues avant que les dépenses représentées par ces provisions ne soient dues aux assurés. On notera utilement qu'elle n'a pas été suivie dans cette argumentation par la Cour, ce qui est logique si l'on observe que le droit national indiquait que les montants provisionnés en vue de faire face aux engagements en matière de pensions constituaient des « dépenses [...] exposées pour acquérir ou conserver le revenu d'une activité économique » : le lien direct entre les provisions et l'activité des fonds de pension générant des dividendes était donc établi par le législateur lui-même.

38 CJUE, 8 nov. 2012, C-342/10, *Commission c/ Finlande*. - CJUE, 13 nov. 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia* : FI 1-2020, n° 11, § 1.

39 CJUE, 3 juin 2010, C487/08, *Commission/Espagne*, pt 47.

40 CJUE, 3 juin 2010, C487/08, *Commission/Espagne*, pt 47.

41 CJUE, 2 juin 2016, C-252/14, *Pensioenfond Metaal en Techniek*, pt 65.

42 P. Pikamäe, concl. 5 juin 2019 ss CJUE, 13 nov. 2019, C-641/17, *College Pension Plan of British Columbia*, préc.

61. Cela dit, la jurisprudence européenne ne s'en tient pas uniquement au cas circonscrit des frais professionnels, mais considère plus largement que les dépenses « occasionnées » par l'activité ayant généré les revenus, c'est-à-dire « nécessaires pour l'exercice de celle-ci » présentent un lien direct avec cette activité⁴³. Or, comme le rappelle très bien Karin Ciavaldini dans ses conclusions sous la décision *UBS Asset Management Life Ltd* précitée, la Cour de justice a rappelé, dans le cas des fonds de pension, « qu'il existait un lien de cause à effet entre la perception des dividendes, l'augmentation des provisions mathématiques et des autres postes du passif et la non-augmentation de la base imposable du fonds résident »⁴⁴. On voit mal, au regard de cette solution plutôt limpide, ce qui aurait pu justifier le maintien d'une différence de traitement entre les sociétés d'assurance non résidentes et françaises motif pris de l'absence de comparabilité de leurs situations. Il est donc parfaitement logique que la Cour administrative d'appel de Versailles se soit rangée à cette solution en jugeant que *Bipiemme Vita S.p.A.*, dès lors qu'elle perçoit bien des dividendes de source française à raison d'actifs détenus en représentation des engagements vis-à-vis de ses clients, qui sont affectés aux assurés et réinvestis dans les contrats (moyennant certes une commission de gestion) puisse être traitée comme les sociétés françaises analogues. En effet, le réinvestissement des produits dans les contrats entraîne également pour elle la revalorisation de ces contrats et, comme l'exige la législation italienne - issue d'une harmonisation européenne -, la constitution de provisions techniques : « dans ces conditions », indique la CAA de Versailles, « la société est fondée à soutenir qu'elle est dans une situation objectivement comparable à celle des sociétés d'assurance-vie française » et « la retenue à la source prélevée sur les dividendes de source française qu'elle perçoit à raison d'actifs admis en représentation et qui génèrent une augmentation de ses provisions techniques constitue une restriction à la liberté de circulation des capitaux ». On notera également au passage que l'administration ne faisait part d'aucune raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier cette restriction.

62. Quelques précisions s'avèrent finalement utiles pour ce qui concerne l'**étendue de la décharge de retenue à la source** à laquelle pouvait prétendre la requérante. S'il y a bien discrimination, celle-ci n'existe qu'à hauteur du supplément d'imposition subi par la requérante du fait de l'absence de prise en compte des provisions techniques dans l'assiette imposable. Il convient, pour évaluer la décharge, de déterminer le montant d'impôt auquel *Bipiemme S.p.A.* aurait été soumise si elle avait été établie en France.

63. Or, dès lors que le montant des provisions techniques porte sur les seuls dividendes réinvestis dans les contrats des assurés, la requérante doit être en mesure d'apporter des éléments permettant d'apprécier l'affectation du rendement des actifs et l'étendue du réinvestissement des produits financiers dans les contrats. L'on comprend au cas d'espèce que d'une part,

43 CJUE, 22 nov. 2012, C-600/10, *Commission c/ Allemagne*, pt 20.

44 Concl. K. Ciavaldini ss. CE, 11 mai 2021 n° 438135, *Sté UBS Asset Management Life Ltd*, préc.

Bipiemme Vita S.p.A. n'a demandé la restitution des retenues à la source que dans la limite du montant des dividendes après exclusion non seulement des crédits d'impôts transmis par l'établissement payeur, mais également des dividendes pour lesquels aucun engagement envers les assurés ne pouvait être établi, et finalement des retenues correspondant aux commissions de gestion prélevées sur les rendements alloués aux assurés.

64. Dans la charge de la preuve, elle a visiblement pleinement tenu compte de la remarque de Karin Ciavaldini dans ses conclusions sous la décision *UBS Asset Management Life Ltd* précitée, à savoir que si l'on ne demande pas « à la société de produire l'intégralité des contrats [...] en cause dans le redressement, ni de lui demander de justifier de chaque provision technique dont elle demande la prise en compte » (puisque la CJUE prohibe les « charges administratives excessives » qui rendent l'obtention d'un avantage fiscal impossible ou excessivement difficile⁴⁵), la requérante peut « présenter un ou plusieurs contrats types et des données agrégées, dès lors que ces éléments et les explications qui les accompagneront permettront de justifier de manière suffisamment précise du niveau des provisions techniques qu'il y a lieu de prendre en compte »⁴⁶. En l'espèce, la requérante avait précisément produit (i) la liste des produits financiers qu'elle a perçus, avec le code « ISIN » des sociétés émettrices des dividendes qui permet d'identifier leur pays de résidence, dont le montant est corroboré par les chiffres figurant dans les rapports des commissaires aux comptes établis chaque année pour chacun des fonds, (ii) des clauses des contrats types et notamment des définitions détaillées dans les glossaires, des stipulations régissant l'affectation du rendement des actifs ou encore des exemples fournis aux assurés ou encore (iii) des fiches explicatives et des exemples de courriers adressés à certains assurés pour les informer de l'état de leur contrat.

N. VERGNET ■

45 Par ex. CJUE, 10 févr. 2011, C-436/08, Haribo Lakritzen Hans Riegel et C-437/08, Österreichische Salinen, pts 76 à 104.

46 K. Ciavaldini, concl. ss CE, 11 mai 2021, n° 438135, Sté UBS Asset Management Life Ltd, préc.

65. À NOTER

> Dividendes sortants - Revenus réputés distribués - Imputation de bénéfiques à un établissement stable - Désinvestissement - Incidence de la TVA sur l'existence d'un désinvestissement - Appliquant la jurisprudence Min. c/ Esch⁴⁷, le Conseil d'État censure une cour administrative d'appel qui a entaché son raisonnement d'une contradiction de motifs : elle ne pouvait d'un côté juger que la société portugaise en cause avait déclaré l'intégralité des bénéfiques de source française au Portugal et, de l'autre, juger que la TVA éludée en France était constitutive d'un désinvestissement. Après cassation, le Conseil juge que l'administration n'établit pas l'existence d'un désinvestissement et donc d'une distribution.

CE, 9^e et 10^e ch., 3 févr. 2023, n° 456210, Perreira, concl. E. Bokdam-Tognetti (V. annexe 6)

Redevances

66. À NOTER

> Redevances - Exonération de retenue à la source prévue par une convention fiscale - Preuves à apporter - Dans l'affaire *Performing Right Society* et sur renvoi du Conseil d'État⁴⁸, la CAA de Versailles se prononce sur les preuves à produire pour bénéficier d'une exonération de la retenue à la source sur le fondement des conventions fiscales attribuant le pouvoir d'imposer les redevances à l'État de résidence. Un pourvoi a été enregistré sous le n° 469935.

CAA Versailles, 1^{re} ch., 15 nov. 2022, n° 21VE00439 et n° 21VE00440, Performing Right Society Ltd (V. annexe 7)

47 CE, 8 févr. 2019, n° 410301 et 410568, Min. c/ Esch, concl. M.-G. Merloz : Lebon T ; FI 2-2019, n° 5, § 13, comm. T. Perrot.

48 CE, 5 févr. 2021, n° 430594 et 432845, Min. c/ Sté Performing Right Society Ltd, concl. L. Domingo : FI 2-2021, n° 5, § 21.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CE, 8^e et 3^e ch., 8 mars 2023, n° 456349, SA Natixis, concl. R. Victor : Lebon T.

Annexe 2 : CE, 10^e et 9^e ch., 15 mars 2023, n° 449723, Espous, concl. L. Domingo : Lebon T.

Annexe 3 : CE, 8^e et 3^e ch., 1^{er} mars 2023, n° 441657, Min. c/ SE Schneider Electric et n° 442192, SE Schneider Electric, n° 442224, SE Schneider Electric et a. et n° 442248, Sté L'Air Liquide, n° 443678, Min c/ L'Air Liquide et n° 443800, Sté L'Air Liquide, concl. R. Victor

Annexe 4 : BOI-RES-RPPM-000122 et BOI-RES-RPPM-000123, 15 févr. 2023

Annexe 5 : CAA Versailles, 3^e ch., 9 févr. 2023, n° 20VE01438, Sté Bipiemme Vita S.p.A., C

Annexe 6 : CE, 9^e et 10^e ch., 3 févr. 2023, n° 456210, Perreira, concl. E. Bokdam-Tognetti

Annexe 7 : CAA Versailles, 1^{re} ch., 15 nov. 2022, n° 21VE00439 et n° 21VE00440, Performing Right Society Ltd