

DIVIDENDES - INTÉRÊTS REDEVANCES

Chronique d'actualité



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



Nicolas VERGNET

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

Questions générales

> **Retenue à la source - *Projet de directive relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER)*** - Le Conseil ECOFIN est parvenu à un accord (orientation générale) sur la directive du Conseil relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER). La proposition initiale de la Commission a fait l'objet de modifications. Notamment, la transposition devrait intervenir au plus tard le 31 décembre 2028, en vue d'une application à partir du 1^{er} janvier 2030. En raison de ces modifications, le Parlement européen sera à nouveau consulté sur le texte approuvé, qui devra ensuite être formellement adopté par le Conseil avant d'être publié au Journal officiel de l'UE et d'entrer en vigueur (V. § 1).

Intérêts

> **Limitation de la déductibilité des intérêts de prêts entre entreprises liées (CGI, art. 212, I, b ; ancien dispositif « anti-hybride ») - *Prêt par une société liée transparente fiscalement*** - *Porteur de parts personne physique* - Le Conseil d'État juge qu'il résulte du b du I de l'article 212 et du 12 de l'article 39 du CGI, tels qu'éclairés par les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, que la déductibilité des intérêts de prêts entre entreprises liées au sens du 12 de l'article 39 est, dans l'hypothèse où seuls les associés du prêteur sont assujettis à l'impôt à raison des bénéfices que ce dernier réalise, subordonnée à la preuve d'un niveau minimal d'imposition de l'associé sur ces intérêts, dès lors que ce dernier entretient avec le prêteur un lien de dépendance. Cette règle s'applique y compris lorsque l'associé est une personne physique et que sa participation ne s'inscrit pas dans le cadre d'une activité économique ou professionnelle (V. § 39).

Questions générales

1. Retenue à la source - Projet de directive relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER) - Accord politique - Le Conseil ECOFIN est parvenu à un accord (orientation générale) sur la directive du Conseil relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER). La proposition initiale de la Commission (COM/2023/324 final : FI 3-2023, n° 2, § 54 ; initiative FASTER, pour *Faster and safer tax excess refunds* en anglais) a fait l'objet de modifications. Notamment, la transposition devrait intervenir au plus tard le 31 décembre 2028, en vue d'une application à partir du 1^{er} janvier 2030. En raison de ces modifications, le Parlement européen sera à nouveau consulté sur le texte approuvé, qui devra ensuite être formellement adopté par le Conseil avant d'être publié au Journal officiel de l'UE et d'entrer en vigueur.

Projet de directive relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER) : version résultant des travaux du Conseil ECOFIN publiée le 14 mai 2024. - Conseil de l'UE, communiqué 14 mai 2024

2. Dans le prolongement de la résolution du Parlement européen du 8 octobre 2020 soulignant la nécessité de réduire les obstacles fiscaux aux investissements transfrontières, y compris les procédures pour le remboursement aux investisseurs¹, la Commission européenne a publié, en 2023, une proposition de directive « relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source » (dite FASTER). À l'occasion du Conseil ECOFIN du 14 mai 2024, les États membres sont parvenus à un accord politique sur ce projet, prévoyant quelques modifications et ajouts importants sur un certain nombre de points, mais qui en conserve la substantifique moelle.

3. Rappelons que la proposition de directive FASTER a pour ambition d'harmoniser les procédures de dégrèvement ou de remboursement du montant excédentaire des retenues à la source sur des dividendes et intérêts tirés de titres cotés européens par des résidents d'États membres. La philosophie guidant ce projet d'harmonisation est celle d'un « en même temps » qui permettrait de rendre les procédures plus rapides et efficaces d'une part tout en garantissant leur sécurité au regard de la lutte contre les abus que celles-ci semblent permettre d'autre part.

¹ Résolution du Parlement européen du 8 octobre 2020 sur la poursuite de la mise en place de l'union des marchés de capitaux, [2020/2036(INI)].

4. Il est fréquent que les conventions fiscales ou les législations nationales prévoient des taux réduits de retenue à la source sur les dividendes et intérêts qui, par définition, sont inférieurs à ceux prévus par le droit interne - pour ce qui concerne les conventions fiscales, la logique est bien entendu celle d'un partage du pouvoir d'imposer permettant d'éviter les doubles impositions. Le bénéfice de ces taux réduits est cependant tributaire de démarches administratives qui peuvent s'avérer extrêmement chronophages et, à de nombreux égards, d'une complexité byzantine. Il existerait en effet plus de 450 formulaires différents dans l'UE, rédigés dans des langues diverses². Face à ce fardeau administratif, de nombreux contribuables renoncent au remboursement de l'excédent de retenue à la source pour un montant que l'on évalue à près de 5 milliards d'euros annuellement - dans un contexte où « les coûts globaux associés aux procédures de retenue à la source avoisinent les 6,62 milliards d'euros »³. Outre le coup qu'il porte à l'attractivité du marché européen pour les investisseurs, ce système baroque génère également un manque de transparence relativement propice à un certain nombre de pratiques abusives telles que celles consistant à procéder à des « arbitrages de dividendes » (plus connues sous le nom de « Cum/Ex » ou de « Cum/Cum »)⁴.

5. Partant de ce constat, la directive FASTER vise donc à « rendre les procédures de retenue à la source plus efficaces, tout en les renforçant contre les risques de fraude fiscale et d'abus fiscal »⁵. On retrouve logiquement les deux jambes sur lesquelles le projet de directive s'efforce de marcher dans sa structure. Après un chapitre I consacré aux « Dispositions générales » :

> le chapitre II porte sur l'efficacité des procédures en créant un « certificat de résidence fiscale numérique » (ou CRFN) qui a vocation à être reconnu dans la totalité des États membres et à être employé dans l'ensemble des procédures dans lesquelles le contribuable sollicite un dégrèvement ou un remboursement de retenue à la source (a) ;

> le chapitre III porte, quant à lui, sur le renforcement de la sécurité en faisant reposer le système sur les « intermédiaires financiers certifiés » (ou IFC) qui devront s'enregistrer sur un registre commun et procéder aux demandes de dégrèvement ou de remboursement et à la communication des informations y afférentes : ils constituent la « pierre angulaire »⁶ du système (b).

² Comm. UE, proposition de directive du Conseil relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source : Doc. COM(2023)324 final, 19 juin 2023, 2023/0187(CNS) (ci-après la « proposition de directive de 2023 »), Étude d'impact, p. 6.

³ Proposition de directive, Exposé des motifs.

⁴ Conseil de l'Union européenne, Directive du Conseil relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source - orientation générale, n° 9925/24, 14 mai 2024 (ci-après la « proposition de directive de 2024 »), consid. 1.

⁵ *Ibidem*.

⁶ E. Dussau, Proposition de directive FASTER : l'application des taux réduits de retenue à la source pourra-t-elle être à la fois plus sûre et plus rapide ? : Dr. fisc. 2024, n° 19, 247.

6. Avant d'entrer plus dans le détail du projet, il convient de dire un mot de son **champ d'application** qui, dans la version de 2024, tient compte de l'existence de grandes différences entre les États membres tant pour ce qui concerne l'ampleur des paiements de dividendes dans leur économie que les modalités de dégrèvement de retenue à la source. Ainsi, les règles prévues par la directive FASTER n'auront vocation à s'appliquer qu'à compter du moment où un « ratio de capitalisation boursière » est atteint ou dépassé par un État durant une certaine période (ce ratio dépend donc de la taille de l'économie nationale et du volume des distributions de dividendes). En outre, les systèmes globaux de dégrèvement à la source permettant l'application du taux réduit au moment du paiement « *de manière simple et efficace* »⁷ mis en place dans un certain nombre d'États seront réputés équivalents à ceux prévus par la directive - un système de dégrèvement est considéré comme global lorsque, en substance, le contribuable y a droit sauf s'il ne communique pas certaines informations, l'accès aux investissements directs et indirects ne comporte pas d'autres barrières à l'entrée que celles prévues par la directive pour lutter contre les abus (étudiées ci-après) et ne prévoit pas d'obligation supplémentaires telle qu'un système de communication d'informations.

◆ a) Une procédure de dégrèvement ou de remboursement plus efficace

7. L'accroissement de l'efficacité des procédures sera assuré par la facilitation des démarches pour les contribuables bénéficiant de dégrèvements. Toute personne habilitée à percevoir des dividendes ou intérêts provenant de titres soumis à la retenue à la source dans un État membre en tant que détentrice de ces titres à la date d'enregistrement sera considérée comme un « propriétaire enregistré » au sens de cette directive qui prévoit, tout d'abord, la création d'un certificat de résidence fiscale numérique (CRFN) (1) ainsi que des procédures de dégrèvement ou de remboursement rapide de l'excédent des retenues à la source pratiquées par les États membres (2).

◇ 1) La création d'un certificat de résidence fiscale numérique (CRFN)

8. L'un des aspects les plus fondamentaux de la directive FASTER concerne la capacité des investisseurs de l'Union à avoir « accès à un moyen de preuve commun, approprié et efficace de leur résidence fiscale »⁸. C'est la raison d'être du CRFN dont les règles de fonctionnement « devraient s'appliquer dans tous les États membres »⁹. La directive prévoit à cet effet une délivrance de ce certificat selon des règles à la fois rapides et uniformes en précisant son contenu et son régime.

9. Une **délivrance rapide et automatisée dans un format numérique uniforme** - S'agissant tout d'abord de la rapidité de la procédure de délivrance, celle-ci est assurée au travers

non seulement des délais de traitement mais également de son caractère automatisé. L'article 4(2) de la directive prévoit en effet que les États membres délivrent le certificat « dans un délai de **14 jours civils** à compter de la présentation d'une demande » (on relèvera que ce délai a été étendu par comparaison avec la version de 2023 qui prévoyait un délai d'un jour ouvrable). En outre, il « convient que les États membres appliquent des procédures automatisées pour la délivrance » des CRFN. Cela ne signifie pas l'impossibilité d'un droit de regard plus scrupuleux du traitement des demandes toutefois. L'article 4(4) de la directive prévoit en effet que lorsqu'un délai de traitement plus étendu est nécessaire, le contribuable concerné en est informé par l'État membre en plus des raisons qui justifient un tel délai.

10. S'agissant ensuite de son harmonisation, la directive prévoit que le CRFN doit se présenter « sous une même forme numérique reconnaissable et acceptable et ayant le même contenu »¹⁰. Cette préoccupation est mise en œuvre par l'article 4(6) qui prévoit que la Commission « adopte des actes d'exécution établissant les formulaires informatisés types, y compris le régime linguistique, et les protocoles techniques, y compris les normes de sécurité, aux fins de la délivrance du CRFN ». L'annexe I à la directive prévoit en outre que le CRFN est délivré avec un cachet électronique, offre la possibilité d'une présentation dans un format lisible « à la fois par l'homme et par ordinateur, au moyen de documents PDF ou d'autres formats similaires pouvant être utilisés dans les systèmes automatisés ».

11. **Le contenu et le régime du CRFN** - Le CRFN contient plusieurs informations de base telles que les noms, prénoms et date de naissance du contribuable (s'il est une personne physique), le numéro d'identification fiscale ou (et c'est un ajout par rapport à la version de 2023) « tout équivalent fonctionnel utilisé à des fins fiscales »¹¹, l'adresse, la date de délivrance, la période couverte et l'identification de l'autorité fiscale le délivrant. Il contient également, dans la version de mai 2024, la ou les conventions en matière de doubles impositions « en vertu desquelles le contribuable demande à être considéré comme résident de l'État membre de délivrance »¹². Les considérants précisent que pour que le CRFN soit reconnu par l'État membre de source comme une « preuve de résidence valable », « il est **essentiel** que la convention en matière de double imposition applicable soit mentionnée dans le CRFN ». On peut légitimement s'interroger sur la possibilité de solliciter un dégrèvement selon la procédure accélérée en vertu d'une convention quand bien même cette dernière n'aurait pas été mentionnée dans le certificat. L'article 4(5 bis) prévoit cependant la possibilité pour les États d'exiger « d'une personne physique ou d'une entité réputée résidente fiscale de leur juridiction qu'elle informe les autorités fiscales délivrant le CRFN de tout changement susceptible de porter atteinte à la validité ou au contenu du CRFN », ce qui pourrait permettre une modification du document durant la période de validité.

7 Proposition de directive de 2024, consid. 2 bis.

8 Proposition de directive de 2024, consid. 4.

9 Ibidem.

10 Ibid.

11 Ibid., art. 4(2).

12 Ibid., art. 4(2)(f bis).

12. On notera que, dans son commentaire de la première version, Émilie Dussau faisait part de ses interrogations sur la possibilité pour les organismes de placement collectifs (OPC) européens d'obtenir le certificat dès lors que, faute d'être assujettis dans leurs pays, ils sont rarement en possession d'un numéro d'identification fiscale. La référence à « *tout équivalent fonctionnel utilisé à des fins fiscales* » semble traiter ce point, notamment dans un contexte où (nous y reviendrons) l'article 13 bis de la version de 2024 prévoit des « *dispositions particulières pour les investissements indirects* » et reconnaît pleinement la possibilité pour un OPC d'être un propriétaire enregistré.

13. Parmi les informations comprises dans le certificat figurent également celles qui seraient nécessaires pour prouver la résidence fiscale du contribuable « *dans le mesure où le certificat ne doit pas être utilisé pour le dégrèvement de la retenue à la source au sein de l'UE* »¹³. Les considérants précisent en effet que bien que le certificat soit principalement destiné à la mise en œuvre des procédures de retenue à la source, il « *peut également avoir un champ d'application plus large et servir à prouver la résidence fiscale au-delà des procédures de retenue à la source* »¹⁴. La précision concernant les informations complémentaires est donc loin d'être inutile dans un contexte où la définition de la résidence prévue par les conventions fiscales peut être fort différente de celle que prévoit le droit interne¹⁵.

14. S'agissant de la période couverte, l'article 4(3) de la directive précise que le CRFN est valable « *pour une période n'excédant pas l'année civile ou la période d'un exercice fiscal pour laquelle il est délivré* ». Il s'agit là encore d'une différence par rapport à la version de 2023 qui prévoyait que le « *CRFN couvre au moins toute l'année civile au cours de laquelle la demande de certificat a été présentée et est valable pour la période considérée tant que l'État membre délivrant le CRFN ne dispose pas d'éléments prouvant que la personne à laquelle le CRFN fait référence ne réside pas dans sa juridiction* »¹⁶. Cette réduction de la période couverte semble avoir été retenue « *pour une plus grande efficacité* »¹⁷ sans que l'on ne connaisse les raisons pour lesquelles le principe d'annualité permettrait de remplir cet objectif.

◇ 2) La mise en place de procédures de dégrèvement/ remboursement plus faciles et rapides

15. La directive vise donc à « *faciliter et accélérer les procédures de dégrèvement de l'excédent des retenues à la source* »¹⁸. Compte tenu des différentes approches retenues par les États membres en la matière, deux procédures sont prévues :

- soit l'application du taux d'imposition approprié « *au moment du paiement* » (pour les procédures de dégrèvement) ;
- soit le remboursement « *rapide de tout montant excédentaire* » d'impôt qui a été payé (pour les procédures de remboursement).

16. L'on aura compris que le dégrèvement de retenue à la source s'opère simplement « *par application directe du taux d'imposition approprié au moment de la retenue* »¹⁹ et que le système de remboursement rapide (*quick refund*) s'opère par une demande de remboursement présentée par l'IFC et traitée par l'autorité fiscale de l'État membre de source²⁰.

17. La première procédure (le dégrèvement) est prévue par l'article 12 qui, comme le système qu'il propose, est relativement sommaire. Il prévoit purement et simplement la possibilité pour les IFC tenant un compte d'investissement pour un propriétaire enregistré de demander ce dégrèvement en fournissant :

- soit le CRFN, soit les informations pertinentes lorsque le propriétaire enregistré ne peut pas obtenir de CRFN ou une autre preuve de résidence fiscale en raison de sa transparence fiscale alors même qu'elle aurait le droit au bénéfice d'un taux réduit²¹ ; et
- le taux de retenue à la source applicable selon la convention ou les dispositions du droit interne pertinentes.

18. La seconde procédure (le remboursement rapide) est prévue par l'article 13 de la directive. Son § 2 prévoit que cette demande de remboursement, qui est en principe initiée par les IFC, est traitée dans un délai de 60 jours civils après la fin de la période au cours de laquelle elle peut être demandée. Des intérêts sont appliqués pour chaque jour de retard au-delà de ce délai de 60 jours (contre 50 jours dans la version de 2023), conformément à l'article 14. Les § 3 bis et 3 ter, ajoutés dans la version de 2024, permettent à l'État membre concerné par la demande de remboursement de s'y opposer dans certaines situations (parce que les informations qui lui ont été communiquées sont incomplètes ou parce qu'il a engagé une procédure de contrôle fiscal en ce qui concerne cette demande de remboursement par exemple).

19. La directive prévoit également désormais des dispositions spécifiques pour ce qui concerne les investissements intermédiés par le biais d'OPC. Il est en effet fréquent que le propriétaire enregistré ne soit pas la personne ayant droit au dégrèvement ou au remboursement de la retenue à la source. C'est notamment le cas lorsque certains OPC ou leurs porteurs de parts peuvent avoir droit au dégrèvement sans être les propriétaires enregistrés, simplement parce que les titres en question ne sont pas détenus par eux mais par une autre personne morale (par exemple une société de gestion) ou par un OPC fiscalement transparent. L'article 13 bis de la

13 *Ibid.*, art. 4(2)(g).

14 *Ibid.*, consid. 4.

15 E. Dussau, Proposition de directive FASTER : l'application des taux réduits de retenue à la source pourra-t-elle être à la fois plus sûre et plus rapide ?, préc.

16 Proposition de directive de 2023, art. 4(3).

17 Proposition de directive de 2024, consid. 4.

18 *Ibidem*, consid. 8.

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 Cette preuve est spécifiquement prévue à l'article 11(2)(a bis) de la proposition de directive de 2024.

directive permet ainsi aux OPC de « demander un dégrèvement de l'excédent de retenue à la source pour leur propre compte ou par les investisseurs ayant droit au dégrèvement qui détiennent des participations dans un OPC »²². La procédure peut toutefois s'avérer contraignante pour des OPC ayant de nombreux porteurs de parts dans la mesure où, s'ils ont tous droit au dégrèvement de retenue à la source, doivent être fournis par l'IFC formulant la demande pour leur compte non seulement une déclaration mentionnant qu'ils y ont chacun droit, qu'ils sont bien les bénéficiaires effectifs des paiements en cause (lorsque cette condition est prévue par la convention applicable), qu'ils ont donné leur accord pour que le dégrèvement soit demandé en leur nom et qu'ils renoncent à demander par ailleurs un dégrèvement à titre indépendant auprès du même État. En outre, doivent être fournis les codes de vérification du CRFN de ces investisseurs ainsi que pour chacun le montant de dividendes ou intérêts qui leurs sont attribuables.

◆ b) Une procédure de dégrèvement ou de remboursement plus sûre

20. La seconde jambe sur laquelle marche le projet (à savoir la sécurisation des procédures de remboursement de l'excédent de retenue à la source) est assurée spécifiquement par deux séries de mesures :

- d'abord, par la création d'un statut d'intermédiaire financier certifié, chargé de procéder aux demandes de dégrèvement et de remboursement et d'assurer la transparence des opérations par la communication d'informations sous leur responsabilité (1) ;

- ensuite, par la mise en place de mesures anti-abus permettant aux États membres, dans un certain nombre de cas, de refuser l'application des procédures rapides contenues dans la directive lorsqu'il existe un risque de fraude fiscale ou d'abus fiscal (2).

◇ 1) L'intervention des intermédiaires financiers certifiés

21. Tout d'abord, la proposition de directive FASTER crée un nouveau statut : celui d'« intermédiaire financier certifié » (IFC), qu'elle assortit d'un certain nombre d'obligations de communication d'informations ainsi que d'un devoir de vigilance. Les IFC se trouvent au centre du système de dégrèvement mis en œuvre puisque ce sont eux qui, en principe, devront procéder aux demandes de dégrèvement sur la base de l'ensemble des informations dont ils disposent.

22. L'enregistrement et le statut des IFC - L'article 5 de la directive prévoit l'obligation, pour les États membres, d'établir un « registre national des intermédiaires financiers certifiés ». Ce registre est tenu et mis à jour une fois par mois²³ par une autorité compétente qu'ils désignent, conformément à l'article 5(3). Ce registre contient diverses informations relatives aux IFC listées à l'article 5(4), telles que leur nom, leur date

d'enregistrement, leurs coordonnées et sites web ainsi que leur EUID ou, s'ils n'en disposent pas, un identifiant d'entité juridique ou tout numéro d'enregistrement délivré par leur pays de résidence. Ces registres sont mis à la disposition du public sur un portail spécifique sur le site internet de la Commission.

23. Tous les intermédiaires financiers ne sont pas tenus de procéder à leur enregistrement dans le régime national. Seuls les « établissements de grande taille » (tels que définis dans le règlement sur les exigences de fonds propres) sont concernés par cette obligation²⁴. Cependant, les autres intermédiaires financiers qui interviennent dans les chaînes de paiement peuvent procéder à un enregistrement volontaire, ou alors d'être représentés par un IFC agissant en leur nom et ce, « afin de réduire au minimum la charge administrative et l'incidence sur la manière dont ils souhaitent s'organiser »²⁵. L'article 6(1 bis) permet en effet aux États membres d'autoriser les IFC à agir au nom d'autres intermédiaires faisant partie du même groupe financier et à assumer l'obligation d'enregistrement et les obligations de communication et de vigilance évoquées ci-après.

24. Bien entendu, la demande d'enregistrement peut être refusée dans un certain nombre de cas, notamment pour des intermédiaires financiers qui ont commis une ou plusieurs infractions ayant entraîné des pertes de recettes fiscales du fait de retenues à la source - étant entendu que ces faits ou infractions « ne peuvent être pris en compte [...] que dans la mesure où ils n'étaient pas connus plus de dix ans avant la demande d'enregistrement »²⁶. Les IFC peuvent par ailleurs être radiés, en particulier lorsqu'ils ne remplissent pas leurs obligations²⁷.

25. Les obligations de communications d'informations - Afin de « garantir une plus grande transparence quant à l'identité et à la situation de l'investisseur qui perçoit des dividendes ou des intérêts ainsi qu'aux flux de versements à partir de l'émetteur »²⁸, les IFC sont soumis à des obligations de communication importantes, enfermées dans des délais spécifiques. Les informations y afférentes, mentionnées à l'article 9 de la proposition de directive, sont détaillées dans l'annexe II. Elles sont particulièrement fournies et concernent notamment :

- l'IFC lui-même (son NIF, son identifiant d'entité juridique, etc.) ;
- le bénéficiaire du paiement (entre autres, son nom, son adresse, sa date de naissance, son numéro de compte d'investissement mais également le type de compte - propre, général de tiers, individuel de tiers, etc.) ;
- l'entité à l'origine du paiement (son nom, son NIF, son numéro de compte d'investissement, le type de compte, etc.) ;
- le paiement lui-même (l'émetteur des titres, le dépositaire central qui tient le registre des mouvements de titres, le

²⁴ *Ibidem*, art. 6(1).

²⁵ *Ibid.*, consid. 6.

²⁶ *Ibid.*, art. 7(1 ter).

²⁷ *Ibid.*, art. 8.

²⁸ *Ibid.*, consid. 7.

²² Proposition de directive de 2024, consid. 9 bis.

²³ Proposition de directive de 2024, art. 5(5).

numéro ISIN, le type de paiement et la date de paiement ou de détachement du dividende, le montant brut et le montant net, ainsi que celui de la retenue à la source, etc.) ;

- l'application de mesures anti-abus que doit respecter l'IFC (par exemple s'il existe des accords financiers portant sur des actions sous-jacentes).

26. La transmission de ces informations peut se faire de deux manières : directe ou indirecte. Lorsqu'elle est directe, l'IFC communique ces informations directement à l'État membre de la source. Lorsqu'elle est indirecte, ces informations sont fournies par les IFC qui interviennent tout au long de la chaîne des paiements sur titres en fonction de leur position dans cette chaîne. Autrement dit, « ces informations parviennent à l'agent chargé de la retenue ou à un IFC désigné, qui les communique à l'autorité compétente de l'État membre de la source »²⁹. Il est à noter que les intermédiaires financiers qui interviennent dans la chaîne mais ne sont pas tenus de s'enregistrer en tant qu'IFC ne sont pas tenus à ces obligations d'information³⁰.

27. La proposition de directive prévoit également la possibilité pour les IFC « d'externaliser les tâches liées au respect des obligations qui leur incombent »³¹. Cela implique qu'un tiers peut très bien s'acquitter des obligations pertinentes, qui malgré tout « devraient rester de la responsabilité de l'intermédiaire financier certifié qui a externalisé ses responsabilités »³². En effet, « compte tenu du rôle important confié aux [IFC] en matière de communication d'informations complètes et correctes »³³ l'article 16(1) de la directive prévoit que la législation nationale des États membres doit inclure des règles qui permettent de les tenir « responsables de tout ou partie de la perte de recettes provenant de la retenue à la source subie en raison du non-respect total ou partiel des obligations essentielles »³⁴ de la directive. Les sanctions, prévues à l'article 17, sont laissées à l'appréciation des États membres et doivent être « proportionnées et dissuasives ».

28. Le devoir de vigilance - Outre les obligations de communication, les IFC sont également soumis à un « devoir de vigilance quant à l'admissibilité du propriétaire enregistré », prévu à l'article 11 de la directive. De ce fait, il est exigé d'eux qu'ils obtiennent une déclaration du propriétaire enregistré selon laquelle :

- il est bien la personne ayant droit au dégrèvement de la retenue à la source en indiquant la base juridique de laquelle il tire ce droit (convention fiscale ou droit interne, le cas échéant) ;

- il est bien le « bénéficiaire effectif » du revenu, lorsque cette condition est exigée ;

- il n'a pas conclu d'accord financier lié à l'action cotée en bourse sous-jacente ; et

- il s'engage à informer l'IFC de tout changement de sa situation.

29 *Idem.*

30 *Id.*

31 Proposition de directive de 2024, consid. 7 ter.

32 *Idem.*

33 Proposition de directive de 2024, consid. 10 ter.

34 *Ibidem.*

29. L'article 11(2 bis) prévoit la possibilité pour les IFC d'obtenir cette déclaration sur une base annuelle, sauf s'il existe des raisons de savoir qu'il y a un changement de situation ou que les informations ne sont pas fiables. Ces derniers doivent surtout vérifier, sur la base des informations dont ils disposent, le CRFN du propriétaire enregistré (ou, le cas échéant, une preuve de sa résidence fiscale ou, à tout le moins, les documents jugés appropriés qui permettent d'attester de son droit à un dégrèvement), la déclaration et la résidence fiscale de ce propriétaire sur la base des informations qu'il détient (notamment lorsqu'il possède ces informations sur la base d'autres exigences telles que celles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux), le droit du propriétaire enregistré au taux réduit de retenue à la source, l'existence éventuelle d'un accord financier et le fait que l'action sous-jacente a été acquise par ce dernier dans le cadre d'une transaction effectuée antérieurement ou dans un délai de cinq jours avant la date de détachement du dividende.

30. Ainsi que le relevait Émilie Dussau dans son commentaire de la version de 2023 de la directive, l'on peut s'interroger sur le caractère « déraisonné »³⁵ de ces obligations, notamment dans un contexte où certaines relèvent clairement de l'appréciation juridique. Par exemple, il est attendu des IFC qu'ils vérifient la pertinence de la qualité de bénéficiaire effectif du propriétaire enregistré (du moins lorsque cette qualification est exigée de la convention applicable). Or, d'une part, il n'existe aucune définition consensuelle et harmonisée de cette notion et, d'autre part, les commentaires OCDE y afférents attestent des difficultés considérables pour un IFC de procéder à une analyse pertinente de la question sur la base des informations dont il dispose. L'OCDE considère en effet que ne saurait être un bénéficiaire effectif une personne dont le droit d'utiliser le revenu et d'en jouir est « limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement à une autre personne »³⁶, qui « découle habituellement de documents juridiques » mais peut également exister en raison de faits et de circonstances qui « montrent que, fondamentalement, (i) le récipiendaire n'a pas le droit d'utiliser le dividende et d'en jouir (ii) sans être limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne »³⁷. Sans entrer dans les détails, l'on voit mal comment un IFC peut apprécier l'ensemble des « faits et circonstances » qui démontreraient que fondamentalement un propriétaire enregistré n'aurait pas le droit d'utiliser un dividende et d'en jouir.

31. De la même manière, l'article 11(2)(a) prévoit l'obligation pour l'IFC de vérifier « le CRFN du propriétaire enregistré ou une preuve attestant de la résidence fiscale dans un pays tiers jugée appropriée par l'État membre de la source ». Or, pour un contribuable dont la résidence fiscale française découlerait, par exemple de l'existence d'un « foyer » en France, cette démarche

35 E. Dussau, Proposition de directive FASTER : l'application des taux réduits de retenue à la source pourra-t-elle être à la fois plus sûre et plus rapide ?, préc.

36 Modèle OCDE, 2014, C(10), § 12.4.

37 *Ibidem.*

peut s'avérer difficile voire impossible. La jurisprudence considère en effet qu'un tel foyer dépend du lieu où le contribuable « *a le centre de ses intérêts familiaux* »³⁸, c'est-à-dire du lieu où vivent son conjoint et/ou ses enfants mineurs. Or, sur ce point également, l'on perçoit mal comment un IFC pourrait raisonnablement s'engager et engager sa responsabilité sur une telle résidence sur la seule base des informations dont il dispose. Il semble donc exister une disproportion dans le rôle et la responsabilité confiée par le projet aux IFC.

◇ 2) La mise en place de mesures anti-abus

32. Les États membres peuvent limiter le recours aux procédures de dégrèvement ou de remboursement rapide « *dans les cas présentant un risque élevé de fraude fiscale et d'abus fiscal* »³⁹. À cet effet, l'article 10(2) contient une « *liste de ces cas dans lesquels les États membres ont la possibilité d'exclure les demandes de dégrèvement et de procéder à des contrôles supplémentaires* »⁴⁰. Il faut toutefois préciser que cette liste « *ne devrait pas être obligatoire et les États membres devraient disposer d'une marge d'appréciation pour déterminer lequel de ces cas devrait être couvert par la procédure de remboursement normale* »⁴¹.

33. Certains cas couverts par la liste figuraient déjà dans la version de 2023, à savoir :

- le cas dans lequel le dividende provient d'une transaction effectuée dans les cinq jours précédant la date de détachement du dividende (la version de 2023 prévoyait toutefois un délai de deux jours) ;
- le cas dans lequel le paiement est lié à un accord financier qui n'a pas été réglé ou n'est pas expiré ou résilié avant la date de détachement du dividende (ce qui permet d'éviter, autant que faire se peut, les montages de type Cum/Cum ou Cum/ex) ;
- le cas où au moins un des intermédiaires financiers de la chaîne des paiements n'est pas certifié et qu'aucun des ICP n'a décidé d'assumer la position à sa place ; et
- le cas où une exonération est demandée.

34. À ces cas s'ajoutent désormais celui dans lequel le taux réduit de retenue à la source ne provient pas d'une convention en matière de doubles impositions⁴² et celui où le paiement de dividendes dépasse un montant brut d'au moins 100.000 € par propriétaire enregistré - étant entendu que ce seuil s'applique par propriétaire enregistré ou par investisseur lorsque le propriétaire enregistré est un OPC⁴³. On remarquera avec intérêt que la directive prévoit une clause anti-abus à la mesure anti-abus puisque l'article 10(2)(f) indique que tout dispositif permettant de fractionner le dividende dans le seul but de rester sous le seuil des 100.000 € conduit au rejet de la demande.

38 CE, sect., 3 nov. 1995, n° 126513, Larcher : Rec. Lebon, p. 406 ; RJF 12/95 n° 1332, chron. G. Goulard p. 787 ; BDCF 20/95 p. 1, concl. J. Arrighi de Casanova.

39 Proposition de directive de 2024, consid. 10 bis.

40 *Ibidem*.

41 *Ibid.*

42 Proposition de directive de 2024, art. 10(2)(e).

43 *Ibidem*, art. 10(2)(f).

35. L'article 10 exclut toutefois les cas dans lesquels le droit à dégrèvement bénéficie à un OPC européen, un régime de retraite légal ou une institution de retraite enregistrée ou agréée dans un État membre. Selon les considérants, « *ces organismes et institutions sont fortement réglementés et soumis à la surveillance des autorités nationales compétentes et à des contrôles rigoureux* »⁴⁴ et l'on peut donc douter de la pertinence d'une présomption de leur participation à des transactions présentant un risque élevé de fraude fiscale ou d'abus fiscal.

◆ Conclusion

36. L'article 22 de la directive prévoit son adoption et sa publication par les États membres au plus tard le 31 décembre 2028 pour une application à compter du 1^{er} janvier 2030 (soit 3 ans après la publication). Cela étant, eu égard aux différences entre la version de 2023 et celle ici commentée, une nouvelle décision de consultation du Parlement sur le texte devra être prise d'ici 2025 en vue de son adoption formelle par le Conseil.

37. Sur le fond, et bien que les modifications apportées à la version de 2023 lèvent le doute sur un certain nombre de points soulevés dans les commentaires d'alors (par exemple l'application de la directive pour les transactions impliquant des OPC européens), l'on ne peut qu'abonder dans le sens de l'excellent commentaire d'Émilie Dussau⁴⁵ qui déjà à l'époque soulignait l'apparent défaut d'équilibre entre la première jambe (*faster*) et la deuxième jambe (*safer*) du projet. Il est en effet probable que le transfert, sur les IFC, d'une charge administrative importante, en dépit de la possibilité de la partager voire de l'externaliser, porte préjudice à l'efficacité du dispositif.

N. VERGNET ■

Dividendes et autres revenus distribués

Dividendes sortants

38. À NOTER

> **Dividendes sortants - Retenue à la source (CGI, art. 119 bis, 2) - Existence d'une règle implicite de bénéficiaire effectif (non)** - L'administration tire les conséquences de la décision *FBF* du Conseil d'État⁴⁶ et retire ses commentaires relatifs au bénéficiaire effectif d'une rétrocession de

44 *Ibid.*, consid. 10 bis.

45 E. Dussau, Proposition de directive *FASTER* : l'application des taux réduits de retenue à la source pourra-t-elle être à la fois plus sûre et plus rapide ?, préc.

46 CE, plén. fisc., 8 déc. 2023, n° 472587, Fédération bancaire française, concl. R. Victor : Rec. Lebon ; FI 1-2024, n° 5, § 23, comm. N. Vergnet.

dividende qu'elle avait publiés en février 2023⁴⁷, dans un contexte particulier de procédures fiscales et pénales mettant en cause les schémas dits « CumCum », et qui ont été annulés.

BOI-RPPM-RCM-30-30-10-10, 30 mai 2024. - BOFiP, actualité, 30 mai 2024

Dans sa décision du 8 décembre 2023, le Conseil d'État a jugé que l'article 119 bis, 2 du CGI ne contient pas de clause de bénéficiaire effectif implicite et prévoit uniquement l'application d'une retenue à la source aux dividendes d'origine française versés à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France. Dans sa mise à jour du 30 mai 2024, l'administration modifie ses commentaires en conséquence en supprimant, d'une part, la dernière phrase du § 1 du BOI-RPPM-RCM-30-30-10-10 publié le 15 février 2023, énonçant que la retenue à la source prévue à l'article 119 bis, 2 du CGI « s'applique y compris lorsque le bénéficiaire effectif des revenus en cause, c'est-à-dire la personne qui a le droit d'en disposer librement, a son domicile fiscal ou son siège hors de France » et le § 5 du mêmes extrait et, d'autre part, les rescrits BOI-RES-RPPM-000122 et BOI-RES-RPPM-000123, dont l'objet était de préciser ces énonciations.

Intérêts

39. Intérêts - Limitation de la déductibilité des intérêts de prêts entre entreprises liées (CGI, art. 212, I, b ; ancien dispositif « anti-hybride ») - Prêt par une société liée transparente fiscalement - Porteur de parts personne physique - Le Conseil d'État juge qu'il résulte du b du I de l'article 212 et du 12 de l'article 39 du CGI, tels qu'éclairés par les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, que la déductibilité des intérêts de prêts entre entreprises liées au sens du 12 de l'article 39 est, dans l'hypothèse où seuls les associés du prêteur sont assujettis à l'impôt à raison des bénéfices que ce dernier réalise, subordonnée à la preuve d'un niveau minimal d'imposition de l'associé sur ces intérêts, dès lors que ce dernier entretient avec le prêteur un lien de dépendance. Cette règle s'applique y compris lorsque l'associé est une personne physique et que sa participation ne s'inscrit pas dans le cadre d'une activité économique ou professionnelle.

CE, 8^e et 3^e ch., 31 mai 2024, n° 476479, SAS Les Vignobles Réunis - Roulet, concl. R. Victor : Lebon T. (V. annexe 1)

47 BOI-RPPM-RCM-30-30-10-10, 15 févr. 2023, § 1 et 5. - BOI-RES-RPPM-000122 et BOI-RES-RPPM-000123, 15 févr. 2023 : FI 2-2023, n° 5, § 48. Sur cette doctrine, v. E. Dussau, Retenue à la source et contrats financiers sur actions : l'administration fiscale est-elle allée trop loin ? : FI 3-2023, n° 5.2.

Contexte

40. Cette affaire concerne les dispositions de l'ancien article 212, I, b du CGI, issues de la loi de finances pour 2014⁴⁸, applicables aux exercices clos à compter du 25 septembre 2013, et qui furent abrogées lors de l'adoption, à la faveur de la loi de finances pour 2020⁴⁹, des nouvelles dispositions anti-hybrides transposant en droit interne les directives ATAD - elles-mêmes mettant en œuvre l'action 2 du plan BEPS de l'OCDE -, applicables aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2020, et codifiées aux articles 205 B, 205 C et 205 D du CGI. En effet, la France, avec ce dispositif codifié au b du I de l'article 212 du CGI, avait, unilatéralement, pris de l'avance sur les travaux en cours dans les enceintes de l'UE et de l'OCDE, en édictant son propre régime anti-hybrides, consistant à subordonner la déduction fiscale des intérêts versés par une société débitrice française à une entreprise qui lui était liée au sens de l'article 39, 12 du CGI à la démonstration, par la société débitrice, que l'entreprise prêteuse était, au titre de l'exercice en cours, assujettie à raison de ces mêmes intérêts à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices d'un montant au moins égal à un quart de l'impôt sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun.

La décision ici chroniquée ne présente donc qu'un intérêt historique ou, au mieux, contentieux pour les instances en cours qui mettraient en jeu l'application de l'article 212, I, b dans cette circonstance particulière où, comme en l'espèce, l'entreprise créancière liée est une entité étrangère transparente. Dans cette hypothèse, l'article 212, I, b prévoyait effectivement, en son troisième alinéa, une règle spéciale, libellée de la manière suivante : « Lorsque l'entreprise prêteuse est une société ou un groupement soumis au régime d'imposition prévu à l'article 8 du présent code ou un organisme de placement collectif relevant des articles L. 214-1 à L. 214-191 du code monétaire et financier ou un organisme de même nature constitué sur le fondement d'un droit étranger et situé dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et qui n'est pas un État non coopératif au sens de l'article 238-0 A du présent code, le présent b ne s'applique que s'il existe également des liens de dépendance, au sens du 12 de l'article 39, entre cette société, ce groupement ou cet organisme et un ou plusieurs détenteurs de parts de cette société, de ce groupement ou de cet organisme. Dans cette hypothèse, l'impôt sur ces intérêts est apprécié au niveau de ces détenteurs de parts [...] ». Cette règle spéciale procédait d'un amendement du Gouvernement⁵⁰, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, visant à traiter le cas particulier des structures prêteuses liées non soumises à l'impôt, qui ne pouvaient, par définition, se voir administrer à leur niveau le test de l'imposition minimale. Il a donc été décidé que ce test serait réalisé au niveau des détenteurs de parts, à la condition toutefois qu'il existe également des liens de dépendance, au sens du 12 de l'article 39 du

48 L. n° 2013-1278, 29 déc. 2013 de finances pour 2014, art. 22.

49 L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 45 : FI 1-2020, n° 5, § 29.

50 Amendement n° I-1079 rectifié.

CGI, entre ceux-ci et la structure prêteuse. Ce dernier article disposant que « Des liens de dépendance sont réputés exister entre deux entreprises : / a - lorsque l'une détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision ; / b - lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre, dans les conditions définies au a, sous le contrôle d'une même tierce entreprise », la question était toutefois posée de l'applicabilité même de l'article 212, I, b du CGI, en présence d'un **détenteur de parts, en situation de contrôle de l'entité transparente prêteuse, ayant la qualité de personne physique ne détenant pas sa participation dans le cadre d'une activité économique ou professionnelle, mais dans une logique purement passive excluant par hypothèse la qualification d'« entreprise »**. La réponse, positive, apportée par le Conseil d'État dans sa décision du 31 mai 2024 procède d'une lecture éloignée du texte, fondée sur l'intention du législateur, comme nous allons le voir.

◇ Décision

41. Les faits dans cette affaire sont d'une grande simplicité. Une société de droit français, la SAS Les Vignobles Réunis-Roulet, active dans l'exploitation d'un domaine viticole et la production de Cognac, est détenue par un associé unique, la société Eurocom West, constituée sous la forme d'un « *limited liability partnership* » (LLP) de droit anglais soumis à un régime de transparence fiscale, lui-même détenu par deux associés russes personnes physiques, dont l'un à hauteur de 99 %. La société française a bénéficié, en 2012, d'un prêt de son associée unique aux fins de financement de l'acquisition de vignobles, donnant lieu au versement d'intérêts au titre des exercices clos en 2013, 2014 et 2015. À la suite de deux vérifications de comptabilité, l'administration a remis en cause la déduction des intérêts, sur le fondement du b du I de l'article 212 du CGI, au motif que la SAS Les Vignobles Réunis-Roulet n'avait pas apporté la preuve exigée par le texte de l'imposition minimale desdits intérêts égale au quart au moins de l'imposition qui aurait été établie dans les conditions de droit commun en France.

42. Les juges du fond ont donné raison à l'administration en première instance⁵¹ et en appel⁵². La Cour administrative d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 31 mai 2023, a ainsi jugé que c'était au niveau de l'associé qu'il y avait lieu d'administrer le test de l'imposition minimale prescrit par l'article 212, I, b du CGI (« des liens de dépendance, au sens du 12 de l'article 39, existaient entre la société britannique Eurocom Eurocom West LLP et M. A. et l'impôt sur ces intérêts devait être apprécié au niveau du détenteur de parts »), après avoir écarté l'argument de la société selon lequel des liens de dépendance au sens de l'article 39, 12 entre le *partnership* et l'associé personne physique majoritaire ne pouvaient, au cas d'espèce, être identifiés dès lors que celui-ci ne pouvait être regardé comme une entreprise, de façon expéditive et, selon nous, assez imparfaite (« Dès lors que la société Les Vignobles Réunis-Roulet a pour unique associée la société britannique Eurocom West LLP, société de personnes qui

est détenue à 99% par M. A., résident fiscal en Russie, celui-ci doit être regardé comme détenant, par l'intermédiaire de la société Eurocom West LLP, la majorité du capital de la société Les Vignobles Réunis-Roulet, sans qu'il soit besoin de vérifier si cette détention de parts sociales constitue pour M. A. une activité économique et professionnelle »)⁵³.

43. C'est donc contre cette décision que la société s'est pourvue en cassation devant le Conseil d'État, portant sa critique sur le terrain de l'erreur de droit. La question de droit posée à la Haute assemblée portait donc sur l'interprétation du troisième alinéa du b du I de l'article 212, en tant qu'il renvoie au 12 de l'article 39 : une interprétation littérale de ce complexe de normes devait conduire, en toute logique, à conclure à l'inapplicabilité de l'article 212, I, b en présence d'un porteur de parts personne physique ne tirant que des revenus passifs de sa participation majoritaire dans l'entité créancière liée à la société débitrice, à défaut de la caractérisation, dans ce type de situation, de toute « entreprise » au niveau du porteur de parts. L'enjeu, quant à lui, résidait, concrètement, dans le choix de laisser en-dehors de l'orbite du dispositif un ensemble potentiellement vaste de situations optimisantes, contrairement à l'objectif affiché du législateur de l'époque de lutter contre cette forme particulière de technique d'érosion de base fiscale, consistant en une déduction de charge non contrebalancée par l'imposition d'un produit.

44. Le Conseil d'État, dans sa décision du 31 mai 2024, suivant les préconisations de son rapporteur public, fait le choix de **s'écarter de la lettre du texte pour conférer une portée large au dispositif, conforme, selon lui, à l'intention du législateur**. C'est ainsi que la Haute assemblée, convoquant les travaux parlementaires, juge qu'« Il résulte de ces dispositions, telles qu'éclairées par les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, que la déductibilité des intérêts de prêts entre entreprises liées au sens du 12 de l'article 39 du code général des impôts est, dans l'hypothèse où seuls les associés du prêteur sont assujettis à l'impôt à raison des bénéfices que ce dernier réalise, subordonnée à la preuve d'un niveau minimal d'imposition de l'associé sur ces intérêts, dès lors que ce dernier entretient avec le prêteur un lien de dépendance » (pt 3), avant de valider la lecture constructive des juges du fond, dans les termes suivants : « Pour apprécier le niveau minimal d'imposition sur les intérêts versés par la société Les Vignobles Réunis - Roulet à son actionnaire unique, la société de personnes britannique Eurocom West LLP, la cour s'est placée au niveau de M. Tikhonov, détenteur à 99 % de cette société. En statuant ainsi, la cour, qui n'avait pas à rechercher si cette détention constituait pour M. Tikhonov une activité économique ou professionnelle, n'a pas commis d'erreur de droit » (pt 4).

◇ Analyse (critique)

45. Le Conseil d'État aura donc procédé, prétoriennement, à une correction de la défektivité du texte de l'article 212, I, b du CGI, en se fondant sur l'intention du législateur, identifiée

51 TA Poitiers, 26 nov. 2020, n° 1901845, 1901846.

52 CAA Bordeaux, 31 mai 2023, n° 21BX00384.

53 *Ibidem*, pt 5.

par l'analyse des travaux parlementaires à laquelle s'est livré Romain Victor dans ses conclusions.

46. Avant même d'ailleurs de traiter la question soulevée par le pourvoi, le rapporteur public avait à titre préliminaire corrigé un premier défaut, en validant que le texte devait s'appliquer en présence d'une entité liée créancière ayant la nature d'une société de personnes **étrangère**, à l'instar du LLP, alors que sa lettre ne visait que le cas des sociétés ou groupements « soumis au régime d'imposition prévu à l'article 8 du CGI », donc par hypothèse des entités de droit français. Le législateur avait bien pris le soin de préciser, après avoir mentionné le cas des organismes de placement collectif relevant des articles L 214-1 à L 214-191 du code monétaire et financier, le cas des organismes « de même nature » constitués « sur le fondement d'un droit étranger ». Néanmoins, cette référence semblait renvoyer directement aux organismes de placement collectif, expression qui la précédait immédiatement dans le texte, et non aux sociétés de personnes. Romain Victor a donc forgé sa conviction à partir de divers éléments extérieurs au texte du troisième alinéa du b du I de l'article 212 : nécessaire respect du principe d'égalité en droit constitutionnel et conventionnel ; prise en compte de la lettre du deuxième alinéa de l'article précisant expressément que la règle s'applique aux entreprises liées résidentes de même qu'aux entreprises liées établies dans des États différents ; recours aux travaux parlementaires, notamment au rapport général n° 156 en date du 21 novembre 2013 au nom de la Commission des finances du Sénat sur le projet de loi de finances pour 2014, distinguant explicitement le cas des structures transparentes étrangères⁵⁴. Sur cet aspect, il nous semble que la méthodologie de l'« équivalence juridique »⁵⁵, issue de la décision *Sté Artémis*⁵⁶, consistant, sur la base des caractéristiques juridiques d'une entité étrangère, à déterminer le régime applicable à une opération donnée au regard de la loi fiscale française, aurait aussi permis, par le jeu de l'assimilation fiscale, d'attirer en tout état de cause les sociétés étrangères au sein du dispositif de l'article 212-I-b, en tant que sociétés ou groupements « soumis au régime d'imposition prévu à l'article 8 du CGI ».

47. S'agissant de la question de droit directement soulevée par le pourvoi, la mise à l'écart de la formule légale du b du I de l'article 212 du CGI, ou plus exactement, par un jeu de miroirs, l'attrition de la portée du renvoi de celui-ci au 12 de l'article 39, se ressource essentiellement à l'identification de la *ratio legis* du texte, telle qu'identifiée par le rapporteur public : « [...] il faut tenir compte de la nature profonde du dispositif anti-hybride dont il est question ici. [...] c'est une disposition anti-abus qui est en cause. L'objectif du législateur était d'éviter une érosion de la base

taxable à l'IS en France résultant de la déduction en charges, par une entreprise soumise à cet impôt, d'intérêts d'emprunt n'ayant pas été soumis, parallèlement, à une imposition minimale ». Sous cette considération, étayée par des indices retrouvés dans les travaux parlementaires, la référence à la notion d'« entreprise » de l'article 39, 12 devenait logiquement superflue, au regard de l'objectif du législateur de trouver en dernier ressort une personne en situation de contrôle, effectivement soumise à l'impôt, quelle que soit sa qualité, à laquelle il était possible d'administrer le test de l'imposition minimale des revenus de l'entité.

48. La Haute assemblée a donc livré une interprétation très éloignée de la lettre du complexe de normes en jeu, faisant prévaloir l'objectif du législateur. C'est l'office du juge de l'impôt que de procéder au comblement des lacunes internes pouvant affecter la loi fiscale. Ce type de situation survient « lorsque la loi utilise des termes dont elle ne donne pas la définition ; lorsque la loi est imprécise, obscure, ambiguë ; lorsque la loi a omis de préciser certains éléments du système, sans lesquels celui-ci ne peut normalement fonctionner »⁵⁷. Et on l'a vu, le texte issu de la loi de finances pour 2014 présentait incontestablement certains défauts. Pour autant, la démarche interprétative ici déployée par le Conseil d'État n'est pas sans soulever un certain nombre de questions.

49. Tout d'abord, sur la méthode, signalons d'emblée que le texte en cause, par sa nature même de « disposition anti-abus », ainsi que le précise le rapporteur public, commandait, nous semble-t-il et de ce seul fait, le recours à une interprétation stricte. Mais surtout, il nous semble que le texte, si imparfait qu'il ait pu paraître eu égard à la logique poursuivie par le législateur, **était néanmoins clair**. Rappelons ici les propos du président Odent, selon lequel « lorsqu'un texte est clair [...], le juge administratif ne se livre à aucune fantaisie interprétative ; il applique strictement ce texte sans tenir compte ni des travaux préparatoires ni de l'objectif du législateur. **Même s'il paraît résulter de travaux préparatoires que le législateur a exprimé sa pensée ou sa volonté en des termes qui ont trahi ses intentions, la lettre du texte, lorsqu'elle ne permet pas la controverse, doit prévaloir sur son esprit** »⁵⁸. La méthode, on le sait, a été consacrée dans la célèbre décision *Commune de Houdan c/ Lhemery* du 27 octobre 1999⁵⁹. Sous ce rapport, le recours à des éléments extérieurs au texte ne se justifiait donc peut-être pas, et la référence au 12 de l'article 39 dans son intégralité s'imposait, au sujet duquel la Cour administrative d'appel de Douai avait précisé dans un arrêt du 5 février 2019 - au demeurant mentionné par Romain Victor dans ses conclusions - que « cette qualification d'entreprise s'agissant d'une personne physique ne saurait résulter seulement des pouvoirs de décision que cette personne

54 Sénat, Comm. fin., rapport général n° 156 sur le projet de loi de finances pour 2014, 21 nov. 2013, par F. Marc, t. II, fasc. 1, p. 200.

55 Cf. E. Dinh, *Les partnerships dans l'ordre fiscal international. Présentation et portée de la méthode de l'« équivalence juridique »* : JCPE 2016, 1440.

56 CE, plén. fisc., 24 nov. 2014, n° 363556, SA Artémis : Rec. Lebon, p. 345 ; Dr. fisc. 2015, n° 3, comm. 57, concl. E. Cortot-Boucher, note P. Derouin ; Dr. fisc. 2016, n° 9, chron. 196, E. Dinh, spéc. n° 20 et s. ; RJF 2/2015, n° 102, chron. N. Labruno, p. 83.

57 Sur ces points, v. E. Krings, *Les lacunes en droit fiscal*, in *Le problème des lacunes en droit (Travaux du Centre national de recherches de logique)*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 463 et s., spéc. p. 479.

58 R. Odent, *Contentieux administratif*, t. 1 : Dalloz, rééd. 2007, préf. R. Denoix de Saint-Marc, p. 348. Mis en gras par nous.

59 CE, sect., 27 oct. 1999, n° 188685, Cne de Houdan c/ Lhemery : RJDA 4/00, n° 404.

détient au sein des sociétés dont elle possède une part du capital social ni de la seule détention d'une part du capital social de ces dernières et ce quelle que soit l'importance de la part du capital social ainsi détenue. Il est en effet nécessaire pour qu'une personne physique puisse être qualifiée d'entreprise du fait de la détention de parts sociales que cette détention constitue pour elle une activité économique et professionnelle ». Il s'ensuivait donc, dans cette perspective, que l'application de l'article 212, I, b en présence d'une détention purement passive de sa participation dans la société transparente par l'associé personne physique était neutralisée. En d'autres termes, la lacune du texte, identifiée par le juge, avait davantage la nature d'une lacune **externe** de la norme, dont le comblement était hors de sa portée, eu égard au principe de légalité de l'impôt. Mais encore faut-il, même sous cet angle, admettre que le législateur ait commis une erreur en cantonnant, par le renvoi à l'article 39, 12, le champ d'application du dispositif aux seuls liens de dépendance entre entreprises, ce qui ne relève pas de l'évidence compte tenu, précisément, de l'objectif de lutte contre les instruments hybrides qu'il poursuit.

50. Sur le fond, en effet, il n'est pas interdit de penser, à rebours du Conseil d'État, que le renvoi au 12 de l'article 39 correspond, au fond, pleinement à l'intention du législateur. C'est même la solution qui semble la plus naturelle au regard de la **logique d'homothétie créée aux fins d'apprécier le lien de dépendance au premier degré (emprunteur-prêteur) et au second degré (prêteur-associé du prêteur)**. De fait, elle semble seule à même de ne pas entraîner de questionnement sur une éventuelle rupture d'égalité selon les circonstances. Il est évident que le dispositif ne s'appliquait pas au cas d'un associé personne physique octroyant un prêt à une société qu'il contrôlait directement, faute de liens de dépendance entre le prêteur et l'emprunteur au sens de l'article 39, 12, quand bien même l'associé en question aurait pu bénéficier d'un régime très favorable de taxation des intérêts perçus. Il pourrait être difficile de justifier qu'il vienne à s'appliquer lorsque le prêt est effectué au travers d'une société de personnes transparente portant la participation majoritaire, et servant de simple « conduit » au flux de revenus. Au-delà, on sait qu'en présence d'une société transparente, la condition de l'imposition minimale sur les intérêts devait être appréciée au niveau des porteurs de parts, étant précisé qu'aux termes du deuxième alinéa du b du I de l'article 212 du CGI, en cas d'entreprise prêteuse étrangère, l'impôt sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun et au taux normal prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219 servant de référence « s'entend de celui dont elle aurait été redevable en France sur les intérêts perçus si elle y avait été domiciliée ou établie ». Même si l'administration du test de l'imposition minimale au niveau d'un porteur de parts personne physique est, dans ces conditions, théoriquement possible, sur la base strictement objective de la détermination d'un simple quantum, force est d'admettre qu'il n'est pas naturel d'appliquer à une personne physique, simple titulaire de revenus passifs, les règles d'assiette et de taux de l'impôt sur les sociétés français. Le calcul du montant théorique d'imposition sur les intérêts versés servant de référence, exclusivement fondé sur les règles

de l'IS, renseigne tout de même, certes indirectement, sur le champ d'application du dispositif tel qu'il a pu être pensé par le législateur : si la fiction joue parfaitement en présence d'un associé personne morale, elle s'ajuste mal à un détenteur de parts personne physique. Enfin, si l'on mobilise les travaux parlementaires, on y trouvera aussi des éléments militant en faveur d'une inapplicabilité générale de l'article 212, I, b en-dehors de relations intragroupe. Prenons le rapport général n° 156 fait le 21 novembre 2013 au nom de la Commission des finances du Sénat par M. François Marc sur le projet de loi de finances pour 2014, mobilisé par le rapporteur public lui-même : « D'après la définition qu'en donne l'organisation de coopération et de développement économique (OCDE), les produits hybrides sont "des instruments dont le régime fiscal est différent dans les pays concernés, étant le plus souvent considérés comme **titres de dette** dans un pays et comme **titres de participation** dans un autre". Par exemple, un même titre sera regardé comme une obligation dans un pays et comme une action dans un autre. Au final, **la différence de qualification fiscale entraîne une situation de double non-imposition**. Ces produits hybrides permettent la mise en place d'opérations de sous-capitalisation particulièrement **avantageuses** sur le plan fiscal : l'entreprise emprunteuse **déduit de son résultat fiscal les intérêts d'emprunt** qu'elle supporte, en intégralité et au taux plein, sans entrer dans le champ des dispositifs anti-abus particuliers [...]; l'entreprise prêteuse n'est pas imposée sur les produits qu'elle perçoit, car ceux-ci sont **considérés comme des dividendes et de ce fait exonérés** au titre du régime mère-fille (par exemple) »⁶⁰. La référence à l'arbitrage fiscal permis par la divergence de qualification entre titre de dette autorisant la déduction et titres de participation entraînant l'exonération en vertu d'un régime de « participation exemption » n'a pas de sens en-dehors de relations strictement intragroupe. Il pouvait donc s'en inférer que, si le b du I de l'article 212 avait, bien sûr, vocation à s'appliquer à des schémas optimisants mettant en jeu une structure triangulaire comportant une entité transparente interposée, il n'avait toutefois pas vocation à s'appliquer en-dehors des relations intragroupe.

◇ Conclusion

51. Pour finir, cette affaire aurait donc pu, selon nous, déboucher sur une solution inverse. Du moins y avait-il des éléments extérieurs au texte susceptibles de faire pencher la balance dans un sens opposé. Il est cependant vrai que l'insertion dans le champ du b du I de l'article 212 des organismes de placement collectif, par définition non réservés aux entreprises, a sans doute été un élément déterminant. C'est au fond d'ailleurs le signe que le dispositif était en réalité plus large qu'un simple dispositif de lutte contre les instruments hybrides, nonobstant l'objectif affiché. Il a, depuis, été remplacé par le dispositif issu de la directive ATAD 2, « pur » mécanisme de lutte contre les hybrides. Sa vraie nature aura en tout cas été révélée au prix d'une forme d'entorse à la théorie de l'acte clair.

E. DINH ■

60 Sénat, Comm. fin., rapport général n° 156 sur le projet de loi de finances pour 2014, 21 nov. 2013, par F. Marc, t. II, fasc. 1, p. 198.

Annexe *(disponible sur le site internet de la Revue)*

Annexe 1 : CE, 8^e et 3^e ch., 31 mai 2024, n° 476479, SAS Les Vignobles Réunis - Roullet, concl. R. Victor : Lebon T.