

# 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

- > **Bénéficiaire effectif** - Le Conseil d'État apporte de nombreuses précisions sur la notion de « bénéficiaire effectif », sur l'articulation de cette notion avec la procédure de répression des abus de droit, les critères qui permettent de remettre en cause cette qualité pour le récipiendaire d'un revenu, ainsi que sur la relation de cette notion avec le droit de l'Union européenne et les conventions fiscales internationales. (V. § 1).
- > **Retenue à la source - Directive relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER)** - La directive relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER) est publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 10 janvier 2025, dans la foulée de l'adoption par le Conseil de l'Union européenne le 10 décembre 2024 du texte tel qu'il avait été approuvé par le Parlement européen le 14 novembre 2024 (V. § 34).

### Dividendes et autres revenus distribués

- > **Dividendes entrants - Dividendes de source britannique - Imputation du crédit d'impôt conventionnel - Condition**

*d'inclusion du crédit d'impôt britannique dans les bases de l'IS dû en France* - Le Conseil d'État juge qu'il résulte : 1°) de l'article 9 de la convention fiscale franco-britannique signée à Londres le 22 mai 1968 qu'un résident de France qui reçoit d'une société résidente du Royaume-Uni des dividendes dont il est le bénéficiaire effectif a droit au crédit d'impôt prévu par le droit interne britannique, imputable sur l'impôt dû au Royaume-Uni, et que le revenu que tant la France, en application du a du 1 du A de cet article, que le Royaume-Uni, en application du b du 1 de ce même A, sont autorisés à taxer s'entend de la somme des dividendes et de ce crédit d'impôt ; 2°) de la combinaison de l'article 24 de cette convention, qui a pour objet l'élimination de la double imposition née de la possibilité reconnue concurremment à la France et au Royaume-Uni de taxer les dividendes de source britannique perçus par une entreprise établie en France, et de son article 9, auquel renvoie l'article 24, que l'imputation, sur l'impôt dû en France à raison de tels dividendes, du crédit d'impôt conventionnel prévu par l'article 24, égal à l'impôt perçu au Royaume-Uni

...

sur une base constituée de la somme des dividendes et du crédit d'impôt britannique, est subordonnée à l'inclusion de ce dernier crédit d'impôt dans les bases de l'impôt dû en France (V. § 35).

- > **Dividendes sortants - Retenue à la source** - *Dividendes versés à une société qui n'en est pas le bénéficiaire effectif ou n'a pas son siège de direction effective dans un État membre de l'UE* - La CAA de Paris rappelle que le droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'en application de l'article 119 bis, 2 du CGI, une retenue à la source soit prélevée sur les dividendes perçus par une société non résidente qui se trouve, au regard de la législation de son État de résidence, en situation déficitaire. Toutefois, un contribuable ne saurait réclamer le bénéfice des dispositions du droit de l'Union lorsqu'elles sont invoquées, non pas en vue de réaliser les objectifs de ces dispositions, mais dans le but de bénéficier d'un avantage du droit de l'Union alors que les conditions pour en bénéficier ne sont que formellement remplies et que l'invocation de cet avantage n'est ainsi pas cohérente avec les finalités que visent les règles l'ayant institué. Par conséquent, lorsque la société non résidente qui a reçu les versements n'est pas le bénéficiaire effectif des distributions en cause, ou n'a pas son siège de direction effective dans l'État de résidence concerné, la société distributrice n'est pas fondée à se prévaloir des normes du droit de l'Union faisant obstacle à la mise en œuvre de la retenue à la source (V. § 45).
- > **Double interposition de sociétés de personnes étrangères - Bénéfice de la convention fiscale** - Le TA de Montreuil admet qu'une société de personnes allemande puisse demander, pour le compte des bénéficiaires effectifs résidents allemands, la restitution partielle de la retenue à la source à hauteur de la différence entre le taux de droit interne appliqué et le taux conventionnel auquel peuvent prétendre les bénéficiaires effectifs, y compris dans le cas d'une double interposition de sociétés de personnes (V. § 70).

## Intérêts

- > **Intérêts - Limitation de la déduction** - *Ancien dispositif « anti-hybride » de l'article 212, I, b du CGI* - La CAA de Toulouse se prononce sur l'application du b) du I de l'article 212 du CGI (ancien dispositif « anti-hybrides »),

et retient le taux effectif d'imposition pour procéder à la comparaison prévue par ce texte. Elle rappelle qu'aux termes de l'article 68 de la loi fédérale suisse sur l'impôt fédéral direct, l'impôt sur le bénéfice des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives est de 8,5 % du bénéfice net. Toutefois, l'article 59 de la même loi précise que les impôts fédéraux, cantonaux et communaux sont compris dans les charges justifiées par l'usage commercial. Il en résulte que le taux de 8,5 % constitue un taux appliqué au montant du résultat déterminé après impôt et que la société prêteuse a été assujettie à raison des intérêts versés à un taux d'imposition effectif de 7,83 %. Dès lors que ce taux est inférieur au quart du taux de droit commun français, la CAA juge que c'est à bon droit que l'administration fiscale a estimé que la condition prévue au b) du I de l'article 212 du CGI n'était pas remplie et a en conséquence refusé la déduction des intérêts en cause (V. § 84).

- > La CAA de Paris, se prononçant sur les conditions de déductibilité des intérêts d'un prêt intra-groupe dans le cadre de l'ancien dispositif anti-hybride de l'article 212, I, b du CGI, juge qu'une société justifie l'imposition des intérêts versés à sa société mère luxembourgeoise, malgré le résultat déficitaire de cette dernière l'année de perception desdits intérêts, en : soutenant que le taux de l'impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg, qui est assimilable à l'impôt sur les sociétés français, s'élevait en 2013 et 2014 à 20 % lorsque le revenu imposable était inférieur à 15 000 euros et à 21 % lorsque le revenu imposable est supérieur 15 000 euros ; produisant une attestation de résidence fiscale par laquelle l'administration fiscale luxembourgeoise certifie la résidence au Grand-Duché de Luxembourg au sens de l'article 2 de la convention France-Luxembourg et l'assujettissement, sans possibilité d'option et sans en être exonérée, à l'impôt sur le revenu des collectivités, une attestation de son commissaire aux comptes rappelant le taux applicable et précisant qu'aucune exonération fiscale ni abattement n'a été appliqué, ainsi que les déclarations fiscales de la société prêteuse faisant apparaître que les intérêts perçus ont contribué à la formation du résultat comptable (V. § 89).

## Questions générales

**1. Bénéficiaire effectif - Abus de droit - Notion - Droit de l'Union européenne - Conventions fiscales internationales** - Le Conseil d'État apporte de nombreuses précisions sur la notion de « bénéficiaire effectif », sur l'articulation de cette notion avec la procédure de répression des abus de droit, les critères qui permettent de remettre en cause cette qualité pour le récipiendaire d'un revenu, ainsi que sur la relation de cette notion avec le droit de l'Union européenne et les conventions fiscales internationales.

**CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 8 nov. 2024, n° 471147, Sté Foncière Vélizy Rose, concl. É. Bokdam-Tognetti : Lebon T. (V. annexe I)**

2. L'arrêt commenté compte indéniablement parmi ceux qui auront marqué l'année 2024 tant les précisions qu'il apporte sur la notion de « bénéficiaire effectif » (son champ, ses modalités d'application, sa portée, sa compatibilité avec le droit de l'Union européenne, etc.) sont nombreuses.

3. Établie en France où elle exerce une activité de location immobilière, la société Foncière Vélizy Rose (FVR) a été cédée en 2011 à la société luxembourgeoise Vélizy Rose Investment SARL (VRI), elle-même créée pour les besoins de la cause par un groupe de six investisseurs comprenant Dewnos SARL, une autre société luxembourgeoise, quatre fonds situés à Guernesey et une personne physique résidant en Allemagne. En raison de la réticence des banques françaises à financer FVR au regard de la résidence guernesiaise de certains de ses actionnaires, Dewnos SARL est devenue l'actionnaire unique de VRI, moyennant la conclusion d'un contrat de fiducie stipulant qu'elle devrait reverser 90 % des dividendes perçus de VRI à ses anciens membres, selon les parts qu'ils détenaient initialement dans son capital.

4. L'opération en litige concernait plus particulièrement le versement d'une avance sur dividendes de 3,6 M€, intervenu en 2014, au titre duquel FVR a considéré qu'elle était en droit de bénéficier de l'exonération de retenue à la source codifiée à l'article 119 ter du CGI. À la suite d'une vérification de comptabilité, l'administration a remis en cause cette exonération en considérant que la condition énoncée au 2 de l'article 119 ter du CGI, selon laquelle l'attributaire du dividende (en l'espèce VRI) devait en être le bénéficiaire effectif, n'était pas respectée en l'espèce.

5. Les questions de droit que soulèvent cette affaire sont nombreuses, mais l'on peut les classer, pour les besoins du présent commentaire, en deux catégories arbitraires :

- d'une part, celles qui apportent des éclairages sur la notion de bénéficiaire effectif, c'est-à-dire sa nature et les critères qui la bornent (a) ;

- d'autre part, celles qui renseignent sur la relation de cette notion avec les normes fiscales internationales, c'est-à-dire le droit de l'Union européenne et les conventions fiscales (b).

### ◆ a) Précisions sur la notion de bénéficiaire effectif

6. La décision commentée apporte d'utiles précisions tant sur l'articulation de la notion de bénéficiaire effectif avec la procédure de répression des abus de droit (1) que sur les critères qui permettent de remettre en cause cette qualité pour le récipiendaire d'un revenu (2).

#### ◆ 1) Articulation avec la procédure de répression des abus de droit

7. Ainsi que le souligne Charles-Emmanuel Airy dans son commentaire de la présente décision à la RJF<sup>1</sup>, le Conseil d'État se voyait offrir pour la première fois l'opportunité de se prononcer sur la possibilité de soutenir que l'administration se plaçait nécessairement dans le champ de la procédure de répression des abus de droit en refusant le bénéfice d'un avantage fiscal à un contribuable au motif que le récipiendaire d'un revenu n'en était pas le « bénéficiaire effectif ».

8. On le sait, en matière conventionnelle au moins, il n'existe aucun accord unanime dans la doctrine internationale quant au fait que le bénéficiaire effectif constitue une règle d'attribution d'un revenu ou une mesure anti-abus spécifique<sup>2</sup>. Quelle que soit la position que l'on adopte sur la question toutefois, l'enjeu discuté devant le Conseil d'État sur ce point se situe sur un terrain un peu plus spécifique : lorsque l'administration se trouve contrainte d'écarter un acte ou une situation qui lui est en principe opposable pour fonder son redressement, le juge de l'impôt considère qu'elle doit être réputée se placer dans le champ de la procédure de répression générale des abus de droit<sup>3</sup>, qui contient un certain nombre de garanties en faveur du contribuable (au premier chef desquelles se trouve la possibilité de saisir le Comité de l'abus de droit fiscal) qui ne saurait donc en être privé. Aussi l'identification d'un abus de droit dit « rampant » entraîne-t-elle mécaniquement la décharge de l'imposition<sup>4</sup>.

9. À l'inverse, lorsqu'aucun acte n'est écarté mais simplement qu'un critère qui borne le champ d'application d'un avantage fiscal n'est en fait pas satisfait, l'administration se trouve en droit de refuser le bénéfice de cet avantage conformément à son pouvoir de rectification classique « *quand bien même la mise en œuvre de cette disposition aurait en définitive un effet similaire à ce pouvoir voire reposerait sur des critères en partie analogues* »<sup>5</sup>. Il est vrai qu'en remettant en cause le traitement fiscal d'un revenu au motif qu'il n'aurait pas été payé à un bénéficiaire effectif, l'administration semble tenir un raisonnement proche de celui qui consiste purement et simplement à ne pas tenir

1 C.-E. Airy, Bénéficiaire effectif et compatibilité du régime mère-filles avec le droit primaire : réflexions sur l'affaire Société Foncière Vélizy Rose : RJF 1/25.

2 Jeroen J.M. Janssen et Mónica Sada Garibay, What Should Be the Scope of the Beneficial Owner Concept? : Intertax 2020, vol. 48, issue 12, p. 1088.

3 CE, plén., 21 juill. 1989 n° 59970, Bendjador : RJF 8-9/89 n° 998.

4 C.-E. Airy, Bénéficiaire effectif et compatibilité du régime mère-filles avec le droit primaire, préc.

5 Ibidem.

compte de ce paiement. Cette observation semble d'autant plus évidente en l'espèce que le Conseil d'État confirme, dans la décision commentée, la possibilité que le contribuable sollicite les avantages contenus dans la convention applicable avec l'État de résidence du bénéficiaire effectif du revenu en cause (v. *infra*), ce qui suppose assez logiquement de raisonner sans tenir compte du transit du revenu par une ou plusieurs entités n'ayant pas cette qualité.

**10.** Pour la Haute juridiction cependant, « l'administration fiscale s'était bornée à estimer que la société luxembourgeoise VRI ne pouvait être regardée comme étant le bénéficiaire effectif, au sens et pour l'application de l'article 119 ter du code général des impôts cité au point 2, de la somme de 3,6 millions d'euros **sans écarter aucun acte comme ne lui étant pas opposable** ». Il est désormais acquis, comme l'indiquait Philippe Martin dans une étude de la notion publiée en 2022 dans ces colonnes, que « la condition implicite de bénéficiaire effectif est distincte de l'abus de droit et ne relève pas des mêmes critères »<sup>6</sup>.

**11.** Il faut également rappeler que certains commentateurs - y compris membres du Conseil d'État<sup>7</sup> - ont pu voir se dégager sous la plume du juge de l'impôt<sup>8</sup> un principe selon lequel l'administration ne serait fondée à mettre en œuvre la procédure de répression des abus de droit qu'en cas d'incapacité à corriger la situation autrement, c'est-à-dire à partir des outils qu'elle tire de son pouvoir « normal » de rectification - principe qui, selon Gilles Bachelier, « ne [...] semble toujours pas à ce jour avoir été tranché par une décision faisant autorité »<sup>9</sup>, a fortiori lorsque l'on sait que le Conseil d'État a jugé, dans une décision *Howmet* du 23 juillet 2024<sup>10</sup>, que le contribuable ne pouvait reprocher à l'administration d'avoir fondé son redressement sur l'abus de droit au lieu de l'acte anormal de gestion. Pour déterminer si l'on se trouve dans une telle situation, il conviendrait de comparer les charges fiscales que le contribuable aurait supporté s'il n'avait pas passé les actes que l'administration considère comme abusifs et celles qui auraient résulté d'une application objective de la loi fiscale en tenant compte du « montage » éventuellement critiqué<sup>11</sup>. Or, comme le souligne Philippe Martin, lorsqu'est en cause la qualité de bénéficiaire effectif d'un attributaire, « il ne s'agit pas d'identifier un avantage fiscal obtenu abusivement, en comparant une structure juridique abusive et une structure juridique réelle, mais simplement de qualifier le destinataire d'une somme de bénéficiaire effectif ou non »<sup>12</sup>.

6 P. Martin, La notion de bénéficiaire effectif : FI 3-2022, n° 02.3.

7 C.-E. Airy, Bénéficiaire effectif et compatibilité du régime mère-filles avec le droit primaire, préc.

8 CE, 9 déc. 1992, n° 71859, Ravot : RJF 2/93, n° 207 ; BDCF 3/93, p. 82, concl. P. Martin.

9 G. Bachelier, Fiscalité patrimoniale et abus de droit : IP 1-2025, n° 02.15, spéc. § 2.

10 CE, 23 juill. 2024, n° 474666, n° 474666, 474667, SAS Howmet et SAS Howmet Holding France, concl. R. Victor : FI 4-2024, n° 9, § 30 ; Dr. fisc. 2024, n° 41, comm. 349 ; Dr. fisc. 2024, n° 41, chron. 347, C. Acard, spéc. § 8.

11 C.-E. Airy, Bénéficiaire effectif et compatibilité du régime mère-filles avec le droit primaire, préc.

12 P. Martin, La notion de bénéficiaire effectif : FI 3-2022, n° 02.3.

**12.** Paradoxalement, une telle comparaison aurait conduit en l'espèce à constater que la situation du contribuable aurait été plus favorable en l'absence d'interposition de VRI puisque le Conseil d'État reconnaît lui-même que « la qualité de bénéficiaire effectif de l'acompte sur dividende en litige de la société luxembourgeoise Dewnos Investment et de M. Malonn [...] ressort manifestement des pièces du dossier soumis aux juges du fond ». Ainsi, et a minima pour ce qui concerne la part du dividende qui aurait été versée à la société luxembourgeoise Dewnos Investment, il est possible de conjecturer que l'exonération de retenue à la source aurait été pleinement disponible dans la mesure où ce paiement bénéficiait effectivement à une société d'un État membre. C'est donc en s'abstenant d'écartier le passage du dividende par VRI (c'est-à-dire en ne passant pas par l'abus de droit) que l'administration parvient ici à fonder (pour partie du moins) son redressement.

## ◇ 2) Critères du bénéficiaire effectif

**13.** L'absence de qualité de bénéficiaire effectif de VRI fait probablement partie des aspects de la décision qui prête le moins le flanc à la discussion. On le sait, en l'absence de définition précise de la notion dans les commentaires OCDE ou la jurisprudence européenne, le juge a recours à la méthode du faisceau d'indices qui, au cas particulier, allaient tous dans le même sens.

**14.** Il n'est cependant pas inutile de revenir brièvement sur les commentaires de l'OCDE sur la notion. L'Organisation a inclus la notion de bénéficiaire effectif dans son modèle de convention fiscale à l'occasion de sa modification de 1977. Les commentaires de l'époque n'en proposaient aucune définition mais contenaient simplement une liste d'exemples de personnes ne pouvant pas être considérées comme les bénéficiaires effectifs d'un revenu : pour l'essentiel, les personnes agissant en tant qu'agent ou mandataire au titre du revenu concerné.

**15.** En 2003, l'OCDE a modifié ses commentaires sur la notion en ajoutant trois idées. Premièrement, il fut précisé que le bénéficiaire effectif a été introduit afin de clarifier le sens des mots « payés [...] à un résident » en précisant que l'État de source des revenus passifs n'est pas tenu de renoncer à l'imposition de ces revenus uniquement parce qu'ils ont été payés directement à un résident d'un État avec lequel il a conclu une convention<sup>13</sup>. Deuxièmement, il fut précisé que le bénéficiaire effectif n'est pas utilisé « dans une acception étroite et technique (comme le sens que lui attribue le droit des fiducies de nombreux pays de common law), mais doit être entendu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention, notamment pour éviter la double imposition et prévenir l'évasion et la fraude fiscales »<sup>14</sup>. Troisièmement, il fut précisé qu'il serait contraire à l'objet et au but des conventions fiscales que l'État de source accorde une réduction ou une exonération d'impôt lorsqu'un revenu est perçu

13 Modèle OCDE, 2003, C(10), § 12.

14 Ibidem.

soit par une personne agissant en qualité d'agent ou autre mandataire, soit par une personne qui agit comme simple relais pour le compte d'une autre personne qui bénéficie réellement du revenu en cause. Sur ce dernier point, l'OCDE précise en effet qu'« une société relais ne peut pas être considérée normalement comme le bénéficiaire effectif si, bien qu'étant le propriétaire du revenu dans la forme, elle ne dispose dans la pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées »<sup>15</sup>.

**16.** En 2014, l'OCDE a apporté de nouvelles précisions sur la manière dont devait être appréciée la qualité de bénéficiaire effectif d'un revenu en posant un principe et une exception. S'agissant du principe, l'Organisation précisa qu'un agent, un mandataire, un société relais agissant en qualité de fiduciaire ou d'administrateur n'est pas le bénéficiaire effectif parce que son 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. Toujours selon les commentaires, cette obligation de céder le paiement (i) découle habituellement de documents juridiques mais (ii) peut également exister en raison de faits et de circonstances qui « montrent que, fondamentalement, le récipiendaire n'a pas le droit d'utiliser le dividende et d'en jouir sans être limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne »<sup>16</sup>. En d'autres termes, n'est pas considéré comme bénéficiaire effectif d'un revenu l'attributaire qui est tenu à une obligation de céder ce revenu, celle-ci pouvant être juridique ou factuelle.

**17.** Curieusement, une autre précision formulée par l'OCDE en 2014 également a moins retenu l'attention des commentateurs : celle selon laquelle l'obligation de céder précitée « ne comprend pas les obligations contractuelles ou légales qui ne dépendent pas de la réception du paiement par le récipiendaire direct »<sup>17</sup>. Il s'agit pourtant là d'une dimension essentielle du concept de bénéficiaire effectif qui, très logiquement, rappelle qu'une personne sera, par exemple, bénéficiaire effectif des salaires qui lui sont versés quand bien même un contrat de bail ferait peser sur elle une obligation d'utiliser les sommes correspondantes pour payer son loyer. En effet, juridiquement, le paiement des loyers serait exigible indépendamment de la perception du salaire dans un tel cas même s'il est vrai que le contrat de bail génère une contrainte économique de reversement de ce salaire. S'agissant de holdings intermédiaires qui percevraient ainsi des dividendes qu'elles emploieraient, par exemple, au paiement d'intérêts pour le remboursement d'une dette, le raisonnement devrait selon nous être le même : la conclusion d'un prêt crée une obligation contractuelle vis-à-vis du créancier qui ne dépend pas nécessairement de la réception du paiement des dividendes. En ce sens, on ne peut qu'abonder dans le sens de Charles-Emmanuel Airy lorsqu'il affirme que

dans une situation mettant en jeu un flux de revenu n'ayant pas la même nature juridique tout au long de la chaîne « il n'est pas évident que la seule méconnaissance de la condition de bénéficiaire effectif suffise à refuser le bénéfice d'un avantage fiscal sollicité en raison du versement du revenu en question, et on peut se demander s'il ne serait pas nécessaire d'écarter l'interposition de l'entité relais en mettant en œuvre la procédure de répression des abus de droit »<sup>18</sup>.

**18.** La notion de bénéficiaire effectif n'est pas propre à l'application des conventions fiscales puisqu'il est désormais acquis qu'elle trouve également une application en droit de l'Union européenne, d'abord parce qu'elle apparaît dans certaines directives, mais surtout depuis un arrêt rendu le 26 février 2019 par la Grande chambre de la Cour de justice dans les affaires *T Danmark et al.*<sup>19</sup> et *N Luxembourg I et al.*<sup>20</sup> (ci-après les « décisions danoises »). Les décisions danoises ont, en substance, posé pour principe que la notion de bénéficiaire effectif bornait le bénéfice d'avantages issus des directives européennes, et identifié un certain nombre d'éléments de nature à remettre en cause la qualité de bénéficiaire effectif d'un contribuable.

**19.** En substance, la Cour de justice a apporté plusieurs précisions intéressantes dans ces affaires. Premièrement, elle a affirmé que la notion de bénéficiaire effectif devait être interprétée « comme désignant une entité qui bénéficie réellement des [revenus] qui lui sont versés »<sup>21</sup> et que cette condition est remplie uniquement si l'entité « les perçoit pour son compte propre et non comme représentant, par exemple comme administrateur fiduciaire ou signataire autorisé, d'une autre personne »<sup>22</sup>. Deuxièmement, elle a jugé que « le terme "bénéficiaire" vise non pas un bénéficiaire identifié formellement, mais bien l'entité qui bénéficie économiquement des intérêts perçus et dispose dès lors de la faculté d'en déterminer librement l'affectation »<sup>23</sup>. Troisièmement que « la notion de "bénéficiaire effectif", qui figure dans les conventions bilatérales fondées sur [le modèle OCDE], ainsi que les modifications successives apportées audit modèle et aux commentaires y afférents sont [...] pertinentes pour l'interprétation de ladite directive »<sup>24</sup>. La parenté entre la conception européenne et conventionnelle ressort également de manière criante de l'affirmation selon laquelle sont susceptibles de constituer des indices de nature à remettre en cause la qualité de bénéficiaire effectif « non seulement une obligation contractuelle ou légale, pour la société qui perçoit des intérêts, de les reverser à un tiers », mais également des faits et circonstances étrangers à une telle obligation qui montrent « que, fondamentalement, [...], cette société, sans être tenue par

15 Modèle OCDE, 2003, C(10), § 12.2.

16 Modèle OCDE, 2014, C(10), § 12.4.

17 Ibidem.

18 C.-E. Airy, Bénéficiaire effectif et compatibilité du régime mère-filles avec le droit primaire, préc.

19 CJUE, 26 févr. 2019, C-116/16 et C-117/16, *T Danmark e.a.* : FI 2-2019, n° 5.2.

20 CJUE, 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, *N Luxembourg I e.a.* : FI 2-2019, n° 5.3.

21 CJUE, 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, préc., pt 88.

22 Ibidem.

23 Ibid., pt 89.

24 Ibid., pt 90.

une telle obligation contractuelle ou légale, ne dispose pas du droit d'utiliser ces sommes et d'en jouir ».

**20.** Curieusement toutefois, un certain nombre d'aspects développés par la Cour dans les décisions danoises s'écartent clairement des commentaires de l'OCDE, comme par exemple l'absence de considération donnée aux obligations de céder le paiement qui ne dépendent pas de la réception du paiement par le bénéficiaire direct évoquées ci-avant. De tout ce qui précède, la lecture des conclusions sous l'affaire commentée (reproduites en annexe) laisse penser que le Conseil d'État fait sienne l'analyse développée par Philippe Martin dans son étude précitée, qui synthétise l'ensemble des considérations développées par l'OCDE et la Cour de justice comme s'inscrivant dans une typologie mêlant des critères juridiques (droits et obligations du bénéficiaire apparent en ce qui concerne l'usage du revenu), des critères fonctionnels (fonction économique de l'entité qui reçoit directement le revenu) et des critères factuels (montants des revenus reversés à autrui, délais de reversement, etc.)<sup>25</sup>.

**21.** Or, en l'espèce, et à la lumière de cette typologie synthétique, un certain nombre d'éléments semblaient disqualifier de manière assez évidente la qualité de bénéficiaire effectif de VRI. En particulier, l'acompte sur dividendes avait été intégralement reversé à un tiers dès le lendemain de sa perception et VRI ne disposait d'aucun autre fonds disponible. Cette holding intermédiaire n'exerçait par ailleurs aucune activité autre que celle consistant à porter les titres de la société FVR et était intégralement contrôlée par un unique actionnaire. Cet ensemble d'indices semblait aller dans le sens d'une absence de vocation effective à décider de l'affectation des paiements reçus.

#### ◆ b) Articulation avec les normes fiscales internationales

**22.** La décision commentée contient également d'intéressants développements s'agissant de l'articulation de la condition de bénéficiaire effectif avec les normes fiscales internationales, qu'il s'agisse des libertés de circulation garanties par les traités européens (1) ou des conventions fiscales bilatérales (2).

##### ◇ 1) Articulation avec le droit de l'Union européenne

**23.** Devant les juges, était notamment invoquée l'existence d'une discrimination au regard de la liberté d'établissement tenant à ce que dans une situation transfrontalière, l'article 119 ter du CGI subordonnait l'exonération de retenue à la source à la qualité de bénéficiaire effectif du bénéficiaire des dividendes alors qu'une telle condition n'existait pas dans une situation purement interne appréhendée par les articles 145 et 216 du CGI.

**24.** Dans ses conclusions sous la décision commentée, Émilie Bokdam-Tognetti rappelait que, d'une part, il résultait de la décision du 5 juin 2020 *Sté Eqiom et Sté Enka*<sup>26</sup> que les décisions danoises avaient posé pour principe que la qualité de bénéficiaire effectif des dividendes était une condition implicite bornant le champ de l'exonération de retenue à la source prévue par l'article 5 de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 et qu'en posant explicitement cette condition, l'article 119 ter du CGI était compatible avec les objectifs de la directive. D'autre part, elle observait que les articles 145 et 216 du CGI, issus de textes législatifs antérieurs à la directive précitée et qui n'ont pas été modifiés à la suite de son intervention « doivent être regardés comme assurant la transposition de ses objectifs, et plus particulièrement comme assurant la transposition de l'article 4 de cette directive ». Ce faisant, soit il convient de considérer que l'article 4 de la directive doit, comme l'article 5, être interprété en ce sens qu'il contient également une condition implicite en matière de bénéficiaire effectif, auquel cas il en va de même des articles 145 et 216 du CGI et il n'existe alors aucune discrimination, soit cette condition n'existe pas pour l'article 4... et donc pas non plus pour les articles 145 et 216 du CGI mais dans ce cas, la discrimination alléguée serait imputable « non à la législation nationale, seule critiquée ici, mais à la directive elle-même » et que « dans un cas comme dans l'autre, il nous semble qu'aucune atteinte à la liberté d'établissement ne saurait donc être imputée à la loi française elle-même ». S'appropriant pleinement ce raisonnement, le Conseil d'État juge que « dès lors que dans l'un et l'autre cas, la loi française est conforme aux objectifs de la directive, la société requérante ne peut utilement soutenir que les dispositions du code général des impôts institueraient entre les sociétés mères percevant d'une filiale établie en France des dividendes dont elles ne sont pas les bénéficiaires effectives, selon qu'elles sont elles-mêmes établies en France ou dans un autre État-membre de l'Union européenne, une différence de traitement fiscal méconnaissant la liberté d'établissement ».

**25.** La solution ainsi retenue est intellectuellement implacable. Cependant, nous ne pouvons nous empêcher d'éprouver quelque inconfort à l'idée qu'un bénéficiaire effectif établi dans un État membre puisse se voir refuser l'exonération de la retenue à la source au seul motif qu'il aurait interposé une société intermédiaire pour des raisons exemptes de toute considération fiscale. Comme le souligne Charles-Emmanuel Airy, « les libertés d'établissement et de circulation des capitaux ayant pour objet de protéger les investisseurs des États membres contre les discriminations que sont susceptibles de leur réserver les États membres sur le territoire desquels ils comptent investir, peu importe à nos yeux qu'un tel investissement se fasse par le biais de sociétés relais, réserve faite - bien sûr - des cas d'abus ou de fraude »<sup>27</sup>. Nous serions pour notre part tentés d'aller un cran plus loin en affirmant que, dès lors que son existence

25 P. Martin, La notion de bénéficiaire effectif : FI 3-2022, n° 02.3.

26 CE, 5 juin 2020, n° 423809, *Sté Eqiom et Sté Enka*, concl. É. Bokdam-Tognetti : Lebon T., p. 670-705 ; FI 3-2020, n° 9, § 5, comm. S. Austray ; RJF 8-9/20, n° 692 ; Dr. fisc. 2020, n° 42, comm. 407.

27 C.-E. Airy, Bénéficiaire effectif et compatibilité du régime mère-filles avec le droit primaire, préc.

n'est en aucun cas imputable à des considérations liées à une fraude ou un abus, une société relais européenne devrait pouvoir elle-même se prévaloir des libertés de circulation garanties par les traités. Certes, nous n'excluons pas qu'une dimension de la solution « *excessivement subtile* »<sup>28</sup> retenue par le Conseil d'État échappe à notre sagacité, mais il nous semble néanmoins utile de formuler deux observations à cet égard.

**26.** Premièrement, il est acquis dans la jurisprudence européenne que « *pour des participations ne relevant pas de la directive 90/435, il appartient effectivement aux États membres de déterminer si, et dans quelle mesure, la double imposition économique des bénéfices distribués doit être évitée et d'introduire, à cet effet, de façon unilatérale ou au moyen de conventions conclues avec d'autres États membres, des mécanismes visant à prévenir ou à atténuer cette double imposition économique. Toutefois, ce seul fait ne leur permet pas d'appliquer des mesures contraires aux libertés de circulation garanties par le traité* »<sup>29</sup>. Autrement dit, la circonstance qu'une opération se situe hors du champ des directives européennes n'exonère pas les États membres de lui réserver un traitement fiscal conforme aux libertés de circulation s'il est acquis qu'elle ne recèle aucun abus. Au cas présent, puisque la condition de bénéficiaire effectif se contente de borner le champ d'application de la directive, l'opération en litige se trouve simplement en dehors de ce champ. Cela ne permet pas pour autant à la France de lui réserver un sort discriminatoire par rapport à celui qu'elle réserverait à une société française placée dans la même situation.

**27.** Les conclusions sous la décision commentée évoquent l'hypothèse d'une interprétation des articles 145 et 216 du CGI selon laquelle ces derniers seraient également assortis d'une condition implicite de bénéficiaire effectif - auquel cas il n'y aurait effectivement aucune discrimination. Cette interprétation ne paraît toutefois pas pertinente puisque l'inclusion de la condition de bénéficiaire effectif au stade de la distribution du dividende s'explique, selon le point 113 de l'arrêt *T Danmark*, par le fait que l'exonération à la source n'a « *pas vocation à s'appliquer lorsque le bénéficiaire effectif des dividendes est une société ayant sa résidence fiscale en dehors de l'Union puisque, dans un tel cas, l'exonération à la source desdits dividendes dans l'État membre à partir desquels ils sont versés risquerait d'aboutir à ce que ces dividendes ne soient pas imposés de façon effective dans l'Union* ». S'agissant d'un bénéficiaire français (donc européen), ce risque théorique n'existe pas, à moins que le dividende en cause ne soit effectivement reversé hors de France dans la foulée mais, dans ce cas, la condition de bénéficiaire effectif retrouverait son empire pour définir s'il convient de prélever ou non une retenue à la source. Il semble donc bien exister en l'espèce une différence de traitement contraire à la liberté d'établissement.

**28.** Deuxièmement, et en lien avec cette observation, l'interprétation faite par le Conseil d'État semble aller au-delà de l'interprétation faite par la Cour de justice dans les décisions

danoises. En effet, il résulte clairement du point 113 de ces décisions que « *les mécanismes de la directive 90/435, en particulier son article 5, sont [...] conçus pour des situations dans lesquelles, sans leur application, l'exercice par les États membres de leurs pouvoirs d'imposition pourrait conduire à ce que les bénéfices distribués par la société filiale à sa société mère soient soumis à une double imposition* » mais que ces mécanismes n'ont pas vocation à s'appliquer « *lorsque le bénéficiaire effectif des dividendes est une société ayant sa résidence fiscale en dehors de l'Union* » en raison du risque précité que ces dividendes ne soient jamais imposés dans l'UE. Ainsi, refuser l'exonération de retenue à la source à un dividende dont le bénéficiaire effectif se trouve bien dans l'UE au seul motif que son récipiendaire apparent n'en est pas le bénéficiaire effectif semble aller au-delà de l'interprétation préconisée par la Cour puisque le risque que cherche à couvrir ce critère implicite est insusceptible de se matérialiser.

**29.** Nous n'ignorons certes pas que, comme le faisait remarquer Philippe Martin en abordant la question de la charge de la preuve, puisque « *l'enjeu du débat est le bénéfice d'une convention ou d'une directive, en raison d'une condition de résidence du bénéficiaire effectif* »<sup>30</sup> et que « *compte tenu notamment de la complexité de certains montages financiers, il [...] appartient seulement [à l'administration] de disqualifier le bénéficiaire apparent, ce qui suffit juridiquement à refuser le bénéfice de la directive* »<sup>31</sup>. Cependant, si l'on abondera dans le sens de cette solution, il n'en reste pas moins qu'elle repose en fait sur une position de la Cour de justice portant spécifiquement sur la charge de la preuve d'un abus de droit. La Cour indique en effet que l'autorité fiscale n'est pas tenue d'identifier les bénéficiaires effectifs, mais « *d'établir que le prétendu bénéficiaire effectif n'est qu'une société relais par l'intermédiaire de laquelle un abus de droit a été commis* ». Or, si un abus a été commis par l'intermédiaire d'une société relais, il est évident que tant les libertés de circulation que les directives sont en tout état de cause inaccessibles au contribuable. En revanche, cette position ne semble pas écarter la possibilité pour le contribuable de solliciter l'exonération s'il parvient à démontrer que le bénéficiaire effectif est, en tout état de cause, établi dans l'UE puisque dans cette situation, le risque que les dividendes ne soient pas imposés de manière effective dans l'UE est insusceptible de se matérialiser. Surtout, et comme le font valoir les conclusions dans l'affaire commentée, ce n'est pas parce que l'administration peut s'exonérer de rechercher le bénéficiaire effectif que « *lorsque ce bénéficiaire est connu de l'administration fiscale, et que son identité ressort clairement des pièces du dossier soumis au juge, il soit possible de n'en tirer aucune conséquence* ».

#### ◇ 2) Articulation avec le droit conventionnel

**30.** Enfin, la décision commentée apporte d'utiles précisions sur l'articulation entre la notion de bénéficiaire effectif et les conventions fiscales internationales. Dans son arrêt *Sté*

28 Ibidem.

29 CJUE, 8 nov. 2007, C-379/05, Amurta SGPS.

30 P. Martin, La notion de bénéficiaire effectif : FI 3-2022, n° 02.3.

31 Ibid.

Planet du 20 mai 2022<sup>32</sup>, le Conseil d'État avait, sur demande de l'administration, appliqué la convention fiscale conclue avec l'État de résidence du bénéficiaire effectif d'une redevance versée depuis la France quand bien même son bénéficiaire direct était résident d'un État tiers. Se posait la question de la « symétrisation » de cette solution en faveur du contribuable, c'est-à-dire de la possibilité pour ce dernier de solliciter le bénéfice de la convention conclue entre la France et l'État de résidence du bénéficiaire effectif des sommes en cause. En l'espèce, faute de pouvoir emporter la mise sur le terrain du droit de l'Union européenne, FVR sollicitait *a minima* l'application du taux de retenue à la source de 15 % prévu par les conventions conclues par la France avec le Luxembourg et l'Allemagne.

**31.** Un premier enjeu tenait au fait que ces conventions, dans leur version applicable au litige, ne contenaient pas de condition explicite de bénéficiaire effectif pour bénéficier des taux réduits de retenue à la source. Selon une solution manifestement acquise désormais<sup>33</sup>, le Conseil d'État juge que « l'absence de clause expresse dans une convention fiscale subordonnant l'application d'un taux réduit de retenue à la source à la qualité de bénéficiaire effectif d'un dividende de source française ne fait pas obstacle à ce que l'administration fiscale puisse refuser cet avantage conventionnel au bénéficiaire de ce revenu qui n'en serait que le bénéficiaire apparent » (pt 12). En d'autres termes, la condition de bénéficiaire effectif doit être perçue comme implicite dans toutes les conventions fiscales. La logique qui guide cette solution est de considérer que, de manière générale, les États contractant ont entendu réserver le bénéfice des avantages contenus dans les conventions qu'ils signent aux seuls résidents qui sont les bénéficiaires réels des revenus dont l'imposition est répartie et non aux bénéficiaires apparents<sup>34</sup>.

**32.** Un deuxième enjeu tenait au fait que les conventions, quand bien même ne bénéficieraient-elles qu'aux revenus payés à des personnes ayant la qualité de bénéficiaire effectif, sont réservées aux « résidents » d'un État contractant. Comme le rappellent les conclusions sous la décision commentée, encore faut-il « que le dossier de fond permette manifestement d'établir et de connaître non seulement le bénéficiaire effectif du flux, mais aussi sa résidence fiscale au sens conventionnel ». Or, au cas présent, les pièces du dossier permettaient manifestement de reconnaître à Dewnos Investment et à M. Malonn la qualité de bénéficiaires effectifs d'une partie du versement en litige,

32 CE, 20 mai 2022, n° 444451, Sté Planet, concl. C. Guibé : FI 3-2022, n° 5.1.2, comm. C. Valentin et J. Brasart ; RJF 8-9/2022, n° 771.

33 V. not. CE, 23 nov. 2016, n° 383838, Sté Eurotrade Juice : Lebon T. ; RJF 2/17, n° 130.

34 P. Martin, La notion de bénéficiaire effectif : FI 3-2022, n° 02.3.

mais étaient trop peu étayées pour conclure avec certitude qu'ils étaient bien assujettis à l'impôt au Luxembourg et en Allemagne respectivement, ce qui les privait du bénéfice des conventions applicables.

**33.** Ajoutons que, quand bien même la qualité de résident du (ou des) bénéficiaire(s) effectif(s) serait clairement étayée, l'application du taux réduit de retenue à la source pourra dépendre de la rédaction des clauses de répartition du pouvoir d'imposer en cause. En effet, les conventions prévoient souvent un taux « super réduit » de retenue à la source pour les investissements directs (c'est-à-dire les participations qui confèrent à leur détenteur un certain pourcentage dans le capital de la société distributrice). Or, à titre d'exemple, l'article 10 de la convention fiscale signée entre la France et le Luxembourg le 20 mars 2018 prévoit une exonération de retenue à la source si le bénéficiaire effectif « *détient directement au moins 5 % du capital de la société qui paie les dividendes pendant une période de 365 jours incluant le jour du paiement des dividendes* ». En présence d'une société relais interposée entre le débiteur du dividende et le bénéficiaire effectif luxembourgeois, cette rédaction pourrait être interprétée comme s'opposant à ce que le contribuable sollicite l'application de l'exonération conventionnelle puisque, par définition, la détention en cause ne serait qu'indirecte. D'autres conventions comme celle signée avec le Royaume-Uni le 2 décembre 2009 prévoient, pour leur part (et en ligne avec le modèle OCDE), que l'exonération de retenue à la source s'applique aux dividendes « *si leur bénéficiaire effectif est une société assujettie à l'impôt sur les sociétés qui détient, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital de la société payant les dividendes et qui est un résident de l'autre État contractant* ».

N. VERGNET ■

**34. Retenue à la source - Directive relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER) - Adoption et publication au JOUE** - La directive relative au dégrèvement plus rapide et plus sûr de l'excédent de retenues à la source (FASTER) est publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 10 janvier 2025, dans la foulée de l'adoption par le Conseil de l'Union européenne le 10 décembre 2024 du texte tel qu'il avait été approuvé par le Parlement européen le 14 novembre 2024 (issu d'un accord politique trouvé par le Conseil ECOFIN le 14 mai 2024 : FI 3-2024, n° 5, § 1, comm. N. Vergnet).

**Dir. (UE), n° 2025/50, 10 déc. 2024 : JOUE 10 janv. 2025**

## Dividendes et autres revenus distribués

### Dividendes entrants

**35. Dividendes entrants - Dividendes de source britannique - Convention France/Royaume-Uni (1968) - Imputation du crédit d'impôt conventionnel - Condition d'inclusion du crédit d'impôt britannique dans les bases de l'IS dû en France** - Le Conseil d'État juge qu'il résulte : 1°) de l'article 9 de la convention fiscale franco-britannique signée à Londres le 22 mai 1968 qu'un résident de France qui reçoit d'une société résidente du Royaume-Uni des dividendes dont il est le bénéficiaire effectif a droit au crédit d'impôt prévu par le droit interne britannique, imputable sur l'impôt dû au Royaume-Uni, et que le revenu que tant la France, en application du a du 1 du A de cet article, que le Royaume-Uni, en application du b du 1 de ce même A, sont autorisés à taxer s'entend de la somme des dividendes et de ce crédit d'impôt ; 2°) de la combinaison de l'article 24 de cette convention, qui a pour objet l'élimination de la double imposition née de la possibilité reconnue concurremment à la France et au Royaume-Uni de taxer les dividendes de source britannique perçus par une entreprise établie en France, et de son article 9, auquel renvoie l'article 24, que l'imputation, sur l'impôt dû en France à raison de tels dividendes, du crédit d'impôt conventionnel prévu par l'article 24, égal à l'impôt perçu au Royaume-Uni sur une base constituée de la somme des dividendes et du crédit d'impôt britannique, est subordonnée à l'inclusion de ce dernier crédit d'impôt dans les bases de l'impôt dû en France.

**CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 9 oct. 2024, n° 472947, Sté BNP Paribas, concl. R. Victor : Lebon T. (V. annexe 2)**

#### ◇ Contexte

**36.** Dans cette affaire, la société de droit français BNP Paribas Arbitrage, membre d'un groupe d'intégration fiscale mené par la société BNP Paribas, a perçu, au titre des exercices clos entre 2005 et 2009, des dividendes de source britannique pour un montant total de 2.800.344.055 euros. Ces dividendes lui ont ouvert droit à un crédit d'impôt égal à 1/9<sup>e</sup> de leur montant, par le jeu combiné du droit fiscal interne britannique et du § 2 de l'article 9 de la convention franco-britannique du 22 mai 1968 en vigueur. La société récipiendaire des dividendes a supporté à cette occasion au Royaume-Uni une imposition

au taux de 10 % sur une assiette égale à la somme des dividendes reçus et du crédit d'impôt d'1/9<sup>e</sup> de leur montant. Les dividendes ont été comptabilisés pour leur montant net encaissé. La société tête de groupe, au moment de la liquidation de l'impôt sur les sociétés dû en France par le groupe a imputé, au titre de chacun des exercices précités, un crédit d'impôt conventionnel égal aux 2/3 du montant de l'impôt supporté au Royaume-Uni, lui-même égal au montant du crédit d'impôt britannique octroyé, afin de tenir compte de l'inclusion dudit crédit d'impôt dans le bénéfice soumis à l'impôt sur les sociétés au taux de 33,1/3 % à l'époque des faits. Toutefois, estimant ultérieurement qu'elle était en droit d'imputer un crédit d'impôt égal à la totalité de l'impôt supporté au Royaume-Uni, la société tête de groupe a demandé, par voie de réclamation, la restitution de la fraction d'impôt sur les sociétés qu'elle avait, selon elle, acquitté à tort au titre de chacun des exercices concernés, pour un montant total de 103.451.017 euros. Tant le Tribunal administratif de Montreuil<sup>35</sup> que la Cour administrative d'appel de Versailles<sup>36</sup> se sont opposés à la restitution des sommes. C'est donc contre la décision des juges d'appel du 9 février 2023 que la société BNP Paribas s'est pourvue en cassation.

**37.** Le litige s'est donc cristallisé autour de la question de savoir si le crédit d'impôt visé au ii) du b de l'article 24 du traité franco-britannique devait, eu égard aux stipulations dudit traité, être intégré à la base imposable de la société récipiendaire des dividendes, ou si au contraire seul le dividende devait l'être. À l'origine, la société demanderesse avait considéré que la première option devait primer : comme le permettaient tout à la fois les règles comptables et les règles issues de l'article 136 de l'annexe II au CGI, la comptabilisation des dividendes pour leur seul montant encaissé, assortie d'une imputation sur l'impôt sur les sociétés français à hauteur des 2/3 du crédit d'impôt seulement était équivalente, à une période où le taux de l'IS était de 33,1/3 %, à une prise en compte dans le résultat imposable des dividendes augmentés du crédit d'impôt assortie d'une imputation du crédit à 100 % sur l'impôt français. La société s'est toutefois ultérieurement ravisée, considérant qu'en réalité, et à rebours des préconisations de l'administration<sup>37</sup>, le crédit d'impôt ne devait pas participer de la base imposable, et réclama la restitution du tiers non imputé de celui-ci, au titre de chacun des exercices concernés.

#### ◇ Solution

**38.** La Haute assemblée, dans sa décision du 9 octobre 2024, va trancher dans le sens de l'intégration du crédit d'impôt à la base imposable de la société récipiendaire des dividendes.

Le Conseil d'État a commencé par rappeler le considérant de principe sur la subsidiarité des conventions fiscales, issu du

<sup>35</sup> TA Montreuil, 10 juin 2020, n° 1710070.

<sup>36</sup> CAA Versailles, 9 févr. 2023, n° 20VE01836.

<sup>37</sup> BOI-IS-RICI-30-10-20-10, 21 juin 2023, § 180.

précédent *Sté Schneider Electric* du 28 juin 2002<sup>38</sup>, tel qu'infléchi par la décision *Min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch*<sup>39</sup>, aux termes duquel « Si une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions ne peut pas, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition et si, par suite, il incombe au juge de l'impôt, lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à une telle convention, de se placer d'abord au regard de la loi fiscale nationale pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie avant de déterminer si cette convention fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale, il appartient néanmoins au juge de mettre en œuvre les stipulations claires d'une convention relatives, non à la répartition du pouvoir d'imposer entre les deux États parties, mais aux modalités d'élimination des doubles impositions » (pt 2).

Il a ensuite précisé la portée de l'article 9 du traité franco-britannique de la façon suivante : « En premier lieu, il résulte des stipulations précitées de l'article 9 de la convention fiscale franco-britannique qu'un résident de France qui reçoit d'une société résidente du Royaume-Uni des dividendes dont il est le bénéficiaire effectif a droit au crédit d'impôt prévu par les dispositions de droit interne britannique, imputable sur l'impôt dû au Royaume-Uni, et que le revenu que tant la France, en application du a) du 1 du A de cet article, que le Royaume-Uni, en application du b) du 1 de ce même A, sont autorisés à taxer s'entend de la somme des dividendes et de ce crédit d'impôt » (pt 5). Il a enfin livré son interprétation de l'article 24 - dans son articulation avec l'article 9, auquel il renvoie -, qui constitue pour la Haute assemblée le siège de l'imposabilité en France du crédit d'impôt conventionnel : « Il résulte en outre de la combinaison des stipulations de l'article 24 de cette convention, qui a pour objet l'élimination de la double imposition née de la possibilité reconnue concurremment à la France et au Royaume-Uni de taxer les dividendes de source britannique perçus par une entreprise établie en France, et de son article 9, auquel renvoie l'article 24, que l'imputation, sur l'impôt dû en France à raison de tels dividendes, du crédit d'impôt conventionnel prévu par l'article 24, égal à l'impôt perçu au Royaume-Uni sur une base constituée de la somme des dividendes et du crédit d'impôt britannique, est subordonnée à l'inclusion de ce dernier crédit d'impôt dans les bases de l'impôt dû en France » (pt 5). Sur ces bases, le Conseil d'État en a conclu que la Cour administrative d'appel de Versailles « n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le crédit d'impôt britannique visé au 2 du A de l'article 9 de la convention devait être inclus dans les bases de l'impôt sur les sociétés dû en France par le bénéficiaire des dividendes » (pt 6).

#### ♦ Analyse

**39.** La décision ici chroniquée est donc placée sous l'égide de la décision du Conseil d'État *Min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch* du 31 mai 2022, qui avait précisé les contours du

38 CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, *Sté Schneider Electric* : Rec. Lebon, p. 233 ; Dr. fisc. 2002, n° 36, étude 28, P. Dibout, et comm. 657 ; RJF 10/2002, n° 1080, chron. L. Olléon, p. 755 ; BDCF 10/2002, n° 120, concl. S. Austry ; Rev. sociétés 2002, p. 538 s., obs. O. Fouquet ; LPA 17 août 2002, p. 4 s., note B. Boutemy, E. Meier et T. Perrot.

39 CE, 31 mai 2022, n° 461519, *Min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch*, concl. R. Victor : FI 3-2022, n° 5, § 20 ; Dr. fisc., 2022, n° 29, comm. 285, concl. R. Victor, note S. Austry, B. Foucher et M. Lenègre.

principe de la subsidiarité des traités fiscaux, sous la forme d'une exclusion de son champ d'application des clauses relatives aux modalités d'élimination de la double imposition. Il s'en évinçait qu'il y avait lieu de procéder à une distinction selon la nature des dispositions conventionnelles : les clauses ayant trait à la répartition du pouvoir d'imposer demeuraient soumises au principe de subsidiarité, supposant donc qu'il existe une base légale de droit interne à l'imposition permettant de faire le lien avec la convention, faute de quoi les dispositions de celle-ci ne pouvaient trouver application, nonobstant leur supériorité dans la hiérarchie des normes ; les clauses relatives à l'élimination de la double imposition, au contraire, se situant en dehors de l'orbite du principe de subsidiarité des conventions fiscales, étaient appelées à produire directement leurs effets sur les assiettes fiscales, quitte à ce que cela se traduise par l'imposition d'un revenu non prévue par le droit interne, sous réserve toutefois qu'elles soient stipulées de façon suffisamment claire.

Cette décision *Sté BNP Paribas* du 9 octobre 2024 apparaît donc, à première vue, comme une application directe de ce précédent, dont la décision *Sté Céline* du 12 mars 2014<sup>40</sup> constituait déjà, d'une certaine manière, le fourrier. Dans l'affaire *HSBC Bank PLC Paris Branch*, était en jeu, pour rappel, la question de la prise en compte dans le résultat imposable d'une société de droit français du crédit d'impôt forfaitaire de 10 % attaché à des intérêts en provenance de Chine, dans le cadre de la convention fiscale franco-chinoise du 30 mai 1984 applicable. Le 2 de l'article 22 du traité franco-chinois relatif à l'élimination de la double imposition des revenus passifs précisait : « En ce qui concerne la République française : [...] b) Les revenus visés aux articles 9, 10, 11, 12, 15 et 16 provenant de Chine sont imposables en France, conformément aux dispositions de ces articles, pour leur montant brut. Il est accordé aux résidents de France un crédit d'impôt français correspondant au montant de l'impôt chinois perçu sur ces revenus mais qui ne peut excéder le montant de l'impôt français afférent à ces revenus ; c) Aux fins de l'alinéa b en ce qui concerne les éléments de revenu visés aux articles 9, 10 et 11, le montant de l'impôt chinois perçu est considéré comme étant égal à [...] 10 % sur les intérêts [...], du montant brut de ces éléments de revenu [...] ». La Haute assemblée en livra l'interprétation suivante : « Ces stipulations prévoient, pour l'élimination de la double imposition née de la possibilité reconnue concurremment à la France et à la Chine de taxer les intérêts de source chinoise perçus par une entreprise établie en France, que cette entreprise est imposable en France sur ces revenus, retenus pour leur montant brut, c'est-à-dire incluant le montant de l'impôt chinois tel que défini au c du 2 de l'article 22, et bénéficie d'un crédit d'impôt imputable sur l'impôt sur les sociétés dû en France, égal à 10 % du même montant brut de ces revenus, dans la limite du montant de l'impôt français dû à raison de ceux-ci »<sup>41</sup>. On rappellera ici que l'interprétation de la notion de « montant brut » du revenu, entendue comme incluant le montant de l'impôt réputé acquitté à la source dans le

40 CE, 12 mars 2014, n° 362528, *Sté Céline* : Rec. Lebon, p. 155 ; Dr. fisc. 2014, n° 22, comm. 356, concl. F. Aladjdi, note P. Durand ; Dr. fisc. 2014, n° 19, act. 275, E. Meier et M. Valetteau ; RJF 6/2014, n° 602.

41 CE, 31 mai 2022, n° 461519, *Min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch*, préc., pt 5.

contexte franco-chinois, procède elle-même de la décision *Min. c/ SA Natixis* du 20 novembre 2017<sup>42</sup>, qui concernait la détermination du montant du crédit d'impôt imputable, au sens du c du 2 de l'article 22 de la convention franco-chinoise. Sur ces bases, le Conseil d'État avait donc pu dire pour droit que le crédit d'impôt « fictif » prévu par la convention franco-chinoise participait de la base imposable en France de la société récipiendaire des intérêts (laquelle inclusion dans l'assiette conditionnait l'imputation du crédit d'impôt forfaitaire), alors qu'aucune disposition de la législation fiscale interne ne prévoyait la prise en compte d'un tel élément de revenu, sur la seule base des stipulations claires précitées, désormais immunisées contre les effets du principe de subsidiarité des conventions fiscales eu égard à leur nature particulière de clauses relatives à l'élimination de la double imposition.

**40.** Les choses se présentaient toutefois différemment dans l'affaire ici chroniquée.

Tout d'abord, la clause relative à l'élimination de la double imposition du traité franco-britannique n'était pas libellée de manière identique : en prévoyant que « *La France accorde au résident de France, qui perçoit des revenus visés aux articles 9 et 17 ayant leur source au Royaume-Uni et ayant supporté l'impôt au Royaume-Uni conformément aux dispositions desdits articles, un crédit d'impôt correspondant au montant de l'impôt payé au Royaume-Uni. Ce crédit d'impôt, qui ne peut excéder le montant de l'impôt français afférent aux revenus susvisés, est imputé sur les impôts visés à l'alinéa b du paragraphe 1 de l'article 1<sup>er</sup> de la présente Convention, dans l'assiette desquels ces revenus sont compris [...]* », elle ne précisait pas explicitement, contrairement au traité franco-chinois, que les revenus devaient être compris dans la base imposable pour leur « montant brut ». Si la solution issue du précédent *Min. c/ HSBC Bank PLC Paris Branch* n'était donc pas directement transposable, la Haute assemblée n'y a pas pour autant vu un obstacle dirimant.

Mobilisant la **lettre même des stipulations conventionnelles**, Romain Victor, dans ses conclusions (reproduites en annexe), précise ainsi : « *[...] la lettre de l'article 24 est clairement en faveur d'une lecture qui conduit à soumettre à l'impôt sur les sociétés le montant de l'impôt fiscal britannique ou (cela revient au même) à ne pas déduire du revenu imposable en France le montant de l'impôt supporté au Royaume-Uni. Le ii) du b) de l'article 24 prévoyait en effet que la France accorde au résident de France qui perçoit des revenus visés à l'article 9 (dividendes) ayant leur source au Royaume-Uni "et ayant supporté l'impôt au Royaume-Uni conformément aux dispositions de [cet article]", un crédit d'impôt correspondant au montant de l'impôt payé au Royaume-Uni et que ce crédit d'impôt "ne peut excéder le montant de l'impôt français afférent aux revenus susvisés". Ainsi, pour la règle du butoir, le montant de l'impôt français est celui afférent aux "revenus susvisés", c'est-à-dire aux revenus mentionnés à l'article 9 "ayant supporté l'impôt au Royaume-Uni". Or, les revenus ayant supporté l'impôt au Royaume-Uni sont constitués de la somme du dividende et de l'impôt fiscal britannique. Il en découle que le montant à soumettre à l'IS en France ne saurait être différent* ». Cette

lecture, qui a le mérite de proposer un principe de cohérence entre l'assiette de l'impôt dans l'État de source, le montant du crédit d'impôt imputable aux fins d'application de la règle du butoir et l'assiette imposable dans l'État de la résidence, était en tout état de cause une étape nécessaire pour que les stipulations conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition passent avec succès le test de clarté, condition subordonnant leur application directe.

Le rapporteur public s'appuie aussi, à titre confortatif, sur **l'objet** des stipulations interprétées, à savoir l'élimination d'une surimposition juridique, qui ne se justifie au cas d'espèce que si l'on tient compte du crédit d'impôt de droit interne britannique dans la base imposable : « *L'impôt fiscal et l'impôt britannique s'annulant, le résident de France n'a besoin que l'on élimine une double imposition que si l'on ajoute au dividende imposable en France l'impôt fiscal britannique ou (c'est encore une autre manière de dire les choses) si l'on refuse de soustraire au dividende reçu en France l'impôt acquitté au Royaume-Uni* ».

**41.** On le comprend, le siège de l'imposabilité du crédit d'impôt britannique réside, dans cette décision telle qu'éclairée par les conclusions de Romain Victor, dans l'article 24 relatif à l'élimination de la double imposition de la convention franco-britannique. Et de ce point de vue, il est vrai que le précédent *HSBC Bank PLC Paris Branch* du 31 mai 2022 avait balisé le terrain. Mais, eu égard aux différences rédactionnelles des conventions franco-britannique et franco-chinoise, il nous apparaît intéressant de noter que le précédent *HSBC Bank PLC Paris Branch* aurait pu aussi ne pas être mobilisé au cas d'espèce. En effet, dans le cadre franco-chinois, le b du 2 de l'article 22 de la convention avait une double fonction : il prévoyait tout à la fois le principe d'imposition en France des revenus chinois pour leur « montant brut » (soit une règle de détermination de l'assiette), et le principe d'octroi du crédit d'impôt à la personne bénéficiaire desdits revenus. Au contraire, les stipulations de l'article 24 de la convention franco-britannique ici en jeu prévoient une pure règle de création de droit à un crédit d'impôt, tandis que le 2 du A de l'article 9, relatif à la répartition du droit d'imposer, prévoit qu'« *un résident de France qui reçoit d'une société résidente du Royaume-Uni des dividendes dont il est le bénéficiaire effectif a droit, lorsqu'il est assujéti à l'impôt en France à raison de ces dividendes, au crédit d'impôt qui y est attaché et auquel une personne physique résidente du Royaume-Uni aurait eu droit si elle avait reçu ces dividendes et au paiement de l'excédent de ce crédit d'impôt sur l'impôt du Royaume-Uni dont il est redevable* ». Dans ces conditions, il nous semble que le principe de taxation en France du crédit d'impôt de droit interne britannique aurait pu être obtenu sur la base d'un raisonnement plus pur en termes de subsidiarité, fondé classiquement sur l'articulation de l'article 209, I du CGI, issu de l'article 3 de la loi n° 59-1472 du 28 décembre 1959, et des stipulations précitées de l'article 9. Ces dernières, en effet, en tant qu'elles instituent l'impôt fiscal britannique en complément de revenu irrémédiablement attaché aux dividendes bruts, nous semblent poser, implicitement mais nécessairement - et au prix d'un effort interprétatif somme toute assez léger -, le principe de l'imposabilité de celui-ci entre les mains du résident de France, aux côtés du dividende

42 CE, 20 nov. 2017, n° 396595, *Min. c/ Sté Natixis* : Dr. fisc. 2019, n° 5, comm. 137, concl. Y. Bénard, note S. Austrey et B. Foucher.

lui-même. Et c'est tout l'objet des dispositions issues de la loi du 28 décembre 1959 que de prévoir l'imposition en France des revenus dont l'imposition est attribuée à la France par une convention fiscale.

**42.** Au-delà et surtout, la spécificité de l'affaire *HSBC Bank PLC Paris Branch* jugée en 2022 résidait, comme on l'a dit, dans le fait que l'on était en présence d'un crédit d'impôt « fictif ». Dans ce contexte, les intérêts litigieux n'avaient par hypothèse fait l'objet d'aucune imposition à la source, et la question, inédite, qui était soulevée était celle de la création, par le seul jeu des stipulations conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition, d'un élément de revenu taxable non prévu par le droit interne, posant dans sa plus grande pureté la question de la portée du principe de subsidiarité des conventions fiscales. La spécificité même du crédit d'impôt forfaitaire avait donc contraint en 2022 la Haute assemblée à limiter la portée du principe de subsidiarité des conventions fiscales. La situation en jeu dans cette affaire *Sté BNP Paribas* est différente, car, l'imposition à la source était bien réelle : elle consistait en l'application d'un taux d'imposition des dividendes au Royaume-Uni à 10 %, sur une assiette égale à la somme du dividende brut et de l'avoir fiscal britannique d'1/9<sup>e</sup>. Le fait que l'imposition soit réglée par exacte compensation avec l'avoir fiscal britannique, interdisant tout flux excédentaire de revenu, ne modifie pas le principe de taxation dans l'État de la source. **On est donc bien ici en présence d'un crédit d'impôt conventionnel classique. Sous cette considération, la décision *Sté BNP Paribas* du 9 octobre 2024 doit ainsi être interprétée comme la consécration du principe d'imposabilité des crédits d'impôts conventionnels en raison du traité.**

**43.** Le principe n'est pas nouveau. Il est défendu par l'administration fiscale dans ses commentaires<sup>43</sup> et la doctrine la plus autorisée<sup>44</sup> de façon constante. **S'agissant de l'articulation de ce principe de taxation du crédit d'impôt conventionnel classique avec le maniement de la subsidiarité, force est d'admettre, sauf à être un tenant d'une conception très orthodoxe du principe de priorité du droit interne, que le lien créé entre l'imputation sur l'impôt français du crédit d'impôt conventionnel et la prise en compte dans l'assiette imposable du montant de l'impôt étranger, lorsque celui-ci est effectivement prélevé, s'accommode (mieux) des exigences du principe de subsidiarité que dans le cas d'un crédit d'impôt fictif.** En effet, dans cette hypothèse, la prise en compte du revenu augmenté du crédit y attaché reflète non pas tant le caractère imposable dudit crédit conventionnel, que la neutralisation de la déduction en base de l'imposition étrangère<sup>45</sup>. C'est, au demeurant, la mécanique prévue désormais explicitement par le 4<sup>e</sup> du 1 de l'article 39 du CGI depuis sa modification par l'article 14 de

la loi de finances rectificative pour 2017<sup>46</sup>. Et il ne fait aucun doute, dans cette perspective, que le revenu auquel est attaché ledit crédit est, lui, indiscutablement taxable sur la base du droit interne et des stipulations distributives de la convention, respectant de ce point de vue, les réquisits de la subsidiarité. Mais il faut bien l'admettre, il n'existe pas, en droit interne, de prescription explicite invitant à la prise en compte du crédit d'impôt conventionnel dans l'assiette taxable. **C'est donc la première fois que ce principe, au fond communément appliqué, de taxation des crédits d'impôt conventionnels classiques est expressément posé dans un considérant du Conseil d'État.** Le précédent *HSBC Bank PLC Paris Branch* avait clairement ouvert la voie : même si les faits de l'espèce étaient particuliers, il n'y avait pas de raison que la délimitation du champ du principe de subsidiarité ne s'applique pas au cas des crédits d'impôts conventionnels classiques.

**44.** Si l'on recherche le **fondement légal de la solution**, il appert que celui-ci réside uniquement dans les stipulations conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition. En effet, il nous semble difficile de souscrire pleinement à l'idée qu'en l'absence de disposition spécifique prévoyant la prise en compte du crédit d'impôt conventionnel dans le résultat imposable, l'article 38 du CGI, auquel renvoie l'article 209 du CGI, suffirait, en tant qu'il conduit à soumettre à l'impôt sur les sociétés tout accroissement de l'actif net, à procurer une base légale de droit interne. Tout d'abord, il est acquis qu'il ne peut y avoir imposabilité d'un produit destiné à compenser une charge qui, à l'instar de l'impôt sur les sociétés, n'est pas déductible<sup>47</sup>. Ensuite, le crédit d'impôt conventionnel est un pur moyen de paiement de l'impôt, qui ne doit techniquement intervenir qu'au moment de la liquidation de l'impôt et non de la détermination de l'assiette de celui-ci. Encore, le crédit d'impôt conventionnel, comme on sait, n'est pas restituable faute d'impôt sur lequel l'imputer<sup>48</sup> : il tombe en non-valeur s'il n'est pas utilisé au titre de l'année de son octroi, notamment en présence d'un exercice déficitaire, ce qui affaiblit sa nature même de créance sur le Trésor engendrant une augmentation de l'actif net. Enfin, si tel avait dû être le cas, il n'aurait pas été nécessaire d'infléchir le principe de subsidiarité des conventions fiscales pour immuniser les clauses relatives à l'élimination de la double imposition.

**C'est donc bel et bien dans le silence des textes de droit interne, et sur le seul fondement des stipulations conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition, que la Haute assemblée a posé ce principe.** Il échet de repartir de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles du 9 février 2023, querellé devant le Conseil d'État. Les juges d'appel y ont dit pour droit que : « [...] la société *BNP Paribas SA* soutient qu'à supposer même que soit en cause l'application de l'article 24 de la convention, ce dernier ne saurait fonder l'imposition en France du crédit d'impôt britannique dès lors, d'une part, qu'aucune règle

43 BOI-IS-RICI-30-10-20-10, 21 juin 2023, § 180.

44 B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales* : Éd. Francis Lefebvre, 18<sup>e</sup> éd., 2024, n° 8145.

45 V. sur ce point S. Austray et B. Foucher, note ss CE, 20 nov. 2017, n° 396595, Min. c/ Sté Natixis : Dr. fisc. 2019, n° 5, comm. 137, spéc. § 3.

46 L. n° 2017-1775, 28 déc. 2017 : Dr. fisc. 2018, n° 1, comm. 49.

47 CE, sect., 12 mars 1982, n° 17074, SA X : Rec. Lebon, p. 119 ; RJF 4/1982, n° 334.

48 CE, 27 juin 2016, n° 388984 et 392534, Sté Faurecia : Lebon T. ; RJF 10/16 n° 871.

nationale ne prévoit qu'un tel crédit d'impôt constitue un revenu imposable et qu'une convention fiscale ne peut pas, par elle-même, servir de base légale à une imposition et, d'autre part, que la convention ne contient, au demeurant, aucune stipulation permettant de fonder le caractère imposable du crédit d'impôt ou subordonnant l'imputation du crédit d'impôt à son inclusion dans l'assiette de l'impôt sur les bénéfices en France. Toutefois, dès lors que le crédit d'impôt accordé en application de l'article 24 de la convention, qui s'impute sur le montant de l'impôt français afférent aux revenus visés à l'article 9, est égal à l'impôt britannique, lequel est déterminé, conformément aux stipulations de l'article 9 A 1 b), sur une assiette correspondant à la somme des dividendes mis en distribution et du crédit d'impôt britannique, il y a lieu de retenir la même base imposable en France et au Royaume-Uni et d'inclure l'intégralité du crédit d'impôt britannique mentionné à l'article 9 A dans la base imposable en France. Compte tenu de la rédaction des stipulations de l'article 24 de la convention fiscale, qui se réfèrent «aux revenus visés à l'article 9 et ayant supporté l'impôt au Royaume-Uni conformément aux dispositions desdits articles», le crédit d'impôt britannique, visé à l'article 9 de la convention doit être regardé, dès lors qu'il servait à payer par compensation l'impôt dû au Royaume-Uni, comme constituant, au sens et pour l'application de l'article 24, un complément de revenu entrant dans la base imposable du bénéficiaire en France. **Par suite, la société BNP Paribas n'est pas fondée à soutenir que l'article 24 ne pouvait constituer le fondement de l'imposition en l'absence de toute disposition de droit interne prévoyant le principe même d'une imposition du crédit d'impôt, ni que ce même article 24 ne prévoit pas l'imposition en France de l'impôt fiscal britannique, en plus des dividendes y afférents** » (pt 9). Et c'est bien ce raisonnement, qui ne convoque aucune base de droit interne, que valide le Conseil d'État, en indiquant au point 6 de la décision chroniquée que « [...] la Cour administrative d'appel de Versailles n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le crédit d'impôt britannique visé au 2 du A de l'article 9 de la convention devait être inclus dans les bases de l'impôt sur les sociétés dû en France par le bénéficiaire des dividendes ». Et, comme cela a été souligné, tel était déjà le cas de la solution posée par la décision *HSBC Bank PLC Paris Branch* : s'il y avait eu cassation, l'erreur de droit stigmatisée ne résidait pas dans le fait que les juges d'appel avaient considéré qu'il n'y avait aucune disposition de droit interne prévoyant l'imposition du crédit d'impôt forfaitaire, mais dans le fait pour eux d'avoir considéré comme inopérantes les stipulations de la convention fiscale<sup>49</sup>.

#### L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette décision n'a, directement, qu'un intérêt historique, la convention franco-britannique ayant été modifiée depuis les faits litigieux. Au-delà, elle a le mérite de conforter le principe de taxation des crédits d'impôt conventionnels classiques dont, en vérité, on l'a dit, l'existence précédait l'essence. Encore faut-il que les clauses relatives à l'élimination des doubles impositions des conventions fiscales prévoient, à la faveur de stipulations claires, la prise en compte dudit crédit dans l'assiette imposable du récipiendaire des dividendes, la notion de taxation pour le « montant brut » des revenus ayant une telle portée. Enfin, elle confirme la portée

de l'orientation donnée par le Conseil d'État au principe de subsidiarité depuis 2022, puisque l'imposition est ici indiscutablement fondée sur les seules stipulations conventionnelles, faute d'avoir une base légale de droit interne. Pragmatiquement, on signalera aussi que la portée de cette décision est en tout état de cause réduite par la modification de l'article 39, 1, 4<sup>e</sup> du CGI par la seconde loi de finances rectificative pour 2017, interdisant la déduction des impôts prélevés à l'étranger en application des stipulations conventionnelles, ce qui est une autre façon de poser, comme on l'a dit plus haut, l'imposabilité du crédit conventionnel pour impôt étranger. Ce dispositif est particulièrement sévère pour les **entreprises déficitaires** puisqu'il conduit à une double imposition, la minoration du déficit reportable aboutissant à une majoration du bénéfice imposable à hauteur de l'impôt acquitté à l'étranger lorsqu'elles redeviennent bénéficiaires. Ce dispositif a vu le jour aux fins de déjouer les effets neutralisants de la décision *LVMH* du 7 juin 2017<sup>50</sup> qui avait assoupli la rigueur de la décision *Sté Céline*. On se rappelle que, dans cette dernière décision, la Haute assemblée avait rejeté une interprétation ductile des stipulations conventionnelles, qui eût pu s'inspirer de l'**objet des conventions fiscales**, à savoir l'élimination de la double imposition, au profit d'une lecture strictement littérale, en s'abritant derrière la théorie de l'acte clair<sup>51</sup>. À cette aune, on ne peut que regretter que le Conseil d'État ait ici convoqué l'objet des stipulations conventionnelles relatives à la double imposition pour paradoxalement fonder l'imposition du crédit d'impôt...

E. DINH ■

## Dividendes sortants

**45. Dividendes sortants - Retenue à la source - Dividendes versés à une société qui n'en est pas le bénéficiaire effectif ou n'a pas son siège de direction effective dans un État membre de l'UE - Invoicabilité du droit de l'UE (non)** - La CAA de Paris rappelle que le droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'en application de l'article 119 bis, 2 du CGI, une retenue à la source soit prélevée sur les dividendes perçus par une société non résidente qui se trouve, au regard de la législation de son État de résidence, en situation déficitaire. Toutefois, un contribuable ne saurait réclamer le bénéfice des dispositions du droit de l'Union lorsqu'elles sont invoquées, non pas en vue de réaliser les objectifs de ces dispositions, mais dans le but de bénéficier d'un avantage du droit

50 CE, 7 juin 2017, n° 386579, Sté LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton : Dr. fisc. 2017, n° 36, comm. 430, concl. É. Bokdam-Tognetti, note R. Zaghdoun et Q. Philippe ; C. Acard, Fiscalité financière (2<sup>e</sup> partie) : Dr. fisc. 2018, n° 5, étude 153, spéc. § 3.

51 Cf. E. Dinh, Fiscalité internationale : chronique de l'année 2014 : Dr. fisc. 2015, n° 9, étude 172, spéc. § 5.

49 V. sur ce point S. Austry, B. Foucher et M. Lenègre, note préc., § 7.

de l'Union alors que les conditions pour en bénéficier ne sont que formellement remplies et que l'invocation de cet avantage n'est ainsi pas cohérente avec les finalités que visent les règles l'ayant institué. Par conséquent, lorsque la société non résidente qui a reçu les versements n'est pas le bénéficiaire effectif des distributions en cause, ou n'a pas son siège de direction effective dans l'État de résidence concerné, la société distributrice n'est pas fondée à se prévaloir des normes du droit de l'Union faisant obstacle à la mise en œuvre de la retenue à la source.

**CAA Paris, 2<sup>e</sup> ch., 27 nov. 2024, n° 23PA00449, Sté Cofima, concl. G. Perroy, C+ (V. annexe 3)**

**Pourvoi enregistré sous le n° 500934**

**46.** La société requérante, la société française Cofima, a distribué en avril 2011 à son associé unique, la société luxembourgeoise Berlioz Investment, un dividende de quatre millions d'euros puis, en mars 2012, a réduit son capital et attribué à son associé unique 75 % des actions d'une société, représentant une valeur de 18 millions d'euros, et une somme de plus de cinq millions.

Dans les deux cas, la société Cofima n'a pas prélevé la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI en considérant que l'exonération prévue à l'article 119 ter était applicable.

**47.** À la suite d'une vérification de comptabilité dans le cadre de laquelle l'administration a mis en œuvre fin 2014 la procédure d'assistance administrative pour obtenir des informations sur la société luxembourgeoise, ce qui a d'ailleurs amené la Cour de justice de l'Union européenne à préciser que l'autorité saisie d'une demande d'informations dans le cadre de la directive 2011/16 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal doit vérifier que les informations demandées ne sont pas dépourvues de toute « *pertinence vraisemblable* »<sup>52</sup>, l'administration fiscale a considéré que l'exonération de l'article 119 ter n'était pas applicable dès lors que la société luxembourgeoise ne pouvait être regardée ni comme ayant son siège de direction effective au Luxembourg, ni comme étant le bénéficiaire effectif de ces distributions. Par une proposition de rectification envoyée à la société française en décembre 2017, elle a en conséquence mis à la charge de celle-ci des rappels des retenues à la source sur le fondement de l'article 119 bis<sup>53</sup>.

**48.** Ayant vainement contesté le redressement devant le tribunal administratif<sup>54</sup>, la société demandait à la Cour administrative d'appel de Paris d'annuler ce jugement et de

prononcer la décharge des retenues à la source litigieuses.

À cette fin, la société invoquait plusieurs arguments tenant notamment au caractère tardif de la proposition de rectification, à la possibilité de bénéficier de l'exonération de retenue à la source de l'article 119 ter et, à défaut, à la contrariété au droit de l'Union européenne de l'application d'une retenue à la source compte tenu de la situation déficitaire de la société actionnaire luxembourgeoise.

#### ♦ La proposition de rectification de décembre 2017 était-elle tardive ?

**49.** L'un des arguments soulevés par la société requérante portait sur l'impact d'une réponse partielle à une demande d'assistance administrative internationale sur la prorogation du délai de reprise prévue par l'article L. 188 A du livre des procédures fiscales (LPF).

Selon ce texte, en cas de mise en œuvre de l'assistance administrative internationale dans le délai de reprise, l'administration peut réparer les omissions ou les insuffisances d'imposition afférentes à la demande de renseignement jusqu'à la fin de l'année qui suit celle de la réception de la réponse et, au plus tard, jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle au titre de laquelle le délai initial de reprise est écoulé, sous réserve que l'administration ait informé le contribuable, dans un délai de 60 jours, de l'envoi de la demande et de la réception de la réponse.

**50.** Au cas d'espèce, à la suite de sa demande d'assistance administrative effectuée le 3 décembre 2014, l'administration fiscale française a reçu le 4 mai 2015 une réponse de l'administration luxembourgeoise qui indiquait que les informations manquantes parviendraient aux autorités françaises dès que possible.

Selon la société, ce courrier reçu le 4 mai 2015 constituait la réponse au sens de l'article L. 188 A et le délai de reprise n'avait donc été prorogé que jusqu'au 31 décembre 2016 : la proposition de rectification envoyée en décembre 2017 était donc tardive...

**51.** À l'inverse, la Cour administrative d'appel de Paris retient que cette réponse, « *en raison de son caractère provisoire, ne saurait être assimilée à une réponse au sens de l'article L. 188 A dès lors que les informations manquantes étaient pertinentes au regard des investigations effectuées par les autorités françaises* ». Le délai spécial de reprise courait en conséquence jusqu'au 31 décembre de la troisième année suivant celle au titre de laquelle le délai initial de reprise était écoulé, soit le 31 décembre 2017 et la proposition de rectification n'était donc pas tardive. Comme cela ressort des conclusions du rapporteur public Gilles Perroy (V. annexe 3, concl. § 12), ce n'est pas le caractère partiel de la réponse mais son caractère expressément provisoire qui fonde la décision<sup>55</sup>.

52 CJUE, gde ch., 16 mai 2017, C-682/15, Berlioz Investment Fund : Dr. fisc. 2017, n° 42, 506, comm. J. Turot.

53 L'administration a aussi remis en cause la déductibilité des charges financières ayant servi à financer les versements effectués au profit de la société luxembourgeoise (CAA Paris, 18 juill. 2023, n° 21PA06555, SAS Cofima - CE (na), 29 mars 2024, n° 488430, SAS Cofima).

54 TA Paris, 7 déc. 2022, n° 1921855, SAS Cofima, concl. X. Pottier, C : FI 1-2023, n° 10.

55 Pour une étude générale sur les droits du contribuable lors d'un échange de renseignements sur demande, v. T. Viu et L. Stankiewicz, Les droits du contribuable lors d'un échange de renseignements sur demande : point de vue français : FI 1-2024, n° 02.1.

Deux autres arguments, qui nous retiendront plus longuement, étaient avancés par la société.

#### ♦ Les conditions de l'exonération de l'article 119 ter étaient-elles remplies ?

**52.** L'administration fiscale a refusé à la société requérante l'exonération de retenue à la source prévue par l'article 119 ter au motif que son actionnaire unique, la société luxembourgeoise, ne pouvait être regardée ni comme ayant son siège de direction effective dans un État membre de l'Union européenne, ni comme étant le bénéficiaire effectif des distributions litigieuses.

En effet, l'article 119 ter, qui a été créé par la loi de finances rectificative pour 1991<sup>56</sup> et transpose l'article 5 de la directive mère-fille<sup>57</sup>, subordonne notamment l'exonération de retenue à la source sur les dividendes distribués par une société française à sa société mère à ce que cette dernière ait, selon la version de l'article en vigueur à l'époque des faits, « son siège de direction effective dans un État membre de la Communauté européenne et [ne soit] pas considérée, aux termes d'une convention en matière de double imposition conclue avec un État tiers, comme ayant sa résidence fiscale hors de la Communauté »<sup>58</sup> et justifie être le bénéficiaire effectif des dividendes.

**53. La condition du siège de direction effective** - À notre connaissance, la condition tenant au siège de direction effective a rarement été mobilisée par l'administration fiscale pour refuser l'exonération prévue par l'article 119 ter<sup>59</sup>.

Dans ses commentaires de cette disposition, l'administration définit le siège de direction effective comme le « lieu où sont, en fait, principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle de la personne morale », en précisant que ce critère correspond à celui qui est couramment utilisé dans les conventions fiscales pour trancher les conflits de résidence des personnes morales<sup>60</sup>.

**54.** Pour établir que les décisions stratégiques la concernant se prenaient bien au Luxembourg, la société luxembourgeoise produisait des procès-verbaux de réunion de son conseil d'administration afin de démontrer que les administrateurs s'étaient réunis au siège de la société, situé à une adresse de domiciliation au Luxembourg, et se prévalait du

fait qu'elle était connue des autorités administratives et fiscales luxembourgeoises et que la société domiciliataire réalisait pour elle un certain nombre de prestations administratives, comptables et fiscales.

**55.** La Cour administrative d'appel de Paris considère que, « dans les circonstances de l'espèce », ces éléments et les procès-verbaux produits ne sont pas suffisants pour établir que les administrateurs se sont effectivement réunis au siège de la société. Pour arriver à cette conclusion, la cour relève les indices suivants :

- la société luxembourgeoise avait son siège à une adresse de domiciliation ;
- elle n'employait aucun salarié ;
- ses dirigeants étaient des salariés de l'entreprise de domiciliation ;
- au vu d'un avis de convocation à une AGE de la société luxembourgeoise de décembre 2011, celle-ci n'avait alors qu'un associé unique qui était une société ayant son siège dans les Îles vierges britanniques ;
- aucune pièce du dossier ne précise l'identité des actionnaires de cette société des Îles vierges britanniques.

**56.** L'analyse de la cour peut être rapprochée de la solution retenue dans l'affaire *Espous*,<sup>61</sup> ou encore de l'arrêt *Compagnie Internationale des Wagons-Lits et du Tourisme* dans lequel le Conseil d'État avait énoncé que « 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 »<sup>62</sup>. Le rapprochement paraît d'autant plus pertinent qu'il ressort des conclusions du rapporteur public sous l'arrêt commenté que l'administration invoquait pour écarter les procès-verbaux le fait que « les administrateurs de [la société luxembourgeoise] se sont bornés à approuver et à ratifier des actes déjà signés, qui leur étaient présentés à cette occasion, à déléguer la signature de documents contractuels, et à donner pouvoir pour des actes de disposition sans qu'aucune décision stratégique ne soit prise », élément relevé par le Conseil d'État dans l'arrêt *Compagnie internationale des Wagons-Lits*.

**57.** Si l'absence de siège de direction effective au Luxembourg ou dans un autre État membre de l'Union européenne suffisait pour justifier la remise en cause de l'exonération de retenue à la source, la Cour administrative d'appel de

56 L. n° 91-1323, 30 déc. 1991 de finances rectificative pour 1991, art. 24.

57 Dir. 90/435/CEE, 23 juill. 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents (dite « mère-fille »).

58 La notion de « siège de direction effective » n'est pas définie dans la directive mère-fille. Celle-ci vise en effet la notion de domicile fiscal et renvoie à la législation fiscale de l'État membre.

59 V. not. CAA Versailles, 10 nov. 2020, n° 18VE03090, Sté Organisation et Développement : l'administration avait admis au stade de la réclamation que la société mère luxembourgeoise devait être regardée comme le bénéficiaire effectif des dividendes mais avait refusé le bénéfice de l'exonération au motif que la société mère n'avait pas son siège de direction effective dans l'Union européenne.

60 BOI-RPPM-RCM-30-30-20-10, 3 juill. 2019, § 110. Sur ce critère, v. N. Vergnet, Résidence fiscale des personnes morales : retour sur le critère du « siège de direction effective » : FI 4-2023, n° 3.3.

61 CE, 15 mars 2023, n° 449723, *Espous*, concl. L. Domingo : Lebon T. : FI 2-2023, n° 5, comm. E. Dinh. Dans cet arrêt, le centre effectif de direction d'une société avait été regardé comme se situant en France, alors même que la société tenait ses assemblées générales et ses conseils d'administration au Luxembourg, au motif que la société ne disposait au Luxembourg que d'un petit local mis à disposition par une société luxembourgeoise de domiciliation, n'y employait qu'un salarié de la même société et que ses contrats avaient continué à être signés et les décisions à être prises depuis le siège parisien d'autres sociétés du groupe par ses associés, domiciliés en France.

62 CE, 7 mars 2016, n° 371435, *Compagnie Internationale des Wagons-Lits et du Tourisme* : Lebon T. ; Dr. fisc. 2016, n° 46, comm. 591, concl. A. Bretonneau, note E. Meier, R. Torlet et A. Tailfer ; RJF 6/16 n° 555.

Paris retient « *au surplus* » qu'il n'était pas démontré que la société luxembourgeoise était le bénéficiaire effectif des sommes distribuées.

**58. La condition de bénéficiaire effectif** - Pour rappel, la condition prévue par l'article 119 ter tenant à ce que la société mère soit le bénéficiaire effectif des dividendes distribués par la filiale française a été jugée conforme à la directive mère-fille, même si cette dernière ne prévoit pas expressément une telle condition pour bénéficier de l'exonération de retenue à la source pour les dividendes distribués par une filiale d'un État membre de l'Union européenne à sa société mère d'un autre État membre<sup>63</sup>. S'appuyant sur cette jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne interprétant la directive mère-fille de 1990, le Conseil d'État a considéré en juin 2020 dans les affaires *Eqiom* et *Enka* qu'il résultait de cette jurisprudence que « *la qualité de bénéficiaire effectif des dividendes doit être regardée comme une condition du bénéfice de l'exonération de retenue à la source prévue par l'article 5 de la directive* » et en a déduit la conformité à la directive de la condition posée à l'article 119 ter<sup>64</sup>.

Dans ces affaires, cette condition avait permis de justifier le refus d'exonérer de retenue à la source les dividendes distribués à une société mère au motif que celle-ci ne démontrait pas qu'elle était titulaire du compte sur lequel les dividendes avaient été payés et qu'elle avait donc effectivement appréhendé ces dividendes<sup>65</sup>. S'il s'agissait dans ces affaires d'une conception « technique » de la notion de bénéficiaire effectif correspondant à la question de savoir si la société mère avait appréhendé ou non les distributions mises en paiement par la filiale française, l'administration fiscale recourt désormais pour écarter l'exonération de l'article 119 ter à une conception plus large qui correspond à la notion conventionnelle du bénéficiaire effectif, conformément à l'interprétation unificatrice retenue par la Cour de justice elle-même dans sa jurisprudence de 2019<sup>66</sup>. La qualité de bénéficiaire effectif est ainsi régulièrement remise en cause par l'administration, que ce soit pour refuser le bénéfice d'une convention fiscale<sup>67</sup> ou

pour refuser l'exonération de l'article 119 ter<sup>68</sup>.

**59.** Traditionnellement, parmi les indices mis en avant par l'administration pour refuser la qualité de bénéficiaire effectif au récipiendaire d'un revenu figure la circonstance que ce revenu a été appréhendé par une autre personne, notamment en exécution d'une obligation légale<sup>69</sup>. Cela correspond d'ailleurs au § 12-4 des commentaires de l'article 10 de la convention modèle OCDE relatif aux dividendes, ajoutés en 2014, selon lesquels :

« 12.4 Dans ces différents exemples (agent, mandataire, société relais agissant en qualité de fiduciaire ou d'administrateur), le récipiendaire direct du dividende n'est pas le "bénéficiaire effectif" parce que le droit du récipiendaire d'utiliser le dividende et d'en jouir est limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne. Cette obligation découle habituellement de documents juridiques pertinents, mais peut également exister en raison de faits et de circonstances qui montrent que, fondamentalement, le récipiendaire n'a de toute évidence pas le droit d'utiliser le dividende et d'en jouir sans être limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne ».

**60.** Dans l'affaire commentée, l'appréhension des distributions litigieuses par une personne autre que la société mère luxembourgeoise ne semble être démontrée que pour l'opération de réduction de capital du 7 mars 2012 qui s'est traduite par l'attribution à la société mère luxembourgeoise d'actions, pour une valeur de 18 M€ et une somme en numéraire de 5,5 M€.

Ainsi, la cour relève que « *la distribution [...] consistant en la remise de 75 % des titres de la société Aubusson à la société Berlioz Investment n'a fait que transiter par cette dernière et ce, dans un laps de temps très court, une grande partie des distributions ayant bénéficié aux enfants de M. et Mme Darnaud par donation de leurs parents en date du 23 avril 2012* », tout en écartant l'argument avancé par la société selon lequel le transfert des titres reçus de la filiale française avait été effectué en règlement d'une dette contractée par la société luxembourgeoise, faute pour la société de l'établir<sup>70</sup>. Comme le relève le rapporteur public, cet argument tiré de l'existence d'une dette justifiant le fait que la société mère transfère tout ou partie des distributions

63 CJUE, 26 févr. 2019, C-116/16 et C-117/16, T Danmark e.a. (les « *Danish cases* ») : FI 2-2019, n° 5.2.

64 CE, 5 juin 2020, n° 423809, 423810, 423811 et 423812, Stés *Eqiom* et *Enka*, concl. E. Bokdam-Tognetti : Lebon T., p. 670-705 ; FI 3-2020, n° 9, § 5, comm. S. Austrý.

65 *Ibidem*.

66 CJUE, 26 févr. 2019, C-116/16 et C-117/16 préc.

67 CE, 5 févr. 2021, n° 430594 et 432845, Min. c/ Sté Performing Rights Society (PRS) Ltd, concl. L. Domingo : Lebon T. ; FI 2-2021, n° 5, § 21, comm. E. Dinh ; Dr. fisc. 2021, n° 17, comm. 226, note J.-L. Pierre ; E. Dinh, Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2021 : Dr. fisc., 2022, n° 12, chron. 159, spéc. n° 32 et s. - CAA Versailles, 27 mai 2021, n° 19VE00090, SAS Alphatrad, concl. C. Huon : FI 4-2021, n° 5, § 24, comm. E. Chapellier (arrêt définitif suite au refus d'admission du pourvoi, CE (na), 11 mars 2022, n° 454980). - CAA Bordeaux, 5 oct. 2021, n° 19BX00473 et n° 20BX03606, SAS Meltex, concl. C. Cabanne (arrêts définitifs suite au refus d'admission du pourvoi, CE (na), 24 juin 2022, n° 459154, 459155, SAS Meltex : FI 4-2022, n° 5, § 56, comm. T. Perrot). - CAA Versailles, 8 févr. 2022, n° 19VE03571, min. c/ SAS Meubles Ikea France : FI 2-2022, n° 5, § 44, comm. J. Ardouin. - CE, 20 mai 2022, n° 444451, Sté Planet, concl. C. Guibé : Lebon T. ; FI 3-2022, n° 5.1.2, comm. C. Valentin et J. Brasart ; Dr. fisc. 2022, n° 30, comm. 291, note P. Martin. - TA Paris, 19 juin 2023, n° 1919010 et n° 1927605, Sté Relais de l'entrecôte Saint-Germain (deux jugements).

68 CAA Versailles, 17 oct. 2023, n° 21VE03404, SAS PST Industries, concl. D. Lerooy, C : FI 2-2024, n° 5, § 2, comm. J. Ardouin. - CAA Versailles, 15 déc. 2023, n° 21VE02289, SAS Stratfin (arrêt définitif suite au refus d'admission du pourvoi). - TA Poitiers, 20 févr. 2024, n° 2201580 et n° 2201581, SAS Les Tamaris (et 2 autres jugements). - CE, 8 nov. 2024, n° 471147, Sté Foncière Velizy Rose, concl. É. Bokdam-Tognetti : Lebon T. : V. § 1.

69 V. not. CE, 5 févr. 2021, n° 430594 et 432845, Min. c/ Sté Performing Rights Society (PRS) Ltd, préc. : les statuts de l'organisme de gestion des droits d'auteur anglais prévoyaient une obligation de répartition des produits n'ayant pas été affectés par le conseil d'administration et, en pratique, l'essentiel des produits perçus était réparti entre les membres. - CAA Bordeaux, 5 oct. 2021, n° 19BX00473 et 20BX03606, SAS Meltex, préc. : la société néerlandaise récipiendaire des redevances avait l'obligation en vertu d'un contrat de reverser entre 91,6 % et 88,7 % des redevances reçues. - TA Paris, 19 juin 2023, n° 1919010 et n° 1927605, Sté Relais de l'entrecôte Saint-Germain, préc. : la société néerlandaise récipiendaire des redevances a l'obligation en vertu d'un contrat de reverser 93 % des redevances reçues.

70 CAA Paris, 27 nov. 2024, n° 23PA00449, Sté Cofima, pt 13 (V. annexe 3).

reçues évoque la décision rendue par la Cour administrative d'appel de Versailles dans laquelle l'utilisation par la société mère des dividendes reçus pour rembourser un crédit-vendeur avait conduit la cour à retenir que la société devait être regardée comme le bénéficiaire effectif des dividendes<sup>71</sup>. Encore fallait-il établir l'existence de la dette.

Si l'appréhension de la seconde distribution litigieuse par une personne autre que la société mère luxembourgeoise était démontrée par l'administration, cela ne semble pas être le cas pour la distribution du dividende de 4 M€ réalisée en avril 2011. Pour autant, « *alors même que l'administration n'a établi l'appréhension par un tiers que des titres Aubusson et non des sommes versées en numéraires, et qu'il existerait des doutes sur l'identité de l'associé de la société Berlioz Investment* », la cour conclut que la société mère luxembourgeoise « *ne saurait être regardée comme le bénéficiaire effectif des distributions en cause* », à la fois celle survenue en 2012 mais aussi celle de 2011<sup>72</sup>.

**61.** Pour arriver à cette conclusion, la cour relève différents éléments tendant à caractériser l'absence de substance de la société mère luxembourgeoise :

- la société luxembourgeoise avait son siège social à une adresse de domiciliation ;
- elle n'y disposait ni de moyens humains, ni de moyens matériels pour y exercer une quelconque activité ;
- il n'y a dans le dossier aucun élément de nature à identifier l'existence d'une activité distincte de celle de relais dans la perception et la redistribution de dividendes.

**62.** Il ressort des conclusions du rapporteur public qu'au regard de la condition de bénéficiaire effectif, la question était « *celle de la substance de [la société luxembourgeoise], en sa qualité de holding récipiendaire de flux transfrontaliers, et de son autonomie quant à la gestion de ses flux* »<sup>73</sup>. À cet égard, si les éléments relevés relatifs à la domiciliation du siège social, à l'absence de moyens humains et matériels et à l'absence d'éléments permettant d'identifier une activité autre que celle de société relais se rapportent à la substance, ou plutôt l'absence de substance, l'absence d'autonomie de la société mère luxembourgeoise semble être caractérisée aux yeux du rapporteur public et de la cour par la circonstance que la seconde distribution a été appréhendée par des personnes autres que la société mère luxembourgeoise et par le doute existant quant à l'identité de l'associé de celle-ci<sup>74</sup>.

Sur ce point le doute ou plutôt, pour reprendre les mots du rapporteur public, le fait que la société mère luxembourgeoise « *aura dépensé une énergie contentieuse peu commune aux fins de dissimuler l'identité de ses associés et de préserver de la sorte un*

*angle mort dans les faits que doit apprécier le juge de l'impôt* »<sup>75</sup>, a profité à l'administration.

**63.** Une fois écartée l'exonération prévue par l'article 119 ter, il restait à la cour à répondre à un dernier argument de la société requérante...

◇ **L'application de la retenue à la source de l'article 119 bis était-elle contraire au droit de l'Union européenne compte tenu de la situation déficitaire de la société luxembourgeoise ?**

**64.** À titre subsidiaire, la société requérante se prévalait de la jurisprudence *Sofina* de la Cour de justice de l'Union européenne pour soutenir que les rappels de retenue à la source étaient contraires à la libre circulation des capitaux.

Dans l'arrêt *Sofina*<sup>76</sup> rendu en réponse à une question pré-judicielle posée par le Conseil d'État<sup>77</sup>, la Cour de justice avait considéré que le prélèvement d'une retenue à la source sur les dividendes distribués à une société non résidente déficitaire est contraire à la liberté de circulation des capitaux dès lors que les sociétés résidentes déficitaires percevant des dividendes bénéficient soit, *a minima*, d'un report de la date d'imposition effective des dividendes (jusqu'à ce qu'elles deviennent bénéficiaires), soit d'une exonération dans le cas où elles ne redeviendraient jamais bénéficiaires. Dans une telle situation, il ressortait de la motivation de l'arrêt que la Cour de justice n'exige pas une exonération pure et simple des dividendes mais seulement, afin de rétablir l'égalité de traitement, un report d'imposition jusqu'à la date où l'entreprise redevient, le cas échéant bénéficiaire<sup>78</sup>.

**65.** Dans l'affaire commentée, la société requérante invoquait ainsi la circonstance que les déficits de la société mère luxembourgeoise étaient respectivement de 15 M€ au titre de 2011 et de 21 M€ au titre de 2012 pour faire obstacle à l'application de la retenue à la source sur les distributions litigieuses.

**66.** Il ressort des conclusions du rapporteur public que l'administration fiscale contestait l'existence d'une situation déficitaire en effectuant un retraitement extra-comptable du résultat de la société<sup>79</sup>. L'administration se prévalait sans doute de la précision apportée par le Conseil d'État selon laquelle, lorsqu'une société étrangère sollicite, sur le fondement de la jurisprudence *Sofina*, le remboursement de la retenue à

71 CAA Versailles, 17 oct. 2023, n° 21VE03404, SAS PST Industries, concl. D. Leroy, C : FI 2-2024, n° 5, § 2, comm. J. Ardouin.

72 CAA Paris, 27 nov. 2024, n° 23PA00449, Sté Cofima, pt 14 (V. annexe 3).

73 V. annexe 3, concl. § 16.

74 Dans ses conclusions, le rapporteur public note ainsi que « *en l'absence de toute précision sur le processus de décision présidant à l'affectation des dividendes de la société mère, faute notamment que soit connu son actionnariat, il n'est pas établi que cette dernière, tout en étant formellement propriétaire du revenu, disposait en pratique de pouvoirs lui permettant d'en disposer* » (V. annexe 3, concl. § 17).

75 V. annexe 3, concl. § 13.

76 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, Sofina SA, Rebelco SA, Sidro SA, concl. M. Wathelet : FI 1-2019, n° 2, § 13, comm. E. Cortot-Boucher ; FI 1-2019, n° 5, § 6, comm. E. Dinh.

77 CE, 20 sept. 2017, n° 398662, 398663, 398666, 398672, 398674 et 398675, Sté Sofina et a., concl. É. Bokdam-Tognetti : Lebon T., p. 618 et 692 ; FI 2-2019, n° 5, § 12 ; Dr. fisc. 2019, n° 26, comm. 311, note A. Maitrot de la Motte ; RJF 5/19 n° 441, obs. D. Gutmann.

78 Cette jurisprudence avait conduit le législateur français à instaurer à l'occasion de la loi de finances pour 2020 (L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019, art. 42) l'article 235 quater du CGI qui prévoit un mécanisme de restitution des retenues à la source et de certains prélèvements à la source supportés par les sociétés étrangères déficitaires.

79 V. annexe 3, concl. § 19.

la source qu'elle a supportée sur les dividendes de source française, le caractère déficitaire de son résultat doit être apprécié au regard de la législation de son État de résidence en tenant compte des dividendes dont l'imposition fait l'objet de la demande de restitution au titre de l'exercice et, lorsque la législation de cet État autorise le report des déficits, des éventuels dividendes ayant ouvert droit à une restitution au titre d'exercices antérieurs<sup>80</sup>.

**67.** Pour autant, suivant les conclusions de son rapporteur public, la cour préfère écarter le moyen tiré de la contrariété de la retenue à la source à la libre circulation des capitaux en retenant qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice dans les « affaires danoises »<sup>81</sup> qu'« en vertu d'un principe général du droit de l'Union, les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes de ce droit. Il suit de là qu'un contribuable ne saurait réclamer le bénéfice des dispositions du droit de l'Union lorsqu'elles sont invoquées, non pas en vue de réaliser les objectifs de ces dispositions, mais dans le but de bénéficier d'un avantage du droit de l'Union alors que les conditions pour en bénéficier ne sont que formellement remplies et que l'invocation de cet avantage n'est ainsi pas cohérente avec les finalités que visent les règles l'ayant institué ».

La Cour administrative d'appel de Paris en déduit, et l'arrêt est fiché sur ce point<sup>82</sup>, que « la [société mère luxembourgeoise] ne pouvant être regardée [...] comme le bénéficiaire effectif des distributions en cause, ni au surplus, comme ayant son siège de direction effective au Luxembourg, la société requérante n'est pas fondée à se prévaloir des normes du droit de l'Union faisant obstacle à la mise en œuvre de la retenue à la source sur le fondement du 2 de l'article 119 bis »<sup>83</sup>.

La cour semble ainsi exclure la possibilité pour une société de se prévaloir des libertés de circulation au seul motif que cette société n'a pas la qualité de bénéficiaire effectif ou qu'elle n'a pas son siège de direction effective dans l'Union européenne.

**68.** Une telle interprétation nous semble erronée, témoignant d'une confusion entre la circonstance pour un contribuable de ne pas remplir les conditions objectives tenant à la qualité de bénéficiaire effectif ou à l'existence d'un siège de direction effective dans l'Union européenne et l'existence d'un abus de droit ou, plus généralement, d'une fraude à la loi.

En effet, si la constatation d'une fraude ou d'un abus est effectivement susceptible de faire obstacle à l'invocation des libertés de circulation, il ne ressort pas de la jurisprudence de la Cour de justice que le fait de ne pas être le bénéficiaire effectif ou de ne pas avoir son siège de direction effective dans

l'Union européenne exclut la possibilité pour la personne concernée de se prévaloir d'une différence de traitement contraire aux libertés européennes.

Telle semble être d'ailleurs la position de la rapporteure publique Émilie Bokdam-Tognetti dans ses conclusions sous l'arrêt *Sté Foncière Velizy Rose*<sup>84</sup> :

« [...] La liberté d'établissement intéressant les participations qui confèrent à leur détenteur une influence certaine sur les décisions de la société et lui permettent d'en déterminer les activités, c'est seulement, outre l'objet de la législation en cause, la relation entre la société associée et la société filiale qui doit, en principe, déterminer l'invocabilité de cette relation.

La liberté d'établissement n'a donc pas en soi pour but et pour objet l'élimination des doubles impositions, mais l'élimination des entraves à la liberté de s'établir dans un autre État membre et d'y créer ou de prendre le contrôle d'entreprises. Elle ne s'exerce pas à l'occasion de l'opération de perception de dividendes elle-même en tant que telle, mais à l'occasion de la création ou de la prise de contrôle dans la filiale, puis est mise en œuvre en continu par l'influence exercée sur celle-ci. Elle n'est donc pas une notion s'appréhendant flux par flux, mais au niveau d'une participation et d'une relation. Or la protection offerte par la liberté d'établissement ne nous paraît pas nécessairement dépourvue d'objet et de portée à l'égard de prises de participations substantielles qui s'opéreraient par le biais de sociétés-relais créées pour des motifs juridiques ou commerciaux valables étrangers à des considérations d'évasion fiscale. Il nous semblerait donc difficile d'exclure par principe, comme l'a fait la cour administrative d'appel, à tout le moins sans question préjudicielle, l'invocabilité de la liberté d'établissement pour contester une législation nationale afférente au traitement fiscal de dividendes au motif que l'associé n'en est pas le bénéficiaire effectif dans une situation exempte d'abus. »

**69.** Plutôt que de se hasarder sur le terrain de l'invocabilité des libertés européennes, la cour aurait peut-être dû s'en tenir à examiner si la société mère luxembourgeoise était ou non en situation déficitaire.

J. ARDOUIN ■

**70. Dividendes sortants - Retenue à la source - Double interposition de sociétés de personnes étrangères - Bénéfice de la convention fiscale** - Le TA de Montreuil admet qu'une société de personnes allemande puisse demander, pour le compte des bénéficiaires effectifs résidents allemands, la restitution partielle de la retenue à la source à hauteur de la différence entre le taux de droit interne appliqué et le taux conventionnel auquel peuvent prétendre les bénéficiaires effectifs, y compris dans le cas d'une double interposition de sociétés de personnes.

**TA Montreuil, 10<sup>e</sup> ch., 6 juin 2024, n° 2209072, Sté Ativo Beteiligungs GmbH & Co. KG, concl. Y. Khat, C (V. annexe 4)**

80 CE, 5 nov. 2021, n° 433212, Min. c/ Sté Filux, concl. E. Bokdam-Tognetti ; Lebon T., p. 561-634 ; FI 1-2022, n° 5, § 33 ; RJF 2022 n° 28.

81 CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, N Luxembourg 1 e.a. c/ Skatteministeriet et C-116/16 et 117/16, Skatteministeriet c/ T Danmark et Y Denmark Aps, préc.

82 Selon le fichage, « lorsque la société non-résidente qui a reçu les versements n'est pas le bénéficiaire effectif des distributions en cause, ou n'a pas son siège de direction effective dans l'État de résidence concerné, la société distributrice n'est pas fondée à se prévaloir des normes du droit de l'Union faisant obstacle à la mise en œuvre de la retenue à la source sur le fondement du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts. ».

83 CAA Paris, 27 nov. 2024, n° 23PA00449, Sté Cofima, pt 16.

84 É. Bokdam-Tognetti, concl. ss CE, 8 nov. 2024, n° 471147, Sté Foncière Velizy Rose, préc., § 10.

**71.** Au cas d'espèce, la société de droit allemand Ativo Beteiligungs GmbH & Co. KG, détenue par la société de droit allemand Meitl Holdings GmbH & Co KG, elle-même détenue par trois personnes physiques résidentes en Allemagne, a perçu des dividendes de source française au cours de l'année 2016 qui ont été soumis à des retenues à la source au taux de 30 % en application du 2 de l'article 119 bis et du 1 de l'article 187 du CGI.

La société Ativo Beteiligungs GmbH & Co. KG a demandé la restitution partielle de ces retenues à la source sur le fondement de l'article 9 de la convention fiscale franco-allemande, qui limite le taux de la retenue à la source à 15 %, au motif que les bénéficiaires effectifs des dividendes étaient des résidents allemands et que la structuration en double GmbH & Co. KG, fréquente en Allemagne, n'avait pas pour objectif d'éluider l'impôt.

**72.** La question de l'application d'une convention fiscale à des revenus versés à une société de personnes étrangère n'est pas nouvelle. Dans l'affaire *Diebold Courtage* dans laquelle une société française avait payé une redevance à une société en commandite néerlandaise qui l'avait reversée par la suite à une société suisse, le Conseil d'État a considéré qu'il y avait lieu d'appliquer la convention fiscale conclue entre la France et l'État de résidence des associés de la société néerlandaise, après avoir relevé que la société néerlandaise était dépourvue de personnalité morale et était fiscalement transparente en droit néerlandais<sup>85</sup>. Selon le Conseil d'État, les redevances versées à la société en commandite néerlandaise, « *compte tenu du statut de cette société, [devaient] être réputées versées à ses associés.* »

**73.** À la suite de l'arrêt *Diebold Courtage*, l'administration fiscale a publié une instruction en 2007<sup>86</sup> dans laquelle elle admettait, sous certaines conditions d'appliquer la convention conclue entre la France et l'État de résidence des associés d'une société étrangère transparente fiscalement.

« 11. Dans sa décision "*Diebold Courtage*", le Conseil d'État a appliqué le principe de transparence à une société de personnes étrangère dépourvue de la personnalité morale dont les associés étaient résidents de l'État de la société.

« 12. Dans le prolongement de cette décision, il est désormais admis que, lorsqu'une société de personnes étrangère bénéficie d'un régime de transparence fiscale dans l'État dans lequel elle est située, l'administration accepte de regarder "à travers" cette structure afin de déterminer si les associés de cette société sont des résidents au sens de la convention conclue par la France avec l'État de résidence de l'associé et peuvent, de ce fait, bénéficier des avantages conventionnels pour les revenus passifs (dividendes, intérêts et redevances) de source française qui transitent par la société de personnes étrangère.

« 13. Ce principe de transparence est appliqué même si la société de personnes étrangère est dotée de la personnalité morale et même si ses associés n'ont qu'une responsabilité limitée.

« 14. Le bénéfice de ce régime est subordonné au respect des 4 conditions cumulatives suivantes :

- La société de personnes étrangère doit être située dans un État

avec lequel la France est liée par une convention comportant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale.

- Les associés doivent être résidents de France ou d'un État avec lequel la France a conclu une convention assortie d'une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale.

- Les revenus de source française transitant par la société de personnes étrangère doivent être fiscalement considérés comme des revenus de ses associés tant dans l'État de situation de la société que dans celui de ses associés. Ces derniers doivent être passibles de l'impôt en qualité de résidents sans possibilité d'option et sans en être exonérés.

- L'associé de la société de personnes étrangère transparente ne doit pas être lui-même une société de personnes transparente.

« 15. À défaut du respect de l'une de ces conditions, la doctrine décrite section 1 restera applicable : la société de personnes étrangère et ses associés ne pourront bénéficier des avantages conventionnels. Le non-respect des conditions par la société de personnes étrangère prive tous les associés du bénéfice des avantages conventionnels. En revanche, si la société de personnes étrangère remplit les conditions, seul l'associé qui ne les respecte pas est privé de ce bénéfice.

« 16. Par dérogation, le respect de la quatrième condition ne sera pas exigé lorsque l'administration sera en mesure, par l'associé bénéficiaire effectif qui en fera expressément la demande, d'identifier précisément l'ensemble des autres bénéficiaires effectifs du revenu.

« 17. Il n'est pas nécessaire que les associés et la société de personnes soient résidents d'un même État.

Lorsque les associés sont résidents d'un État tiers, la convention fiscale bilatérale applicable pour l'imposition des revenus de source française bénéficiant à ces associés est la convention qui lie la France et l'État de résidence des associés. »

**74.** Ces commentaires ont été repris au BOFIP<sup>87</sup>, au moins en partie. N'a pas été reprise la précision selon laquelle le principe de transparence, qui permet de faire bénéficier des avantages conventionnels pour les revenus passifs (dividendes, intérêts et redevances) de source française qui transitent par une société de personnes étrangère les associés de celle-ci, « est appliqué même si la société de personnes étrangère est dotée de la personnalité morale et même si ses associés n'ont qu'une responsabilité limitée ». N'a pas non plus été reprise la tolérance selon laquelle le respect de la condition tenant à ce que l'associé de la société de personnes étrangère transparente ne doit pas être lui-même une société de personnes transparente « ne sera pas exigé lorsque l'administration sera en mesure, par l'associé bénéficiaire effectif qui en fera expressément la demande, d'identifier précisément l'ensemble des autres bénéficiaires effectifs du revenu ».

**75.** Or, dans l'affaire commentée, c'est au regard de cette condition tenant à ce que l'associé de la société de personnes étrangère transparente ne soit pas lui-même une société de personnes transparente que l'administration fiscale a rejeté la demande de restitution partielle de la retenue à la source présentée par la société requérante, l'associé de celle-ci étant aussi une GmbH & Co. KG, c'est-à-dire une société de personnes transparente. En effet, selon l'administration, la société allemande récipiendaire

85 CE, 13 oct. 1999, n° 191191, SA *Diebold Courtage* : Dr. fisc. 1999, n° 52, comm. 948 ; RJF 1999 n° 1492, chron. E. Mignon, p. 931 ; BDCF 12/99 n° 125, concl. G. Bachelier.

86 Instr. 29 mars 2007 : BOI 4 H-5-07, 29 mars 2007.

87 BOI-INT-DG-20-20-10, 12 sept. 2012, § 80 pour les dividendes. - BOI-INT-DG-20-20-30, 12 août 2015, § 120 pour les intérêts et les redevances.

des dividendes était une société fiscalement transparente et n'était donc pas résidente au sens de l'article 2 de la convention fiscale franco-allemande<sup>88</sup> et les conditions d'application de la doctrine administrative n'étaient pas remplies dès lors qu'il n'y avait pas une seule société transparente interposée mais deux.

**76.** Le tribunal administratif fait droit, sur le fondement de la convention fiscale franco-allemande de 1959, à la demande en restitution de la retenue à la source de la société requérante à travers un raisonnement en deux temps.

**77.** Dans un premier temps, après avoir énoncé qu'en application du § 4 de l'article 2 de la convention fiscale « *une personne exonérée d'impôt dans un État contractant à raison de son statut ou de son activité ne peut être regardée comme résidente de cet État au sens de la convention, ni, par voie de conséquence, comme résident de cet État pour l'application de cet accord* », le tribunal constate que « *la société requérante est une société de personnes allemande non soumise à l'impôt en Allemagne qui ne peut donc demander à bénéficier du taux conventionnel de 15 % sur le fondement de la convention fiscale* ». En d'autres termes, la société *Ativo Beteiligungs GmbH & Co. KG*, du fait de sa transparence fiscale, n'était pas un résident d'Allemagne au sens de la convention fiscale franco-allemande et ne pouvait donc pas elle-même demander à bénéficier du taux réduit prévu par la convention sur les dividendes de source française distribués à un résident allemand.

**78.** Dans un second temps, le tribunal déduit des termes de l'article 9 de la convention, relatif aux dividendes, et de l'article 25 b de la convention, relatif aux modalités d'élimination de la double imposition, que « *seul un résident de la République fédérale d'Allemagne bénéficiaire effectif de dividendes de source française peut se prévaloir de l'avantage prévu au (2) de l'article 10 de la convention* »<sup>89</sup>. Or, le tribunal relève,

88 Convention franco-allemande (1959), art. 2, § 4, a) : « *Au sens de la présente Convention, l'expression « résident d'un État contractant » désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet État ainsi qu'à ses subdivisions politiques ou collectivités territoriales* ».

89 Conformément à une position traditionnelle des juridictions, le tribunal considère que la condition de bénéficiaire effectif est implicitement contenue dans l'article 9 de la convention malgré le fait que « *ces stipulations sont antérieures à l'introduction d'une clause dite de bénéficiaire effectif dans l'article 10, intitulé « dividendes », du modèle de convention fiscale [de l'OCDE], dans sa version adoptée par son conseil le 11 avril 1977* », dès lors qu'il n'existe pas « *d'éléments relatifs au contexte ou au but dans lequel la convention précitée a été établie s'y opposant* ». Cette interprétation peut être rapprochée de CE, 13 oct. 1999, n° 191191, SA *Diebold Courtage*, préc., de CAA Bordeaux, 5 oct. 2021, n° 19BX00473 et n° 20BX03606, SAS *Meltex*, préc.) à propos de l'article 12 de la convention franco-néerlandaise de 1973 relatif aux redevances, et de CE, 23 nov. 2016, n° 383838, *Eurotrade Juice SA* (Lebon T., p. 717 ; Dr. fisc. 2017, n° 3, comm. 66, concl. B. Bohnert, note F. Le Mentec ; RJF 2/17, n° 130), à propos de l'article 8 de la convention franco-luxembourgeoise de 1958 relatif aux dividendes : « *ni ces stipulations, qui sont antérieures à l'introduction d'une clause dite de bénéficiaire effectif dans l'article 10, intitulé « dividendes », du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques, dans sa version adoptée par son conseil le 11 avril 1977, ni aucun des éléments relatifs au contexte ou au but dans lequel la convention précitée a été établie, ne s'opposent à ce que le bénéficiaire de l'application du taux réduit de retenue à la source qu'elles prévoient pour les revenus de dividendes payés à un résident de l'autre État partie à la convention soit subordonné à la condition que le résident en cause soit le bénéficiaire effectif de ces revenus.* »

premièrement, que l'associé unique de la société requérante revêt la même forme sociale que celle-ci, c'est-à-dire la forme d'une *GmbH & Co. KG* et, deuxièmement, que cette société associée unique est « *détenue par trois personnes physiques, [...] dont il est constant qu'elles sont, d'une part, des résidentes allemandes et, d'autre part, les bénéficiaires effectifs des dividendes en litige* »<sup>90</sup>. Elle en déduit que la société requérante était fondée à demander pour leur compte, sur le fondement de la convention fiscale, la restitution partielle des retenues à la source prélevées sur ces dividendes.

**79.** Si la solution à laquelle le tribunal arrive ne nous semble pas critiquable, et l'administration s'y est apparemment ralliée puisqu'elle n'a pas fait appel du jugement, le chemin emprunté souffre de quelques zones d'ombre, qui ne sont pas forcément éclairées par les conclusions du rapporteur public, M. Youssef Khiat.

**80.** Comme cela ressort des conclusions du rapporteur public, la solution semble fondée sur la jurisprudence relative au bénéficiaire effectif et, notamment la décision *Planet* dans laquelle le Conseil d'État a admis que la convention conclue entre la France et l'État du bénéficiaire effectif de redevances est susceptible de s'appliquer y compris dans le cas où les redevances sont directement versées par la société française à une entité située dans un troisième État<sup>91</sup>.

Mais, dans le cas d'un associé d'une société de personnes, comment établir que cet associé est le bénéficiaire effectif des revenus versés à la société ?

**81.** Dans l'arrêt *Diebold Courtage* précédemment mentionné<sup>92</sup>, le Conseil d'État avait, après avoir relevé que la société en commandite néerlandaise était dépourvue de personnalité morale et était fiscalement transparente en droit néerlandais, considéré que « *compte tenu du statut de cette société* », les redevances versées à la société en commandite néerlandaise devaient être réputées versées à ses associés<sup>93</sup>. Il en résultait que les associés d'une commandite néerlandaise étaient présumés être les bénéficiaires effectifs des revenus perçus de cette société et que cette présomption découlait de l'absence de personnalité morale et de la transparence fiscale de cette société. Dit autrement, le Conseil d'État semblait retenir deux présomptions : les associés étaient présumés avoir perçus les revenus du fait de l'absence de personnalité morale de la société ; ils étaient aussi présumés les avoir appréhendés sur le plan fiscal du

90 V. annexe 4, déc. pt 6.

91 CE, 20 mai 2022, n° 444451, Sté *Planet*, concl. C. Guibé : Lebon T ; FI 3-2022, n° 5.1.2, comm. C. Valentin et J. Brasart ; Dr. fisc. 2022, n° 30, comm. 291, note P. Martin ; RJF 8-9/2022, n° 771.

92 V. § 72.

93 Dans l'affaire *Diebold Courtage*, l'administration tentait d'ailleurs de combattre cette présomption et soutenait que le bénéficiaire effectif était une société suisse à qui la société en commandite néerlandaise reversait une partie des redevances reçues.

fait de la transparence fiscale de la société<sup>94</sup>.

**82.** Dans ses commentaires administratifs de 2007, qui prennent acte de la décision *Diebold Courtage*, l'administration avait précisé que seule importait la transparence fiscale : il était indifférent que la société soit dotée ou non de la personnalité morale et que ses associés aient ou non une responsabilité limitée<sup>95</sup>. La suppression de cette précision lors de la reprise au BOFiP-Impôts de ces commentaires ne semble pas résulter d'une modification de la position de l'administration sur ce point dès lors que, parmi les conditions posées pour bénéficier de l'approche par transparence, seule figure celle de la transparence fiscale :

« - les revenus de source française transitant par la société de personnes étrangère doivent être fiscalement considérés comme des revenus de ses associés tant dans l'état de situation de la société que dans celui de ses associés. Ces derniers doivent être passibles de l'impôt en qualité de résidents sans possibilité d'option et sans en être exonérés »<sup>96</sup>.

**83.** Si la doctrine est claire, qu'en est-il lorsqu'elle n'est pas opposable à l'administration, comme en l'espèce, dans le cas d'une double interposition de sociétés de personnes étrangères tant que les commentaires ne seront pas modifiés sur ce point ? Peut-on se contenter d'établir la transparence fiscale des sociétés interposées pour demander à bénéficier de la convention applicable entre la France, État de source, et l'État de résidence des associés qui ont la qualité de résident au sens conventionnel ? Ou cette possibilité est-elle subordonnée à ce que soit établie l'absence de personnalité morale des sociétés interposées ? Le tribunal ne prend malheureusement pas expressément position sur cette question.

La réponse à cette question reste aujourd'hui incertaine même si l'administration semble encline à retenir uniquement la transparence fiscale. Une modification de ses commentaires serait bienvenue.

**J. ARDOUIN ■**

94 Pour une analyse différente de la décision *Diebold Courtage*, v. E. Cortot-Boucher, concl. ss 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. Labrune, p. 83) : « Nous analysons en effet votre décision *Diebold* comme étant fondée sur un raisonnement en deux étapes. Dans un premier temps, vous avez cherché à déterminer à qui étaient "payées" les redevances litigieuses, et vous vous êtes demandé à cette fin à quel patrimoine celles-ci, une fois versées par la source française, s'étaient incorporées. Cette démarche vous a logiquement conduit à vous reporter au droit des sociétés, et non au droit fiscal des Pays-Bas, afin de déterminer si la société en commandite impliquée dans l'affaire était ou non dotée de la personnalité juridique, ce à quoi vous avez répondu par la négative. Vous avez alors constaté que, au contraire, l'associé commandité et l'associé commanditaire étaient, quant à eux, dotés de la personnalité morale, ce dont vous avez déduit qu'ils devaient être regardés comme étant les personnes à qui les redevances litigieuses avaient été payées. Dans un second temps du raisonnement, vous avez vérifié que ces deux associés étaient bien imposables aux Pays-Bas, et donc résidents dans cet État. Ce faisant, vous avez effectivement, d'une certaine manière, appliqué la loi fiscale néerlandaise, à laquelle il appartient seule de déterminer qui est imposable aux Pays-Bas. Mais cette entorse au principe de l'inapplicabilité des lois fiscales étrangères n'avait rien d'iconoclaste puisqu'elle était prévue par la convention internationale que vous appliquez, laquelle définissait la notion de résident par renvoi à la législation interne de chacun des États parties. »

95 Instr. 29 mars 2007 : BOI 4 H-5-07, § 13 : « Ce principe de transparence est appliqué même si la société de personnes étrangère est dotée de la personnalité morale et même si ses associés n'ont qu'une responsabilité limitée ».

96 BOI-INT-DG-20-20-20-10, 12 sept. 2012, § 90

## Intérêts

**84. Intérêts - Limitation de la déduction - Ancien dispositif « anti-hybride » de l'article 212, I, b du CGI - Preuve de l'imposition du prêteur - Convention fiscale franco-suisse - Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne -** La CAA de Toulouse se prononce sur l'application du b) du I de l'article 212 du CGI (ancien dispositif « anti-hybrides »), et retient le taux effectif d'imposition pour procéder à la comparaison prévue par ce texte. Elle rappelle qu'aux termes de l'article 68 de la loi fédérale suisse sur l'impôt fédéral direct, l'impôt sur le bénéfice des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives est de 8,5 % du bénéfice net. Toutefois, l'article 59 de la même loi précise que les impôts fédéraux, cantonaux et communaux sont compris dans les charges justifiées par l'usage commercial. Il en résulte que le taux de 8,5 % constitue un taux appliqué au montant du résultat déterminé après impôt et que la société prêteuse a été assujettie à raison des intérêts versés à un taux d'imposition effectif de 7,83 %. Dès lors que ce taux est inférieur au quart du taux de droit commun français, la CAA juge que c'est à bon droit que l'administration fiscale a estimé que la condition prévue au b) du I de l'article 212 du CGI n'était pas remplie et a en conséquence refusé la déduction des intérêts en cause.

**CAA Toulouse, 1<sup>er</sup> ch., 26 sept. 2024, n° 23TL00674, Sté Sod Invest, concl. V. Restino, C (V. annexe 5)**

**85.** Au cours de ses exercices clos en 2014 et 2016, la société Sod Invest, établie en France, a bénéficié d'avances en compte courant consenties par Indomed, sa société mère, dont le siège social est situé en Suisse. L'administration fiscale a rejeté la déduction des intérêts ayant rémunéré ces avances au motif qu'ils n'auraient pas été imposés à un taux suffisant pour satisfaire la condition visée à l'article 212, I, b du CGI applicable à l'époque.

On le sait, ce texte requerrait, jusqu'à son abrogation à compter de 2020 et son remplacement par le dispositif anti-hybride issu des directives européennes ATAD<sup>97</sup> (*anti-tax avoidance directives*), que les intérêts versés à un créancier entretenant des liens de dépendance avec un débiteur français soient soumis entre les mains du prêteur, dans l'État dont il dépend, à une imposition sur le revenu ou les bénéfices dont le montant

97 Dir. (UE) 2016/1164, 12 juill. 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur. - Dir. (UE) 2017/952, 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers.

est au moins égal au quart de l'impôt français sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun. Pour la période considérée, le taux de l'impôt sur les sociétés étant fixé à 33,33 %, cette condition supposait une imposition des sommes en cause chez le bénéficiaire à un taux d'au moins 8,33 %.

Le taux nominal de l'impôt sur les bénéfices s'établissant en Suisse, à l'époque des faits, à 8,5 %, Indomed pouvait prétendre, à première vue, remplir les conditions permettant à sa filiale française de déduire ses charges d'intérêts. La difficulté autour de laquelle s'est noué le litige se situait cependant au niveau de la détermination de l'assiette imposable, la législation fiscale suisse prévoyant que l'impôt lui-même constitue une charge déductible de sa base. Par conséquent, pour un revenu net avant impôt de 100, l'impôt sur les bénéfices effectivement acquitté par le contribuable suisse est égal à  $8,5\% / (1 + 8,5\%) = 7,83$ . Soit un taux effectif d'imposition de 7,83 %, inférieur à la charge minimale requise par le CGI. Et sans surprise, c'est ce taux effectif que les services fiscaux ont retenu pour considérer que la société Sod Invest ne remplissait pas les conditions prévues pour déduire les intérêts qu'elle avait supportés.

En défense, la société mobilisait tour à tour la loi, la doctrine administrative et deux conventions pour tenter de s'extirper de ce mauvais pas.

**86. Sur le terrain de la loi**, tout d'abord, son argumentation consistait essentiellement à mettre en avant le texte même de l'article 212, qui ne mentionne pas un taux « effectif », de sorte que, selon elle, c'était bien au taux nominal prévu par la législation de l'État concerné qu'il fallait se référer. À cet égard, la rédaction du CGI n'est certes pas des plus limpides, mais elle renvoie à un « montant » d'imposition plutôt qu'à un taux, qu'il faut comparer au quart du montant d'impôt sur les sociétés qui aurait été supporté en France. Ce « montant » résultant nécessairement de l'application successive des règles de détermination de l'assiette puis celles concernant la liquidation de l'impôt, le terme employé semble plutôt conforter la thèse de l'administration. Le rapporteur public, suivi en cela par la CAA de Toulouse, parvient au même résultat en invoquant une décision dans laquelle le Conseil d'État avait lui aussi retenu le taux effectif d'imposition du prêteur pour établir les termes de la comparaison<sup>98</sup>.

**87. Les moyens tirés par la société requérante de la doctrine administrative**, ensuite, étaient d'inégal intérêt.

La société notait tout d'abord que le BOFiP consacré par l'administration à l'article 212, I, b du CGI, et dans lequel figurait expressément une référence à la notion de taux effectif d'imposition, était paru en avril 2014<sup>99</sup>, soit deux semaines après la clôture de son exercice clos le 31 mars 2014. Il n'est pas sûr que l'enchaînement temporel servait véritablement la cause de la société, puisqu'en principe c'est la doctrine publiée à la date de souscription de la déclaration d'impôt (ou à la date

limite de souscription) plutôt que celle en vigueur à la clôture de l'exercice qui est opposable à l'administration<sup>100</sup>, mais en tout état de cause dès lors que la loi elle-même imposait un recours au taux effectif d'imposition du prêteur, le BOFiP qui explicitait cette exigence ne pouvait avoir pour effet de modifier la situation des contribuables sur ce point. Plus intéressant, la société se prévalait des explications de l'administration dont il ressort qu'il « *n'est tenu compte que [du] régime d'imposition [de la créancière] et non des charges de toute nature qui viennent par ailleurs diminuer [son] résultat imposable* »<sup>101</sup>. À cet égard, la législation suisse elle-même range l'impôt sur les bénéfices au nombre des charges « *justifiées par l'usage commercial* » admises en déduction de la base imposable, à l'opposé de ce que prévoit la législation française<sup>102</sup> ; il en découlait, selon Sod Invest, que l'impôt suisse devait être déduit en tant que « charge de toute nature » de l'assiette imposable. Selon le rapporteur public, il est cependant nécessaire d'inscrire les termes « charges de toute nature » dans leur contexte propre, en se plaçant exclusivement du point de vue du droit français et donc en considérant que l'administration n'a visé d'autres charges, dans sa doctrine, que celles que la loi française considère comme déductibles. Cette lecture, pourtant, ne ressort nullement du texte du bulletin officiel, et se heurte en outre, frontalement, à d'autres interprétations retenues par l'administration, notamment à propos de la déduction pour capital à risque, dite « intérêt notionnel », que les entreprises établies en Belgique étaient autorisées à soustraire de leur résultat fiscal et dont un rescrit précise qu'elle ne doit pas être prise en considération pour calculer le taux effectif d'imposition des prêteurs belges<sup>103</sup>, alors même qu'il ne fait pas de doute qu'elle ne constituerait pas une « charge de toute nature » déductible en France. Plus généralement, et la doctrine administrative ne souffre d'aucune ambiguïté sur ce point, il ne s'agit pas de recalculer la charge fiscale globale du prêteur selon les règles fiscales françaises pour le besoin de la comparaison des niveaux d'imposition ; les seuls ajustements à apporter ont trait aux mesures prévues par la législation fiscale de l'État du prêteur qui affectent directement l'imposition du produit d'intérêt, notamment lorsqu'elles prennent la forme d'abattements spécifiques<sup>104</sup>. Mais si le bulletin officiel sur lequel s'appuyait la société requérante n'était pas rédigé de façon aussi restrictive que paraît le suggérer le rapporteur public, il ne confirmait pas pour autant la lecture extensive qu'elle lui prêtait, certainement pas de façon suffisamment claire pour

98 CE, 13 juill. 2022, n° 451533, SASU Thaï Union France Holding 2, concl. K. Ciavaldini : Lebon T ; FI 4-2022, n° 5, § 42, comm. J. Ardouin.

99 BOI-IS-BASE-35-50, 15 avr. 2014, § 80.

100 CE, 30 déc. 2002, n° 236096, Hanna : Dr. fisc. 2003, n° 10, comm. 189 ; RJF 3/03, n° 298, p. 195 ; BDCF 3/2003, n° 36, concl. S. Austray.

101 BOI-IS-BASE-35-50, 15 avr. 2014, § 60.

102 CGI, art. 213.

103 BOI-RES-000041, 4 sept. 2019 : « le régime des "intérêts notionnels", qui permet à une société belge de déduire un intérêt "fictif" calculé sur ses fonds propres et non sur une créance financière inscrite à son actif, n'est subordonné à aucune autre condition que l'assujettissement à l'IS et au dépôt d'un formulaire. Ainsi, en l'absence de corrélation entre les produits financiers perçus au titre du prêt et les charges déduits au titre des intérêts notionnels, ce régime ne peut pas être assimilé à un dispositif d'abattement sur les intérêts perçus. Pour apprécier le niveau d'imposition de la société créancière belge, il n'y a donc pas lieu de corriger l'assiette des produits financiers du montant des intérêts notionnels déduits ».

104 BOI-IS-BASE-35-50, 15 avr. 2014, § 100.

permettre au contribuable de l'opposer à l'administration sur le fondement de l'article L. 80 B du LPF.

En revanche, on peut sans doute parvenir à la même conclusion, comme le fait d'ailleurs la cour, en considérant que lorsque l'impôt lui-même est déductible de sa propre base, c'est bien son taux calculé en-dedans qui doit être considéré plutôt que son taux nominal.

**88. Sod Invest invoquait encore la convention fiscale franco-suisse et l'accord conclu entre la Confédération suisse et la Communauté européenne.**

La clause de non-discrimination incluse à l'article 26(4) de la convention fiscale franco-suisse<sup>105</sup>, en premier lieu, prévoit que les intérêts payés par une entreprise résidente de France à un prêteur résident de Suisse sont déductibles dans les mêmes conditions que s'ils avaient bénéficié à un prêteur résident de France. La cour refuse cependant de considérer que la condition d'imposition minimale du prêteur contreviendrait à cette exigence, dans la mesure où la discrimination qu'elle institue n'est pas fondée sur la localisation du siège du créancier, mais sur sa charge fiscale. Au demeurant, le Conseil d'État a déjà eu l'occasion d'écarter un argument similaire dans le cadre de la convention franco-mauricienne<sup>106</sup>.

Quant à l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne, il n'a pour effet que d'éliminer toute retenue à la source sur les paiements d'intérêts entre entreprises associées, sans régir les conditions de déductibilité de ces mêmes intérêts, ce qui suffit à la cour pour considérer d'une part que la non-déductibilité des paiements en cause n'est pas équivalente à leur assujettissement à une retenue à la source et d'autre part que l'accord ne s'opposait donc pas à l'application de l'article 212, I, b du CGI.

Selon nos informations, l'arrêt commenté n'a pas fait l'objet de pourvoi en cassation.

T. PERROT ■

**89. Intérêts - Limitation de la déduction - Ancien dispositif « anti-hybride » de l'article 212, I, b du CGI - Preuve de l'imposition du prêteur - Prêteur déficitaire** - La CAA de Paris, se prononçant sur les conditions de déductibilité des intérêts d'un prêt intra-groupe dans le cadre de l'ancien dispositif anti-hybride de l'article 212, I, b du CGI, juge qu'une société justifie l'imposition des intérêts versés à sa société mère luxembourgeoise, malgré le résultat déficitaire de cette dernière l'année de perception desdits intérêts, en : soutenant que le taux de l'impôt sur le revenu des collectivités au Luxembourg, qui est assimilable à l'impôt sur les sociétés français, s'élevait en 2013 et 2014 à 20 % lorsque le revenu imposable était inférieur à 15 000 euros et à 21 %

lorsque le revenu imposable est supérieur 15 000 euros ; produisant une attestation de résidence fiscale par laquelle l'administration fiscale luxembourgeoise certifie la résidence au Grand-Duché de Luxembourg au sens de l'article 2 de la convention France-Luxembourg et l'assujettissement, sans possibilité d'option et sans en être exonérée, à l'impôt sur le revenu des collectivités, une attestation de son commissaire aux comptes rappelant le taux applicable et précisant qu'aucune exonération fiscale ni abattement n'a été appliqué, ainsi que les déclarations fiscales de la société prêteuse faisant apparaître que les intérêts perçus ont contribué à la formation du résultat comptable.

**CAA Paris, 7<sup>e</sup> ch., 10 déc. 2024, n° 23PA00330, SAS Hermitage, C (V. annexe 6)**

**90.** La SAS Hermitage a contracté un prêt auprès de sa société mère, Hermitage International SA, une société luxembourgeoise. Le terme de l'emprunt était initialement fixé au 30 avril 2014, puis a été repoussé au 31 juillet 2020 par l'effet d'un premier avenant. Un second avenant est venu à la fois ramener cette échéance au 30 avril 2020 et modifier les conditions de rémunération du prêt, en substituant au taux variable initialement convenu, basé sur le taux EURIBOR 12 mois augmenté d'une marge de 2 %, un taux fixe annuel de 7 %.

À l'occasion d'une vérification de comptabilité portant sur les exercices 2012 à 2014, les services fiscaux ont remis en cause la déduction des charges financières constatées par la SAS Hermitage à raison de cet emprunt, pour partie sur le fondement du a de l'article 212, I du CGI et, pour le surplus, au titre des seules années 2013 et 2014, sur celui du b du même texte.

**91.** Sur le premier point, à savoir la justification du niveau du taux d'intérêt servi, pour lequel il incombe à l'entreprise débitrice de démontrer qu'il est conforme à celui qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues, l'arrêt d'appel ne permet pas de bien saisir les termes du débat devant la cour. En première instance, on comprend que la SAS Hermitage avait tenté, vainement, de faire valoir des échanges écrits entre sa société mère et une banque luxembourgeoise en vue de l'obtention d'un prêt à taux fixe, puis des demandes de cotation et de financement qu'elle avait elle-même formulées auprès d'un établissement français, et également la notation obtenue de la Banque de France, mais tous ces éléments étaient insuffisamment précis pour établir de façon circonstanciée la rémunération qu'auraient exigé des prêteurs indépendants pour un financement analogue au prêt consenti par Hermitage International. Dans son arrêt, la CAA ne reprend pas ces considérations mais relève que l'augmentation du taux d'intérêt à 7 %, opérée par le dernier avenant, ne s'est accompagnée en contrepartie d'aucune autre modification des termes de l'emprunt qui bénéficierait à

105 Convention entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales conclue le 9 sept. 1966.

106 CE, 13 juill. 2022, n° 451533, SASU Thai Union France Holding 2, préc.

l'emprunteur, comme un allongement de sa durée ou une augmentation de son encours et donc que le redressement effectué par l'administration sur le fondement de l'article 212, I, a précité était justifié.

À rebours de la position de la cour, on pourrait s'interroger en premier lieu sur le fait de savoir si ce grief est bien fondé en fait, et si la substitution d'un taux fixe, certes plus élevé, à un taux variable n'est pas en elle-même porteuse d'avantages pour l'emprunteur, puisqu'elle le protège d'un risque de hausse des taux, et notamment d'une augmentation du taux Euribor.

En second lieu, en droit, il semble que la cour reproche implicitement au contribuable un acte anormal de gestion tiré de la modification d'un accord contractuel sans contrepartie suffisante pour lui, considération étrangère au test institué par le a de l'article 212, I du CGI, qui ne tient qu'à la conformité du taux d'intérêt au principe de pleine concurrence.

**92.** Le second point reposait sur l'**administration de la preuve de l'imposition du prêteur**, Hermitage International, à raison des intérêts reçus de sa filiale, à un taux au moins égal au quart de l'impôt sur les sociétés, condition à laquelle le b de l'article 212, I du CGI subordonne la déduction des charges en cause au niveau de l'entreprise débitrice. La difficulté au cas présent provenait de la situation de la créancière, qui avait enregistré un déficit au titre des exercices en litige et n'avait donc pas acquitté d'impôt au Luxembourg. Cette circonstance devrait être indifférente dans l'appréciation de l'imposition des intérêts eux-mêmes, ce que reconnaît

expressément l'administration dans sa doctrine lorsqu'elle énonce que « *n'est pas susceptible de rendre non déductibles les charges financières le seul fait que l'entreprise créancière ait un résultat nul ou déficitaire* »<sup>107</sup>. En pratique, néanmoins, il n'est pas rare que les services de contrôle montrent quelque réticence à appliquer ce principe<sup>108</sup>.

En première instance comme en appel, la société requérante avançait une série d'éléments pour rapporter la preuve qui lui incombait, à savoir une attestation émanant de l'administration fiscale luxembourgeoise et confirmant que Hermitage International était résidente du Luxembourg, où elle était assujettie à l'impôt sans en être exonérée, une attestation du commissaire aux comptes, un extrait de la législation fiscale luxembourgeoise faisant apparaître que les intérêts reçus sont traités comme des produits imposables, sans abattement, et enfin et surtout, les déclarations fiscales de la société prêteuse dont il ressortait que les intérêts reçus avaient concouru à la formation de son résultat imposable. Dès lors, on peine à comprendre quelles autres preuves l'administration, et plus encore, les juges de première instance, attendaient du contribuable. La CAA de Paris toutefois adopte une solution plus pragmatique en faisant droit à l'argumentation de la SAS Hermitage sur ce sujet.

**T. PERROT ■**

107 BOI-IS-BASE-35-30, 31 juill. 2019, § 60 et 70.

108 Voir par exemple CAA Paris, 17 mars 2023, n° 21PA04211, SARL Malakoff Paris 16, C : FI 4-2023, § 38.

## Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

**Annexe 1 :** CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch., 8 nov. 2024, n° 471147, Sté Foncière Vélizy Rose, concl. É. Bokdam-Tognetti : Lebon T.

**Annexe 2 :** CE, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> ch., 9 oct. 2024, n° 472947, Sté BNP Paribas, concl. R. Victor : Lebon T.

**Annexe 3 :** CAA Paris, 2<sup>e</sup> ch., 27 nov. 2024, n° 23PA00449, Sté Cofima, concl. G. Perroy, C+

**Annexe 4 :** TA Montreuil, 10<sup>e</sup> ch., 6 juin 2024, n° 2209072, Sté Ativo Beteiligungs GmbH & Co. KG, concl. Y. Khat, C

**Annexe 5 :** CAA Toulouse, 1<sup>re</sup> ch., 26 sept. 2024, n° 23TL00674, Sté Sod Invest, concl. V. Restino, C

**Annexe 6 :** CAA Paris, 7<sup>e</sup> ch., 10 déc. 2024, n° 23PA00330, SAS Hermitage