

DIVIDENDES - INTÉRÊTS REDEVANCES

Chronique d'actualité

AUTEUR INTRO



**Édouard
CHAPPELLIER,**
Avocat, Linklaters LLP



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

Questions générales

> Dans deux arrêts de Grande chambre, la CJUE apporte des précisions sur les notions d'abus de droit et de bénéficiaire effectif dans des affaires mettant en jeu l'application des directives mère-fille et intérêts-redevances (V. § 1).

Dividendes et autres revenus distribués

> **Dividendes entrants** - L'administration admet de maintenir l'application du régime mère-fille et l'exonération prévue par le régime de groupe à certaines distributions provenant de filiales établies au Royaume-Uni au titre de l'exercice en cours lorsque le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne prendra effet (V. § 6).

> Le Conseil d'État précise les modalités de calcul du droit au remboursement du précompte lorsque celui-ci a été acquitté à raison de bénéfices reçus de filiales situées dans l'Union européenne et que ces bénéfices ont été imposés, dans leur État d'origine, selon un taux inférieur au taux de l'impôt sur les sociétés (V. § 9).

> **Dividendes sortants** - À la suite de l'arrêt C-575/17, Sofina du 22 novembre 2018 de la CJUE, le Conseil d'État juge que le droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'en application du 2 de l'article 119 bis du CGI, une retenue à la source soit prélevée sur les dividendes perçus par une société non résidente en situation déficitaire. La situation déficitaire s'apprécie au regard de la législation de l'État de résidence de cette société (V. § 12).

> Le Conseil d'État juge que lorsque l'administration fiscale a établi l'existence d'un établissement stable en France et qu'elle lui a imputé une fraction des bénéfices réalisés par une société étrangère, le rehaussement de bénéfice imposable qui en résulte ne suffit pas à révéler l'existence d'une distribution de revenus par cette société, au sens de l'article 109 du CGI. La circonstance que le contribuable imposé comme bénéficiaire des distributions soit le maître de l'affaire n'a pas davantage cet effet (V. § 13).

Questions générales

1. Dividendes – Intérêts – Directives mère-fille et intérêts-redevances – Abus de droit – Bénéficiaire effectif - Dans deux arrêts de Grande chambre, la CJUE apporte des précisions sur les notions d'abus de droit et de bénéficiaire effectif dans des affaires mettant en jeu l'application des directives mère-fille et intérêts-redevances.

CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-116/16 et C-117/16, Skatteministeriet c/ T Danmark et Y Denmark Aps (FI 2-2019, n° 5.2)

CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, N Luxembourg 1 et a. (FI 2-2019, n° 5.3)

2. Deux séries de décisions de la Cour de justice de l'Union européenne viennent apporter des précisions intéressantes sur le concept de bénéficiaire effectif et son interaction avec la notion d'abus de droit, dans le cadre de l'application des directives 90/435/CEE mère-fille et 2003/49/CE intérêts/redevances. Les principaux apports de cette nouvelle jurisprudence nous semblent être les suivants.

La Cour de justice vient tout d'abord affirmer la possibilité pour une administration fiscale d'écarter le bénéfice des exonérations de retenue à la source prévues par les directives en question lorsqu'elle fait face à une situation d'abus de droit. Les contribuables défendaient au cas présent qu'il était nécessaire pour ce faire qu'il y ait un texte spécifique l'autorisant en droit local. La Cour de justice balaie cet argument en raisonnant sur l'existence d'un principe général du droit déjà bien affirmé par d'autres jurisprudences¹, autorisant à écarter le bénéfice d'un texte en présence d'un schéma abusif.

Si cet apport de la décision a pu surprendre un certain nombre de nos confrères dans des juridictions où les principes généraux anti-abus sont moins établis et où des règles spécifiques sont la norme pour ce faire, il n'aura pas pris au dépourvu les praticiens français. Le Conseil d'État a pu en effet déjà faire application d'un principe général du droit permettant d'écarter toute fraude², alors même que le montage critiqué ne ressortait pas du champ du texte de l'abus de droit dans sa rédaction de l'époque. La clause anti-abus spécifique introduite à l'article 119 ter du CGI en ce qu'il s'agit du régime mère-fille pour les dividendes a aussi permis au juge d'écarter à plusieurs reprises des montages abusifs³.

3. Plus intéressante pour le fiscaliste français est la contribution de la Cour de justice à la réflexion sur la définition de la notion de « bénéficiaire effectif ». Certes, la Cour de

justice se prononce sur cette notion au regard de l'application de la directive concernée, alors qu'en pratique, cette notion intervient fréquemment dans le champ des conventions fiscales internationales. Néanmoins, il ne devrait pas y avoir de différence, car la notion de « bénéficiaire effectif » pour le droit de l'Union européenne est selon la Cour directement inspirée de la définition donnée par les commentaires de l'OCDE, auxquels la Cour se réfère explicitement⁴. La Cour de justice s'en tient alors à une définition, somme toute assez limitée, de la notion de bénéficiaire effectif, puisqu'elle ne fait essentiellement référence qu'au concept de « société relais », à savoir des « sociétés qui, bien qu'étant propriétaires du revenu dans la forme, ne disposent dans la pratique que de pouvoirs très limités, faisant d'elles de simples fiduciaires ou de simples administrateurs agissant pour le compte des parties intéressées »⁵. Ces notions sont proches de celles figurant aujourd'hui dans la doctrine administrative qui est une pure reprise des commentaires de l'OCDE en question⁶ ou se contente de renvoyer (certes, à seul « titre indicatif ») au concept d'« intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire interposé entre le débiteur et le véritable créancier des revenus »⁷.

La jurisprudence française n'est guère plus loquace sur le sujet. Dans une assez vieille décision, une société néerlandaise s'était vue reconnaître le droit de bénéficier du traité alors même qu'elle reversait entre 93 et 98% des redevances qu'elle percevait au profit d'une société des Antilles néerlandaises, et ce au motif que les autorités fiscales n'arrivaient pas à démontrer que la société néerlandaise n'agissait que comme mandataire de la société des Antilles néerlandaises⁸. Au cours de la même année, le Conseil d'État a jugé que les associés d'une CV néerlandaise qui reversait 68% des redevances qu'elle recevait à une société suisse étaient toujours les bénéficiaires effectifs, parce que l'administration fiscale n'était pas en mesure d'établir que le montant de 68% était excessif⁹. Dans deux décisions remarquées, le Conseil d'État a ensuite refusé de qualifier de bénéficiaire effectif des personnes qui recevaient des revenus de source française dans le cadre d'un abus de droit, dans un cas dans le cadre d'un financement structuré déguisant un prêt et dans l'autre dans le cadre d'une société holding dont l'interposition n'était pas justifiée de manière appropriée¹⁰. Enfin, de manière plus récente, la cour administrative d'appel de Versailles a jugé qu'était bien le bénéficiaire effectif de redevances une société qui, si elle reversait en pratique la plus grande partie de celles-ci, n'était pas soumise à une quelconque obligation de le faire, et conservait un pouvoir d'appréciation indépendant ainsi qu'un intérêt social propre, distinct de celui de ses membres, la société ne pouvant dès lors être considérée

1 Cf. les diverses jurisprudences citées au point 74 de la décision C-116/16.
2 CE, sect., 27 sept. 2006, n° 260050, Sté Janfin.
3 CE, 23 nov. 2016, n° 383838, Sté Eurotrade Juice : RJF 2/17 n° 130, concl. B. Bohnert.

4 Cf. pt 90 de la décision C-115/16.

5 Cf. pt 6 de la décision C-115/16.

6 BOI-INT-CVB-UZB, 20, 4 nov. 2016, § 120.

7 BOI-INT-CVB-DZA, 30, 12 sept. 2012, § 60.

8 TA Lille, 18 mars 1999, n° 95-5403 et 96-738, SARL Fountain Industries France.

9 CE, 13 oct. 1999, n° 191191, SA Diebold Courtage.

10 CE, 29 déc. 2006, n° 283314, Bank of Scotland. - CE, 23 nov. 2016, n° 383838, Sté Eurotrade Juice.

comme « un simple mandataire »¹¹.

Il ressort de ces quelques décisions françaises que, si l'on met de côté les deux cas d'abus de droit, **la notion de bénéficiaire effectif est retenue par les tribunaux dans une acception assez stricte, proche des commentaires administratifs** précités.

Et **il ne nous apparaît pas que la nouvelle jurisprudence européenne vienne changer la donne sur ce sujet**. Comme évoqué ci-dessus, les développements relatifs à la notion de bénéficiaire effectif sont succincts et s'en tiennent aux définitions traditionnelles de l'OCDE. La lecture des conclusions de l'Avocat général Mme Kokott vient renforcer cette interprétation puisque selon ses termes, « *la question déterminante qui se pose est celle de savoir si [la société récipiendaire des intérêts] perçoit les intérêts pour compte propre ou pour compte d'autrui* »¹². Si elle fait certes état ensuite de la possibilité de décider seul de l'affectation des intérêts, l'essentiel de son raisonnement porte sur le point de savoir qui supporte le risque de perte, en citant comme contre-exemple au bénéficiaire effectif la relation fiduciaire/fiduciant. Et elle constate que dans le schéma de prêts « miroir » qui avait été mis en place par les contribuables au cas présent, « *aucun lien juridique de ce genre n'a été identifié jusqu'à présent* »¹³.

Les décisions de la Cour de justice nous paraissent donc valider une **interprétation restrictive de la notion de bénéficiaire effectif, écartant les seuls mandataires ou fiduciaires**. Ceci est d'ailleurs cohérent avec l'objectif de l'OCDE en introduisant cette notion : il s'agit d'écartier du bénéfice des conventions fiscales (ou des exonérations prévues par les directives le cas échéant) des sommes qui ne sont pas comprises dans les résultats imposables de la société qui en est le récipiendaire apparent. Les cas où un prêteur ou un actionnaire ne peut être considéré comme le bénéficiaire effectif devraient donc être peu fréquents.

4. En réalité, la discussion principale – et partant la possible critique par des administrations fiscales – ne porte pas sur la notion de bénéficiaire effectif, mais bien sur celle d'abus de droit. C'est là le principal enseignement de ces décisions de la Cour de justice.

En premier lieu, la Cour ne fait pas grand cas du débat qui a pu animer la place fiscaliste française autour de l'incertitude qu'ouvriraient les nouvelles rédactions des textes anti-abus français autour de la notion de « motif principalement fiscal » (se substituant à notre traditionnel « exclusivement »). Il peut ainsi être noté que la Cour fait tantôt référence à un but « *essentiel* » de bénéficier d'un avantage [fiscal] indû, tantôt au fait d'avoir « *pour principal objectif ou pour l'un de ses objectifs principaux* » l'obtention d'un avantage fiscal, tout ceci pour *in fine* se concentrer sur la notion de « montage artificiel », qui avait déjà pu être convoquée par les magistrats français dans le cadre d'abus à but « exclusivement » fiscal ! Il semblerait que toutes ces subtilités de vocabulaire ne fassent au final

pas grande différence...

La Cour se livre alors à un **exercice de définition du montage artificiel**, caractérisé comme pouvant être « *un groupe de sociétés qui n'est pas mis en place pour des motifs qui reflètent la réalité économique, a une structure purement formelle et a pour principal objectif ou l'un de ses principaux objectifs principaux l'obtention d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable* »¹⁴. Parmi les indices caractérisant un montage artificiel, doit être relevé le fait de reverser en totalité ou en quasi-totalité les intérêts perçus et dans un très bref délai, que ceci résulte de contrats ou d'une pratique qui fait que « *fondamentalement* » la société ne bénéficie pas des sommes en question. C'est alors par un raisonnement de « *substance over form* » (et proche de celui suivi par le Conseil d'État dans la décision *Bank of Scotland* précitée par exemple) que la Cour peut alors écarter le bénéficiaire effectif « apparent » (si l'on nous pardonne ce qui se rapproche d'un oxymore fiscal) pour lui substituer la réalité économique, grâce à l'application de la théorie de l'abus de droit.

Mais il est important de relever pour conclure que, **comme dans toute discussion propre à l'abus de droit, la question de la motivation est essentielle**, et permet donc d'ouvrir le champ du débat très largement. C'est en ce sens que la Cour de justice réserve par exemple le fait qu'un montage artificiel puisse ne pas être abusif dès lors que les investisseurs dans la société interposée auraient pu eux-mêmes bénéficier d'une exonération de retenue¹⁵. Il nous semble donc qu'il faut **saluer ces décisions équilibrées de la Cour de justice qui, à la fois, recadrent la notion de bénéficiaire effectif, tout en préservant une discussion ouverte sur la motivation du contribuable et la réalité économique** (ou tout du moins non fiscale) des structures utilisées.

E. CHAPPELLIER ■

5. À NOTER

> **États et territoires non coopératifs - Liste de l'Union européenne** – L'Union européenne met à jour sa liste des États et territoires qui ne coopèrent pas de manière satisfaisante en matière fiscale.

Comm. UE, communiqué, 12 mars 2019

Le Conseil de l'Union européenne a mis à jour, le 12 mars 2019, la liste des juridictions fiscales non coopératives, publiée originellement le 5 décembre 2017. Cette liste, qui constitue l'aboutissement d'un long processus de revue par la Commission européenne de quatre-vingt-douze pays et territoires sur la base de trois critères (transparence fiscale, bonne gouvernance et activité économique réelle, existence d'un impôt sur les sociétés), comprend dorénavant les quinze juridictions suivantes (les juridictions portées sur la liste à l'occasion de la mise à jour sont mentionnées en gras) : **Aruba, Barbade, Belize, Bermudes, Dominique, Emirats arabes unis, Fidji, Guam, Iles Marshall, Oman, Samoa, Samoa américaines, Trinité-et-Tobago, Vanuatu, Iles Vierges américaines**.

Les pays nouvellement inclus sur cette « liste noire » figuraient

11 CAA Versailles, 12 mars 2019, no. 17VE01940, Sté Performing Rights Society.

12 Concl. ss C-115/16, pt 39.

13 *Ibidem*, pt 44.

14 Cf. pt 127 de la décision C-115/16.

15 Cf. pt 137 de la décision C-115/16.

précédemment sur la « liste grise » des États ayant souscrit vis-à-vis de l'Union européenne des engagements tendant à remédier à leurs carences en matière de pratiques fiscales ; la méconnaissance de ces engagements au terme du délai imparti (généralement fixé à la fin de l'année 2018) a justifié leur transfert sur la liste noire. Trente-quatre autres pays sont par ailleurs maintenus sur la liste grise et feront à ce titre l'objet d'un suivi particulier en 2019 quant au respect de leurs engagements.

L'inclusion sur la liste noire expose les États concernés (et les personnes qui y sont établies) à des mesures de rétorsion, notamment en matière de surveillance et de contrôle, mais aussi d'application de retenues à la source sur les flux financiers qui transitent par ces États.

En France, l'article 238-0 A du CGI, tel que modifié par la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude prévoit que les États figurant sur la liste noire de l'Union européenne sont également portés sur la liste des États et territoires non coopératifs au sens de la législation française lorsque leur inclusion sur la liste européenne est justifiée par le fait qu'ils facilitent la création de structures ou de dispositifs extraterritoriaux destinés à attirer des bénéficiaires qui ne reflètent pas une activité économique réelle dans cet État et, en outre, qu'ils méconnaissent un autre critère retenu par l'Union européenne dans son évaluation des pratiques fiscales des juridictions concernées.

L'importance de ce dispositif est réelle puisque les revenus en provenance ou à destination de ces États ou territoires sont généralement soumis à des retenues à la source à des taux plus élevés que le droit commun ou exclus du bénéfice de régimes d'exonération. En pratique, un arrêté ministériel doit cependant fixer chaque année la liste des pays remplissant les conditions pour être reconnus comme non coopératifs ; elle devra donc être modifiée pour que la mise à jour de la liste noire européenne prenne effet dans l'ordre interne français.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La liste française des États et territoires non coopératifs n'a plus été mise à jour depuis un arrêté du 8 avril 2016 et ne comprend, à ce jour, que le Botswana, Brunei, le Guatemala, les Iles Marshall, Nauru, Niue et Panama. La publication de la liste européenne révisée pourrait cependant ne pas avoir d'effet immédiat sur l'application des dispositifs français de lutte contre les États non-coopératifs dans la mesure où les juridictions concernées ne peuvent être incluses dans la liste française que si leur inscription sur la liste européenne est motivée par l'existence, dans leur législation, de régimes facilitant la création de structures offshores sans activité économique locale réelle, ce qui concerne principalement les Bermudes, les Iles Marshall, les Emirats Arabes Unis et Vanuatu. Encore faudrait-il, pour que ces quatre États soient classés comme non-coopératifs pour les besoins de la législation fiscale française, qu'ils méconnaissent un des autres critères fixés par l'Union européenne, condition qui paraît faire défaut pour chacun d'entre eux.

T. PERROT ■

Dividendes et autres revenus distribués

Dividendes entrants

6. Produits de participation provenant de sociétés soumises au Royaume-Uni à un impôt équivalent à l'IS - Conséquences du retrait du Royaume-Uni de l'UE et de l'EEE – L'administration admet de maintenir l'application du régime mère-fille et l'exonération prévue par le régime de groupe à certaines distributions provenant de filiales établies au Royaume-Uni au titre de l'exercice en cours lorsque le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne prendra effet.

BOI-RES-000035, 6 mars 2019 (V. annexe 1)

7. Ce rescrit vise plus précisément la situation d'une société établie en France, membre d'un groupe fiscal et détenant une participation dans une filiale au Royaume-Uni et celle d'une société établie en France sans faire partie d'un groupe fiscal, mais qui détient une participation dans une filiale au Royaume-Uni qui, si elle avait été établie en France, aurait pu constituer un groupe fiscal avec sa société mère française.

Dans ces différentes configurations, les articles 216 et 223 B du CGI permettent de soumettre les produits de participation reçus de la filiale établie au Royaume-Uni à un régime d'imposition favorable :

- soit qu'ils sont éligibles au régime des sociétés mères et filiales, auquel cas ces produits ne sont pas compris dans le résultat imposable de la société récipiendaire et la quote-part des frais et charges réintégrés au résultat de cette dernière est calculée au taux de 1 % (contre 5 % pour le droit commun) ;
- soit qu'ils ne sont pas éligibles au régime des sociétés mères et filiales, auquel cas ces produits sont retranchés des résultats de la société bénéficiaire à concurrence de 99 % de leur montant.

Le bénéfice de ces régimes est notamment subordonné à ce que les produits en cause soient distribués par une société soumise à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. Or, les filiales établies au Royaume-Uni cesseront de satisfaire cette condition dès la date à laquelle le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne deviendra effectif.

8. Afin d'atténuer les conséquences de ce retrait, l'administration admet que les produits perçus, à raison de participations dans des filiales établies au Royaume-Uni, jusqu'à la clôture par la société bénéficiaire de la distribution de l'exercice en cours lors du retrait du Royaume-Uni

seront réputés provenir de sociétés établies dans l'Union européenne et resteront donc éligibles au régime de faveur évoqué précédemment.

Ce n'est cependant qu'une **atténuation temporaire** puisque dès l'exercice suivant, les produits en cause seront imposés dans les conditions de droit commun, sauf à ce qu'un accord particulier soit conclu entre le Royaume-Uni et l'Union européenne.

T. PERROT ■

9. Régime de l'avoir fiscal et du précompte – Dividendes en provenance de filiales situées hors de France – Calcul du droit à restitution –

Le Conseil d'État précise les modalités de calcul du droit au remboursement du précompte lorsque celui-ci a été acquitté à raison de bénéfices reçus de filiales situées dans l'Union européenne et que ces bénéfices ont été imposés, dans leur État d'origine, selon un taux inférieur au taux de l'impôt sur les sociétés.

CE, 9^e et 10^e ch., 28 janv. 2019, n° 401490, SA Natixis (FI 2-2019, n° 5.2.1)

10. La décision rapportée ici s'inscrit dans le feuilleton de l'avoir fiscal et du précompte mobilier dans le cadre de distributions transfrontalières de dividendes. Sans reprendre tous les épisodes de cette saga, on peut rappeler que la CJUE a jugé que le régime précédemment en vigueur, qui réservait aux seules distributions reçues de sociétés françaises le bénéfice d'un avoir fiscal, créait une différence de traitement entre distributions de sociétés françaises et européennes, qui n'était pas justifiée par une différence objective de situation ni par une raison impérieuse d'intérêt général, constituant une violation, selon les cas, de la libre circulation des capitaux ou de la liberté d'établissement¹⁶. Plusieurs contribuables, dont la société Natixis, ont alors réclamé la restitution du trop-payé d'impôt subi à raison de l'absence d'avoir fiscal.

11. La question tranchée par le Conseil d'État dans son arrêt du 28 janvier 2019 a trait aux modalités spécifiques de calcul du montant du crédit d'impôt auquel une société mère française pouvait prétendre en lien avec le dividende reçu d'une de ses filiales établies dans un autre État membre de l'Union européenne. Plusieurs principes informent ce calcul. En premier lieu, la **société française ne peut prétendre à un crédit d'impôt supérieur au montant de l'impôt effectivement acquitté par la filiale** distributrice dans son État de situation à raison des bénéfices distribués. En second lieu, ce crédit d'impôt a pour objet de **replacer la société française dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si la distribution avait été opérée par une filiale française** ; de ce fait, si le taux de l'impôt prélevé dans l'État de la filiale est inférieur au taux de droit commun de

l'impôt sur les sociétés de 33,33 %, le calcul doit tenir compte du régime qui se serait appliqué à la filiale si elle avait été établie en France et imposée à un taux réduit, puis avait acquitté un précompte sur ses bénéfices distribués, afin de tenir compte de ce taux réduit d'imposition. En effet, dans un tel cas, la filiale française aurait dû acquitter, à titre de précompte, un montant égal à l'écart correspondant à l'application de ce taux réduit et l'application du taux normal de l'impôt sur les sociétés, précompte qui aurait amputé à due concurrence le montant reçu par la société mère et, partant, le montant de l'avoir fiscal y afférent. Dès lors, le crédit d'impôt devant être pris en compte pour le calcul du droit à restitution de la société mère ne doit pas comprendre le montant correspondant à l'écart entre l'impôt effectivement acquitté par la filiale distributrice sur ses résultats et celui dont aurait résulté l'application du taux normal de l'impôt sur les sociétés.

T. PERROT ■

Dividendes sortants

12. Retenue à la source - Libre circulation des capitaux - Société déficitaire – Appréciation de la situation déficitaire -

À la suite de l'arrêt C-575/17, *Sofina* du 22 novembre 2018 de la CJUE, le Conseil d'État juge que le droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'en application du 2 de l'article 119 bis du CGI, une retenue à la source soit prélevée sur les dividendes perçus par une société non résidente en situation déficitaire. La situation déficitaire s'apprécie au regard de la législation de l'État de résidence de cette société.

CE, 9^e et 10^e ch., 27 févr. 2019, n° 398662, 398663, 398666, 398672, 398674, 398675, Sté Sofina et a., concl. É. Bokdam-Tognetti (V. annexe 2)

13. Revenus réputés distribués – Établissement stable - Désinvestissement - Maître de l'affaire -

Le Conseil d'État juge que lorsque l'administration fiscale a établi l'existence d'un établissement stable en France et qu'elle lui a imputé une fraction des bénéfices réalisés par une société étrangère, le rehaussement de bénéfice imposable qui en résulte ne suffit pas à révéler l'existence d'une distribution de revenus par cette société, au sens de l'article 109 du CGI. La circonstance que le contribuable imposé comme bénéficiaire des distributions soit le maître de l'affaire n'a pas davantage cet effet.

CE, 9^e et 10^e ch., 8 févr. 2019, n° 410301 et 410568, Min. c/ Esch, concl. M.-G. Merloz (V. annexe 3)

14. Les faits, assez simples, permettent d'explicitier la

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

problématique. Deux époux, résidents français, avaient constitué deux sociétés luxembourgeoises dont ils étaient gérants ; l'administration avait cependant pu établir de manière convaincante, d'une part que ces sociétés exerçaient une large part de leur activité par l'intermédiaire d'établissements stables en France et, d'autre part, que les deux gérants étaient aussi les maîtres de l'affaire.

L'un et l'autre éléments n'étaient plus en débat devant le Conseil d'État. En revanche, les requérants critiquaient la présomption que l'administration avait cru pouvoir tirer de leur rapprochement pour conclure que les bénéfices imputés aux établissements stables avaient nécessairement été distribués aux maîtres de l'affaire en application du 1^o du 1 de l'article 109 du CGI et de l'article 110 du même code et devaient donc être soumis à l'impôt sur le revenu en leur nom, en tant que revenus de capitaux mobiliers. Leur critique, qui reposait principalement sur le fait que les recettes en cause étaient restées investies dans les sociétés luxembourgeoises, n'a pas été accueillie favorablement par les juges d'appel.

Le Conseil d'État censure l'arrêt d'appel sur ce point pour erreur de droit. Il appartient en effet à l'administration, pour imposer une distribution de bénéfices sur le fondement de l'article 109 du CGI, au nom du contribuable, d'établir que celui-ci a effectivement appréhendé les sommes en cause. Cette preuve est certes présumée rapportée lorsque le contribuable dispose seul des pouvoirs les plus étendus au sein de la société ayant procédé à la distribution et qu'il est en mesure d'user sans contrôle de ses biens comme de biens qui lui sont propres, c'est-à-dire, selon l'expression consacrée, qu'il est le maître de l'affaire¹⁷. Mais, juge le Conseil d'État, la portée de cette présomption est moins étendue que celle que lui prêtait la cour administrative d'appel et ne vaut que pour identifier l'identité des bénéficiaires de la distribution ; encore faut-il en amont que l'administration prouve l'existence même de la distribution et son montant. Au contraire, s'ils sont restés investis dans la société, les bénéfices ayant fait l'objet du redressement ne peuvent être réputés distribués et, partant, ne constituent pas un revenu imposable entre les mains d'un quelconque bénéficiaire. Le Conseil d'État adopte là, à propos d'un établissement stable occulte, un raisonnement déjà consacré dans d'autres situations dépourvues d'élément d'extranéité, raisonnement qui subordonne l'imposition sur le fondement du 1^o du 1 de l'article 109 du CGI à un désinvestissement effectif des sommes en cause, c'est-à-dire à un appauvrissement de la société¹⁸.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette décision, mentionnée aux tables du recueil Lebon, met un terme à l'incertitude qui pouvait exister quant aux conséquences, en matière de revenus distribués, de la découverte d'un établissement stable en France. La première étape, pour l'administration, est de reconstituer le bénéfice net imputable à l'établissement stable en

France, en déterminant les charges et les produits qui lui reviennent, compte tenu de l'activité exercée en France, et que la société avait cru placés hors du champ territorial de l'impôt sur les sociétés. Seule la société est susceptible d'être imposée au terme de cette opération, en fonction du résultat qu'accuse son activité française ; aucune distribution de revenus imposable n'est encore caractérisée. C'est seulement après avoir analysé la composition de ce résultat et établi, par exemple, que l'établissement stable a supporté des charges qui n'ont pas été exposées dans son intérêt que l'administration prouve l'existence d'un désinvestissement et donc d'une distribution de revenus ; l'ensemble des conditions d'imposition sont réunies si l'administration est en mesure de désigner le bénéficiaire de cette distribution, au besoin en s'aidant de la présomption qui pèse sur le maître de l'affaire.

T. PERROT ■

Intérêts

15. À NOTER

> **Intérêts - Déductibilité – Plafonnement en fonction du taux que l'emprunteuse aurait pu obtenir d'établissements indépendants dans des conditions analogues - Cas d'une société française membre d'un groupe international** - Une société holding britannique, devenu société-mère dans le cadre d'une opération de LBO, se finance auprès d'une banque et consent des avances aux sociétés membres du groupe. L'administration fiscale réintègre partiellement, par application du I de l'article 212 du CGI, les intérêts ainsi acquittés auprès de sa mère par la société requérante, filiale de ce groupe. La société ne prouve pas que le taux pratiqué par sa mère est inférieur ou égal au taux qu'elle aurait pu obtenir auprès d'établissements financiers indépendants dans des conditions analogues en faisant valoir, d'une part, que le taux litigieux correspondait au taux prévu dans le contrat de financement du groupe auprès de la banque, qui est indépendante du groupe, et d'autre part que, l'ensemble de ses actifs ayant été apporté en garantie dans le cadre du contrat de financement du groupe, elle n'aurait pu obtenir de prêt d'aucun établissement financier indépendant.

CE, 9^e et 10^e ch., 18 mars 2019, n° 411189, Sté Siblu, concl. M.-G. Merloz, comm. M. Seraille (FI 2-2019, n° 5.3.1)

17 CE, plén., 22 févr. 2017, n° 388887, min. c/ C., concl. V. Daumas.

18 CE, plén., 5 déc. 1984, n° 46962. - CE, 29 déc. 1989, n° 75304. - CE, 7 sept. 2009, n° 309786. - CE, 20 mars 2013, n° 351235.

Redevances

16. À NOTER

> **Redevances - Retenue à la source - Redevances versées par une SAS française à sa sœur suisse - Accord Suisse-Communauté européenne** - Le TA de Melun juge qu'il résulte de la combinaison de l'article 182 B et des articles 182 B bis et 119 quater du CGI (codifiant la loi n° 2003-1312 du 30 décembre 2003 prise pour transposer la directive du Conseil 2003/48/CE du 3 juin 2003) que des redevances versées par une SAS française à sa sœur

ayant son siège en Suisse sont soumises à la retenue à la source ; toutefois, les SAS doivent être regardées, en ce qui concerne la France, comme des sociétés de capitaux au sens et pour l'application de l'article 15 de l'accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne du 26 octobre 2004. Par suite, si une SAS française et sa sœur, une société de capitaux suisse remplissent les conditions posées par ce même article 15, ce qui est le cas en l'espèce, les redevances versées par la SAS française à sa sœur ne pouvaient être imposées dans l'État de la source, c'est-à-dire en France.

TA Melun, 9^e ch., 28 déc. 2018, n° 1600353, Sté Silent Gliss France (V. annexe 4)

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : BOI-RES-000035, 6 mars 2019

Annexe 2 : CE, 9^e et 10^e ch., 27 févr. 2019, n° 398662, 398663, 398666, 398672, 398674, 398675, Sté Sofina et a., concl. É. Bokdam-Tognetti

Annexe 3 : CE, 9^e et 10^e ch., 8 févr. 2019, n° 410301 et 410568, Min. c/ Esch, concl. M.-G. Merloz

Annexe 4 : TA Melun, 9^e ch., 28 déc. 2018, n° 1600353, Sté Silent Gliss France