

PATRIMOINE

Chronique d'actualité



**Eric
CHARTIER,**
Avocat associé,
Altitude Avocats



**Ariane
PÉRIN-DUREAU,**
Professeur à l'Université
de Strasbourg



**Marilyne
SADOWSKY,**
Maître de conférences
à l'Université Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

Revenus du patrimoine

- > **Impôt sur le revenu** - Plusieurs éléments d'actualité visent à perfectionner les règles posées par la loi de finances pour 2019 s'agissant des monnaies virtuelles et des blockchains : d'une part, des propositions ont été formulées par deux rapports parlementaires ; d'autre part, le projet de loi « Pacte », adopté définitivement le 11 avril 2019, précise les règles applicables dans ce domaine (V. § 1).
- > La République de Saint-Marin a publié un décret relatif à la technologie blockchain pour les entreprises, qui définit la notion de jeton ; l'Afrique du Sud poursuit sa réflexion sur la régulation des jetons depuis l'entrée en vigueur d'une loi intitulée « Taxation Laws Amendment Act » mettant en place des mesures techniques pour dissuader les contribuables d'utiliser des moyens de planification fiscale internationale (V. § 4).
- > **Prélèvements sociaux** – La CJUE confirme l'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne (étendu à la Suisse en vertu des accords de Luxembourg) des prélèvements opérés entre le 1er janvier 2016 et le 31 décembre 2018 sur les revenus du capital et affectés à la CNSA (V. § 8).
- > Les juridictions du fond, appliquant la jurisprudence Jahin, jugent compatibles avec la libre circulation des capitaux les prélèvements sociaux opérés sur les revenus du patrimoine perçus avant le 1er janvier 2016 par des personnes affiliées à un régime de sécurité sociale étranger (États-Unis, Congo, ancien agent de l'OTAN) (V. § 11).

Immobilier

- > **Revenus fonciers** - La CAA de Lyon admet l'imputation sur le revenu global des déficits fonciers afférents à un immeuble sis dans un autre État dans les conditions de droit commun lorsque la convention applicable procède à l'élimination de la double imposition par l'octroi d'un crédit d'impôt égal à l'impôt payé dans l'État source, les revenus en cause demeurant alors imposables en France (V. § 14).

Trusts et institutions comparables

- > Dans l'affaire *North Carolina Department of Revenue v. The Kimberley Rice Kaestner 1992*, en instance devant la Cour suprême des États-Unis, différentes opinions ont été déposées pour éclairer la Cour et les parties ont présenté leurs plaidoiries (V. § 20).
- > Le Conseil d'État juge, à propos de demandes de restitution de retenue à la source déposées par des fonds de pension américains constitués sous la forme de trusts, d'une part, que la décision *Stichting Unilever* de 2009 révèle directement la non-conformité de la loi française au droit de l'UE et constitue un événement rouvrant un délai de réclamation, et d'autre part, annule l'analyse des juges du fond quant à l'assimilation des trusts américains à des organismes sans but lucratif français (V. § 25).

Revenus du patrimoine

Impôt sur le revenu

1. Actifs numériques – Crypto-monnaies et blockchains - Cadre juridique et fiscal – Évolutions – Plusieurs éléments d'actualité visent à perfectionner les règles posées par la loi de finances pour 2019 s'agissant des monnaies virtuelles et des blockchains : d'une part, des propositions ont été formulées par deux rapports parlementaires ; d'autre part, le projet de loi « Pacte », adopté définitivement le 11 avril 2019, précise les règles applicables dans ce domaine.

AN, Comm. fin., Rapport d'information n° 1624 en conclusion des travaux d'une mission d'information relative aux monnaies virtuelles, 30 janv. 2019

AN, Rapport d'information n° 1501 déposé par la mission d'information commune sur les chaînes de blocs (blockchains), 12 déc. 2018

AN, Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises », Texte adopté n° 258, 11 avr. 2019

2. Jusqu'à présent, la loi de finances pour 2019 a instauré un régime d'imposition des plus-values de cession à titre onéreux d'actifs numériques réalisées par des personnes physiques domiciliées fiscalement en France, ainsi qu'une obligation de déclaration des comptes détenus à l'étranger. Les imperfections du régime légal français sont connues, notamment celles relatives à la détermination de la nature de l'actif (professionnel ou privé), à la pénalisation de petits porteurs du fait de l'impossibilité d'opter pour l'impôt sur le revenu, à l'absence de report en matière de moins-value, à l'exclusion des personnes morales ou encore à l'absence de correspondance de la notion française d'actif numérique avec la définition européenne (V. FI 1-2019, n° 8, § 5). Certaines de ces imperfections ont fait l'objet de recommandations et de propositions au sein de deux rapports parlementaires déposés à l'Assemblée nationale.

> La **première mission, consacrée aux blockchains**, a pour but d'instaurer un cadre fiscal et bancaire favorable à l'investissement dans un contexte pré et post *Initial Coin Offering* (ICO)¹. Les deux propositions principales reposent sur la garantie d'un droit au compte assuré par la Caisse des dépôts et consignations, par la Banque de France ou par la Banque postale pour les acteurs bénéficiant d'un visa AMF² et sur la **fiscalisation des plus-values liées aux crypto-échanges au**

moment de leur encaissement sur un compte bancaire traditionnel³.

> La **deuxième mission relative aux monnaies virtuelles** porte sur la difficile **détermination de la nature juridique des crypto-actifs**⁴ et sur l'existence d'un régime fiscal encore imprécis et disparate⁵. Du point de vue des définitions juridiques, nous avons déjà fait le constat d'une incertitude sur la qualification, révélée par la divergence définitionnelle entre le droit français et le droit européen. À cet égard, le rapport préconise de s'émanciper de l'existant car aucune des catégories juridiques ne reflète l'aspect protéiforme des crypto-actifs⁶. La définition doit donc être souple. Si aucun remède n'est véritablement proposé, le rapport exclut une définition en fonction de la forme d'émission⁷ ou de l'usage⁸.

Du **point de vue de la fiscalité**, des propositions concernant les personnes physiques et morales ont été formulées. Concernant les personnes physiques, il est proposé de : clarifier la notion d'activité à titre « habituel » dans la doctrine administrative fiscale ; d'imposer les personnes réalisant des opérations en crypto-actifs à titre habituel selon le même régime que celles réalisant une activité de minage ; de définir le rapatriement sur un compte bancaire comme fait générateur de l'impôt sur la plus-value en crypto-actifs ; d'élever l'abattement annuel sur opérations de cessions de 305 euros à 3000 euros et d'autoriser le report d'imposition des plus-values dans le cadre d'un apport de crypto-actifs à une société⁹. Concernant les personnes morales, il est recommandé de définir pour les ICO la date d'exigibilité de la TVA collectée au moment de la fourniture du service ou de la livraison du bien en contrepartie de la vente du jeton ; d'aligner le régime fiscal applicable aux attributions de jetons gratuits sur celui des attributions d'actions gratuites et enfin d'exclure les pertes liées à la dépréciation des crypto-actifs des charges fiscalement déductibles pour les jeunes entreprises innovantes (JEI)¹⁰. Enfin, et notamment pour attirer les centres de minage en France, il est recommandé d'instaurer une exonération de taxe sur la consommation finale d'électricité (TICFE) pour les centres de minage en crypto-actifs et d'inclure une interprétation dans le Bulletin Officiel des Finances Publiques (BOFIP) pour préciser que la validation d'une transaction en crypto-actifs ne constitue pas un service soumis à la TVA, tout en tenant compte du droit à la déduction de la TVA pour les sociétés de minage¹¹. En réalité, ces deux dernières propositions sont

3 *Ibid.* proposition n° 12, p. 84.

4 AN, Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information relative aux monnaies virtuelles, M. E. Woerth (Président) et M. P. Person (Rapporteur), n°1624, 30 janv. 2019, p. 60 et s.

5 *Ibid.* p. 70 et s.

6 Les formes sont variées : moyens de paiement, titre financier, valeur mobilière, biens divers, etc.

7 Par exemple, la forme peut être celle d'un jeton issu d'un ICO, mais aussi d'une crypto-monnaie issue du minage.

8 Par exemple, le droit d'usage peut porter sur un service, mais il peut également constituer un moyen d'échange.

9 *Ibid.* propositions 4 à 8.

10 *Ibid.* propositions 9 à 11.

11 *Ibid.* propositions 12 et 13.

1 AN, Rapport d'information sur les chaînes de blocs (blockchains), Mme L. De La Raudière et M. J-M Mis, n° 1501, 12 déc. 2018.

2 *Ibid.* proposition n° 11, p. 82.

motivées par le fait que d'une part, la France ne concentre pas d'activité de minage du fait du prix de l'électricité qui est plus élevé que dans des pays comme la Chine ou le Canada et d'autre part, du fait de la détermination de l'activité de minage comme une prestation de service soumise à la TVA au sens de l'article 2 de la directive TVA 2006/112/CE. Les propositions sont donc nombreuses.

3. La loi Pacte (« Pour la croissance et la transformation des entreprises ») a-t-elle suivi ces recommandations ? Cette loi, adoptée définitivement le 11 avril 2019, a pour objectif premier de donner aux entreprises les moyens d'innover, de se transformer, de croître et d'embaucher. Ce texte contient des mesures fiscales patrimoniales intéressantes. En effet, les contrats d'assurance vie pourront être désormais transférés au sein d'une même compagnie d'assurance sans avoir la conséquence fiscale d'un dénouement et les assureurs pourront proposer des produits basés sur des crypto-actifs *via* des fonds professionnels spécialisés¹². La France pourra ainsi encourager ce type d'investissements en crypto-actifs largement développés dans des pays comme les États-Unis ou la Suisse, et devra attendre des textes postérieurs pour perfectionner son régime fiscal. Une chose est certaine, la loi Pacte offre un cadre juridique sécurisé pour les levées de fonds par émission de jetons (ICO) et les prestataires de services sur actifs numériques. Pour assurer une meilleure protection et information des investisseurs, il sera désormais possible de demander à l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) un visa optionnel aux conditions suivantes : l'obligation pour l'émetteur du jeton d'être constitué sous la forme d'une personne morale établie ou immatriculée en France ; la fourniture d'une documentation relative à l'opération ; la mise en place d'un dispositif de suivi et de sauvegarde des actifs recueillis à l'occasion de l'offre et le respect des règles relatives à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme¹³. À défaut de visa, les levées seront toutefois possibles mais le démarchage du grand public ne le sera pas. Ces premières avancées juridiques laissent les dispositions fiscales en retrait, puisqu'aucune précision relative aux personnes morales n'est donnée à cet égard. Ainsi, les **règles fiscales applicables aux émetteurs et aux investisseurs d'ICO restent à déterminer**. Les questions notamment relatives au différé du revenu perçu dans le cadre d'un ICO par rapport à l'année de perception - en considérant que l'offre est un contrat à terme - ne sont par exemple toujours pas réglées, comme celle de la moins-value résultant de la vente de token par un investisseur soumis à l'impôt sur les sociétés.

Sur le même modèle d'un agrément optionnel, les prestataires de services sur actifs numériques pourront être placés sous la supervision de l'AMF dans le cadre d'un grand nombre d'activités, telles que la conservation d'actifs numériques pour

le compte de tiers, l'achat-vente contre monnaie ayant cours légal ou contre d'autres actifs numériques (courtage), l'exploitation d'une plateforme de négociation d'actifs numériques (bourse) ou d'autres services comme la gestion de portefeuille pour le compte de tiers ou encore des opérations de placement. Pour la notion d'actif numérique, l'AMF renvoie aux jetons émis lors d'ICO et les monnaies virtuelles au sens du droit européen, les instruments financiers étant exclus de ce régime¹⁴. À cet égard, la définition fiscale contenue à l'article 150 VH bis du CGI se singularise puisqu'elle ne renvoie pas de manière parfaite au droit européen. Enfin, certaines obligations d'enregistrement pèsent sur les activités de conservation d'actifs numériques pour le compte de tiers ou d'achat/vente contre une monnaie ayant cours légal et certaines limitations s'appliquent sur les fonds professionnels spécialisés¹⁵ ou de capital investissement¹⁶. Sur le modèle d'une pratique fiscale propre aux paradis fiscaux, l'AMF a précisé la publication d'une « liste noire » des ICO et des prestataires qui ne respecteraient pas la réglementation. Cet encadrement juridique permettra à l'avenir de distinguer les offres, et sans doute de mieux aménager le régime fiscal applicable à ce type d'opération.

La difficulté est que **la France a voulu anticiper ces changements, sans attendre une prise de position commune**. L'absence de détermination de la nature juridique des crypto-actifs influence l'application des directives européennes, notamment des directives concernant les marchés d'instruments financiers (MiFID)¹⁷, le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation¹⁸, la transparence¹⁹ et les abus de marchés²⁰, mais aussi les règlements y afférents²¹ ou

14 *Ibid.*

15 À savoir le respect des règles de liquidité et de valorisation qui leur sont applicables.

16 À savoir une limitation d'investissement à 20% de leur actif.

17 Dir. 2014/65/EU du Parlement européen et du Conseil, 15 mai 2014, concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant Dir. 2002/92/EC et Dir. 2011/61/EU : JOUE, L 173/349, 12 juin 2014.

18 Dir. 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil, 4 nov. 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation, et modifiant Dir. 2001/34/CE : JOUE, L 345/64, 31 déc. 2003.

19 Dir. 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil, 22 oct. 2013, modifiant Dir. 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, Dir. 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et Dir. 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE : JOUE, L 294/13, 6 nov. 2013.

20 Dir. 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil, 16 avr. 2014, relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (directive relative aux abus de marché) : JOUE, L 173/179, 12 juin 2014.

21 Règl. (UE) n°600/2014 du Parlement européen et du Conseil, 15 mai 2014, concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant Règl. (UE) n°648/2012 : JOUE, L 173/84, 12 juin 2014 ou encore Règl. (UE) n°596/2014 du Parlement européen et du Conseil, 16 avr. 2014, sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant Dir. 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et Dir. 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission : JOUE, L 173/1, 12 juin 2014.

12 La modification du Code des assurances et du Code monétaire et financier sera faite en ce sens respectivement et conformément aux articles 72 (ex-article 21) et 86 (ex-article 26 bis A) de la loi Pacte.

13 Ces conditions sont précisées dans un communiqué de l'AMF du 15 avril 2019.

relatifs aux ventes à découvert²² et aux dépositaires centraux de titres²³. **Cette indétermination juridique a indéniablement des répercussions en matière fiscale.** En réalité, les autorités de régulation européenne, notamment l'European Securities and Markets Authority (ESMA)²⁴ et l'European Banking Authority (EBA)²⁵, souhaitent l'émergence d'une législation commune, tandis que la France a voulu prévoir des règles parfois en l'absence totale de dispositions européennes ou en marge des définitions européennes existantes. Au-delà des imperfections du système fiscal actuel, cette attitude fait craindre une multiplication de règles nationales non harmonisées. C'est d'ailleurs la situation actuelle aux États-Unis, qui cherchent à harmoniser les règles applicables aux crypto-actifs édictées par les États fédérés afin d'avoir un régime unifié. Tel est le but du projet de loi intitulé Token Taxonomy Act²⁶, qui vient d'être présenté au Congrès par un représentant de l'État de l'Ohio M. Warren Davidson afin d'exclure les jetons numériques de la législation financière applicable aux États-Unis²⁷. La difficulté est que les différentes autorités de régulation américaines, telles que la Securities and Exchange Commission (SEC) ou encore la Commodities Futures Trading Commission (CFTC) retiennent des qualifications juridiques divergentes : *security* (SEC) et *commodity* (CFTC), tandis que pour l'administration fiscale il s'agit d'une *property*. Il est également proposé de modifier le régime fiscal en introduisant un seuil d'exonération fiscale à hauteur de 600\$ pour les transactions réalisées en espèces, en n'imposant pas les échanges de crypto-monnaies et en traitant fiscalement les crypto-actifs détenus sur des comptes épargnes retraites comme des métaux précieux²⁸. En réalité, on trouve les mêmes idées d'un continent à l'autre. La question est désormais celle des choix pour la France où beaucoup reste à faire, notamment pour les personnes morales, les investisseurs et les émetteurs d'ICO.

M. SADOWSKY ■

4. Actifs numériques – Actualité internationale - La République de Saint-Marin a publié un décret relatif à la technologie blockchain pour les entreprises, qui définit la notion de jeton ; l'Afrique du Sud poursuit sa réflexion sur la régulation des jetons depuis l'entrée en vigueur d'une loi intitulée

« Taxation Laws Amendment Act » mettant en place des mesures techniques pour dissuader les contribuables d'utiliser des moyens de planification fiscale internationale.

5. La République de Saint-Marin a publié le 27 février 2019 un décret relatif à la technologie blockchain pour les entreprises²⁹. Ce texte s'applique aux sociétés, ou toute autre entité ayant une personnalité juridique indépendante, résidentes de Saint-Marin, d'un État membre de l'UE ou d'un pays tiers jugé approprié par la législation en vigueur à Saint-Marin³⁰. **La notion de jeton est** ainsi définie³¹ : « *une série de données informatiques agrégées entre elles et stockées sur blockchain qui incorporent, selon le cas : des biens fongibles entre eux, des services, des droits de crédit, des redevances administratives, participatifs et/ou de toute autre nature, ou qui servent d'instrument d'échange et qui sont clairement liés à une adresse publique* ». Seules deux catégories de jetons peuvent faire l'objet d'une offre initiale : les jetons d'usage³² et d'investissement³³. Les premiers ne sont pas considérés comme des valeurs mobilières, des instruments financiers et/ou des produits financiers, ni de la monnaie électronique et/ou des moyens de paiement en dehors de la blockchain dans laquelle ils ont été générés³⁴, tandis que les seconds sont considérés comme des actifs numériques qui représentent, selon l'instrument sous-jacent : des actions, des instruments financiers participatifs ou des titres de créances à l'émetteur³⁵. Seules les entreprises enregistrées auprès de l'Institut San Marino Innovation et répondant à des obligations d'information, telle que la rédaction d'un prospectus³⁶, peuvent offrir ces jetons au public. Les offres non publiques sont celles qui répondent à au moins l'un des critères suivants : s'adresser aux seuls clients professionnels, à un nombre de personnes ne dépassant pas 150, pour un montant total n'excédant pas 8 000 000€, avec une valeur nominale de 100 000€ par unité³⁷. Sur demande spécifique d'un émetteur, la législation peut également s'appliquer à l'émission de jetons dans des pays étrangers³⁸.

La distinction en fonction de la nature des jetons (usage ou investissement) est importante, puisque l'article 11 du décret relatif au traitement comptable et fiscal prévoit des traitements différents selon la catégorie de jeton visée. Pour

22 Règl. (UE) n°236/2012 du Parlement européen et du Conseil, 14 mars 2012, sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit : JOUE, L 86/1, 24 mars 2012.

23 Règl. (UE) n°909/2014 du Parlement européen et du Conseil, 23 juill. 2014, concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres, et modifiant les Dir. 98/26/CE et 2014/65/UE ainsi que Règl. (UE) n°236/2012 : JOUE, L 257/1, 28 août 2014.

24 ESMA, Advice – Initial Coin Offering and Crypto-Assets, 9 January 2019, ESMA50-157-1391.

25 EBA, Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 9 January 2019.

26 House of Representatives, Token Taxonomy Act of 2019, 116th Congress, 1st Session, 8 April 2019.

27 Securities Act of 1933 et Securities Exchange Act of 1934.

28 House of Representatives, Token Taxonomy Act of 2019, 116th Congress, 1st Session, 8 April 2019, p. 10 et s.

29 Decreto delegato, Norme sulla tecnologia blockchain per le imprese, 27 febbraio 2019, n° 37.

30 *Ibid.* Article 2.

31 La version originale de cette définition, contenue à l'article 1^{er} s), est la suivante : « *una serie di dati informatici in forma aggregata tra loro e archiviati su Blockchain che incorporano, a seconda dei casi: beni fungibili tra loro, servizi, diritti di credito, diritti amministrativi, partecipativi e/o di qualsiasi altra natura, ovvero che servono come strumento di scambio e che siano univocamente riconducibili ad un Indirizzo Pubblico* ».

32 Article 8 du décret, Token di utilizzo.

33 Article 9 du décret, Token di investimento.

34 Art. 8 2. c) du décret.

35 Art. 9 1. du décret.

36 Sur le fondement des documents listés à l'article 3 et à l'annexe A du décret, l'Institut délivre un agrément.

37 Cette définition est donnée à l'article 11) du décret.

38 Article 6 du décret.

le **traitement fiscal et comptable**, les jetons d'usage sont assimilés à des monnaies étrangères tandis que les jetons d'investissement sont traités comme l'instrument sous-jacent qu'ils représentent à savoir : des actions, des instruments financiers participatifs ou des titres de créances de l'émetteur. Cette détermination a l'avantage de rassurer les investisseurs en leur offrant une certaine sécurité juridique. Pour attirer les investisseurs et les entreprises sur son territoire, le choix a été fait d'exonérer tous les revenus issus d'opérations effectuées avec ces deux types de jetons aux fins de l'impôt général sur le revenu visé par la loi du 16 décembre 2013³⁹. En outre, le décret reconnaît la possibilité de créer un trust à Saint-Marin ou dans un autre pays afin qu'une seule et même personne gère l'émission de l'offre et les relations avec les investisseurs⁴⁰. Si ces avancées placent Saint-Marin à l'avant-garde en matière de régulation des jetons numériques, ces nouvelles faveurs fiscales données aux investisseurs risquent de favoriser les montages fiscaux.

6. De son côté, l'**Afrique du Sud** a entrepris de poursuivre sa réflexion sur la régulation des jetons depuis l'entrée en vigueur le 17 janvier 2019 d'une loi intitulée « *Taxation Laws Amendment Act* »⁴¹ qui vise à mettre en place des mesures techniques pour dissuader les contribuables d'utiliser des moyens de planification fiscale internationale. Cette situation explique la mise en place de **quelques règles fiscales applicables aux crypto-actifs** telles que le classement des *security tokens* dans la catégorie des instruments financiers ou encore l'impossibilité de compenser des pertes avec des bénéfices réalisés sur d'autres sources de revenus. Dans un cadre plus large, un **groupe de travail**⁴² a été constitué afin de réfléchir à la régulation des crypto-actifs en Afrique du Sud. Le raisonnement a été fait autour des différentes fonctions économiques des crypto-actifs, à savoir : (i) l'achat et/ou la vente ; (ii) les paiements; (iii) les levées de fonds par le biais des ICO ; (iv) les produits et le fonds dérivés; et (v) l'approvisionnement du marché. Pour mener à bien cette analyse, le groupe a décidé de focaliser son étude sur les deux premières fonctions : l'achat/vente et les paiements.

Concernant les définitions juridiques, il est souligné que si les crypto-actifs n'ont pas de cours légal en Afrique du Sud, rien n'empêche qu'ils soient acceptés comme moyen de paiement. Autrement dit, si les crypto-actifs ne répondent pas à la définition traditionnelle de la monnaie, ils peuvent parfois remplir certaines fonctions semblables et fonctionner comme des titres, des actifs ou des matières premières. Le constat d'une nature juridique protéiforme est donc le même que dans la plupart des États. **Concernant le régime fiscal, l'accent est mis sur le principal risque : l'évasion**

fiscale. Ainsi, la lutte contre l'évasion fiscale doit être érigée en objectif de la régulation des crypto-actifs, au même titre que la lutte contre les flux financiers illicites, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. Dans l'attente de l'adoption d'un cadre légal et fiscal, tant l'acceptation que l'acceptation des crypto-actifs sont laissées à la discrétion des différents acteurs.

M. SADOWSKY ■

Prélèvements sociaux

7. Plusieurs décisions ont été rendues au début de l'année 2019, portant sur la question du bien-fondé de l'assujettissement aux prélèvements sociaux en France des revenus du capital perçus par des personnes, domiciliées en France ou hors de France, et affiliées à un régime de sécurité sociale étranger.

Il se confirme que de tels prélèvements, dans leur version applicable à compter du 1er janvier 2016 et jusqu'au 31 décembre 2018, ne sauraient être applicables à des personnes qui sont affiliées à un régime étranger et qui sont dans le champ d'application de la réglementation européenne, dans la lignée de la jurisprudence *de Ruyter* de la CJUE ; en revanche, les personnes domiciliées dans un pays tiers ont moins de chance, les décisions rendues à leur égard leur étant, jusqu'à présent, systématiquement défavorables⁴³.

8. Prélèvements sociaux - Revenus du capital - Personnes affiliées à un régime de sécurité sociale étranger (Suisse) – Régime applicable entre le 1er janv. 2016 et le 31 déc. 2018 – La CJUE confirme l'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne (étendu à la Suisse en vertu des accords de Luxembourg) des prélèvements opérés entre le 1er janvier 2016 et le 31 décembre 2018 sur les revenus du capital et affectés à la CNSA.

CJUE, 7^e ch., 14 mars 2019, C-372/18, Dreyer (V. annexe 1)

9. On se souvient que, dans la décision *de Ruyter*⁴⁴, la Cour de justice avait estimé que les prélèvements sociaux assis sur les revenus du capital avaient la nature de cotisations sociales au sens de la réglementation communautaire, et qu'en conséquence, par application du principe d'unicité de cotisation prévu par cette réglementation, une personne affiliée à un régime de sécurité sociale étranger (au sein de l'UE) ne pouvait pas, en plus, être assujéti à de telles cotisations en France.

À la suite de cette décision, le législateur français avait aménagé le droit français (en cessant d'affecter les contributions litigieuses au financement direct des caisses de sécurité sociale), estimant que cela serait suffisant pour leur ôter la qualification de « cotisations sociales ».

39 Article 11 3. du décret.

40 Article 73. du décret.

41 Republic of South Africa, Act n° 23 of 2018 : Taxation Laws Amendment Act, 2018 : *Government Gazette*, Vol. 643, n°42172, 17 January 2019.

42 Crypto Assets Regulatory Working group, Consultation paper on policy proposals for crypto assets, Financial Intelligence Centre (FIC), Financial Sector Conduct Authority (FSCA), National Treasury (NT), South African Revenue Service (SARS) and the South African Reserve Bank (SARB), 16 January 2019.

43 Pour un état des lieux du contentieux, V. RM Regnard, n° 06735 : JO Sénat 31 janv. 2019.

44 CJUE 26 févr. 2015, C-623/13, de Ruyter.

Cette analyse n'avait pas été partagée par la Cour administrative d'appel de Nancy qui, dans une décision du 31 mai 2018⁴⁵ avait estimé que, pour la plupart, ces contributions avaient conservé la nature de cotisations sociales au sens de la réglementation communautaire. Un doute subsistait cependant à l'égard de l'une de ces contributions, et la Cour avait alors saisi la CJUE d'un recours préjudiciel.

10. Dans une décision rendue le 14 mars 2019, la Cour de Justice confirme que la contribution soumise à son analyse devait bien être regardée comme ayant la nature d'une cotisation relevant, elle-aussi, de la réglementation communautaire. Il semble donc désormais acquis que la réforme introduite en 2015, pour les revenus perçus à compter du 1^{er} janvier 2016, n'a en réalité pas eu la portée escomptée par ses auteurs, et que les principes issus de la jurisprudence *de Ruyter* sont demeurés applicables jusqu'au 31 décembre 2018⁴⁶.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Des réclamations peuvent être introduites à raison des revenus perçus entre le 1^{er} janvier 2016 et le 31 décembre 2018, le délai pour ce faire étant fixé au 31 décembre de la 2^e année suivant le paiement des contributions litigieuses.

À cet égard, rappelons que ne sont pas concernées uniquement les personnes domiciliées en dehors de France et qui disposeraient de revenus (immobiliers) de source française : ceci vaut aussi pour les personnes résidentes de France et qui seraient affiliées à un régime étranger (comme c'était le cas dans l'affaire jugée par la Cour de Nancy, où le contribuable relevait du régime suisse, assimilé à un régime d'un État de l'UE en application d'accords particuliers). En ce cas, la réclamation peut porter sur la totalité des prélèvements sociaux sur revenus du capital acquittés en France, qu'ils soient immobiliers ou mobiliers (revenus financiers notamment).

E. CHARTIER ■

11. Prélèvements sociaux - Revenus du capital - Personnes affiliées à un régime de sécurité sociale étranger - Régime applicable avant le 1er janv. 2016 - États-Unis - Congo - Ancien agent de l'OTAN - Les juridictions du fond, appliquant la jurisprudence *Jahin*, jugent compatibles avec la libre circulation des capitaux les prélèvements sociaux opérés sur les revenus du patrimoine perçus avant le 1er janvier 2016 par des personnes affiliées à un régime de sécurité sociale étranger (États-Unis, Congo, ancien agent de l'OTAN).

CAA Versailles, 1^{re} ch., 29 janv. 2019, n° 17VE01426 (États-Unis) (V. annexe 2)

45 CAA Nancy, 31 mai 2018, n° 17NC02124.

46 Rappelons en effet qu'une nouvelle réforme est intervenue à cette date, présentée dans notre précédente chronique (FI 1-2019, n° 8, § 16).

TA Nîmes, 3^e ch., 25 janv. 2019, n° 1700061, Paganelli (Congo) (V. annexe 3)

TA Versailles, 5^e ch., 22 janv. 2019, n° 1701548, Müller (Ancien agent de l'OTAN) (V. annexe 4)

12. Deux décisions rendues par les juges du fond appliquent la jurisprudence *Jahin* de la CJUE⁴⁷. Pour rappel, dans l'affaire *Jahin*, un contribuable avait tenté de convaincre la Cour de Justice qu'une personne affiliée à un régime de sécurité sociale en dehors de l'UE, et assujettie à des contributions sociales en France (sur des revenus immobiliers), est discriminée par rapport à une personne affiliée à un régime de sécurité sociale au sein de l'UE (autre que la France) et exonérée des mêmes contributions par l'effet de la réglementation communautaire. Ce contribuable y avait vu une entrave à la liberté de circulation des capitaux (seule applicable dans les relations avec les pays tiers).

La Cour de Justice avait estimé qu'une telle différence de traitement était justifiée, dans la mesure où deux contribuables se trouvant dans les deux hypothèses ainsi visées (non-résident hors UE et non-résident UE) sont placés dans une situation objectivement différente. C'est cette analyse que reprennent la Cour administrative d'appel de Versailles et le Tribunal administratif de Nîmes à l'encontre de deux contribuables domiciliés respectivement aux États-Unis et au Congo.

La **question semble donc être définitivement tranchée**, puisque l'on imagine mal le Conseil d'État, à le supposer saisi de cette problématique, prendre une position contraire à celle retenue par la CJUE (et, en outre, défavorable au Trésor).

Notons que cette analyse nous semble en ligne avec la décision *D* qui avait été rendue par la Cour de justice en 2005⁴⁸, dans laquelle celle-ci avait indiqué que la situation de deux non-résidents n'était pas comparable. Il s'en déduit qu'en fait, l'exercice de comparaison, aux fins de caractériser une discrimination, doit plutôt se faire entre un résident et un non-résident.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

On peut se demander si le raisonnement retenu par les contribuables dans les affaires précitées (comparaison entre non-résidents, hors UE et UE) était le bon, et s'il n'aurait pas plutôt fallu mettre en évidence un autre type de discrimination. Ainsi, retenant l'idée qu'une personne affiliée à un régime de sécurité sociale d'un État tiers à l'UE est dans une situation différente d'un résident français affilié au régime de sécurité sociale français, est-il normal qu'elle fasse l'objet d'un **même traitement**, à savoir être assujettie à des contributions sociales sur ses revenus patrimoniaux français ?

Il ne faut pas oublier, en effet, que selon la Cour de justice, la notion de discrimination peut prendre deux formes : soit réserver un traitement différent à deux personnes placées dans une situation objectivement comptable, soit réserver un même traitement à deux personnes placées dans une situation différente⁴⁹.

47 CJUE, 18 janv. 2018, C-45/17, *Jahin*.

48 CJCE, gde ch., 5 juill. 2005, C-376/03, *D*.

49 CJUE, 14 févr. 1995, C-279/93, *Schumacker*.

L'avenir nous dira peut-être si un tel raisonnement serait susceptible d'aboutir, étant rappelé que si, depuis le 1^{er} janvier 2019, le législateur a supprimé les prélèvements sociaux pour les personnes affiliées à un régime de sécurité sociale étranger, cela ne vaut que pour les pays de l'UE (et la Suisse).

13. De façon sans doute plus anecdotique, on notera que le Tribunal administratif de Versailles, dans un jugement rendu le 22 janvier 2019 a refusé d'étendre à un **ancien agent de l'OTAN** le raisonnement que la CJUE avait appliqué aux fonctionnaires de l'Union européenne pour conclure que ces derniers ne devaient pas être soumis à contributions sociales sur leurs revenus patrimoniaux⁵⁰.

E. CHARTIER ■

Immobilier

14. **Revenus fonciers – Revenus de source étrangère – Déficit** - La Cour administrative d'appel de Lyon admet l'imputation sur le revenu global des déficits fonciers afférents à un immeuble sis dans un autre État dans les conditions de droit commun lorsque la convention applicable procède à l'élimination de la double imposition par l'octroi d'un crédit d'impôt égal à l'impôt payé dans l'État source, les revenus en cause demeurant alors imposables en France.

CAA Lyon, 2^e ch., 8 janv. 2019, n° 17LY02151, Min. c/ Lindner, concl. J.-P. Vallecchia (V. annexe 5)

15. Si le refus de l'imputation des pertes étrangères dans l'État de résidence suscite régulièrement la critique au regard du droit de l'Union européenne, la difficulté provient, en premier lieu, de ce que le droit conventionnel prévoit, pour certains revenus du moins, une attribution exclusive du droit d'imposer en faveur de l'État de source, répartition du droit d'imposer qui s'oppose corrélativement à l'imputation des pertes étrangères dans l'État de résidence. Ce principe de symétrie fiscale est admis en matière de bénéfices d'entreprises notamment⁵¹ ou, encore, de moins-values sur titres de sociétés étrangères⁵². Toutefois, par un arrêt rendu le 8 janvier 2019, la cour administrative d'appel de Lyon statue en faveur de l'imputation des déficits fonciers de source allemande sur

le revenu global soumis à l'impôt sur le revenu en France dans les conditions de droit commun compte tenu des stipulations de la convention fiscale franco-allemande.

16. Un couple de contribuables, fiscalement domicilié en France et résidant français au sens de la convention fiscale franco-allemande, est propriétaire de plusieurs immeubles situés en Allemagne et donnés en location. Ces immeubles génèrent, en 2010, un déficit foncier que les époux imputent sur leur revenu global soumis à l'impôt sur le revenu en France à hauteur de 10 700 euros, le reliquat étant quant à lui reporté sur leurs revenus fonciers des années 2011 et 2012, conformément à l'article 156, I, 3^e du CGI. L'administration refuse l'imputation de ces déficits au motif que l'article 3 de la convention fiscale franco-allemande attribue le droit d'imposer les revenus immobiliers à l'État de situation de l'immeuble, soit en l'espèce l'Allemagne, attribution exclusive du droit d'imposer qui interdit, selon elle, l'imputation des déficits fonciers sur le revenu global du contribuable.

La cour de Lyon censure cette analyse dès lors que **la renonciation au droit d'imposer en faveur de l'Allemagne ne se traduit pas par une exonération pure et simple du revenu en France mais par l'octroi d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt payé dans l'État de source**. Les revenus fonciers de source allemande demeurent donc inclus dans l'assiette soumise à l'impôt sur le revenu en France et ce malgré l'attribution exclusive du droit d'imposer à l'Allemagne. Les juges en déduisent que les déficits fonciers de source allemande demeurent imposables sur le revenu global imposable en France dans les conditions de droit commun, aucune disposition de la convention fiscale franco-allemande n'y faisant obstacle.

17. **La décision n'est pas sans rappeler le raisonnement emprunté par le Conseil d'État concernant la déductibilité, par les sociétés déficitaires, des retenues à la source prélevées dans un autre État**. Si les retenues à la source supportées dans un autre État constituent, en principe, une charge déductible, tel n'est pas le cas dans un cadre conventionnel lorsque la convention fiscale prévoit une élimination de la double imposition par l'octroi d'un crédit d'impôt égal au montant de la retenue à la source dans l'État de résidence. Toutefois, l'imputation de la retenue à la source par une société déficitaire demeure impossible à défaut d'impôt dû en France. Par l'arrêt *Céline* rendu le 12 mars 2014, le Conseil d'État avait conclu à l'absence de déductibilité des retenues à la source lorsque la convention fiscale applicable l'interdit expressément et ce, nonobstant l'absence d'imputabilité de la retenue à la source⁵³. Cependant, par un arrêt rendu le 17 juin 2017, le Conseil d'État concluait à la solution exactement inverse lorsque la convention applicable prévoit l'élimination de la double imposition par l'octroi d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt payé dans l'État de source sans interdire

50 CJUE, 10 mai 2017, C-690/15, de Lobkowicz.

51 À noter que pour les entreprises soumises à l'IS, le refus d'imputation des pertes étrangères résulte directement du droit interne, l'article 209, I du CGI retenant un principe de territorialité restreinte en la matière.

52 CE, 12 juin 2013, n° 351702, Sté BNP Paribas : E. Dinh, Dr. fisc. 2013, n° 46, p. 24 ; D. Gutmann, Option finance 2013, n° 1238, p. 24 ; O. Fouquet, RTD com 3/13, p. 607.

53 CE, 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline : Dr. sociétés 2014, n° 6, p. 48, note J.-L. Pierre ; Dr. fisc. 2014, n° 22, p. 21, note Ph. Durand ; Dr. fisc. 2014, n° 19, p. 3, E. Meier et M. Valetteau ; Option finance, 2014, n° 1263, p. 21, S. Austry ; RTD com. 2014, n° 3, p. 715, E. Cortot-Boucher.

expressément la déductibilité de la retenue à la source au titre des charges déductibles⁵⁴.

La question est sensiblement distincte en l'espèce, la cour administrative d'appel étant saisie de l'imputation d'un déficit étranger sur les revenus de source française et non de celle de la déduction de l'impôt payé à l'étranger. **Le raisonnement adopté par les juges d'appel emprunte néanmoins à celui du Conseil d'État en ce qu'il procède d'une stricte application du principe de subsidiarité**⁵⁵. La cour commence, en effet, par rappeler que les déficits fonciers de source étrangère sont, par principe, déductibles dans les conditions de droit commun, conformément à l'article 158, 1 du CGI. Les juges vérifient ensuite le traitement conventionnel réservé à ces revenus et constatent que la convention fiscale franco-allemande prévoit seulement l'octroi d'un crédit d'impôt égal à l'impôt payé dans l'autre État, l'article 20 de la convention fiscale franco-allemande disposant que les bénéfiques et autres revenus provenant de République fédérale et qui y sont imposables sont également imposables en France. À défaut de stipulations conventionnelles faisant expressément échec au droit interne, il convient alors d'admettre l'imputation des déficits fonciers de source allemande sur le revenu global du contribuable dans les conditions de droit commun.

18. Toutefois, l'interprétation de la convention fiscale franco-allemande prêtait à discussion en l'espèce dès lors que son article 20 stipule que : « *En ce qui concerne les résidents de France, la double imposition est évitée de la façon suivante ; a) Les bénéfiques et autres revenus positifs qui proviennent de la République fédérale et qui y sont imposables conformément aux dispositions de la présente Convention sont également imposables en France lorsqu'ils reviennent à un résident de France. L'impôt allemand n'est pas déductible pour le calcul du revenu imposable en France. Mais le bénéficiaire a droit à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français dans la base duquel ces revenus sont compris* ». La convention prévoyant expressément l'imposition en France avec octroi d'un crédit d'impôt pour les bénéfiques et revenus positifs seulement, le maintien de l'imputation en France des déficits fonciers de source allemande n'était pas d'évidence.

En ce sens, la **cour administrative d'appel de Versailles avait conclu à la solution inverse** par un arrêt du 8 juillet 2015⁵⁶. Les juges refusaient alors toute possibilité d'imputation sur le revenu global soumis à impôt en France des déficits commerciaux et non commerciaux provenant d'activités exercées en Allemagne. Cependant, les juges ne se fondaient pas directement sur l'article 20 de la convention, lequel prévoit le maintien du droit d'imposer de la France au titre des bénéfiques et revenus positifs, mais avaient estimé,

de manière générale et définitive qu' « *une convention fiscale internationale qui prive la France de son pouvoir d'imposer les bénéfiques non commerciaux provenant d'une activité libérale réalisée hors de France fait obstacle à ce que le déficit résultant d'une telle activité soit pris en compte pour la détermination du revenu imposable à l'impôt sur le revenu* » et, ce, indépendamment de la méthode de suppression des doubles impositions retenues par la convention.

La **solution retenue par la cour administrative d'appel de Lyon le 8 janvier 2019 paraît néanmoins plus respectueuse de la répartition du droit d'imposer convenue entre les parties à la convention**. À l'inverse de la méthode de l'exonération, la méthode de l'imputation de l'impôt payé dans l'État de source conduit à un maintien partiel du droit d'imposer de l'État de résidence à raison des revenus de source étrangère, du moins lorsque l'impôt local est supérieur à l'impôt payé dans l'État de source. Dès lors que l'État de résidence entend maintenir partiellement sa compétence fiscale à l'égard des revenus de source étrangère, la prise en compte des déficits étrangers par ce même État paraît s'imposer à défaut d'impôt payé dans l'État de source.

19. La solution inverse soulèverait, en tout état de cause, des difficultés au regard du droit de l'Union européenne et, plus exactement, au regard du principe de libre circulation des capitaux. L'impossibilité d'imputation des déficits fonciers de source étrangère pourrait, en effet, dissuader les contribuables résidents d'investir dans un immeuble locatif dans un autre État et, ainsi, constituer une restriction à la libre circulation des capitaux⁵⁷, laquelle est garantie non seulement entre États membres de l'Union européenne mais encore à l'égard des États tiers.

Cependant, se poserait alors la question de la justification de cette restriction par une raison impérieuse d'intérêt général tenant à la répartition du droit d'imposer entre États membres. Or celle-ci pourrait être envisagée de manière distincte selon que la répartition du droit d'imposer entre les États repose sur une exonération pure et simple du revenu ou qu'elle s'opère par une simple imputation de l'impôt payé dans l'autre État. Dans le premier cas, la répartition du droit d'imposer doit effectivement conduire à une prise en compte prioritaire sinon exclusive des déficits dans l'État de source, lequel demeure seul compétent à l'égard des revenus, positifs comme négatifs ; dans le second, en revanche, la répartition du droit d'imposer convenue entre les États ne paraît pas s'opposer, en tant que telle, à l'imputation des déficits dans l'État de résidence à défaut d'impôt payé dans l'État de source, l'État de résidence ménageant sa compétence fiscale à l'égard de ces revenus. Néanmoins, la justification de la restriction née du refus d'imputation des déficits étrangers par le risque de double emploi des pertes devrait alors être envisagée, notamment lorsque ces déficits sont reportables dans l'État de source.

54 CE, 17 juin 2017, n° 386579, Sté LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton : Dr. fisc. 2017, n° 10, p. 38, J.-L. Pierre. La loi de finances rectificative pour 2017 est venue exclure, pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2017, la déduction de l'impôt acquitté dans un État étranger conformément à une convention fiscale internationale et ce quelle que soient les stipulations de la convention (CGI, art. 39, 1, 4° issu L. fin. rect. 2017, n° 2017-1775, 28 déc. 2017, art. 14 : JO 29 déc. 2017, texte n° 1).

55 Sur ce point, v. not. M. Sadowsky, Le principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales : Dr. fisc. 2018, n° 45, étude 436, § 31.

56 CAA Versailles, 8 juill. 2015, n° 13VE02067 : Dr. fisc. 2016, n° 20, p. 75.

57 V. not. CJUE, 7 nov. 2013, C-322/11 (restriction à la libre circulation des capitaux née du refus d'imputation des moins-values sur immeubles situés dans un autre État) : JCPG 2013, n° 49, p. 2220, obs. F. Picod ; BMIS 2014, n° 2, p. 114, obs. A. Périn-Dureau.

En toutes hypothèses, la justification de la mesure supposerait encore de vérifier sa proportionnalité à l'objectif poursuivi. Or, la Cour de justice de l'Union européenne estime, en matière d'imposition des bénéficiaires d'entreprises, que le refus général et définitif de prise en compte des pertes étrangères constitue une restriction disproportionnée à l'objectif poursuivi⁵⁸. L'imputation des déficits fonciers de source étrangère dans l'État de résidence pourrait ainsi être admise, du moins lorsque les possibilités d'imputation des déficits dans l'État de source sont épuisées du fait, notamment, de l'arrêt de l'activité locative dans l'État de source.

A. PÉRIN-DUREAU ■

Trusts et institutions comparables

20. Trust – Affaire North Carolina Department of Revenue v. The Kimberley Rice Kaestner 1992 – Dans l'affaire *North Carolina Department of Revenue v. The Kimberley Rice Kaestner 1992*, en instance devant la Cour suprême des États-Unis, différentes opinions ont été déposées pour éclairer la Cour et les parties ont présenté leurs plaidoiries.

21. Cette affaire américaine sera certainement l'une des plus importantes en matière de fiscalité applicable aux trusts. En l'espèce, plusieurs questions se posent : est-ce que la clause de garantie constitutionnelle (*Due Process*⁵⁹) contenue à la section 1 du XIV^e amendement de la Constitution américaine empêche l'État de Caroline du Nord d'imposer des revenus non distribués à un bénéficiaire résident d'un trust établi à New York ? Comment la clause fédérale s'articule-t-elle avec la clause de même nature contenue à l'article I section 19 de la Constitution de l'État de Caroline du Nord⁶⁰ ? Autrement dit, l'État de Caroline du Nord peut-il imposer un trust, dont le constituant et l'administrateur sont à New York, au seul motif que le bénéficiaire est l'un de ses résidents ? La divergence des pratiques entre États fédérés et l'absence d'harmonisation

des critères ne permettent pas, à l'heure actuelle, de donner une réponse claire à cette question⁶¹.

22. Les faits sont les suivants : en 1992, M. Joseph Lee Rice III constitue un trust pour ses trois enfants. À l'époque, le trustee est M. William B. Matteson. Au moment de la constitution du trust, aucun bénéficiaire n'avait de lien avec l'État de Caroline du Nord. Ce lien ne s'établit qu'en 1997, quand l'un des enfants - Ms Kimberley Rice Kaestner - décide de partir en Caroline du Nord pour y installer sa résidence. Pour le reste, les activités d'administration du trust et de la localisation des actifs restent en dehors de cet État. En 2002, le trust est divisé en trois trusts, un pour chaque enfant. En 2005, le nouveau trustee M. David Bernstein, résident du Connecticut, remplit une déclaration fiscale en Caroline du Nord pour le trust de Ms Kimberley Rice Kaestner pour des revenus non distribués pour les années 2005 à 2008. En 2009, une demande de remboursement pour un montant de 1 303 172,00 \$ est effectuée pour ces années, sur le fondement de la clause de *Due process* au motif que le trust n'a pas de lien suffisant avec l'État de Caroline du Nord pour pouvoir y être taxé. L'administration fiscale de l'État de Caroline du Nord a refusé la demande de remboursement⁶². La Cour suprême de Caroline du Nord a affirmé l'inconstitutionnalité de cette imposition du fait de l'absence de liens suffisants entre l'État fédéré et le trust sur le fondement des clauses constitutionnelles contenues dans les constitutions respectives des États-Unis et de l'État fédéré⁶³. Cet arrêt a fait l'objet de la procédure du *writ of certiorari*⁶⁴ qui permettra à la Cour suprême fédérale de rejurer l'affaire au fond, au motif que la décision rendue au niveau fédéré soulève des problèmes juridiques tels sur le plan fédéral que la Cour Suprême des États-Unis doit se prononcer.

23. Dans l'attente d'une telle décision, **différentes opinions ont été déposées pour éclairer la Cour** et l'aider à trancher par des personnes ou organismes tiers à l'affaire (*Amicus Curiae*), mais aussi par des personnes directement liées. Au titre des personnes extérieures, on peut citer comme exemples l'American College of Trust & Estate Counsel⁶⁵, le New York Bar Association⁶⁶, un groupe de professeurs de droit fiscal⁶⁷ ou encore un groupe d'États fédérés⁶⁸. De l'ensemble de ces opinions, **deux principaux arguments sont développés.**

58 CJCE, 13 déc. 2005, C-446/03, Marks & Spencer, exception récemment rappelée par CJUE, gde ch., 12 juin 2018, C-650/16, A/S Bevola, Jens W. Trock ApS.

59 Cette garantie vise à protéger tout citoyen américain de la privation de vie, de liberté et de biens sans application régulière de la loi (*Due process of law*) et du refus de l'égalité de protection des lois. La version anglaise est ainsi rédigée : « *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law* ».

60 La version anglaise est la suivante : « *No person shall be taken, imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, or exiled, or in any manner deprived of his life, liberty, or property, but by the law of the land. No person shall be denied the equal protection of the laws; nor shall any person be subjected to discrimination by the State because of race, color, religion, or national origin* ».

61 Voir notre précédente chronique (FI 1-2019, n° 8, § 55).

62 *Kimberly Rice Kaestner 1992 Family Trust*, 371 N.C. at 134.

63 *State of North Carolina in Supreme Court, Kimberley Rice vs. North Carolina Department of Revenue*, n°307PA15-2, 8 June 2018, Reported 814 S.E.2d 43, N.C. 2018. Pour un commentaire, voir Bland R., *Non-resident trusts, Resident beneficiaries, and Due Process* : Tax Notes, 7 January 2019, pp. 61-63.

64 *In the Supreme Court of the United States, North Carolina Department of Revenue vs The Kimberley Rice Kaestner 1992 Family Trust, Petition for a writ of certiorari*, 9 October 2018.

65 *Brief amicus curiae for the American College of Trust and Estate counsel in support of neither party*, n° 18-457, 1st march 2019.

66 *Brief of Amicus curiae the New York state Bar Association in support of respondent*, n° 18-457, 22 March 2019.

67 *Brief of tax law professors as Amici curiae in support of petitioner*, n° 18-457, 28 February 2019.

68 *Brief for Minnesota and nineteen other states and the district of Columbia as Amici Curiae supporting the petitioner*, n° 18-457, 1st March 2019.

> La première question centrale est celle de la **taxation de revenus non distribués à un résident de Caroline du Nord, provenant d'un autre État**. En réalité, la situation de la Caroline du Nord n'est pas commune, puisqu'elle fait partie des rares États (avec le Tennessee, la Géorgie et la Californie) à imposer selon la résidence du bénéficiaire. En pratique, des difficultés peuvent naître de la multiplicité de résidence conduisant à des situations de non-imposition, ou de double imposition impossible à éliminer en l'absence de mécanisme d'élimination. En outre, on peut considérer que le lien de connexion minimum exigée par la Constitution pour taxer n'est pas rempli du fait de l'absence de distribution du revenu. Si tel était le cas, le risque serait alors le changement de résidence dans un État qui ne prévoit pas d'imposition, à l'image de la Floride, à la seule fin de percevoir le revenu. Pour lutter contre ce phénomène, une règle dite « *throwback rule* » permet de récupérer l'impôt en taxant le revenu non distribué au moment où il est gagné, mais peu d'États⁶⁹ l'ont mise en place.

> La deuxième question centrale porte sur l'**appréciation de ce lien « minimum », et notamment l'application de la décision *Quill Corp***⁷⁰. Selon cette décision, un vendeur ne peut collecter la *Sales tax* pour un État si, et seulement si, ce vendeur a une présence physique dans cet État. En effet, pour l'imposition par un État, la clause de *Due process* requiert l'existence d'un lien certain et « minimum » entre un État et une personne, un bien ou une opération. Toutefois, cette décision a connu un revirement, puisque l'arrêt *Wayfair* du 21 juin 2018⁷¹ a affirmé qu'une présence économique significative pouvait suffire à collecter la taxe. Par conséquent, on est passé d'un critère de la présence physique à celui d'un lien substantiel virtuel. La question est donc de savoir si on peut se servir de cet arrêt *Wayfair* dans l'affaire *Kimberley Rice Kaestner*. Tel est l'avis du département fiscal de l'État de Caroline du Nord qui affirme que la seule façon de ne pas créer une niche fiscale (*tax shelter*) est de suivre la décision *Wayfair*⁷². En outre, l'argument selon lequel seul le lien avec le trustee est à prendre en compte pour la clause de *Due process* va à l'encontre des principes fondamentaux applicables aux trusts, puisque ce n'est pas le trustee qui est le « véritable » propriétaire des actifs du trust mais le bénéficiaire⁷³. Pour certains, la décision *Wayfair* ne s'applique que dans le contexte de la clause de commerce et pas dans celui de la clause *Due process*⁷⁴.

24. Le 16 avril 2019, les parties ont présenté devant la Cour suprême des États-Unis leurs plaidoiries⁷⁵. L'administration fiscale de l'État de Caroline du Nord a expliqué

que la protection et les avantages accordés par l'État à ses résidents ainsi que le fait que les véritables propriétaires du trust sont les bénéficiaires suffisent à l'imposition. En outre, la logique de l'imposition sur le fondement de la résidence du bénéficiaire prévient l'évitement fiscal et en cas de taxation multiple, l'État a mis en place un système d'élimination de la double imposition du trust par le biais d'un crédit d'impôt. De son côté, le représentant du trust a précisé que Ms Kimberley Rice Kaestner ne disposait pas des revenus litigieux et n'avait sur eux aucun contrôle. Elle n'a rien reçu, elle ne peut pas en disposer et elle n'a aucune garantie qu'elle recevra à l'avenir quoi que ce soit.

Les **juges se sont montrés plutôt favorables aux arguments en faveur du trust**. Concernant les développements de l'administration fiscale, les juges ont exprimé leur scepticisme à l'idée que la Caroline du Nord puisse taxer un revenu que le bénéficiaire pourrait ne jamais recevoir. En réalité, c'est le trustee qui a le pouvoir de distribution des revenus. Le maintien de la décision de la Cour suprême de Caroline du Nord aurait pour effet de remettre en cause la jurisprudence antérieure. Une chose est certaine, **l'arrêt que rendra la Cour suprême à la fin du mois de juin 2019 devrait clarifier l'application de la doctrine fiscale du *Due process***.

M. SADOWSKY ■

25. Trust – Fonds de pension – Comparabilité avec des OSBL français - Retenue à la source – Délai de réclamation - Le Conseil d'État juge, à propos de demandes de restitution de retenue à la source déposées par des fonds de pension américains constitués sous la forme de trusts, d'une part, que la décision *Stichting Unilever* de 2009 révèle directement la non-conformité de la loi française au droit de l'UE et constitue un événement ouvrant un délai de réclamation, et d'autre part, annule l'analyse des juges du fond quant à l'assimilation des trusts américains à des organismes sans but lucratif français.

CE, 9^e ch., 30 janv. 2019, n° 410137, Ford Motor Company Defined Benefit Master Trust, n° 410158, Southern California Edison Retirement Plan, n° 410168, Southern California Edison Retirement Plan (V. annexe 6)

26. Par une série d'arrêts rendus le même jour, et avec une rédaction quasi identique, le Conseil d'État s'est prononcé à propos de fonds de pension étrangers. Les espèces sont relativement similaires, puisque trois fonds de pension américains constitués sous la forme de trusts de droit américain ont reçu des dividendes de source française soumis à des retenues à la source au taux de 15%, sur le fondement combiné des articles 119 bis et 187 du CGI et de la convention fiscale franco-américaine. Dans ces trois cas, le Conseil d'État a dû se prononcer sur l'action introduite par ces trusts en restitution de retenues à la source prélevées sur les dividendes de source française au titre des années 2006 à 2009, annulées par le

69 Tel est le cas de la Pennsylvanie, de la Californie et de New York.

70 *Quill Corp. v. North Dakota*, 504 U.S. 298, 306, 1992.

71 *South Dakota v. Wayfair Inc.*, 138 S. Ct. 2080, 2018 (FI 1-2019, n° 11, § 91).

72 *Petitioner's reply brief*, n°18-457, 5 April 2019, p. 25.

73 *Ibid.* p. 2.

74 *Brief amicus curiae for the American College of Trust and Estate counsel in support of neither party*, n°18-457, 1st march 2019, p. 24 et s.

75 *Muse A., North Carolina's position on trust questioned : Tax analysts*, 17 April 2019.

juge de première instance⁷⁶ et rétablies en appel⁷⁷.

Deux questions se posaient, relatives d'une part, à l'introduction tardive de la réclamation et, d'autre part, aux critères de comparabilité des trusts américains aux organismes sans but lucratif français.

27. La première question porte sur le **délaï de réclamation relatif à la demande de restitution des retenues à la source** et, notamment, sur l'interprétation par le Conseil d'État des articles L. 190 et R. 196-1, c du LPF. Sur le fondement d'une lecture combinée de ces textes, le contribuable peut présenter une réclamation à l'administration au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle de la réalisation de l'évènement qui motive la réclamation, en sachant qu'une décision juridictionnelle ou un avis mentionnés aux alinéas 3 et 5 de l'article L. 190 du LPF ne constitue pas un tel évènement. Sont visées toutes actions fondées sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure, révélée par une décision juridictionnelle ou par un avis rendu au contentieux (al. 3). Il faut entendre par « *décision juridictionnelle ou un avis rendu au contentieux* » (al. 5) : « *les décisions du Conseil d'État ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 113-1 du code de justice administrative, les arrêts de la Cour de cassation ainsi que les avis rendus en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, les arrêts du Tribunal des conflits et les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne se prononçant sur un recours en annulation, sur une action en manquement ou sur une question préjudicielle* ». Dans ces trois espèces, il s'agissait de déterminer si la décision *Sté Stichting Unilever* du Conseil d'État du 13 février 2009⁷⁸ constitue un « évènement » de nature à rouvrir le délai de réclamation pour les retenues acquittées. Les réclamations dans ces affaires avaient toutes été introduites en 2011, soit avant la réforme du 1^{er} janvier 2013.

Pour le Conseil d'État, cette décision de 2009 qui annule le refus d'abroger des instructions fiscales, se bornant à appliquer une loi dont les dispositions instituent une restriction à la liberté de circulation des capitaux prohibée par l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne, est une décision juridictionnelle qui constitue la réalisation d'un « évènement » pour l'application de l'article R. 196-1, c) du LPF. La **formulation retenue par les juges de cassation est intéressante, puisqu'elle précise que cette décision révèle « directement » la non-conformité de la loi fiscale à une norme supérieure**. Autrement dit, l'interprétation du Conseil laisse à supposer la distinction entre deux catégories

de décisions juridictionnelles directes et indirectes, ce que le texte ne prévoit pas. Il est évident qu'une telle interprétation ne manquera pas d'accroître les contentieux à l'avenir. La jurisprudence est dans ce domaine assez abondante, à l'image d'une série récente d'avis du Conseil d'État qui vient préciser que ne constituent pas en elles-mêmes un évènement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation la décision de non-conformité rendue par le Conseil constitutionnel à la suite d'une QPC⁷⁹ et la déclaration d'inconstitutionnalité - assortie ou non d'une réserve d'interprétation - d'une disposition législative⁸⁰.

28. La **deuxième question porte sur l'assimilation des trusts américains à des organismes sans but lucratif français**. Ces trois arrêts s'inscrivent dans une jurisprudence abondante relative à des fonds de pension étrangers qui cherchent à se voir accorder le bénéfice des mêmes règles d'imposition que celles applicables aux organismes français à but non lucratif. D'ailleurs, c'est en suivant une telle démarche que le fonds de pension néerlandais *Stichting Unilever* est parvenu à la reconnaissance d'une égalité de traitement entre fonds de pension résidents et non résidents sur le fondement d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux. Ainsi, une clause de non-discrimination peut s'appliquer à une fondation de droit étranger à laquelle est reconnu un but non lucratif au sens du droit français. En réalité, il résulte de la combinaison des articles 206, 5, c), 206, 1 et 207, 1, 5 bis du CGI qu'un organisme établi en France qui a pour objet de servir des pensions de retraite dont la gestion est désintéressée et dont les activités non lucratives restent prépondérantes est assujéti à l'impôt sur les sociétés à raison des revenus de capitaux mobiliers. En revanche, les dividendes de sociétés établies en France perçus par ces organismes ne sont pas imposables. Par conséquent, l'application de la retenue à la source aux versements de dividendes de sociétés françaises à de tels organismes établis dans l'UE constitue une restriction à la libre circulation des capitaux. En l'absence de justification d'une telle restriction, les fonds de pension établis en France sont ainsi privés de la possibilité de prouver qu'ils peuvent bénéficier de l'exonération d'IS prévue à l'article 206, 5 du CGI à raison de la perception de dividendes de sociétés françaises. Les fonds de pension doivent pouvoir prouver le caractère désintéressé de leur gestion et l'absence de similarité dans l'exercice de leur activité par rapport à une entreprise commerciale.

Dans ces trois affaires, c'est justement sur la preuve de ce caractère que revient le Conseil d'État, en précisant les éléments d'appréciation à prendre en compte. Dans tous les cas, la loi fédérale américaine de 1974 sur la sécurité des retraites interdit de rémunérer sur les actifs du trust les personnes qui le dirigent quand elles sont salariées par un employeur participant au plan de pension. Or, dans les accords fondateurs (*trust deed*) des trusts litigieux, les pouvoirs d'administration

76 TA Montreuil, 30 déc. 2014, n° 1309908, *Southern California Edison Retirement Plan*. - TA Montreuil, 16 déc. 2014, n° 1304194, *Lockheed Martin Corporation Master Retirement Trust* et n° 1300799, *Ford Motor Company Defined Benefit Master Trust*.

77 CAA Versailles, 29 déc. 2016, n° 15VE00506, *Lockheed Martin Corporation Master Retirement Trust*, n° 15VE00503, n° 15VE01059, *Ford Motor Company Defined Benefit Master Trust* et n° 15VE00482, n° 15VE01055, *Southern California Edison Retirement Plan*.

78 CE, 13 févr. 2009, n° 298108, *Sté Stichting Unilever* : V. Agulhon et N. Sénéchault, Liberté de circulation des capitaux – Placements financiers en France des organismes étrangers à but non lucratif : le Conseil d'État juge discriminatoire l'application de la retenue à la source de l'article 119 bis 2 du CGI : Dr. fisc. 2009, n° 12-13, comm. 253.

79 CE, avis, 11 janv. 2019, n° 424819, *SCI Maximoise de Création* et n° 424821, *SAS Aegir*.

80 CE, avis, 6 févr. 2019, n° 425509, M. B et n° 425511, *SAS Bourgogne Primeurs*.

et de gestion sont accordés tantôt à un comité d'investissement, tantôt à différentes personnes autorisées ou désignées, sans que l'on sache si ces personnes sont salariées par un employeur participant au plan. Dans ce contexte, il aurait fallu utiliser les conditions relatives à la caractérisation du désintéressement posées par l'article 261, 7, 1° du CGI relatif à l'exonération de TVA pour les organismes d'utilité publique. Si le principe est celui d'une gestion ou d'une administration à titre bénévole sans aucun intérêt dans les résultats de l'exploitation, il existe toutefois une exception pour les associations reconnues d'utilité publique. En effet, quand l'exercice de fonctions dévolues aux dirigeants justifie le versement d'une rémunération, elle doit être « adéquate » et « proportionnée » en accord avec les statuts et les modalités de fonctionnement. Des plafonds annuels sont ainsi donnés par l'article 261, 7, 1° du CGI en fonction du nombre de dirigeants : un dirigeant⁸¹, deux⁸², voire trois⁸³. Dans tous les cas, le montant total des

81 La rémunération est possible pour un dirigeant « si le montant annuel des ressources, majorées de celles des organismes qui lui sont affiliés et qui remplissent les conditions leur permettant de bénéficier de la présente disposition, hors ressources issues des versements effectués par des personnes morales de droit public, est supérieur à 200 000 € en moyenne sur les trois exercices clos précédant celui pendant lequel la rémunération est versée ».

82 La rémunération est possible pour deux dirigeants « si le montant annuel de ses ressources, majorées de celles des organismes qui lui sont affiliés et qui remplissent les conditions leur permettant de bénéficier de la présente disposition, hors ressources issues des versements effectués par des personnes morales de droit public, est supérieur à 500 000 €, en moyenne sur les trois exercices clos précédant celui pendant lequel la rémunération est versée ».

83 La rémunération est possible pour trois dirigeants « si le montant annuel de ses ressources, majorées de celles des organismes qui lui sont affiliés et qui remplissent les conditions leur permettant de bénéficier de la présente disposition, hors ressources issues des versements effectués par des personnes morales de droit public, est supérieur à 1 000 000 € en moyenne sur les trois exercices clos précédant celui pendant lequel la rémunération est versée ».

rémunérations ne pourra pas dépasser trois fois le montant du plafond visé à l'article L. 241-3 du code de la sécurité sociale.

Comme l'assimilation avec un organisme de droit étranger n'est pas prévue par le texte, les juges précisent que « leur gestion doit être regardée comme désintéressée (...) si la rémunération versée à leurs dirigeants et le nombre de ceux-ci ne sont pas, eu égard aux sujétions qui leur sont imposées et compte tenu des règles spécifiques auxquelles les organismes sont soumis dans leur État de résidence » disproportionnée par rapport à ces limites. Les juges d'appel auraient ainsi dû rechercher ce caractère disproportionné sur le fondement des rémunérations versées par les fonds de pension étrangers, détaillées dans une déclaration fiscale spécifique (Form 5500, schedule C) produite à l'instance donnant la précision du nombre de bénéficiaires et des montants concernés. L'analyse des règles spécifiques et des sujétions auxquels ces organismes sont soumis dans leur État de résidence est fondamentale pour se livrer à l'exercice de comparabilité. On se souvient que dans l'affaire *Wellcome Trust*⁸⁴, le Conseil d'État avait justement procédé à cette comparaison du point de vue d'un « charitable trust » de droit britannique. Il avait ainsi admis qu'avec un montant de revenus annuels de plus de 200 millions d'euros et onze dirigeants, cette fondation était comparable à celle d'un organisme sans but lucratif français. Attendons donc le nouvel examen de la Cour administrative d'appel de Versailles devant laquelle les trois affaires sont renvoyées, car seule l'analyse des circonstances de fait permettra l'examen de la comparabilité.

M. SADOWSKY ■

84 CE, 22 mai 2015, n° 369819, *Wellcome Trust* : S. Austry et J. Saïac, Le juge de l'impôt et les grandes libertés européennes : comparabilité n'est pas identité ! : Dr. fisc. 2015, n° 29, comm. 429.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CJUE, 7e ch., 14 mars 2019, C-372/18, Dreyer

Annexe 2 : CAA Versailles, 1^{re} ch., 29 janv. 2019, n° 17VE01426

Annexe 3 : TA Nîmes, 3^e ch., 25 janv. 2019, n° 1700061, Paganelli

Annexe 4 : TA Versailles, 5^e ch., 22 janv. 2019, n° 1701548, Müller

Annexe 5 : CAA Lyon, 2^e ch., 8 janv. 2019, n° 17LY02151, Min. c/ Lindner, concl. J.-P. Vallecchia

Annexe 6 : CE, 9e ch., 30 janv. 2019, n° 410137, *Ford Motor Company Defined Benefit Master Trust*, n° 410158, *Southern California Edison Retirement Plan*, n° 410168, *Southern California Edison Retirement Plan*