

DIVIDENDES - INTÉRÊTS REDEVANCES

Chronique d'actualité



Emmanuel DINH,
Maître de conférences
à l'Université Paris Dauphine
Avocat, STC Partners



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

Dividendes et autres revenus distribués

- > **Dividendes entrants** - Le Conseil d'État saisit la CJUE d'une question préjudicielle relative à la compatibilité avec le principe de libre circulation des capitaux de la règle de calcul de limitation du crédit d'impôt attaché à la retenue à la source prélevée sur les dividendes de source étrangère perçus par des sociétés résidentes de France au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus (V. § 1).
- > Le Conseil d'État juge que des acomptes sur dividendes versés en cours d'exercice à une société française par sa filiale britannique ont, dans leur totalité, le caractère de produits de participation au sens de l'article 216 du CGI et relèvent donc du régime des sociétés mères, dès lors que leur perception procède, pour leur montant total, des droits attachés aux titres de participation détenus par la société française, alors même que le montant de ces acomptes s'est révélé supérieur à celui des sommes distribuables par la filiale à la clôture de l'exercice au cours duquel ces acomptes ont été versés (V. § 9).

Redevances

- > La CAA de Versailles juge que les opérations de maintenance de logiciels constituent des prestations de services ; les rémunérations y afférentes ne peuvent donc être qualifiées de redevances et ne peuvent bénéficier du crédit d'impôt prévu pour celles-ci par les conventions conclues par la France avec les États de source (V. § 17).
- > La CAA de Versailles prononce, sur le fondement de la convention fiscale franco-britannique, la décharge complète de retenue à la source française sur les redevances versées par la SACEM à une société britannique, en ce compris pour la fraction de redevances reversée à des membres résidents d'autres États que le Royaume-Uni, au motif que le bénéficiaire effectif de ces sommes est la structure implantée au Royaume-Uni (V. § 24).

Dividendes et autres revenus distribués

Dividendes entrants

1. Dividendes entrants - Règle du butoir - Droit de l'UE - Question préjudicielle à la CJUE sur la compatibilité avec la libre circulation des capitaux - Le Conseil d'État saisit la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle relative à la compatibilité avec le principe de libre circulation des capitaux de la règle de calcul de limitation du crédit d'impôt attaché à la retenue à la source prélevée sur les dividendes de source étrangère perçus par des sociétés résidentes de France au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus.

CE, plén. fisc., 24 avr. 2019, n° 399952, Société Générale, concl. E. Cortot-Boucher (FI 3-2019, n° 2, § 12)

2. Le Conseil d'État, dans sa formation de plénière fiscale, a décidé, dans une décision *Société Générale* du 24 avril 2019, d'interroger à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne quant à la compatibilité avec le principe de la libre circulation des capitaux de la règle dite du butoir.

◇ Règle du butoir, élimination de la double imposition juridique et droit de l'UE : les contours de la problématique

3. Pour rappel, cette règle d'origine conventionnelle (elle figure à l'article 23 B du modèle de convention de l'OCDE) a vocation à s'appliquer, dans une situation internationale, lorsque des revenus prenant leur source dans un État, et versés à un résident d'un autre État, font l'objet d'une imposition conjointe par les deux États. En pratique, une telle situation concerne généralement les revenus passifs, notamment les dividendes. Dans ce type de cas, la double imposition juridique des revenus est éliminée au moyen de l'octroi par l'État de la résidence d'un crédit d'impôt égal au montant de l'impôt prélevé dans l'État de la source, qui aura vocation à s'imputer sur l'impôt dû dans l'État de la résidence, avec toutefois un plafond, correspondant à l'impôt afférent aux revenus en question, déterminé en application de ses propres règles fiscales. Le principe du plafonnement reflète l'idée que, si l'État de la résidence accepte de renoncer à exercer son pouvoir taxateur sur les revenus, il ne consent toutefois pas à un sacrifice plus grand, qui consisterait à accorder au bénéficiaire des revenus un crédit supérieur à l'impôt qu'il aurait appliqué si lesdits revenus avaient trouvé leur source sur son territoire, ce qui aurait mécaniquement pour effet de le faire participer au financement du budget de l'autre État par le jeu d'une réduction de ses propres recettes fiscales au titre des autres revenus de source nationale. Tel est le cas,

par exemple, si le taux pratiqué dans l'État de la source est plus élevé que dans l'État de la résidence. **Ce butoir, dans son principe, ne présente pas de contrariété avec le droit de l'Union européenne : il est de jurisprudence établie que les effets induits par une imputation du crédit d'impôt sans cette limite seraient de nature à porter atteinte à la souveraineté des États en matière de fiscalité directe¹.**

En revanche, ce sont les **modalités de calcul du butoir, telles que précisées par le Conseil d'État, dont l'euro-compatibilité est questionnée**. En effet, dans une décision de plénière fiscale SA *Crédit Industriel et Commercial* du 7 décembre 2015², le Conseil d'État, saisi d'une affaire concernant une société française qui avait emprunté des titres ayant donné lieu au versement de dividendes de source italienne sur lesquels une retenue à la source avait été prélevée, a considéré qu'en l'absence de toute stipulation contraire de la convention fiscale applicable, le plafond devait être déterminé en appliquant aux dividendes ayant fait l'objet de la retenue à la source en Italie, pour leur montant brut, l'ensemble des dispositions du CGI relatives à l'impôt sur les sociétés et qu'il y avait lieu, par suite, en application de l'article 39 du code applicable en matière d'IS en vertu de l'article 209, de déduire du montant brut de ces dividendes, pour déterminer le montant maximal du crédit d'impôt susceptible d'être imputé sur l'impôt français, **l'ensemble des charges justifiées directement liées à l'acquisition, à la conservation ou à la cession des titres ayant donné lieu à la perception des dividendes** et n'ayant pas pour contrepartie un accroissement de l'actif, sauf exclusion par des dispositions spécifiques. Ce faisant, la Haute assemblée a donc retenu une **conception particulièrement extensive des charges devant être prises en compte aux fins de détermination du butoir**, en opposition avec un avis du 31 mars 2009, par lequel la section des finances avait préconisé une approche restrictive, autorisant une imputation maximale du crédit d'impôt³. En substance, la méthodologie préconisée suppose donc de déterminer un impôt théorique dont l'assiette est composée des dividendes bruts diminués des charges y rattachées, cet impôt théorique constituant lui-même la base d'imputation du crédit d'impôt (c'est par le jeu de cette fiction que l'on reconstitue l'impôt national correspondant auxdits revenus). Il en ressort donc, en toute logique, que plus les charges rattachées aux dividendes sont importantes, plus l'impôt théorique correspondant sera faible, et plus les capacités d'imputation du crédit d'impôt seront limitées. **Dès lors, au maximum, si les charges rattachées sont supérieures ou égales aux dividendes perçus, il s'ensuit que la base d'imputation est annulée, et que le crédit d'impôt tombe en non-valeur. Tout l'enjeu réside donc dans l'étendue des charges qu'il y a lieu de considérer comme liées aux produits, et sur l'effet potentiellement discriminatoire d'une conception large des charges devant être prises en compte lorsque l'on procède à une comparaison avec une situation purement domestique.**

1 CJCE, 12 mai 1998, C-336/96, Gilly, spéc. pt 48 : Rec. p. I-2793.

2 CE, plén. fisc., 7 déc. 2015, n° 357189, SA *Crédit Industriel et Commercial*.

3 CE, avis, sect. 31 mars 2009, n° 382545.

4. C'est cette problématique qui est au cœur du sujet, et qui concerne, en pratique, essentiellement les sociétés procédant à des **opérations sur des titres dont elles acquièrent temporairement la propriété. La relevance de la norme européenne** est acquise, au regard de la distinction entre répartition et exercice du pouvoir d'imposition. En effet, l'on sait qu'il n'existe pas de mesure européenne d'unification ou d'harmonisation en matière d'élimination de la double imposition, et par conséquent que les États membres sont souverains pour déterminer les critères d'imposition des revenus en vue d'éliminer les doubles impositions juridiques, le cas échéant par voie conventionnelle. Toutefois, au stade de l'exercice du pouvoir d'imposition ainsi réparti, les États sont tenus de respecter les règles de l'Union. C'est l'effet quelque peu paradoxal de cette situation : si les États membres ne sont pas tenus, en vertu du droit de l'Union européenne, d'adopter des mesures relatives à l'élimination de la double imposition juridique internationale, ils sont toutefois obligés de respecter le droit de l'Union européenne lorsqu'ils ont fait le choix de mettre en œuvre de telles mesures. Il ne fait pas de doute que les modalités de calcul de la base d'imputation du crédit d'impôt relèvent d'une logique d'exercice du pouvoir taxateur, et sont donc inféodées aux principes du droit de l'Union. À ce titre, la Cour de justice a déjà jugé que si le droit de l'Union n'impose pas à un État membre de procéder à une compensation du désavantage résultant d'une imposition en chaîne provenant exclusivement de l'exercice parallèle des compétences fiscales des États, il incombe néanmoins à un État membre qui a décidé de prévoir une telle compensation d'exercer cette faculté conformément au droit de l'Union⁴.

♦ L'affaire *Société Générale*, ou une illustration topique de la problématique

5. Dans l'affaire ici commentée, la **Société Générale Asset Management (SGAM) s'était livrée à deux séries d'opérations, consistant en des opérations de prêt de titres et de structuration de fonds**. Dans le cadre des opérations de prêt de titres, l'emprunteur remettait des titres à la banque aux fins de garantir ceux qui lui étaient prêtés par celle-ci. Aux termes du contrat liant la banque à l'emprunteur, la première s'engageait à restituer au second des titres équivalents à ceux remis en garantie, afin qu'il bénéficie des dividendes attachés à ces titres ; à défaut, la banque s'engageait à verser à l'emprunteur une somme d'argent ou à lui remettre des biens pour une valeur égale au montant des dividendes. Les opérations de structuration de fonds consistaient, quant à elles, pour la banque, à gérer des paniers d'actions dont elle se portait acquéreuse. La banque percevait les dividendes attachés aux titres composant les paniers d'actions, et était tenue de reverser aux investisseurs une somme correspondant aux dividendes perçus ainsi qu'à l'augmentation de la valeur des titres. En contrepartie, les investisseurs versaient à la banque une rémunération fixe au titre de la gestion du panier d'actions. Au titre de ces deux activités, la banque avait

perçu des dividendes en provenance d'Italie, du Royaume-Uni et des Pays-Bas, amputés de retenues à la source dans ces États.

Le litige porté devant le Conseil d'État, à la suite d'une décision de la cour administrative d'appel de Versailles du 16 mars 2016 ayant donné raison à l'administration fiscale, concerne donc la mise en œuvre des modalités de calcul du butoir dans ce type d'opération, suivant les règles fixées dans le précédent *SA Crédit Industriel et Commercial* du 7 décembre 2015. **Plus précisément, la question posée est celle de la compatibilité avec la libre circulation des capitaux de l'inclusion, parmi les charges devant être déduites en vue de la détermination du butoir, des sommes reversées aux cocontractants de la banque, laquelle a, concrètement pour effet de supprimer la base d'imputation du crédit d'impôt.** La question avait déjà été soulevée dans l'affaire *SA Crédit Industriel et Commercial*, mais à l'époque le Conseil d'État avait annulé la décision de la cour administrative d'appel qui lui était déférée pour erreur de droit, et avait choisi de ne pas régler l'affaire au fond. Cette nouvelle affaire donne donc l'opportunité de purger cette question, dont la Haute assemblée a jugé qu'elle méritait d'être transmise à la Cour de justice.

6. On le voit, le caractère potentiellement discriminatoire des règles de calcul du butoir réside dans le fait que les modalités de calcul du butoir sont susceptibles d'entraîner un désavantage au détriment des placements transfrontaliers par rapport aux placements domestiques. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre l'exemple simple suivant.

Exemple : Soit une banque percevant (i) dans le cadre d'une opération de prêt de titres, des dividendes (par hypothèse se trouvant en-dehors du champ du régime des sociétés mères et filiales) pour un montant de 100, et devant reverser 100% des dividendes perçus à son cocontractant, et (ii) d'autres revenus pour un montant de 200.

Si les titres en question sont des titres détenus dans une société française, la situation sera la suivante : la banque va comptabiliser un produit de 100 au titre des dividendes perçus (par hypothèse non soumis à retenue à la source en tant que produits de source interne), un produit de 200 au titre des autres revenus, et une charge de 100, déduite en vertu de ses obligations contractuelles. Au total, elle va donc déclarer un résultat imposable de 200. L'impôt sur les sociétés auquel elle se trouve assujettie s'élève à 67, soit un taux effectif d'imposition de 33% (67/200).

Si, en revanche, les titres sont détenus dans une société résidente d'un autre État, qui pratique en vertu de la convention le liant à la France une retenue à la source au taux de 15% sur les dividendes, la situation sera la suivante : une retenue à la source de 15 sera prélevée dans l'État d'origine ; la banque va comptabiliser un produit de 100 (85 de dividende net + 15 de crédit d'impôt conventionnel), un produit de 200 au titre des autres revenus, et déduire une charge de 100, ce qui amènera son résultat imposable à 200. C'est alors que se pose la question du

4 CJUE, 20 mai 2008, C-194/06, Orange European Smallcap Fund, pt 47.

butoir pour déterminer dans quelle mesure le crédit d'impôt compensant la retenue à la source est imputable sur l'IS : selon la conception extensive de la décision *SA Crédit Industriel et Commercial*, l'assiette du butoir devrait tenir compte du montant de charges reversées de 100. Il en ressort donc une assiette du butoir de 0 (100 - 100), et donc un crédit d'impôt plafonné fixé à 0, la totalité du crédit d'impôt, soit 15, tombant en non-valeur. Il en ressort, au total, un taux effectif d'imposition de 41% [(15+67)/200]. En résumé, dans l'hypothèse d'un taux de retenue à la source de 15%, la situation domestique sera mécaniquement mieux traitée que la situation transfrontalière à partir du moment où le montant des dividendes à reverser excèdera 55 si l'on prend une base 100 de produits (conduisant à une assiette du butoir de 45, et donc un crédit d'impôt plafonné fixé à 15, soit le montant effectif de la retenue à la source). À défaut, la distribution transfrontalière subira nécessairement une surcharge fiscale par rapport à la distribution domestique.

◇ Quelle sera la position de la CJUE ?

7. Quelle réponse la Cour de justice apportera-t-elle ? Il est difficile de faire un pronostic, car il est vrai que la question posée est inédite. Si l'on tente de réfléchir à la manière dont la règle du butoir, telle qu'interprétée par le Conseil d'État dans sa décision de 2015, sera confrontée à ces principes, il y a lieu de déployer les étapes du raisonnement.

L'identification de la **restriction à la libre circulation des capitaux**, telle qu'éclairée par l'exemple que nous avons pris ci-dessus, nous paraît assurée. On notera d'ores et déjà, sur ce point, que la Haute assemblée, suivant les conclusions d'E. Cortot-Boucher, et contrairement à la cour administrative d'appel, ne se satisfait pas de l'argument invoqué par l'administration selon lequel il n'y aurait pas de différence de traitement au motif que le régime d'imputation du crédit d'impôt applicable aux revenus de source française ayant subi une retenue à la source, prévu au a) du 1 de l'article 220 du CGI, ne serait pas différent de celui applicable aux revenus de source étrangère. De fait, les dispositions du a) du 1 de l'article 220 du CGI ne s'appliquent plus guère qu'aux intérêts d'obligations émises avant le 1^{er} janvier 1987, si tant est qu'il reste de tels titres en circulation.

Quant à la **comparabilité des situations**, elle nous paraît aussi acquise tant il est vrai qu'il nous semble exister une identité objective entre la situation domestique et la situation transfrontalière.

La seule justification à la restriction ne pourra donc venir que de l'**identification d'une raison impérieuse d'intérêt général**, sous réserve, naturellement, du test de proportionnalité. **À ce titre, la solution du litige se jouera sans doute sur le terrain de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres.**

Sur ce point, notons que le précédent *Beker* du 28 février 2013⁵ fournit une piste, sans toutefois offrir une solution parfaitement transposable. Dans cette affaire, la Cour de

justice a invalidé un mécanisme allemand d'élimination de la double imposition reposant sur un système d'imputation d'un crédit d'impôt assorti d'un butoir. En effet, les modalités particulières de calcul du butoir avaient pour effet de limiter la possibilité, pour les contribuables allemands (personnes physiques) percevant des dividendes de source étrangère, de tenir compte, dans le calcul de leur impôt, de la totalité des déductions liées à leur situation personnelle. Dans cette affaire, l'argument de la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres a été rejeté, au double motif (i) qu'une telle justification ne peut être invoquée par l'État de résidence d'un contribuable pour se soustraire à la responsabilité qui lui incombe en principe d'accorder au contribuable les déductions de type personnel et familial qui lui reviennent, à moins que, de manière volontaire ou à la suite d'accords internationaux spécifiques, les États dans lesquels une partie du revenu est perçue n'accordent de leur côté de telles déductions⁶, et (ii) qu'en tout état de cause, une telle justification peut être admise dès lors que le régime en cause vise à prévenir des comportements de nature à compromettre le droit d'un État membre d'exercer sa compétence fiscale en relation avec les activités exercées sur son territoire⁷. Un rapprochement avec cette affaire peut être opéré, sans toutefois que la décision *Beker* s'avère pleinement féconde pour dégager une solution. Le rapprochement peut être établi dans la mesure où les modalités de calcul du butoir préconisées par le Conseil d'État dans le précédent *SA Crédit Industriel et Commercial* du 7 décembre 2015 ont pour effet, concrètement, de limiter la déduction des sommes reversées dans le cadre des contrats de prêt de titres. De fait, si l'on reprend l'exemple ci-dessus, l'effet du butoir revient, concrètement, à interdire la déduction des sommes reversées à hauteur de 45. Mais l'affaire *Beker* mettait en jeu un avantage attaché à la situation personnelle des contribuables personnes physiques, lequel devait nécessairement leur être accordé sans limitation par l'État de la résidence, quelle que soit la source, domestique ou étrangère, des revenus. La même logique n'a pas été consacrée en droit positif à ce stade pour les personnes morales. En revanche, **il nous semble que, comme dans la décision *Beker*, l'acceptation d'une base d'imputation du crédit d'impôt plus large n'aurait pas pour effet, pour la France, de renoncer à une partie de sa compétence fiscale au profit de l'État de la source, dès lors que la base fiscale prélevé serait-il inférieur. Dans ces conditions, la répartition du pouvoir d'imposition devrait être considérée, à nos yeux, comme étant respectée.**

8. La décision à venir de la Cour de justice sera très attendue, et comblera sa jurisprudence relative aux rapports entre droit de l'Union européenne et double imposition juridique internationale. **Si la règle du butoir permet à l'État de la résidence de garantir une stricte élimination de la double imposition juridique des revenus, la question est donc posée de savoir si, dès lors que l'État de la résidence a opéré**

6 Pt 56.

7 Pt 57.

5 CJUE, 28 févr. 2013, C-168/11, Manfred Beker, Christa Beker.

le choix de mettre en place un système d'élimination de la double imposition juridique, le droit de l'Union européenne l'oblige à conférer à ce système une portée dépassant son objectif premier, aux fins d'assurer une égalité de traitement avec des revenus de source nationale. Au moment de trancher, la Cour de justice devra se rappeler qu'à la faveur d'une décision *Société Générale SA* du 17 septembre 2015, elle a défendu, dans la situation symétrique, une conception restrictive des charges devant être prises en compte aux fins de détermination de l'assiette de la retenue à la source sur des dividendes sortants⁸. Le raisonnement a été déployé aux fins de l'analyse de comparabilité, et pas au stade de la justification de la restriction. Mais une logique de cohérence pourrait être un guide précieux du raisonnement de la Cour. En tout état de cause, les amateurs de fiscalité internationale apprécieront que le droit de l'Union européenne vienne combler la lacune laissée par le droit conventionnel en matière de fixation des modalités de calcul du butoir prévu à l'article 23 B du modèle OCDE. Le dialogue des sources est une des beautés de la matière.

E. DINH ■

9. Acomptes sur dividendes - Régime mère-fille

-Le Conseil d'État juge que des acomptes sur dividendes versés en cours d'exercice à une société française par sa filiale britannique ont, dans leur totalité, le caractère de produits de participation au sens de l'article 216 du CGI et relèvent donc du régime des sociétés mères, dès lors que leur perception procède, pour leur montant total, des droits attachés aux titres de participation détenus par la société française, alors même que le montant de ces acomptes s'est révélé supérieur à celui des sommes distribuables par la filiale à la clôture de l'exercice au cours duquel ces acomptes ont été versés.

CE, 9e et 10e ch., 12 avr. 2019, n° 410315, Sté Compagnie de Saint-Gobain, concl. E. Bokdam-Tognetti (V. annexe 1)

10. La société Partidis, membre du groupe d'intégration fiscale dont la Compagnie de Saint-Gobain est la société faitière, a perçu, les 21 mai et 30 juin 2008, deux distributions d'acomptes sur dividendes (*interim dividends*) de sa filiale Saint-Gobain Ltd, établie au Royaume-Uni. Se prévalant du régime des sociétés mères et filiales prévu aux articles 145 et 216 du CGI, Partidis a déduit extra-comptablement de son résultat imposable le montant de ces distributions, déduction faite de la quote-part de frais et charges y afférente. L'administration a remis en cause l'application de ce régime pour la fraction du montant des acomptes qui excédait celui du résultat comptable finalement enregistré par la filiale britannique à la clôture de l'exercice 2008. Les services fiscaux

ont en effet considéré qu'à défaut de provenir de bénéfices réalisés par la filiale distributrice, les distributions en cause, pour leur montant excédentaire, ne pouvaient entrer dans le champ d'application du régime des sociétés mères et filiales et constituaient une subvention consentie par la filiale à sa société mère, imposable comme produit ordinaire entre les mains de cette dernière.

Saisi successivement de cette question, le Tribunal administratif de Montreuil⁹ et la Cour administrative d'appel de Versailles¹⁰ ont confirmé le bien-fondé du redressement opéré par l'administration, conduisant le contribuable à porter l'affaire devant le Conseil d'État. L'arrêt sous commentaire, qui sera mentionné aux tables du recueil Lebon, tranche le litige en sens contraire.

11. La thèse de l'administration, que les juges du fond avaient faite leur et qui se trouve donc censurée, s'articulait autour de deux axes :

- en premier lieu, le régime des sociétés mères et filiales ne s'applique qu'aux produits nets de participation, qui doivent s'entendre comme les bénéfices de la société distributrice, ceux-ci constituant donc le plafond des distributions bénéficiant de l'exonération ;

- en second lieu, l'objet du régime étant l'élimination de la double imposition, la fraction des sommes distribuées qui excède le bénéfice réalisé *in fine*, et qui n'a pas été imposé faute d'avoir été constaté, ne peut être exonéré au niveau de l'actionnaire.

Ces deux arguments, battus en brèche par le rapporteur public, Mme Emilie Bokdam-Tognetti, dans ses conclusions, n'ont pas convaincu le Conseil d'État.

♦ Le régime des sociétés mères ne s'applique-t-il qu'aux distributions provenant de bénéfices réalisés par la filiale distributrice ?

12. Le premier argument était, à première vue, celui qui présentait la plus forte probabilité de prospérer puisqu'il paraissait s'appuyer directement sur la jurisprudence du Conseil d'État dans sa décision *Sté Compagnie financière de Suez*¹¹ ; le Tribunal administratif de Montreuil, puis à son tour la Cour administrative d'appel de Versailles, avaient d'ailleurs reproduit le considérant de principe de cet arrêt, selon lequel « les « produits nets de participation » mentionnés à l'article 216 du code doivent trouver leur origine dans les résultats que dégagent les filiales et dont le versement à leur société mère procède des droits attachés aux participations de celle-ci dans lesdites filiales ». Faute d'avoir été intégralement prélevées sur le résultat net final de la société Saint-Gobain Ltd au 31 décembre 2008, augmenté d'éventuelles réserves disponibles, les distributions litigieuses ne semblaient pas pouvoir, à concurrence de l'excédent, « trouver leur origine dans les résultats que dégagent les filiales » et donc constituer un « produit net de participation ».

8 CJUE, 3^e ch., 17 septembre 2015, aff. C-10/14, J.B.G.T. Miljoen, aff. C-14/14, X et aff. C-17/14, Société Générale SA.

9 TA Montreuil, 1^{er} juill. 2014, n° 1210110, Compagnie de Saint-Gobain.

10 CAA Versailles, 9 mars 2017, n° 14VE02691 et 15VE2873, Compagnie de Saint-Gobain.

11 CE, 6 juin 1984, n° 35415 et 36733, Sté Compagnie financière de Suez.

Une relecture attentive de l'arrêt *Sté Compagnie financière de Suez conduit cependant à davantage de circonspection*. Dans cette affaire, il était déjà question de Saint-Gobain, mais non pas en qualité d'acteur principal : la Compagnie financière de Suez avait en effet acquis, auprès de sa filiale SEPGIF, des actions de Saint Gobain Pont-à-Mousson, pour un prix minoré, mais elle prétendait échapper à la taxation de cet avantage en soutenant qu'il constituait un revenu distribué au sens de l'article 111, c, du CGI et pouvait à ce titre bénéficier de l'exonération applicable aux produits nets de participation en vertu des articles 145 et 216 du même code. C'est pour contrer ce raisonnement que le Conseil d'État a énoncé le considérant reproduit plus haut. Les conclusions du Commissaire du gouvernement M. Jean-François Verny sont à cet égard éclairantes : « la notion de "produit de participation" ne peut, selon nous, pas s'étendre aux libéralités constitutives de revenus distribués. De telles libéralités peuvent, en effet, être consenties non seulement à des associés mais aussi à des tiers, ce qui montre bien qu'elles ne sont pas liées à la détention d'une participation par le bénéficiaire. On sait, en effet, que lorsque ces sommes sont prélevées sur les bénéfices, ce qui est le cas en l'espèce, elles constituent des revenus distribués en application de l'article 109-1-1° puisqu'il s'agit de bénéfices qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital, et cela sans qu'il y ait lieu de s'attacher au point de savoir si le bénéficiaire a ou non la qualité d'associé ». Dans cette affaire, le Conseil d'État s'attachait donc à distinguer, au sein des revenus distribués, ceux qui sont éligibles au régime des sociétés mères et filiales parce qu'ils profitent aux associés et sont perçus par eux en cette qualité, par opposition à d'autres flux, appréhendés par des tiers à la société ; la règle ainsi énoncée aurait ainsi pu se résumer au second membre de la phrase, à savoir que « le versement à leur société mère [des produits nets de participation] procède des droits attachés aux participations de celle-ci dans lesdites filiales ». **Ainsi contextualisée, la référence aux résultats de la filiale passe au second rang et ne doit pas être comprise comme une condition distincte et autonome de l'accès au régime des sociétés mères et filiales.**

13. Au demeurant, cette approche permet de conserver la cohérence de la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, qui avait jugé que la plus-value dégagée lors du rachat par une société de ses propres actions auprès de son actionnaire soumis à l'impôt sur les sociétés constituait un produit net de participation, entrant dans le champ d'application de l'article 216 du CGI. En prenant cette position, dans un arrêt *Société Générale*¹², les juges du Palais royal n'avaient pas jugé utile de vérifier si le montant ainsi exonéré au niveau de l'actionnaire restait inférieur à celui des bénéfices accumulés par la filiale ; ainsi, à propos d'un rachat réalisé par une filiale, l'hypothèse d'une insuffisance des bénéfices de cette dernière par rapport au montant qualifié de revenu distribué au niveau de l'actionnaire n'avait pas été réservée comme circonstance qui aurait justifié de ne pas appliquer à l'excédent de l'un sur l'autre le régime des sociétés mères et filiales.

14. On peut noter que le **Tribunal administratif de Paris était parvenu à une conclusion similaire à propos d'acomptes sur dividendes qui s'étaient avérés supérieurs au bénéfice de l'exercice**, en se bornant à constater que même irréguliers, ces acomptes « *procèdent de la participation de la société mère au capital de sa filiale, dès lors qu'elle ne les a obtenus qu'à raison de sa qualité d'associée* » et « *qu'ils constituent, par suite, des produits nets de participations au sens de l'article 216 précité du CGI, qui relèvent du régime mère-fille* »¹³.

15. Enfin, le **Conseil d'État n'éprouve pas le besoin de solliciter la directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990** concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, dont les articles 145 et 216 du CGI assurent la transposition en droit français. En effet, dès lors qu'il juge que les sommes litigieuses doivent être exonérées sur le fondement du droit interne, il ne pourrait lui être reproché de contrevenir à la règle de droit de l'Union, quand bien même il s'avérerait que le champ de l'exonération que celle-ci définit est plus étroit que celle de la règle interne ; la directive s'oppose à ce que les États membres imposent certaines distributions, sans leur interdire d'appliquer ce régime à d'autres produits.

♦ **L'absence d'imposition des sommes distribuées par la filiale à son niveau s'oppose-t-elle à leur exonération entre les mains de l'actionnaire ?**

16. Le second argument développé par l'administration tenait à ce que la fraction des acomptes qui excédait le résultat de l'exercice finalement dégagé n'avait pu être imposée, faute d'avoir été constatée sur le plan comptable. L'objet assigné au régime des sociétés mères et filiales, selon l'administration, étant d'éviter d'imposer doublement les mêmes bénéfices, une première fois au niveau de la filiale lors de leur réalisation, puis à celui de la société mère lors de leur redistribution, seuls les bénéfices distribués ayant effectivement été imposés auraient vocation à être exonérés entre les mains de l'actionnaire.

Ce raisonnement ne résiste cependant pas à l'analyse. **L'article 145 du CGI ne subordonne pas l'accès au régime à un principe général selon lequel les produits en cause doivent avoir été préalablement imposés** ; bien au contraire, l'architecture du texte révèle que c'est de façon limitative que le législateur a exclu certaines catégories de distributions provenant d'entités exonérées totalement ou partiellement d'impôt (en particulier les sociétés d'investissement immobilier cotées ou les sociétés d'investissement). Du reste, le législateur avait bien essayé d'élargir le champ des exclusions en ajoutant à cette liste les « *produits des titres prélevés sur les bénéfices d'une société afférents à une activité non soumise à l'impôt sur les sociétés ou à un impôt équivalent* » à l'occasion de la loi de finances rectificative pour 2014, mais cette tentative avait été censurée par le Conseil constitutionnel au motif que la disposition en cause était insuffisamment

12 CE 20 mars 2013 n° 349669, Min. c/ Société Générale.

13 TA Paris, 31 oct. 2014 n° 1313791, 1313792 et 1313794, Sté Vitalia Santé MCO venant aux droits de la société Vitalia Santé 2.

précise¹⁴. Le Conseil constitutionnel visait à cet égard plus particulièrement la situation dans laquelle la filiale distributrice était exonérée d'impôt en application du régime des sociétés mères, c'est-à-dire lorsqu'elle a elle-même reçu les bénéfices qu'elle redistribue de ses propres filiales, et qu'elle a à cette occasion été exonérée sur le fondement de l'article 216 du CGI. C'était au demeurant précisément la situation de la société Saint-Gobain Ltd, dont l'essentiel des profits provenaient de dividendes reçus de ses propres filiales. Paradoxalement, la thèse du ministre aurait conduit à refuser à la Compagnie de Saint-Gobain le régime des sociétés mères non seulement pour la fraction excédentaire des acomptes, mais aussi pour celle qui n'était pas en litige, et donc à créer une double imposition des bénéfices en cause.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

La solution dégagée par le Conseil d'État concerne des *interim dividends* distribués par une filiale anglaise, mais il ne fait guère de doute qu'elle peut être **étendue à des distributions comparables réalisées par des sociétés d'autres nationalités, notamment française**.

Elle pourrait aussi trouver à s'appliquer à la situation délicate, mais fréquente en pratique, dans laquelle **une société française reçoit une distribution de sa filiale établie aux États-Unis, par exemple au Delaware, qui ne trouve pas son origine dans les bénéfices comptables accumulés par la filiale mais d'un *surplus*** (article 170(a) (1) de la *Delaware General Corporation Law*), c'est-à-dire de l'excédent de son actif net réel sur le montant de son capital. Ce type de distributions, effectuée par le conseil d'administration après qu'il se soit assuré de la valeur réelle des actifs de la société, ne connaît pas d'équivalent dans le droit des sociétés français ; le mécanisme de la réévaluation libre, qui pourrait s'en rapprocher, ne permet toutefois pas de distribuer l'écart de réévaluation tant que celui-ci n'a pas été effectivement réalisé (article L. 232-11 du code de commerce), contrairement au *surplus*. Dans la mesure cependant où le produit reçu par la société mère française à raison de la distribution de ce *surplus*, pour autant qu'elle soit régulière au regard du droit local, procède bien des droits attachés aux titres de participation qu'elle détient dans sa filiale américaine, et nonobstant l'absence d'imposition des sommes en cause aux États-Unis, il est permis d'espérer que le régime des sociétés mères trouve à s'appliquer.

Redevances

17. Redevance - Prestation de service - Maintenance de logiciels - La CAA de Versailles juge que les opérations de maintenance de logiciels constituent des prestations de services ; les rémunérations y

afférentes ne peuvent donc être qualifiées de redevances et ne peuvent bénéficier du crédit d'impôt prévu pour celles-ci par les conventions conclues par la France avec les États de source.

CAA Versailles, 3e ch., 4 juin 2019, n° 17VE01685, Sté Sopra Steria Group SA et n° 17VE02481, Min. c/Sté Sopra Steria Group SA, concl. M. Deroc (V. annexe 2)

18. L'arrêt reproduit ci-dessus concerne l'une des six affaires tranchées par la Cour administrative d'appel de Versailles le 4 juin 2019 à propos de diverses sociétés du groupe Sopra Steria ayant perçu des rémunérations au titre de prestations réalisées à l'étranger. Dans chacune de ces affaires, le litige avait trait à la qualification des sommes ainsi reçues au regard des stipulations des conventions liant la France et l'État de la source, et plus particulièrement à la question de savoir si elles pouvaient être regardées comme des redevances.

Ainsi, Axway Software, une société membre du groupe fiscal intégré Sopra Steria Group, a réalisé différents travaux de maintenance de logiciels auprès de clients établis au Brésil, en Espagne, au Maroc et en Thaïlande. Les paiements réalisés à ce titre par les bénéficiaires des prestations ont été amputés à chaque fois d'une retenue à la source prélevée selon la législation locale. En France, la société a estimé que les sommes reçues constituaient des « redevances » au sens des conventions fiscales applicables et, se référant aux modalités d'élimination de la double imposition prévues par ces conventions, a inclus le montant brut facturé dans son résultat imposable tout en se prévalant d'un crédit d'impôt égal à l'impôt payé à la source, qu'elle a imputé sur le montant de l'impôt sur les sociétés dont elle était redevable en France.

À l'occasion d'une vérification de comptabilité, les services fiscaux ont remis en cause ce crédit d'impôt au motif que les prestations sous-jacentes ne correspondaient pas à celles dont la contrepartie a la nature d'une « redevance » au sens conventionnel ; à défaut de relever de cette catégorie, les flux en cause ne pouvaient être que des « bénéfices d'entreprise » dont l'imposition est réservée par les conventions à l'État de résidence du bénéficiaire (sauf à ce que ces flux puissent être rattachés à un établissement stable dont ce dernier disposerait dans l'État de la source, mais cette hypothèse n'était pas vérifiée au cas présent).

Les prestations en cause consistaient en une assistance afférente aux logiciels dont Axway Software avait par ailleurs concédé une licence d'utilisation aux utilisateurs, visant d'une part à assurer la conformité du produit aux fonctionnalités décrites dans la documentation qui l'accompagnait, à fournir un service support par téléphone pour résoudre et corriger les éventuels dysfonctionnements du logiciel et, d'autre part, à mettre à disposition les nouvelles versions majeures du logiciel à intervalles réguliers. Ces prestations, selon les services fiscaux, ne relevaient pas du champ des redevances telles que définies aux articles 12 des conventions franco-brésilienne, franco-espagnole et franco-thaïlandaise et 16 de la convention franco-marocaine.

La société faisait valoir deux séries d'arguments pour justifier l'imputation qu'elle avait pratiquée.

14 CC, 29 déc. 2014, n° 2014-708 DC.

◇ **Les prestations d'assistance afférentes au logiciel sont-elles assimilables au transfert d'un droit portant sur un droit d'auteur ?**

19. À titre principal, elle soutenait que les sommes reçues devaient être assimilées à la contrepartie de l'usage d'un droit d'auteur sur une œuvre scientifique, rémunération expressément rangée par les différentes conventions en cause dans la catégorie des redevances. Pour parvenir à cette classification, la société présentait ses prestations comme étant indispensables à l'utilisation de ses logiciels, de même nature que ceux-ci et indissociables de la licence dans le cadre de laquelle les logiciels étaient concédés ; l'utilisation des logiciels emportant concession de l'usage d'un droit d'auteur sur une œuvre scientifique, selon la société, les prestations qui en constituaient l'accessoire devaient être traitées de la même façon que l'opération principale.

Pour écarter cette argumentation, la cour s'appuie essentiellement sur l'architecture contractuelle du contrat de licence et de services conclu avec les clients et notamment sur la circonstance que le droit d'utiliser le logiciel pouvait être acquis séparément de la prestation de maintenance. Les clients pouvaient, mais sans apparement que cela soit automatique ou constitue une obligation, souscrire distinctement à ce service de maintenance, qui faisait d'ailleurs l'objet, dans ce cas, d'une facturation séparée de celle de la licence. Les commentaires sur le modèle de convention de l'OCDE, bien que postérieurs aux conventions en débat, préconisent également de distinguer, au sein des contrats mixtes, les prestations relevant de stipulations distinctes de la convention et de décomposer au besoin le montant total du paiement prévu par le contrat¹⁵.

20. Plus fondamentalement, **quand bien même Axway Software aurait été en mesure de convaincre le juge que le lien existant entre la prestation d'assistance et la licence d'utilisation du logiciel était à ce point étroit que l'une ne pouvait être offerte aux clients sans l'autre, et donc que les deux services devaient recevoir le même traitement sur le plan fiscal, il n'était pas évident que le régime des redevances aurait été celui applicable.** En effet, contrairement à la prémisse du raisonnement de la société, toute concession d'une licence portant sur un logiciel n'emporte pas nécessairement transfert d'un droit d'usage sur un droit d'auteur. La qualification de redevance dépend en effet de l'étendue des droits concédés. Il ressort à cet égard des commentaires publiés par l'OCDE sur l'article 12 de son modèle de convention fiscale que lorsque le contrat de licence autorise le licencié à reproduire et à diffuser le programme dans le public, ou lorsqu'elle s'accompagne de la fourniture d'information sur l'algorithme, le langage ou la technique de programmation, de façon à permettre à l'utilisateur de modifier le code source, le paiement qu'il effectue en contrepartie de cette licence a la nature d'une redevance ; en revanche, lorsque le droit concédé ne permet à l'utilisateur que l'exploitation effective du programme, pour ses besoins, il n'y a pas transfert de droit

d'auteur, ni accès à une formule secrète ou à des informations concernant une expérience industrielle, commerciale ou scientifique, et la rémunération versée est traitée comme revenu commercial conformément à l'article 7 du modèle de convention OCDE¹⁶.

L'arrêt n'aborde pas cette question de façon circonstanciée et les éléments de fait manquent pour la trancher définitivement, mais dans ses conclusions la rapporteure publique Mme Muriel Deroc semble dubitative quant au fait de savoir si le logiciel en cause opère concession de l'usage d'un droit d'auteur sur une œuvre scientifique, compte tenu des restrictions contractuelles posées à son usage et à sa transférabilité.

21. Si les prestations en cause ne pouvaient être assimilées à un transfert de droits sur un droit d'auteur ou sur un procédé secret à raison de leur association au logiciel concédé, la cour a jugé qu'elle ne le pouvait davantage de par leur nature propre. En effet, on comprend qu'étaient en cause trois catégories de services : tout d'abord une assistance dans l'installation et le paramétrage du logiciel, puis une assistance par téléphone en cas d'anomalie ou de dysfonctionnement et enfin la fourniture de mises à jour du logiciel. S'agissant de la fourniture de mises à jour, c'est-à-dire d'une nouvelle version du logiciel, il nous semble que la solution de la cour aurait pu être différente si la licence initiale avait conféré à l'utilisateur davantage de droits sur le logiciel ou d'informations sur le code source sous-jacent, de façon à ce que la mise à jour puisse être assimilée à un nouveau transfert de droit d'auteur ou de procédé secret mais comme évoqué précédemment, les termes du contrat de licence paraissaient assez éloignés de cette situation.

Bien que Muriel Deroc ne l'évoque pas dans ses conclusions, la position qu'elle propose et que suit la **Cour administrative d'appel de Versailles est cohérente avec sa jurisprudence antérieure** puisque, confrontée à la même situation mais en des termes inversés, où une société libanaise avait fourni des services à une société française portant sur le développement d'un logiciel exploité par cette dernière et sur une assistance consistant en des tests visant à la correction des erreurs que présentait ce logiciel, elle avait jugé que de telles prestations constituaient des bénéfices d'entreprise au sens de la convention franco-libanaise¹⁷.

◇ **À défaut, ces prestations peuvent-elles constituer des « études techniques ou économiques » ou opèrent-elles transfert d'une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique ?**

22. De façon subsidiaire, la société tentait de rattacher les sommes en litige à d'autres formes de rémunération énumérées dans les stipulations relatives aux redevances dans les conventions en cause, soit qu'elles soient la contrepartie d'« études techniques ou économiques » au sens de la convention franco-marocaine, soit, dans le cadre des autres conventions, qu'elles aient trait à une expérience acquise

15 Commentaires sur l'article 12 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, § 17.

16 Commentaires sur l'article 12 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, § 14.2.

17 CAA Versailles, 5 mars 2015, n° 12VE02108, Min. c/ Sté Staff and Line.

dans le domaine industriel, commercial ou scientifique. Pour y parvenir, elle faisait valoir que ses différentes interventions requéraient nécessairement la préparation d'études techniques servant à assurer ou à faire évoluer le fonctionnement du logiciel, et aussi l'acquisition d'une expérience technique, mise en œuvre au service du client dans l'exécution de la prestation.

La cour n'a pas suivi le contribuable sur ce terrain dans la mesure où si, indubitablement, les prestations en cause faisaient appel à un savoir-faire technique de la part d'Axway Software, au besoin formalisé sous forme d'études, l'objet du contrat n'était pas le transfert au client de ces études ou savoir-faire, qui restaient la propriété du prestataire¹⁸; en contractant avec la société française, les clients ne cherchaient pas à obtenir un droit de propriété intellectuelle, sous quelque forme que ce soit, qu'ils auraient pu exploiter pour leurs propres besoins, mais seulement obtenir une assistance technique relative à leur logiciel.

Cette approche, au demeurant, est conforme aux commentaires de l'OCDE sur son modèle de convention¹⁹, qui distinguent clairement entre la situation dans laquelle « l'une des parties s'oblige à communiquer ses connaissances et expériences particulières, non révélées au public, à l'autre partie qui peut les utiliser pour son propre compte », étant « admis que le cédant n'a pas à intervenir dans l'application des formules concédées au concessionnaire et n'en garantit pas le résultat » (contrat de savoir-faire, relevant du régime des redevances), et celle « où l'une des parties s'oblige, à l'aide des connaissances usuelles de sa profession, à faire elle-même un ouvrage pour l'autre partie » (contrat de prestations de services, relevant de l'article 7). L'OCDE souligne comme critère de distinction principal que « dans le cas de contrats pour la fourniture de services, le fournisseur s'engage à assurer des services pouvant exiger l'utilisation par ce fournisseur d'un savoir, d'une compétence et d'une expertise spécifiques mais non le transfert à l'autre partie de ce savoir, de cette compétence et de cette expertise spécifique » ; au demeurant, les exemples fournis sont explicites - relèvent notamment des prestations de services : les « services après-vente », la « pure

assistance technique », les « échanges électroniques avec des techniciens ou pour l'accès, via des réseaux informatiques, à une base de données de dépannage comme une base de données qui donne aux utilisateurs de logiciels des renseignements non confidentiels en réponse à des questions fréquemment posées ou à des problèmes communs qui se posent fréquemment ». Au contraire, le transfert de savoir-faire à propos d'un logiciel pourra prendre la forme, par exemple, de la communication « des informations constituant des idées et des principes à la base du programme, comme une démarche logique, des algorithmes ou des langages ou techniques de programmations, dès lors que ces informations sont fournies à la condition que le client ne les diffuse pas sans autorisations et qu'elles sont soumises à toute mesure de protection du secret commercial éventuellement en vigueur ». **Si ces commentaires n'étaient pas directement applicables au litige, les principes qu'ils énoncent sont conformes à la jurisprudence antérieure**²⁰.

Dans ces conditions, la cour conclut logiquement que la société ne peut être regardée comme ayant perçu des redevances en rémunération des prestations d'assistance qu'elle a rendues à ses clients et que les crédits d'impôt dont elle s'est prévalue n'étaient pas imputables sur l'impôt qu'elle a supporté.

♦ Les retenues à la source versées à tort étaient-elles déductibles du résultat imposable, faute d'être imputables sur l'impôt sur les sociétés ?

23. À défaut de pouvoir imputer la retenue à la source prélevée au Brésil, en Espagne, en Thaïlande ou au Maroc, le contribuable souhaitait au moins pouvoir la déduire de son résultat imposable, sur le fondement de l'article 39, 1, 4^e du CGI, dans sa rédaction applicable à l'époque des faits. Le ministre s'y opposait à propos des sommes payées en Espagne, au motif que la convention entre cet État et la France prévoyait, à propos de l'impôt prélevé dans l'État de la source sur les redevances, que « dans [le cas des redevances], l'impôt espagnol n'est pas déductible [en France], mais le bénéficiaire a droit à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français » ; selon le ministre, les termes de la convention excluaient donc expressément la déduction en France. Mais cette position était bien entendu incohérente avec le raisonnement qu'il avait précédemment tenu en refusant la qualification de « redevances » aux sommes en cause pour exclure l'imputation sur l'impôt français de la retenue à la source à laquelle elles avaient été assujetties en Espagne. Or, à défaut de constituer des redevances, les sommes reçues par Axway Software relevaient de la catégorie résiduelle des bénéficiaires d'entreprise, imposables exclusivement en France en l'absence d'établissement stable en Espagne. Les stipulations de la convention écartant la déduction des impositions à la source prélevées sur les redevances ne trouvaient donc pas à s'appliquer sur ce flux, quand bien même il aurait, en violation des termes de la convention, été imposé en Espagne sur le fondement d'une qualification erronée.

18 On pourra remarquer que, à propos de la définition des « études techniques ou économiques » visées par la convention franco-marocaine, la position de la cour est cohérente avec celle des administrations fiscales des deux États contractants, résultant d'un échange de lettres récemment publié au bulletin officiel (BOI-INT-CVB-MAR, 24 juill. 2019) : « Une étude technique ou économique au sens du c du 2 de l'article 16 de la convention désigne toute analyse ou recherche spécifique de nature technique ou économique consistant en un rapport dans lequel une des parties utilise ses connaissances particulières en lien avec un projet et permet à l'autre partie de disposer de celles-ci de façon autonome. L'étude technique ou économique se distingue de l'assistance technique, dont la rémunération entre dans le champ de l'article 10 de la convention. Le preneur, s'il choisit de réaliser ce projet, sur la base de cette étude, peut l'accomplir seul, sans le concours du prestataire. Si toutefois le prestataire participe à la réalisation du projet, la rémunération perçue à ce titre ne peut être considérée comme la rémunération d'une étude technique. Il convient alors de ventiler la rémunération du contrat entre les différentes prestations prévues au contrat et d'appliquer à chacune les stipulations des articles de la convention y afférents. Une connaissance présente un caractère particulier à condition de dépasser les connaissances usuelles ou réputées usuelles de la profession du prestataire. La circonstance que cette connaissance soit détenue par plusieurs personnes ne fait pas obstacle à sa qualification de connaissance particulière ».

19 Commentaires sur l'article 12 du modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, § 11.1 et suivants.

20 En particulier, CAA Paris, 14 avr. 2005, n° OOPA02801, Sté Parke-Davis SCA. - CAA Paris, 1^{er} juin 2005, n° OIPA02850, URS France.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

L'arrêt illustre l'importance de la rédaction et de la structure des contrats sur la qualification fiscale des flux qu'ils organisent. En effet, il est permis de penser que les services fiscaux n'auraient peut-être pas opéré de redressement au cas présent si la prestation d'assistance n'avait pas été identifiée et facturée de façon distincte de la licence d'utilisation du logiciel à laquelle elle se rapporte. En pratique, il est probable que le paramétrage du progiciel en fonction des besoins spécifiques du client constituait un élément indissociable de l'utilisation de celui-ci, même si formellement cette prestation faisait l'objet d'un paiement séparé. De la même façon, il apparaît artificiel de considérer que la fourniture d'une mise à jour du logiciel puisse avoir la nature d'un bénéfice d'entreprise tandis que la licence portant sur la version initiale du logiciel pourrait être qualifiée de dividende. Si ces opérations de maintenance avaient été réalisées gratuitement par la société, quitte à augmenter à due concurrence le prix de la licence d'utilisation du logiciel, l'issue de l'affaire aurait peut-être été différente. Encore faut-il réserver le point de la nature de la rémunération de la licence d'utilisation du logiciel, que ni l'administration fiscale ni la cour ne paraissent avoir remis en cause, mais qui pourrait prêter à discussion.

T. PERROT ■

24. Retenue à la source - Revenus non salariaux versés à des non-résidents (redevances versées par la SACEM) - Bénéficiaire effectif - La Cour administrative d'appel de Versailles prononce, sur le fondement de la convention fiscale franco-britannique, la décharge complète de retenue à la source française sur les redevances versées par la SACEM à une société britannique, en ce compris pour la fraction de redevances reversée à des membres résidents d'autres États que le Royaume-Uni, au motif que le bénéficiaire effectif de ces sommes est la structure implantée au Royaume-Uni.

CAA Versailles, 3^e ch., 12 mars 2019, n° 17VE01940, Min. c/ Société Performing Right Society, concl. Ch. Huon (V. annexe 3)

25. Par la présente décision du 12 mars 2019, la Cour administrative d'appel de Versailles a eu l'occasion de préciser les critères de la notion conventionnelle de bénéficiaire effectif. Le litige portait sur la retenue à la source prélevée en France au titre de sommes versées à une société britannique, la société Performing Rights Society Ltd (PRS), ayant pour objet la gestion collective des droits d'utilisation, de diffusion et de distributions des œuvres, dont les membres sont les auteurs. En effet, aux termes d'un accord de représentation réciproque, la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM) a versé à la société PRS des redevances relatives à l'utilisation en France des œuvres des artistes britanniques

représentés par cette dernière. À l'occasion du paiement de ces sommes à la société PRS, la SACEM a prélevé, au titre de l'année 2013, une retenue à la source sur les fondements combinés des articles 92 et 182 B du CGI. Se prononçant sur la demande de restitution faite par la société PRS au titre de la retenue à la source ainsi prélevée, sur le fondement de l'article 13 de la convention franco-britannique du 19 juin 2008, le Tribunal administratif de Montreuil a infirmé la position de l'administration fiscale visant à limiter la restitution de la retenue à la source uniquement à hauteur de la fraction de redevances reversée par la société PRS aux artistes ayant la qualité de résidents du Royaume-Uni, au motif que seuls ceux-ci avaient la qualité de bénéficiaires effectifs des redevances collectées en France²¹. La décision du tribunal, favorable à la société PRS, est confirmée par la Cour administrative d'appel de Versailles dans la décision ici commentée. Avant de préciser les critères de qualification de bénéficiaire effectif retenus par les juges du fond dans cette décision, il est bon de procéder à un rappel sur cette notion, trop rarement abordée en jurisprudence.

♦ **Rappel sur la notion de bénéficiaire effectif, dispositif protecteur de l'ordre fiscal conventionnel**

26. Les clauses de bénéficiaire effectif sont un des trois principaux mécanismes conventionnels visant à l'évitement de comportements d'abus des traités fiscaux. Le dispositif conventionnel de droit commun de protection contre l'usage abusif des traités fiscaux réside, tout naturellement, dans la clause des conventions relative à la définition des résidents, qui fixe le champ d'application *ratione personae* des conventions. Toutefois, cette clause n'est pas suffisante pour prévenir l'abus des conventions fiscales, dès lors qu'il est possible, pour un résident d'un État tiers, de constituer une structure sociétaire intercalaire dans un État partie à la convention dont l'application est souhaitée. Cette société, en tant que résident de cet État, et en tant que bénéficiaire apparent des revenus provenant de l'autre État, pourrait se prévaloir des avantages conventionnels autorisant, selon les cas, une réduction ou une annulation de retenue à la source ou bien encore l'octroi d'un crédit d'impôt spécifique, dans l'État d'origine des revenus. C'est pourquoi le droit fiscal interétatique a secrété deux types de mécanismes restreignant, par rapport à la clause générale de résidence, la liste des bénéficiaires potentiels de ces avantages fiscaux. Le premier de ces mécanismes ne remet pas en cause la qualité de résident de la personne bénéficiaire des revenus passifs, mais plutôt son rôle : il permet d'annihiler les avantages fiscaux dans l'État de la source dans les cas où celle-ci ne serait pas le bénéficiaire réel ou effectif des revenus, mais simplement un bénéficiaire apparent, intercalé entre le débiteur et le créancier réel, par hypothèse résident d'un État tiers, et pour le compte duquel elle encaisserait les revenus avant de les lui reverser. Il s'agit des clauses de bénéficiaire effectif. Le deuxième mécanisme, introduit initialement dans les conventions conclues par les États-Unis et repris dans le modèle OCDE, suite aux travaux

21 TA Montreuil, 18 avr. 2017, n° 1502977.

BEPS, repose sur une autre logique, mettant en cause la qualité même de résident de la personne percevant les revenus ; ce dispositif prévoit une batterie de tests objectifs permettant aux autorités fiscales de l'État de la source de s'assurer que la personne en question est un résident « qualifié » de l'autre État. Il s'agit des clauses de « *limitation on benefits* », ou LOB.

27. La notion de bénéficiaire effectif n'est définie ni dans le modèle OCDE ni dans les traités fiscaux qui y font référence. Les commentaires de l'OCDE justifient la clause de bénéficiaire effectif par le souci de ne pas obliger l'État de la source à amputer son droit d'imposition des revenus versés à un résident de l'autre État « *lorsqu'un intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire, s'interpose entre le créancier et le débiteur, à moins que le bénéficiaire effectif ne soit un résident de l'autre État contractant* »²². L'administration fiscale française, quant à elle, reprend en général à son compte l'analyse de l'OCDE, et fait traditionnellement référence à la notion générale d'intermédiaire (agent ou mandataire)²³. Dans ses commentaires relatifs à la convention fiscale avec l'Ouzbékistan, mais transposables à l'ensemble des traités, l'administration fiscale, estimant que ce terme « *n'est pas utilisé dans une acception étroite et technique, mais doit être entendu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de la convention* », a étendu la notion, en estimant qu'au-delà du seul cas des intermédiaires, « *Il serait également contraire à l'objet et au but de la convention que l'État de la source accorde une réduction ou une exonération d'impôt à un résident d'un État contractant qui agit, autrement que dans le cadre d'une relation d'agent ou autre mandataire, comme un simple relais pour le compte d'une autre personne qui bénéficie réellement du revenu en cause. Pour ces raisons, une société relais ne peut pas être considérée normalement comme le bénéficiaire effectif si, bien qu'étant le propriétaire du revenu en la forme, elle ne dispose dans la pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées* »²⁴.

28. Ainsi, il ressort de ce qui précède que **la notion de bénéficiaire effectif se définit, de manière traditionnelle, négativement par rapport à celle d'intermédiaire** : ne peuvent bénéficier des avantages conventionnels les revenus passifs perçus par le résident d'un État qui n'en est que le bénéficiaire apparent, que celui-ci agisse, strictement, en tant que mandataire, au nom et pour le compte du créancier réel des revenus, ou, plus largement, en tant que simple relais, encaissant les revenus pour son propre compte, mais étant tenu d'en reverser une grande partie à un tiers, par une technique d'érosion de la base fiscale. **Dans son acception classique, la notion se caractérise donc par deux éléments : d'une part, le bénéficiaire apparent n'a pas la jouissance réelle des revenus qu'il encaisse ; d'autre part et de manière corollaire, le bénéficiaire apparent se situe toujours en amont, dans la chaîne de paiements, par**

rapport au bénéficiaire effectif²⁵. Rappelons toutefois que **le Conseil d'État a ajouté à cette conception classique de la notion une dimension nouvelle, dans son arrêt *Bank of Scotland* du 29 décembre 2006, par lequel il a semblé considérer, implicitement, que la notion de bénéficiaire effectif englobait les hypothèse de fraude à la loi, permettant à l'administration et au juge d'appréhender à-travers elle l'ensemble des montages de « *treaty shopping* », y compris ceux ne reposant pas sur la mise en place d'une structure intermédiaire**²⁶. Dans cette affaire, le bénéficiaire apparent, une banque britannique, se situait, dans la chaîne des paiements, en aval du bénéficiaire effectif, et avait une jouissance réelle et définitive des revenus perçus.

◆ Les critères d'identification du bénéficiaire effectif retenus dans la décision

29. La décision ici commentée met en jeu la **conception classique de la notion de bénéficiaire effectif**, telle que présentée plus haut. Après avoir, conformément à la logique de subsidiarité issue de la décision *Schneider Electric*²⁷, vérifié que l'imposabilité des revenus litigieux était fondée en droit interne et quelle était leur qualification, sur la base d'une application combinée des articles 182 B et 92 du CGI (pt 5), **la Cour administrative d'appel de Versailles a successivement appliqué deux des mécanismes de protection conventionnels évoqués plus haut.**

Dans un premier temps (pt 6), les juges du fond se sont assurés de la résidence fiscale britannique de la société *Performing Rights Society Ltd.* À ce titre, la cour valide le fait que la société est assujettie au Royaume-Uni à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun, sans en être exonérée de manière permanente. L'absence de paiement de cotisation d'impôt au titre de l'année 2013 résulte de circonstances purement conjoncturelles (l'affectation exceptionnelle à son résultat d'une perte sur élément d'actif), et non pas de son statut ou de son activité, conformément aux conditions posées par la décision *LHV* du Conseil d'État du 9 novembre 2015²⁸.

Dans un second temps (pt 7), les juges ont validé le fait que la société britannique était le bénéficiaire effectif des redevances de source française. À cette fin, ils ont fait primer les considérations juridiques, tout à la fois d'ordre patrimonial et organique, issues des statuts de la société, sur les considérations économiques. En effet, ils ont relevé tout d'abord qu'eu égard aux statuts de la société, **les artistes cédaient à cette dernière l'intégralité des droits sur leurs œuvres**, si bien que la société exerçait seule la protection et la gestion des revenus générés. Ils ont relevé ensuite que **le conseil d'administration de la société**, composé en partie mais non exclusivement des membres de cette dernière et

22 Commentaires C(10), n° 12, C(11), n° 8, C(12), n° 4.

23 V. BOI-INT-CVB-DZA-30, § 60, au sujet de la convention franco-algérienne.

24 V. BOI-INT-CVB-UZB-20, § 120.

25 Sur cette question, voir Y. Bénard, *Fraude à la loi et Treaty Shopping* : que penser de la décision *Bank of Scotland* ? : RJF 4/07, p. 319, spéc. p. 321 et 322.

26 CE, 29 déc. 2006, n° 283.314, Sté Bank of Scotland, concl. F. Séners.

27 CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider Electric : Rec. CE 2002, p. 23.

28 CE, 9 nov. 2015, n° 370054, Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk.

qui était investi statutairement des pouvoirs les plus étendus d'administration de cette dernière, **déterminait souverainement l'affectation des revenus tirés de l'exploitation des œuvres** et pouvait choisir de les redistribuer à ses membres, ou d'abonder divers fonds de garantie, d'aide sociale à ses membres ou à leurs ayants droit, de promotion des activités artistiques ou de bienfaisance, dont la société assurait seule la gestion. La cour de Versailles s'est donc satisfaite de ces éléments afin d'établir que la société était le bénéficiaire effectif des redevances perçues, alors même que, dans les faits, celle-ci reversait la majeure partie des sommes collectées à ses membres.

◇ Quelles suites ?

30. La décision de la Cour administrative d'appel de Versailles est bien évidemment rassurante pour les contribuables, par la sécurité juridique qu'elle apporte. Il faudra toutefois attendre que le Conseil d'État ait tranché, puisque l'administration s'est pourvue en cassation contre cet arrêt. La décision à venir sera précieuse, tant il est vrai que la Haute assemblée ne s'est prononcée que très rarement sur la notion de bénéficiaire effectif. Il lui appartiendra donc de préciser la nature des critères devant prévaloir aux fins de distinguer bénéficiaire effectif et bénéficiaire apparent des revenus, dans une configuration classique, mettant en jeu une structure « intermédiaire » et le reversement par celle-ci d'une grande partie des sommes à un tiers.

31. En droit américain, l'affaire Aiken Industries de 1971²⁹ fut l'une des premières portées devant le juge fiscal américain concernant ce type de montage, et constitua longtemps la décision de référence en la matière, avant que les autorités américaines ne se dotent d'un arsenal « anti-conduit » particulièrement étoffé. Dans cette affaire, était en jeu un schéma « back-to-back » des plus classique, faisant intervenir une société débitrice américaine, une société du Honduras et une société des Bahamas, toutes appartenant au même groupe. La filiale américaine procéda à un emprunt auprès de la société mère des Bahamas, par émission de billets à ordre. Les intérêts qui auraient dû être versés en rémunération de l'emprunt auraient entraîné l'exigibilité de la retenue à la source de 30 %, en l'absence de convention fiscale entre les États-Unis et les Bahamas. Pour éviter cette imposition, moins d'un an après l'émission des billets à ordre, une société au Honduras fut créée, à laquelle la société mère des Bahamas transféra les billets à ordre, en échange d'autres billets à ordre. Le traité entre les États-Unis et le Honduras³⁰ prévoyait une suppression de la retenue à la source sur les intérêts reçus (« received ») par une société résidente d'un État en provenance de l'autre État.

L'administration fiscale américaine, estimant que l'existence de l'entité du Honduras en tant que personne morale

indépendante devait être ignorée, et que la société des Bahamas devait être regardée comme le bénéficiaire réel des intérêts, requalifia l'opération en prêt octroyé directement par cette dernière, et mit à la charge de la société Aiken le versement de la retenue à la source de 30 %. Le juge fiscal refusa de suivre l'administration, considérant que la société du Honduras était dotée d'une existence juridique réelle. Il ne donna pas pour autant gain de cause au contribuable, mais se situa sur un autre terrain. Il remit en effet en cause le montage en se fondant sur une interprétation stricte de la notion d'intérêts reçus (« *interest received* »), prescrite par la convention US/Honduras, mais non définie par celle-ci. **Le juge estima que la notion d'« intérêts reçus » supposait une maîtrise complète et un contrôle des sommes perçues (« *dominion and control* »), et non pas seulement une détention matérielle, et à titre temporaire (« *temporary physical possession* »).** Or, dans cette affaire, la société du Honduras était **obligée de reverser** immédiatement les intérêts à la société des Bahamas, en vertu d'une transaction aux termes symétriques. À ce premier élément s'ajoutait le fait que les trois entités étaient apparentées, et que les taux d'intérêt rémunérant les deux transactions financières auxquelles était partie la société du Honduras étaient identiques. Dans ces conditions, la société du Honduras était un simple « conduit » permettant le passage des intérêts de la société américaine à la société mère des Bahamas, et ne pouvait être considérée comme ayant reçu elle-même les intérêts.

32. La décision Aiken Industries ne concerne pas directement la notion de bénéficiaire effectif, mais elle pourra être une source d'inspiration pour le Conseil d'État aux fins d'en préciser le contenu, dès lors qu'en réalité, l'interprétation constructive de la notion d'intérêts « reçus » délivrée par le juge de l'impôt américain y renvoie de manière évidente, et à ce titre est assez proche de la démarche suivie plus tard par le Conseil d'État dans l'arrêt Diebold du 13 octobre 1999, par lequel a été consacrée l'existence d'une clause de bénéficiaire effectif implicite³¹. Car, dans un cas comme dans l'autre, les mêmes ressorts sont à l'œuvre : **en-dehors du cas explicite du mandataire agissant en tant que tel et du cas pathologique du montage artificiel, l'oblitération de l'entité intermédiaire supposera nécessairement la démonstration de ce que cette entité ne possède pas le contrôle sur les sommes perçues. À cette aune, la démarche de la cour de Versailles, reposant sur une analyse des éléments juridiques, nous paraît devoir être approuvée.** En effet, dès lors que, d'une part, l'entité est le véritable titulaire des éléments d'actif générateurs de revenus, et que, d'autre part, ses organes de gouvernance décident, **souverainement**, de l'utilisation de ces éléments de revenus (critère du « *dominion and control* »), il nous semble que cette entité doit être considérée comme le bénéficiaire effectif desdits revenus, **quand bien même une partie importante de ces derniers serait-elle reversée à des tiers.** En pratique, l'administration fiscale se fonde souvent sur l'importance des sommes reversées par le bénéficiaire apparent à un tiers (supposé bénéficiaire effectif). On se souviendra

29 Aiken Industries Inc. V. Commissioner, 56 TC 925, 5 août 1971.

30 Ce traité, signé à Washington le 25 juin 1956, entré en vigueur le 6 février 1957, fut dénoncé par le Honduras le 31 décembre 1966. C'est le premier traité qui fut conclu par les États-Unis avec un pays d'Amérique latine.

31 CE, 13 oct. 1999, n° 191191, SA Diebold Courtaage, concl. G. Bachelier.

toutefois que le juge de l'impôt a déjà refusé de tirer les conséquences de ce seul argument, en cas de reversement de 93% des redevances perçues³², et de 70% des sommes³³. Il appartient à la Haute assemblée de fixer le principe dans son arrêt à venir, en accordant la préséance aux éléments juridiques sur les éléments économiques aux fins d'identifier le bénéficiaire effectif des revenus. Il en va du respect de l'indépendance de la personnalité morale de l'entité intermédiaire, et de la sécurité juridique des contribuables. L'administration fiscale disposera toujours de l'arme de la fraude à la loi pour lutter contre les cas abusifs de « *treaty shopping* ».

E. DINH ■

32 V. TA Lille, 18 mars 1999, n° 95-5403, SA Fountain Industries France.

33 V. CE, 13 oct. 1999, SA Diebold Courtage, préc.

33. À NOTER

> **Propriété industrielle - Redevances de concession et de cession de brevets** - Le Groupe Code de conduite a estimé que tant les modalités d'arrêt de l'ancien régime français d'imposition des produits de cession ou concession de brevets que le nouveau régime, mis en place par la loi de finances pour 2019³⁴, n'étaient pas dommageables.

Conseil de l'UE, Rapport au Conseil ECOFIN, 27 mai 2019, n° 9652/19 (ADD 6), FISC 274, ECOFIN 515 (ancien régime)

Conseil de l'UE, Rapport au Conseil ECOFIN, 27 mai 2019, n° 9652/19 (ADD 2), FISC 274, ECOFIN 515 (nouveau régime)

34 L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, art. 37 : FI 1-2019, n° 5, § 16.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CE, 9^e et 10^e ch., 12 avr. 2019, n° 410315, Sté Compagnie de Saint-Gobain, concl. E. Bokdam-Tognetti

Annexe 2 : CAA Versailles, 3^e ch., 4 juin 2019, n° 17VE01685, Sté Sopra Steria Group SA et n° 17VE02481, Min. c/ Sté Sopra Steria Group SA, concl. M. Deroc

Annexe 3 : CAA Versailles, 3^e ch., 12 mars 2019, n° 17VE01940, Sté Performing Rights Society Ltd, concl. C. Huon