

ÉDITORIAL

Les crédits d'impôt d'origine étrangère, ces mal-aimés



Gauthier BLANLUET,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Avocat, Sullivan & Cromwell LLP
Co-directeur scientifique de la revue Fiscalité Internationale

Les difficultés s'accumulent, depuis quelques années, au pays des crédits d'impôt. Leur calcul soulève d'épineuses questions et leur utilisation se heurte à de nombreux obstacles. Tout cela n'aurait pas

d'importance s'il n'en résultait, inmanquablement, une aggravation de la double imposition. Le salut pourrait-il venir du report des crédits d'impôt dans le temps ?

Il faut bien prendre conscience d'une chose, et cette chose est simple à énoncer. À chaque fois qu'un crédit d'impôt tombe en non-valeur, en tout ou partie, pour une raison ou pour une autre, relativement à un revenu réimposé en France, le contribuable subit une double imposition, quelle qu'en soit la forme ou la manifestation, immédiatement ou à terme. Il la subit alors pourtant qu'elle devrait être effacée ou atténuée par l'effet de la convention applicable.

Mais il faut se rendre à la raison. Même dans l'ordre conventionnel, l'élimination des doubles impositions semble être passée au second rang des préoccupations du moment. C'est la lutte contre l'évasion fiscale qui tient le haut du pavé, et tend à étouffer les autres impératifs, quelle que soit leur légitimité, quel que soit leur bien-fondé. Aussi faut-il sans doute s'habituer, sans se résigner, à ce que la double imposition resurgisse et s'installe, sous différentes formes, de manière parfois inattendue, toujours indésirable, dans une certaine indifférence générale.

Voilà pourquoi les crédits d'impôt conventionnels manquent, assurément, de considération.

Le premier responsable est sans nul doute le législateur : la loi est, pour ainsi dire, inexistante, ou presque, en ce qui concerne le régime applicable aux crédits d'impôt d'origine étrangère

En tout et pour tout, deux petits alinéas, les a et b du 1 de l'article 220 du CGI, qui ne disent pas grand-chose, sinon des généralités. Le premier fixe un principe d'imputation des crédits d'impôt sur l'impôt correspondant au revenu

auquel il sont attachés. On en a tiré la règle dite du « butoir », dont il sera question plus loin. Le second précise – est-ce bien utile ? – que ce sont les conventions internationales qui permettent l'imputation des crédits d'impôt d'origine étrangère et en fixent le montant.

Ces deux textes mal ajustés l'un à l'autre ont conduit à douter que le premier – le a du 1 – puisse s'appliquer aux crédits d'impôts conventionnels¹. Aujourd'hui, la lumière est faite sur cette question : le a du 1 est bien applicable aux crédits d'impôt d'origine étrangère².

Encore l'article 220 n'est-il malheureusement pas d'application universelle. À la lettre, les revenus qu'il vise ne sont que des revenus de capitaux mobiliers – dividendes et intérêts – à l'exclusion des autres revenus passifs pouvant donner lieu à retenue à la source, tels que les redevances. Pour ces autres revenus, le droit interne est muet.

Ces imprécisions ont évidemment fait naître des incertitudes, générant un abondant contentieux. Dans certaines situations, les crédits d'impôt ont cessé de constituer un instrument efficace d'élimination des doubles impositions.

1 CE, plén. fisc., 7 déc. 2015, n° 357189, SA CIC Alsace Lorraine : RJF 2/16 n° 123, concl. B. Bohnert, p. 229 ; Dr. fisc. 2016, n° 3, comm. 80, note P. Durand.

2 CE, 26 juin 2017, n° 386269, SA Crédit Agricole et n° 406437, Sté BPCE : RJF 10/17, n° 942, concl. Bokdam-Tognetti, C-942, p. 1337 ; E. Bokdam-Tognetti, Crédits d'impôt d'origine étrangère : des possibilités élargies d'utilisation : FR 35/17, n° 3, p. 5.

Le juge a tenté d'apporter des réponses. Le législateur, aussi, est intervenu, de façon ponctuelle, récemment, essentiellement pour briser, comme c'est parfois le cas, une jurisprudence jugée trop favorable au contribuable.

De cette évolution générale, on retire la désagréable impression qu'à une ou deux exceptions près, l'usage des crédits d'impôts étrangers se trouve parfois entravé alors qu'il ne devrait pas l'être, et leur existence même peut aussi être remise en cause.

Quelques illustrations suffisent à rendre compte de l'ampleur du phénomène.

La **première restriction** qui vient à l'esprit est aussi la plus directe, puisqu'elle touche au crédit d'impôt lui-même, et atteint jusqu'à son existence. Il s'agit de la règle du butoir, qui a pour effet de raboter tout ou partie du crédit d'impôt en plafonnant son montant à l'impôt français correspondant au revenu auquel il est attaché. Le crédit d'impôt ne peut jamais être supérieur à l'impôt français sur lequel il s'impute. Sur le principe même du plafonnement, il n'y a pas à discuter. En permettant l'imputation d'un impôt étranger sur l'impôt français, la France s'engage seulement à renoncer à prélever son propre impôt, à rien de plus. En particulier, elle ne rembourse pas l'impôt étranger retenu à la source en cas d'excédent. Si l'impôt étranger est supérieur à l'impôt français, il ne peut venir s'imputer sur l'impôt dû au titre d'autres revenus. Il est donc normal que le droit à imputation soit limité à l'impôt français assis sur le revenu ayant subi l'imposition étrangère.

Cette règle se conçoit bien lorsque l'impôt étranger est prélevé à un taux supérieur au taux français, car elle signifie tout simplement que le Trésor français n'a pas à prendre à sa charge une imposition étrangère qui serait supérieure à l'impôt français. Elle est beaucoup plus difficile à appliquer lorsqu'il faut reconstituer l'impôt français en calculant son assiette sur une base nette après déduction de l'ensemble des charges afférentes au revenu concerné. L'idée n'est pourtant pas, là non plus, choquante. Il s'agit, toujours, de mesurer de la manière la plus exacte que possible la pression fiscale réelle pesant sur le revenu ouvrant droit à crédit d'impôt, car c'est dans cette mesure, et cette mesure seulement, que le droit à imputation peut s'exercer. Comme l'impôt est prélevé sous déduction des charges qui se rapportent au revenu, il faut bien reconstruire un revenu net pour calculer l'impôt sur la base duquel le crédit d'impôt va pouvoir s'imputer. Mais, en affectant ainsi des charges au revenu selon une méthode qui s'apparente à la reconstitution d'un mini compte de résultat, on cloisonne en quelque sorte la déduction des charges afférentes au revenu, un peu comme si on affectait leur déduction de manière exclusive au revenu auquel elles sont censées se rapporter.

On voit ainsi que, de fil en aiguille, en plafonnant le crédit d'impôt, on empêche indirectement la déduction des charges sur d'autres revenus, bien que ces charges soient fongibles et déductibles du résultat imposable entendu globalement. On achève ainsi de les neutraliser, alors pourtant que, le plus souvent, elles ne sont pas davantage déductibles pour l'établissement de l'imposition à la source. Il est inutile de revenir sur les interrogations que cette bizarrerie soulève

au regard du droit de l'Union européenne. Ce débat a eu lieu en doctrine³. C'est maintenant à la Cour de justice de se prononcer. Le Conseil d'État vient en effet de la saisir par une décision de plénière fiscale SA SGAM rendue le 24 avril 2019 et commentée dans le présent numéro⁴.

La **seconde restriction au mécanisme de l'imputation** consiste non pas à diminuer le crédit d'impôt lui-même, mais à entraver son utilisation par le rétrécissement de l'assiette sur laquelle il s'impute. On peut donner plusieurs illustrations de cette gymnastique.

D'abord, pendant longtemps, les crédits d'impôt étaient « tunnelisés », pour reprendre l'expression consacrée, c'est-à-dire qu'en présence d'un impôt prélevé à des taux différents selon la nature des revenus, comme c'est le cas de l'impôt sur les sociétés, les crédits d'impôt ne pouvaient s'imputer que sur l'impôt sur les sociétés calculé au taux auquel étaient taxés les revenus ayant donné naissance au crédit d'impôt. À nouveau, on avait fait prévaloir un principe de cloisonnement, appliqué ici, non à la déduction des charges, mais au régime d'imposition du revenu. Ainsi, pour l'imputation du crédit d'impôt, il convenait de segmenter l'impôt dû par le contribuable, et de ne retenir que la fraction de « l'impôt correspondant au revenu », c'est-à-dire l'impôt prélevé au taux normal lorsque le revenu était lui-même taxé au taux normal. Mais, dans les décisions précitées SA *Crédit Agricole* et *Sté BPCE*, le Conseil d'État a fait prévaloir l'unicité de l'impôt sur les sociétés. Ce faisant, il a mis fin à la « tunnelisation » en permettant l'utilisation des crédits d'impôt sur les cotisations d'impôt sur les sociétés calculées à un taux différent de celui applicable au revenu ayant donné naissance au crédit d'impôt. Depuis cette décision, il est donc acquis, du moins sur le plan économique, qu'il est possible d'utiliser un crédit d'impôt né d'un revenu sur un impôt dû au titre d'un autre revenu.

Cette trouée dans les nuages, faisant apparaître un coin de ciel bleu, ne s'est pourtant pas élargie.

C'est ainsi que, par exemple, la jurisprudence relative à l'**impossibilité d'imputer des crédits d'impôt nés de revenus exonérés** ne s'est pas assouplie. Depuis la jurisprudence *Fournier Industrie et Santé*⁵, bien connue, relative au régime des sociétés mères, il demeure acquis que les crédits d'impôt étrangers ne peuvent s'imputer sur la quote-part de frais et charges prélevée à l'occasion de la perception de dividendes éligibles au régime d'exonération. La solution se comprend d'elle-même. Il n'est pas contestable que, aux sources du régime des sociétés mères, on trouve cette volonté d'exonérer le revenu et que, lorsque le revenu est purement et simplement exonéré, il n'y a bien sûr pas d'impôt sur lequel imputer un quelconque crédit d'impôt. Lorsque le contribuable a tenté d'objecter que les dividendes étaient partiellement imposés en raison de la réintégration de la quote-part de

3 Sur l'ensemble de cette question, voir G. Blanluet, Plafonnement des crédits d'impôt d'origine étrangère, La règle du butoir à l'épreuve du droit conventionnel et du droit de l'Union européenne : Dr. fisc. 2018, n° 6, étude 166.

4 V. les commentaires d'E. Cortot-Boucher (FI 3-2019, n° 2, § 12) et d'E. Dinh (FI 3-2019, n° 5, § 1).

5 CE, 23 avr. 1997, n° 145611, SA Fournier Industrie et Santé, concl. Fabre.

frais et charges, le Conseil d'État a répondu que la quote-part de frais et charges a été conçue comme une réintégration de charges, et non comme une imposition du revenu. On peut néanmoins continuer à se demander si la quote-part de frais et charges n'opère pas comme une imposition fractionnée du revenu et si sa nature de réintégration de charges pourrait, sur un plan technique, à nouveau prêter à débat.

C'est surtout au sujet des sociétés déficitaires que le système dysfonctionne

Les crédits d'impôt ne sont pas utilisables en situation déficitaire. À cela, rien d'étonnant sur le principe. Lorsque le contribuable est en situation déficitaire, il n'y a pas d'imposition sur laquelle imputer le crédit d'impôt. Il est donc naturel que le crédit d'impôt devienne sans objet.

Ce raisonnement fait cependant l'économie de deux difficultés.

La première touche au traitement en France de l'imposition prélevée à l'étranger. Lorsqu'une retenue à la source ouvre droit à crédit d'impôt, la dépense correspondant au paiement de l'impôt étranger ne doit pas être considérée comme une charge déductible du revenu imposable, du moins dans la configuration normale. En effet, lorsqu'il est utilisé, le crédit d'impôt est une créance plutôt qu'une charge, un actif d'impôt grâce auquel l'entreprise paye l'impôt français par compensation. Du point de vue du contribuable, l'impôt étranger opère un peu comme une avance sur l'impôt français. De là vient que le bénéficiaire est imposable sur le revenu brut, avant déduction de la retenue à la source étrangère. Ici, à ce sujet, il faut s'arrêter un instant. On a coutume de dire que, s'il convient d'inclure le revenu brut dans l'assiette française, c'est parce qu'au revenu net perçu, on ajoute le crédit d'impôt, qui est donc imposable au même titre que le revenu. Il ne s'agit que d'une façon de parler. **Si le revenu entre dans l'assiette imposable pour son montant brut, ce n'est pas parce que le crédit d'impôt est imposable, c'est parce que l'impôt étranger n'est pas déductible.** Et pourquoi ne l'est-il pas ? Tout simplement parce que, renfermant un gain d'impôt français, il n'est pas une véritable charge, du moins pas une charge définitive.

Mais, bien entendu, cette logique se renverse, à moins qu'elle ne se prolonge, lorsque l'entreprise est déficitaire. Dans cette hypothèse, en effet, en l'absence d'impôt dû, point d'imputation possible. Le crédit d'impôt s'évanouit, on dit qu'il tombe en « non-valeur ». Aussi perd-il sa qualité de créance⁶. Le crédit d'impôt disparu, le contribuable ne peut plus se prévaloir d'un actif fiscal correspondant. Dès lors, l'impôt étranger redevient ce qu'il est normalement, c'est-à-dire une charge, une vraie charge dont le poids ne peut plus être effacé au travers d'un gain d'impôt sur les sociétés en France. En accédant au statut de charge définitive, l'imposition étrangère devrait être naturellement déductible dans les conditions de droit commun (CGI, art. 39, 4). Confronté à cette question, le

juge en avait décidé autrement en présence d'une convention fiscale étroitement rédigée, et tout aussi étroitement interprétée⁷. Mais, dans un autre contexte conventionnel, il avait fini par admettre la déduction⁸.

Las, le législateur en a décidé autrement. Le 4^e de l'article 34 du CGI dispose, sans distinction, que les impôts mis à la charge de l'entreprise sont déductibles du résultat imposable, « à l'exception des impôts prélevés par un État ou territoire conformément aux stipulations d'une convention fiscale d'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur les revenus conclue par cet État ou territoire avec la France ». Dit autrement, en présence d'une convention fiscale applicable, l'impôt prélevé à l'étranger conformément aux stipulations de la convention n'est plus déductible en France. Comme il a été dit plus haut, cette règle peut se comprendre lorsque la société est bénéficiaire, puisqu'elle pourra en principe valoriser son crédit d'impôt et qu'en ce cas il ne constituera pas une véritable charge. Mais la non-déduction s'étend aussi aux entreprises déficitaires, ce qui est absurde pour toutes les raisons que l'on vient également de dire. Pourquoi empêcher la déduction d'un impôt qui, bien qu'ouvrant théoriquement droit à crédit d'impôt, ne pourra en réalité jamais être imputé en France ? Cette interdiction est d'autant plus incompréhensible qu'elle introduit une discrimination inexplicable au détriment des contribuables recevant des revenus provenant d'États conventionnés. Ceux-là seraient en effet soumis à l'interdiction de déduire la retenue à la source étrangère alors que les autres, recevant des revenus provenant d'États non conventionnés, pourraient la déduire en application du droit commun. Voilà qui ne peut manquer de surprendre. Il y aurait matière à redresser cette incohérence.

Le salut ne devrait-il pas venir du report des crédits d'impôt dans le temps ?

Si les crédits conventionnels étaient reportables, les groupes déficitaires trouveraient une contrepartie dans l'impossibilité de déduire l'impôt étranger. Ce n'est pourtant pas la règle. Dans sa décision précitée *BPCE* du 26 juin 2017, le Conseil d'État a considéré que, dans le silence de la loi, il ne lui appartenait pas d'autoriser le report des crédits d'impôt sur les exercices ultérieurs, fût-ce de manière prétorienne. Et, dans une décision n° 2017-654 QPC du 28 septembre 2017, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe du non-report des crédits d'impôt dans le temps n'est pas contraire à la Constitution.

La cause est-elle pour autant entendue ? S'il est permis de se poser la question, c'est parce que le débat devant le Conseil d'État s'est concentré sur l'interprétation du droit interne et que, de son côté, le Conseil constitutionnel a été saisi sur la partie de l'article 220 qui n'intéresse pas, du moins directement, les crédits d'impôt conventionnels. Or, en droit conventionnel, on chercherait vainement la disposition

6 CE, 27 juin 2016, n° 388984 et 392534, SA Faurecia : RJF 2016, comm. 871, concl. E. Crépey, C. 871, p. 1232.

7 CE, 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline : Dr. fisc. 2014, n° 22, comm. 356, concl. F. Aladjidi, note P. Durand.

8 CE, 7 juin 2017, n° 386579, Sté LVMH, concl. E. Bokdam-Tognetti.

qui permettrait de borner l'utilisation des crédits d'impôt dans le temps. À vrai dire, la convention commande d'éliminer la double imposition, quelle que soit la situation de l'entreprise. Or, en instituant un principe de non-report, on subordonne le bénéfice du crédit d'impôt à l'existence d'un résultat bénéficiaire au titre de l'exercice de naissance du crédit d'impôt. Autant dire que l'on impose une condition que la convention ne prévoit pas. Pourtant, l'impératif d'élimination de la double imposition contenu dans les conventions ne vaut pas seulement pour les sociétés bénéficiaires. La double imposition est bien réelle lorsque, faute de pouvoir déduire la retenue à la source prélevée à l'étranger, l'entreprise doit subir une réduction de son déficit en sus de l'imposition étrangère. Pour éviter cette double imposition, il faudrait permettre le maintien des crédits d'impôt dans le temps. Les commentaires sur l'article 23 A et 23 B

de la convention-modèle de l'OCDE n'y sont pas opposés (§ 32.8). Il y donc matière à réflexion⁹. Enfin, pour être tout à fait complet, la Commission européenne considère que la règle du non-report des crédits d'impôt en situation déficitaire pénalise les contribuables percevant des revenus de source étrangère et doit être regardée comme contraire au droit de l'Union européenne¹⁰. À l'évidence, voilà un autre sujet de réflexion.

G. BLANLUET ■

9 Celle-ci a d'ailleurs déjà commencé. V. D. Gutmann, Non-Creditable Foreign Withholding taxes : The Way Forward in Tax Treaties after the BEPS Project, A Tribute to Jacques Sasseville : Fondation canadienne de fiscalité.

10 Avis motivé, 13 juill. 2017.