

DIVIDENDES - INTÉRÊTS REDEVANCES

Chronique d'actualité



Édouard CHAPPELLIER
Avocat, Linklaters LLP



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

Questions générales

> **Dispositifs hybrides** - La loi de finances pour 2020 transpose les mesures de lutte contre les dispositifs hybrides prévues aux articles 9, 9 bis et 9 ter de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 (dite « ATAD 1 »), tels que modifiés par la directive (UE) 2017/952 du 29 mai 2017 (dite « ATAD 2 »). Sont visées en particulier quatre catégories de dispositifs : les dispositifs hybrides résultant de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier, les dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement, les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement ou entre deux établissements ou plus, et enfin les effets de double déduction (V. § 1).

> **Sociétés étrangères déficitaires** - La loi de finances pour 2020 tire les conséquences de l'arrêt *Sofina* de la CJUE du 22 novembre 2018 en instaurant un nouveau mécanisme, codifié à l'article 235 quater du CGI, permettant aux sociétés étrangères en situation déficitaire d'obtenir la restitution temporaire des sommes retenues ou prélevées à la source ; le retour

de ces sociétés à une situation bénéficiaire rend définitivement exigibles les retenues et prélèvements concernés. Elle étend en outre l'exonération de retenue à la source sur les dividendes pour les sociétés en liquidation judiciaire (CGI, art. 119 quinquies), à l'ensemble des autres revenus et profits soumis à une retenue ou un prélèvement à la source (V. § 5).

Dividendes et autres revenus distribués

> **Dividendes entrants** - La CAA de Versailles juge l'ancien dispositif dit du « précompte mobilier » et de l'avoir fiscal contraire à la directive mère-fille n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990 en ce qu'il mettait à la charge des sociétés mères redistribuant les dividendes perçus de leur filiales non établies en France une imposition supérieure à celle prévue par l'article 4, § 1 de la directive (V. § 10).

> **Dividendes sortants** - La loi de finances pour 2020 introduit des mesures de coordination en vue d'adapter et de clarifier le taux de certaines retenues à la source, frappant en particulier les revenus distribués et certains revenus non salariaux (V. § 15).

...

- > La loi de finances pour 2020 prend acte de l'incompatibilité avec la liberté d'établissement de l'article 115 quinquies du CGI, reconnue récemment par le Conseil d'État, et corrige en conséquence ce mécanisme de retenue à la source (V. § 18).
- > La CJUE a jugé dans son arrêt *Sofina* que l'imposition par voie de retenue à la source des dividendes perçus par une société non résidente constitue une différence de traitement caractérisant une restriction à la libre circulation des capitaux lorsque cette société est en situation déficitaire au regard de la législation de son État de résidence. Le Conseil d'État juge que cette jurisprudence est applicable aux sociétés en commandite simple (en l'espèce une KG allemande), qui entrent dans le champ d'application du régime mère-fille dès lors qu'elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés, pour l'ensemble de leurs bénéfices si elles optent pour le régime des sociétés de capitaux en application du 3 de l'article 206 du CGI ou, en l'absence d'une telle option, pour la seule part prévue au 4 de l'article 206 (V. § 22).
- > Le Conseil d'État juge que la retenue à la source prélevée sur les dividendes de source française versés par une filiale à sa mère située dans un État tiers (CGI, art. 119 bis, 2) est compatible avec la libre circulation des capitaux dès lors que la participation litigieuse correspond à un investissement direct et entre, par suite, dans le champ de la clause de gel (V. § 26).

Intérêts

- > La loi de finances pour 2020 supprime la condition de déductibilité tenant au niveau d'imposition du prêteur prévue par le b du I de l'article 212 du CGI car son maintien serait contraire à la directive ATAD 2. Elle procède en outre à quelques compléments de transposition de la directive ATAD 1 concernant les entités autonomes et les modalités de détermination de l'EBITDA (V. § 29).

Questions générales

1. Dispositifs hybrides - Directive ATAD - Transposition - La loi de finances pour 2020 transpose les mesures de lutte contre les dispositifs hybrides prévues aux articles 9, 9 bis et 9 ter de la directive (UE) 2016/1164 du 12 juillet 2016 (dite « ATAD 1 »), tels que modifiés par la directive (UE) 2017/952 du 29 mai 2017 (dite « ATAD 2 »). Sont visées en particulier quatre catégories de dispositifs : les dispositifs hybrides résultant de paiements effectués dans le cadre d'un instrument financier, les dispositifs hybrides qui sont la conséquence de différences dans l'attribution des paiements effectués à une entité hybride ou à un établissement, les dispositifs hybrides qui résultent de paiements effectués par une entité hybride à son propriétaire ou de paiements réputés effectués entre le siège et l'établissement ou entre deux établissements ou plus, et enfin les effets de double déduction.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 45, 1° : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (V. annexe 1)

2. L'article 45 de la loi de finances pour 2020 transpose en droit français la réglementation européenne dite ATAD 2, acronyme angliciste plus aisé à manier que le titre officiel de la « directive (UE) 2017/952 du Conseil du 29 mai 2017 modifiant la directive (UE) 2016/1164 en ce qui concerne les dispositifs hybrides faisant intervenir des pays tiers ». La complexité de ce texte (pourtant pas des plus longs - à peine plus que 3 pages pleines au Journal officiel - mais tout de même 68 pages dans le rapport auprès de l'Assemblée nationale !) interdit un exposé complet dans le cadre limité de cette chronique. Nous nous contenterons donc de relever quelques points.

3. C'est à notre connaissance la première fois qu'un texte de loi emprunte aux techniques rédactionnelles bien connues des avocats en prévoyant un **article liminaire (l'article 205 B du CGI) dédié aux seules définitions des termes utilisés par la loi**, qui ne devront donc pas être entendus selon leur sens commun mais bien selon la définition donnée.

Ainsi un « **paiement** » ne doit pas s'entendre comme l'« action de payer, de verser une somme d'argent qui est due » (Larousse) mais comme « tout droit à un transfert de valeur associé à un montant susceptible d'être payé »... La « **résidence** », terme bien connu des fiscalistes, devra prendre elle une signification différente puisqu'il s'agit de viser uniquement le lieu du siège ou du domicile fiscal d'une personne. Outre de souligner la complexité et la difficile intelligibilité du dispositif,

cette spécificité pose de réelles questions d'interprétation du texte. Ainsi, à reprendre la définition de la résidence, comment l'appliquer à une société ? Le siège social sera-t-il toujours suffisant ? Ou doit-on étendre la jurisprudence traditionnelle permettant à l'administration de faire prévaloir le siège de direction effective ? Se couper d'une jurisprudence établie et ayant clarifié, au fil des ans, de nombreux sujets nous paraîtrait accroître l'insécurité juridique et obliger à un exercice de table rase peu souhaitable... Il faut donc espérer que l'administration fiscale et surtout les juges sauront interpréter le texte à l'aune des concepts de droit français déjà bien définis.

Ainsi, la **notion d'entreprise associée** figurant à l'article 205 B, I, 16^o se rapproche à de nombreux égards des concepts de contrôle bien connus du droit français que ce soit celui des sociétés ou du droit comptable. À cet égard, il nous semble souhaitable que les termes non définis de personnes agissant « conjointement » puissent être interprétés à la lumière de la notion de contrôle conjoint, plutôt que de créer une nouvelle catégorie avec tous les débats d'interprétation qui ne manqueraient pas d'en naître...

4. Si, comme le trahit d'ailleurs le titre même de la directive, l'objectif premier de ces nouvelles mesures est de lutter contre les situations hybrides « transfrontières » (si l'on nous permet de reprendre une terminologie issue d'une autre directive fort actuelle également...), elles vont préoccuper les fiscalistes français au premier chef en ce qui concerne les formes juridiques les plus fréquemment rencontrées, à savoir naturellement les structures françaises. Prenons par exemple un **revenu d'intérêt qui serait payé au profit d'un fonds commun de placement (FCP) de droit français** : dans quel cas pourra-t-il être considéré comme une entité hybride donnant lieu à un dispositif hybride au sens de l'article 205 B, I, 1^o, b ? Il faut pour cela, aux termes dudit article qu'« un paiement en faveur d'une entité hybride donne lieu à une charge déductible dans l'État de résidence du débiteur sans être inclus dans les revenus imposables dans l'État de résidence de l'entité hybride, lorsque cet effet d'asymétrie est imputable aux différences dans l'attribution des paiements versés à l'entité hybride en application des règles de l'État de résidence de l'entité hybride et des règles de l'État de résidence de toute personne détentricie d'une participation dans cette entité hybride ». L'application de cette règle suppose au premier chef de déterminer la règle d'attribution des paiements dans l'État de résidence de l'entité hybride pour la comparer avec celle prévalant dans l'État de résidence des investisseurs de celle-ci. À cet égard, au regard de notre exemple du FCP, quelle est la règle française d'attribution des paiements ? Force est de constater que, lorsqu'un FCP reçoit un revenu d'intérêt, ses porteurs de parts ne se voient pas attribuer directement ce revenu au regard des règles fiscales françaises. En effet, l'imposition entre les mains des porteurs de parts n'interviendra que lors de la distribution par le FCP des produits reçus¹. Il y a donc dispositif hybride avec différence d'attribution des paiements seulement lorsque, en application de leur législation fiscale locale, les porteurs de parts du FCP traiteront celui-ci comme transparent fiscalement, et prendront en compte les

revenus ou charges de celui-ci dès la perception par le FCP des revenus ou le paiement des charges considérées. Dans un tel cas, il est peu probable qu'un paiement d'intérêts au profit d'un FCP puisse poser difficulté (puisque les porteurs en situation d'hybridité auront tendance à être imposés plus rapidement encore que s'ils étaient français, dès lors qu'une distribution par le FCP n'est plus un fait générateur d'imposition), mais c'est en revanche la question de la double déduction de sommes payées par le FCP qui pourrait le cas échéant davantage se poser.

E. CHAPPELLIER ■

5. **Sociétés étrangères déficitaires - Retenues et prélèvements à la source** - La loi de finances pour 2020 tire les conséquences de l'arrêt *Sofina* de la CJUE du 22 novembre 2018 en instaurant un nouveau mécanisme, codifié à l'article 235 quater du CGI, permettant aux sociétés étrangères en situation déficitaire d'obtenir la restitution temporaire des sommes retenues ou prélevées à la source ; le retour de ces sociétés à une situation bénéficiaire rend définitivement exigibles les retenues et prélèvements concernés. Elle étend en outre l'exonération de retenue à la source sur les dividendes pour les sociétés en liquidation judiciaire (CGI, art. 119 quinquies), à l'ensemble des autres revenus et profits soumis à une retenue ou un prélèvement à la source.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 42, I, 2^o et 3^o : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (V. annexe 2)

6. L'histoire des retenues à la source appliquées aux sociétés étrangères déficitaires est longue et à rebondissements. Nous nous contenterons ici de renvoyer aux articles publiés dans les présentes colonnes qui relatent cette histoire et se sont interrogés sur ses conséquences, que ce soit en termes de technique ou de politique fiscale².

Dans cette histoire, l'arrêt *Sofina* de la CJUE du 22 novembre 2018³ marque bien sûr une étape importante. Dans cet arrêt, la Cour a jugé qu'en matière de retenue à la source sur les dividendes, la différence de traitement entre les sociétés non résidentes déficitaires et les sociétés résidentes déficitaires était constitutive d'une restriction à la libre circulation des capitaux non justifiée par une différence de situation objective.

7. Par la présente mesure, le législateur français tire les conséquences de cet arrêt, sur l'ensemble des revenus et

2 Outre les commentaires de l'arrêt *Sofina* cités ci-dessous, v. P. Martin, H. Cassagnabère, A. Maitrot de la Motte et J. Turot, La souveraineté fiscale à l'épreuve de la jurisprudence de la CJUE : FI 2-2019, n° 02.2. – S. Lauratet, La saga *Sofina* : entre avancées et attentes : FI 3-2019, n° 02.2, et en dernier lieu dans le présent numéro G. Blanluet, Revenus des sociétés étrangères déficitaires : nouveau dispositif, nouvelles questions : FI 1-2020, n° 01.

3 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, Sté Sofina e.a., concl. Wathelet : FI 1-2019, n° 2, § 14 et n° 5, § 6.

1 V. en ce sens BOI-RPPM-RCM-40-30, 7 déc. 2016, § 70 et 100.

profits soumis à des retenues ou prélèvements à la source⁴, et non sur les seuls revenus distribués, qui avaient fait l'objet des contentieux. Pour ce faire, il intervient à un double niveau : celui des sociétés en liquidation judiciaire, et celui des sociétés simplement déficitaires.

8. Sociétés en liquidation judiciaire (exonération) - Par une première tentative de mise en conformité du droit français au droit de l'UE, la loi de finances rectificative pour 2015 avait créé, à l'article 119 quinqui du CGI, une exonération de la retenue à la source sur les revenus distribués à des sociétés non résidentes établies dans l'UE ou dans un État lié à la France par une convention d'assistance administrative pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, lorsque ces sociétés remplissaient les conditions cumulatives suivantes :

- leur résultat est déficitaire ;
- elles sont, à la date de la distribution, en difficulté, c'est-à-dire qu'elles font l'objet d'une procédure comparable à la liquidation judiciaire prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce français.

Outre l'extension de l'exonération à l'ensemble des retenues et prélèvements à la source, déjà évoquée et constituant une mise en conformité préventive, la loi de finances pour 2020 **précise la condition de localisation de la société ou de l'établissement stable**, en instaurant une différence selon le prélèvement ou la retenue concerné :

> pour les prélèvements et retenues à la source prévus aux articles 182 A bis, 182 B, 244 bis, 244 bis A et 244 bis B du CGI, la société ou l'établissement stable devra répondre à la condition de localisation telle qu'elle est libellée actuellement (voir ci-dessus) ;

> pour la retenue à la source prévue à l'article 119 bis du CGI, la condition de localisation est enrichie ; ainsi, la société (ou l'établissement stable) doit être établie dans un État :

- lié à la France par une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et par une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement dont la portée est similaire à celle de la directive n° 2010/24/UE ;
- qui n'est pas un État ou territoire non coopératif (ETNC).

9. Sociétés simplement déficitaires (restitution assortie d'un report d'imposition) - Tirant les conséquences directes de la décision *Sofina* de la CJUE, la loi de finances pour 2020 rétablit un article 235 quater du CGI prévoyant un mécanisme original de restitution des retenues et prélèvements à la source assortie d'un report d'imposition pour les sociétés non résidentes déficitaires, sous réserve qu'elles soient établies :

- pour la retenues à la source de l'article 119 bis du CGI, dans un État lié à la France par une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et d'assistance mutuelle en matière de recouvrement ;
- pour les autres retenues et prélèvements à la source, dans un État

membre de l'UE ou de l'EEE lié à la France par les conventions précitées.

Le report d'imposition prend fin si la société redevient bénéficiaire ou si elle méconnaît les nouvelles obligations déclaratives prévues par le mécanisme et garantissant le suivi de la situation de la société.

Pour une analyse détaillée de ce nouveau mécanisme, et les interrogations qu'il suscite, nous renvoyons à l'éditorial du Professeur Blanluet en tête du présent numéro (FI 1-2020, n° 01).

Dividendes et autres revenus distribués

Dividendes entrants

10. Dividendes entrants - Droit de l'Union européenne - Directive mère-fille - Précompte mobilier - La CAA de Versailles juge l'ancien dispositif dit du « précompte mobilier » et de l'avoir fiscal contraire à la directive mère-fille n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990 en ce qu'il mettait à la charge des sociétés mères redistribuant les dividendes perçus de leur filiales non établies en France une imposition supérieure à celle prévue par l'article 4, § 1 de la directive.

CAA Versailles, 3^e ch., 3 déc. 2019, n° 14VE02212, Sté Mersen, concl. C. Huon (V. annexe 3)

11. L'avoir fiscal et son corollaire, le précompte mobilier, continuent d'occuper les prétoires français et européens, plus de quinze ans après leur suppression par l'article 93 de la loi n° 2003-1311 du 30 décembre 2003 de finances pour 2004. Ce dispositif avait pour objectif d'éliminer la double imposition économique qui frappait les dividendes en accordant aux actionnaires domiciliés en France un crédit d'impôt, l'avoir fiscal, imputable sur l'impôt supporté à raison de la perception de bénéfices distribués par des sociétés françaises. Cependant, lorsque les bénéfices en cause n'avaient pas été imposés une première fois au niveau de la société les ayant réalisés, l'octroi d'un tel crédit d'impôt à l'actionnaire aurait abouti à une absence totale d'imposition ; un mécanisme correcteur était donc nécessaire, sous forme d'un précompte mobilier, de même montant que l'avoir fiscal, mis à la charge des sociétés qui distribuaient des sommes n'ayant pas été soumises à l'impôt sur les sociétés au taux normal.

Assurant une neutralité fiscale dans un contexte purement domestique, l'avoir fiscal et le précompte suscitaient néanmoins des distorsions lorsque les distributions portaient

⁴ Sont ainsi visés les retenues ou prélèvements à la source prévus aux articles 119 bis, 182 A bis, 182 B, 244 bis, 244 bis A et 244 bis B du CGI.

sur des bénéfices réalisés par des sociétés situées hors de France, qui n'ouvraient pas droit au crédit d'impôt. Ces distorsions ont nourri un contentieux abondant, ponctué par une importante décision de la CJUE en 2011⁵, dans laquelle la législation française a été reconnue contraire aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux en raison de la discrimination qu'elle opérait dans l'imposition des dividendes reçus par une société mère française, selon que la filiale à l'origine de la distribution était établie en France, auquel cas le dividende reçu était assorti de l'avoir fiscal, ou dans un autre État membre, auquel cas aucun crédit d'impôt n'était octroyé. Le Conseil d'État, auquel revenait le soin de tirer les conséquences de l'interprétation rendue par la Cour de justice, a manifesté une réticence marquée sur cette question, en limitant fortement l'étendue du droit à remboursement des sociétés mères concernées.

12. Si la Commission européenne a engagé une action en manquement ayant abouti à la condamnation de la France de ce fait⁶, certains contribuables, dont la société Mersen, partie au litige soumis à la Cour administrative d'appel de Versailles, ont entre-temps décidé de **changer leur fusil d'épaule pour critiquer, à titre principal, non plus la violation des libertés garanties par le droit primaire de l'UE, mais plutôt la contrariété du précompte à la directive mère-fille.** Leur argument, en substance, tient à ce que l'article 4, § 1 de la directive requiert que les bénéfices distribués par une filiale d'un État membre à sa société mère établie dans un autre État membre ne soient pas imposés dans ce dernier ; le régime français, qui assujettissait ces mêmes bénéfices non lors de leur perception par la société mère, mais lors de la redistribution par celle-ci, à un précompte, violerait ces dispositions.

13. En défense, **le ministre invoquait plusieurs arguments, de valeur inégale.**

> D'abord, soutenait-il, la CJUE a déjà reconnu la contrariété du précompte au droit de l'UE et la jurisprudence a arrêté les mesures correctives idoines, de sorte qu'**il n'y aurait pas lieu à faire constater de nouveau l'incompatibilité du précompte, fût-ce avec une règle de droit dérivé.** Le raisonnement était spécieux et n'a pas arrêté la cour, tant il était évident qu'une déclaration d'incompatibilité avec la directive pouvait ouvrir aux contribuables un droit à restitution plus large que celui tiré de l'incompatibilité avec les libertés garanties par le droit primaire de l'UE.

> Ensuite, et c'était là un obstacle plus sérieux pour la société requérante, le ministre faisait valoir que **le Conseil d'État avait déjà examiné la question de l'éventuelle contrariété du précompte avec la directive et y avait apporté une réponse négative** dans un arrêt *Accor*⁷, en 2009, en estimant que « *le précompte n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer [les bénéfices distribués par la filiale] mais est exigible seulement lors de la redistribution, par une société mère à ses actionnaires, de*

dividendes reçus de ses filiales situées dans un autre État membre », de sorte qu'il se place hors du champ d'application de la directive. Le Conseil d'État n'avait pas jugé utile, à l'époque, d'interroger la CJUE sur ce point, peut-être à tort puisque la Cour, dans deux arrêts rendus en 2017⁸, à propos de la *fairness tax* belge et de la contribution de 3 % sur les revenus distribués, a jugé que le texte, l'économie et la finalité de l'article 4, § 1 conduisaient à interdire l'imposition des bénéfices reçus de la filiale « *sans distinguer selon que l'imposition de la société mère a pour fait générateur la réception de ces bénéfices ou leur redistribution* », ajoutant au surplus que la désignation ou non de la charge en cause comme « *impôt sur les sociétés* » était indifférente. À cet égard, la circonstance que, dans ces deux arrêts, la Cour avait interprété la directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011 et la directive 2014/86/UE du 8 juillet 2014, c'est-à-dire des versions postérieures de la directive mère-fille applicable à la situation de la société Mersen, était également sans portée dès lors que les dispositions pertinentes de chacun de ces textes étaient identiques.

> Le ministre plaidait encore que **le précompte devait être regardé comme une retenue à la source** opérée sur le récipiendaire final des bénéfices en cause, et non pas comme une imposition à la charge de la société mère redistribuant les produits reçus de sa filiale. Mais de nouveau la jurisprudence de la Cour de justice permet-elle à la cour administrative d'appel d'écarter cet argument, puisque trois conditions cumulatives doivent être réunies pour qu'une telle qualification puisse être retenue⁹. D'abord, l'imposition, prélevée dans l'État de la société distributrice, doit avoir pour fait générateur la distribution et pour assiette le rendement des titres, mais surtout l'assujetti doit être le détenteur de ces mêmes titres. Au cas présent, il ne fait pas de doute pour la cour, en dépit de l'imprécision de la rédaction de son arrêt sur ce point, que la personne assujettie au précompte est la société mère procédant à la (re-)distribution des bénéfices, et non pas ses actionnaires, en conséquence de quoi la troisième condition n'est pas satisfaite et la justification tirée de la nature de retenue à la source du prélèvement est infondée.

> La dernière série d'arguments du ministre tenait à la **nature même du précompte, à savoir qu'il devait être compris comme le « gage » de l'avoir fiscal** et qu'il constituait donc une composante essentielle du mécanisme français d'élimination de la double imposition économique des dividendes. Or, l'article 7, § 2 de la directive réserve expressément « *l'application de dispositions nationales ou conventionnelles visant à supprimer ou à atténuer la double imposition économique des dividendes, en particulier les dispositions relatives au paiement de crédits d'impôt aux bénéficiaires de dividendes* ». La CJUE, toutefois, s'est montrée attentive à cantonner la mise en œuvre de cette dérogation aux seules mesures qui réduisent effectivement la double imposition, écartant celles qui, au contraire, l'organisent¹⁰. Au cas d'espèce, il n'y avait pas de doute que c'était précisément le précompte qui créait la double imposition au niveau de la société mère, de sorte que

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

6 CJUE, 4 oct. 2018, C-416/17, Commission c/ France : FI 1-2019, n° 2, § 9 et n° 5, § 12.

7 CE, 3 juill. 2009, n° 317075, Accor SA.

8 CJUE, 17 mai 2017, C-365/16, AFEF, et C-68/15, X.

9 CJUE, 17 mai 2017, C-68/15, X, préc.

10 CJCE, 4 oct. 2001, C-294/99, Athinaïki Zythopoiia AE, pt 31.

l'invocation de l'article 7, § 2 de la directive n'était pas susceptible de fournir une justification très solide. Il en allait par conséquent de même de l'autre moyen avancé par le ministre, qui n'était au fond que le verso du même argument, à savoir qu'en condamnant l'État à rembourser à la société requérante l'impôt litigieux, alors que ses associés s'étaient vu octroyer, en contrepartie, un avoir fiscal, le Trésor s'y trouverait de sa poche. La Cour administrative d'appel de Versailles refuse cependant de rentrer dans ces considérations, en constatant simplement que le précompte n'en demeure pas moins, dans ces circonstances, contraire à la directive ; entre les lignes, il faut sans doute y lire qu'il revenait au législateur de concevoir un mécanisme d'atténuation de la double imposition qui ne contrevenait pas à cette directive. Mais sur le fond, on peut douter du bien-fondé même du raisonnement proposé par le ministre : dans la situation considérée, dès lors que les bénéficiaires en cause ont été imposés au niveau de la filiale étrangère, l'absence de double imposition économique tout au long de la chaîne ne peut être assurée qu'en interdisant le prélèvement d'un impôt sur les sociétés au niveau de la société mère française, ou d'un précompte lors de la redistribution, puis en octroyant un avoir fiscal au bénéficiaire ultime, qui viendra s'imputer sur l'impôt payé à son niveau. Le résultat ainsi obtenu est au demeurant le même que celui que l'on observe lorsque les bénéfices distribués sont ceux réalisés par une filiale établie en France. La solution de la Cour administrative d'appel de Versailles ne nous paraît donc pas procurer à la société requérante ou à ses actionnaires un avantage indu.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Les contentieux relatifs à l'avoir fiscal et au précompte ne présentent **plus d'intérêt pratique immédiat pour les entreprises, sauf bien entendu pour celles qui ont introduit des actions en remboursement dans le délai de réclamation**. Pour ces dernières, et le rapporteur public M. Huon laisse entendre qu'elles sont nombreuses, la décision de la Cour administrative d'appel de Versailles est porteuse d'espoir puisqu'**une déclaration d'incompatibilité du précompte avec la directive mère-fille leur permettrait de prétendre à un remboursement complet et inconditionnel des sommes payées**. Au contraire, les recours fondés sur la contrariété du dispositif aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux n'ouvrent droit qu'à restitution d'un montant déterminé en fonction de l'impôt effectivement acquitté par la filiale étrangère ayant réalisé les bénéfices distribués aux sociétés mères requérantes, détermination qui peut s'avérer complexe tant dans son calcul lui-même¹¹ que dans la production des éléments de preuve exigés par les tribunaux. Il reste à voir si le Conseil d'État acceptera de revenir sur l'analyse qu'il avait menée en 2011 de la compatibilité du précompte avec les principes de la directive, au besoin en renvoyant la question à la CJUE à titre préjudiciel.

T. PERROT ■

11 V. not. CE, 28 janv. 2019, n° 401490, SA Natixis : FI 2-2019, n° 5, § 9 et n° 5.2.1.

14. À NOTER

> Dividendes entrants - Régime mère-fille - Effets de l'exonération et de l'imputation des dividendes versés par la filiale sur la déduction des pertes de la société mère

-La CJUE juge que l'article 4, § 1 de la directive mère-fille (90/435/CEE modifiée par dir. 2003/123/CE) s'oppose à une réglementation qui prévoit que les dividendes perçus par une société mère de sa filiale doivent être, dans un premier temps, inclus dans la base imposable de la première, avant de pouvoir faire, dans un second temps, l'objet d'une déduction, à hauteur de 95 % de leur montant, dont l'excédent peut être reporté aux exercices suivants sans limitation dans le temps, cette déduction étant prioritaire par rapport à une autre déduction fiscale dont le report est limité dans le temps.

CJUE, 7^e ch., 19 déc. 2019, C-389/18, Brussels Securities (V. annexe 4)

Cet arrêt, rendu dans une affaire concernant la Belgique, est commenté dans la chronique d'actualité « Fiscalités étrangères » (FI 1-2020, n° 11, § 4).

> Dividendes entrants - Taxe de 3% sur les montants distribués - Réclamation -Le Conseil d'État juge que le délai de réclamation contre la taxe de 3% n'est pas rouvert par une rectification en matière d'IS.

CE, 8^e ch., (na), 21 nov. 2019, n° 432991, Sté Vinci

La taxe de 3% instaurée par l'article 6 de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, codifiée à l'article 235 ter ZCA du CGI et assise sur les distributions de dividendes, a été déclarée contraire tant à la directive mère-fille du 30 novembre 2011¹² qu'au principe d'égalité prévu par la déclaration de 1789¹³, avant d'être abrogée au 1^{er} janvier 2018. Les conditions dans lesquelles les sociétés peuvent demander la restitution de la taxe acquittée par le passé sont précisées par la jurisprudence. La société Vinci a ainsi demandé à la CAA de Versailles la restitution de la taxe acquittée au titre de l'année 2012. Sa réclamation, présentée en décembre 2015, était tardive au regard du délai de droit commun prévu à l'article R.* 196-1 du LPF, qui expirait au 31 décembre 2014. La société se prévalait du délai spécial de réclamation prévu à l'article R.* 196-3 du LPF et faisait valoir que la proposition de rectification du 4 décembre 2014 relative à l'IS dont elle a fait l'objet lui a ouvert le délai de réclamation prévu par ces dispositions. Aux termes de ces dernières : « Dans le cas où un contribuable fait l'objet d'une procédure de reprise ou de rectification de la part de l'administration des impôts, il dispose d'un délai égal à celui de l'administration pour présenter ses propres réclamations ». Toutefois, ces dispositions ne permettent d'introduire une réclamation qu'en ce qui concerne l'imposition qui a fait l'objet du redressement¹⁴. Par un arrêt du 28 mai 2019¹⁵, la CAA de Versailles a estimé que la taxe de 3% constituait une imposition distincte de l'IS de sorte que la rectification notifiée à la société

12 CJUE, 17 mai 2017, C-365/16, Afep e. a.

13 CC, 6 déc. 2017, n° 2017-660 QPC, Sté de participations financières.

14 CE, 14 mai 1986, n° 48358, SA Société minière et métallurgique de Penarroya.

15 CAA Versailles, 28 mai 2019, n° 18VE01189 : RJF 11/19 n° 1085.

au titre de cet impôt n'a pas eu pour effet de lui ouvrir le délai de réclamation prévu à l'article R.* 196-3 du LPF pour contester ladite taxe. Cette solution est confirmée par le Conseil d'État qui a refusé l'admission en cassation du pourvoi présenté par la société Vinci contre l'arrêt de la cour. Cette question a fait l'objet d'un contentieux nourri devant les TA et les CAA¹⁶.

Dividendes sortants

15. Dividendes sortants - Retenue à la source - Taux - La loi de finances pour 2020 introduit des mesures de coordination en vue d'adapter et de clarifier le taux de certaines retenues à la source, frappant en particulier les revenus distribués et certains revenus non salariaux.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 39 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (V. annexe 5)

16. Entamée par la loi de finances pour 2017¹⁷, la **baisse progressive du taux de l'IS** a vu sa trajectoire ajustée à de multiples reprises au cours des trois années écoulées. Ainsi, après avoir été modifiée par la loi de finances pour 2018¹⁸, puis par la loi du 24 juillet 2019¹⁹, elle se trouve encore remaniée par l'article 39 de la loi de finances pour 2020. Ces ajustements, qui vont dans le sens d'un ralentissement de la réduction du taux de l'impôt, ont vocation à financer pour partie les mesures proposées par le gouvernement en faveur des ménages disposant des revenus les plus modestes, en réponse aux revendications des « gilets jaunes ».

Les modifications affectant le taux de l'IS ont aussi, mécaniquement, une **incidence sur le taux de certains prélèvements, en particulier la retenue à la source sur les revenus distribués prévue à l'article 119 bis, 2 du CGI** et dont le taux est déterminé par référence à l'article 187, 1, 1° du même code ; en effet, lorsque les distributions en cause bénéficient à des personnes morales ou à des organismes établis hors de France, la loi de finances pour 2017 a prévu que, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2020, le prélèvement opéré précédemment à 30 % le serait au « *taux prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219* » du CGI, c'est-à-dire au taux normal de l'IS. Le II de l'article 182 B du CGI organise un renvoi similaire pour déterminer le taux de la retenue à la source prélevée sur les rémunérations de certaines activités non salariées lorsque le bénéficiaire n'est pas établi en France.

L'introduction de taux multiples pour la liquidation de l'IS, notamment avec la mise en place de taux majorés pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 250 millions d'euros, nuisait à la lisibilité de ces renvois, engendrant

une situation, selon les travaux parlementaires²⁰, de « *confusion, voire d'incertitude* ».

17. L'article 39 de la loi de finances pour 2020 y remédie en modifiant l'article 187, 1, 1° du CGI, pour viser le taux « *prévu à la première phrase du deuxième alinéa du I de l'article 219* » du CGI ; l'article 182 B, II est aménagé dans le même sens. Les **taux des retenues à la source de droit commun devant être appliqués aux distributions de dividendes à des sociétés non résidentes ou aux rémunérations d'activités non salariées sont donc respectivement, pour les années 2020, 2021 et 2022, de 28 %, 26,5 % et 25 %.**

T. PERROT ■

18. Dividendes sortants - Retenue à la source sur les bénéficiaires réputés distribués à des sociétés étrangères (CGI, art. 115 quinquies) - Liberté d'établissement - La loi de finances pour 2020 prend acte de l'incompatibilité avec la liberté d'établissement de l'article 115 quinquies du CGI, reconnue récemment par le Conseil d'État, et corrige en conséquence ce mécanisme de retenue à la source.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 42, I., 1° : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (V. annexe 6)

19. L'article 42 de la loi de finances pour 2020 tire les conséquences de la décision *Cofinimmo* du Conseil d'État²¹, commentée dans le précédent numéro de cette revue, dans laquelle le Conseil d'État a remis en cause certains aspects de la retenue à la source prévue à l'article 115 quinquies du CGI. Cette « *branch tax* » répute distribués les bénéfices réalisés en France au travers d'un établissement stable par une société étrangère, de façon à permettre leur assujettissement à la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI ; la présomption peut cependant être écartée lorsque le contribuable établit que le montant de ses bénéfices français excède celui de ses distributions effectives sur la période en cause.

Pour rappel, le Conseil d'État a jugé ce dispositif contraire à la liberté d'établissement en ce que la présomption de distribution qu'il institue ne permettait pas à la société étrangère d'obtenir une nouvelle liquidation de la retenue à la source lorsqu'elle prouvait que ses distributions avaient été, en l'absence de désinvestissement des gains français, prélevées sur des bénéfices réalisés à l'étranger et ne relevant donc pas de la compétence fiscale de la France.

20. Avec l'article 42 de la loi de finances pour 2020, le législateur a promptement corrigé cette contrariété au droit de l'UE en instaurant une nouvelle hypothèse autorisant une seconde liquidation de la retenue à la source : dorénavant, si la société démontre que « *les sommes auxquelles la retenue à la source a été appliquée n'ont pas été désinvesties hors de France* »,

16 V. par ex. CAA Versailles, 5 nov. 2019, n° 18VE01848, Ferrero France SA.

17 L. n° 2016-1917, 29 déc. 2016 de finances pour 2017, art. 11.

18 L. n° 2018-1837, 30 déc. 2017 de finances pour 2018, art. 84.

19 L. n° 2019-759, 24 juill. 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, art. 4.

20 AN, Comm. fin., Rapport n° 2301 sur le PLF 2020 (1^{re} lecture), t. II, p. 535.

21 CE, 10 juill. 2019, n° 412581, Sté Cofinimmo, concl. E. Bokdam-Tognetti : FI 4-2019, n° 5, § 1.

alors elle est en droit de demander une nouvelle liquidation de la retenue et la restitution de l'excédent versé.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Si ce nouveau cas de restitution prévu par l'article 115 quinquièmes assure dans son principe la conformité de ce mécanisme au regard du droit primaire de l'Union européenne, **il reviendra au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision dans le texte de loi, d'arrêter les modalités dans lesquelles les sociétés étrangères pourront établir qu'elles ont conservé en France les bénéfices des exploitations dont elles disposent dans notre pays.** Et, si l'administration de cette preuve devait être excessivement complexe, voire impossible, la conformité de ce mécanisme pourrait alors sans doute être contestée sur le même fondement susmentionné. À cet égard, il paraît vraisemblable que s'agissant de la notion de désinvestissement, l'administration fiscale se référera aux solutions qu'elle avait adoptées dans sa doctrine relative à la taxe de 3 % anciennement prévue par l'article 235 ter ZCA du CGI.

Il convient de préciser que ce nouveau cas de restitution ne s'applique qu'aux **retenues à la source versées à compter du 1^{er} janvier 2020**. Par conséquent, pour celles acquittées avant cette date, il conviendra de procéder par voie de réclamation, sur le fondement de la jurisprudence *Cofinimmo*, afin d'obtenir le remboursement des sommes indûment versées. Il s'agira de veiller à ce que ces demandes de restitution soient entreprises dans les délais légaux de réclamation.

21. Par ailleurs, l'article 42 de la loi de finances a également modifié le 3 de l'article 115 quinquièmes en substituant à la notion de « siège de direction effective », celle de « siège ». Cette modification n'a pas vocation à impacter sensiblement le texte et son interprétation. Elle a surtout pour objectif d'assurer une meilleure cohérence législative dans la mesure où le droit fiscal français ne connaît pas cette notion de « siège de direction effective » qui relève du droit conventionnel.

T. PERROT ■

22. **Dividendes sortants - Société déficitaire (KG allemande) - Régime mère-fille - Libertés d'établissement et de circulation des capitaux** - La CJUE a jugé dans son arrêt *Sofina* que l'imposition par voie de retenue à la source des dividendes perçus par une société non résidente constitue une différence de traitement caractérisant une restriction à la libre circulation des capitaux lorsque cette société est en situation déficitaire au regard de la législation de son État de résidence. Le Conseil d'État juge que cette jurisprudence est applicable aux sociétés en commandite simple (en l'espèce une KG allemande), qui entrent dans le champ d'application du régime mère-fille dès lors qu'elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés, pour l'ensemble de leurs bénéficiaires

si elles optent pour le régime des sociétés de capitaux en application du 3 de l'article 206 du CGI ou, en l'absence d'une telle option, pour la seule part prévue au 4 de l'article 206.

CE, 10^e et 9^e ch., 27 nov. 2019, n° 405496, Sté Vorwerk Elektrowerke GmbH & Co KG, concl. A. Iljic (V. annexe 7)

23. Voici une application à première vue fidèle de la jurisprudence *Sofina* récemment dégagée par la Cour de justice de l'Union européenne²², et dans sa lignée, le Conseil d'État²³ : un dividende est payé par une société française à un actionnaire allemand, et le Conseil d'État vient casser l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles aux motifs que la cour n'a pas pris le soin d'examiner si l'actionnaire allemand n'était pas déficitaire, et donc en droit de réclamer la dispense de retenue à la source dans le pur respect de la libre circulation des capitaux. Rappelons à cet égard que le législateur a récemment tiré les conséquences de cette jurisprudence, puisque l'article 42 de la loi de finances pour 2020 codifie à l'article 235 quater du CGI tout un système de différé de retenue à la source pour les actionnaires déficitaires en droit de se prévaloir de la libre circulation de capitaux (V. § 5).

24. Cette décision attire néanmoins l'œil tout d'abord par le fait qu'elle concerne une **société allemande sous la forme d'une GmbH & Co KG, à savoir une entité transparente au regard du droit fiscal allemand**. À cet égard, et sans que cela fasse débat, le Conseil d'État s'inscrit dans la droite ligne de précédentes décisions²⁴ et assimile la KG allemande à une société en commandite simple française, dont elle déduit la qualification fiscale pour les besoins de l'impôt français. La KG allemande sera donc réputée opaque au regard de l'impôt sur les sociétés français, et ce en dépit de son régime fiscal local. Saluons la fidélité du Conseil d'État à sa jurisprudence traditionnelle sur ce point, même si à l'heure d'ATAD 2, l'on pourrait s'interroger sur la pertinence du maintien d'une jurisprudence qui, en ignorant les qualifications fiscales étrangères, est propre à multiplier les hybrides, pour lesquels des correctifs législatifs pour le moins complexes sont ensuite mis en œuvre...

25. La décision du Conseil d'État interpelle également par le glissement que les juges administratifs semblent opérer au sein de leur décision : les textes visés reprennent en effet les articles 145 et 216, à savoir les dispositions relatives au régime mère-fille. La décision semble donc s'orienter vers une restriction aux libertés européennes, au motif que, là où une société en commandite simple française aurait

22 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, concl. Wathelet : FI 1-2019, n° 2, § 14 et n° 5, § 6.

23 CE, 27 févr. 2019, n° 398662, 398663, 398666, 398672, 398674, 398675, Sté Sofina et a., concl. E. Bokdam-Tognetti : FI 2-2019, n° 5, § 12 ; RJF 5/19 n° 441.

24 CE, plén., 24 nov. 2014, n° 363556, Sté Artémis SA. – V. aussi, à propos d'une KG allemande, CE, 8 nov. 2019, n° 430543, Min. c/ Sté Masterfoods Holding, concl. R. Victor : FI 1-2020, n° 3, § 1.

bénéficié d'une absence d'imposition sur le dividende grâce au régime mère-fille, une KG allemande subit une retenue française, sans pouvoir réclamer le bénéfice du même régime. Il s'agirait là ni plus ni moins d'une application de la jurisprudence maintenant bien établie issue de la décision *Denkavit*²⁵. **Le Conseil d'État aurait pu à notre sens s'arrêter là, en constatant l'infraction à la liberté d'établissement**, et casser l'arrêt d'appel sur ce fondement.

Or comme indiqué en préambule de ce bref commentaire, les juges du Palais Royal poursuivent l'analyse sur le fondement de la libre circulation des capitaux, en appliquant cette fois la jurisprudence *Sofina*, et en reprochant à la cour administrative d'appel de ne pas s'être enquis de la situation déficitaire ou non de la société allemande. S'agit-il là d'une volonté du Conseil d'État de bien fermer toutes les portes ? Il nous semble que la société *Vorwerk Elektrowerke GmbH & Co KG* devrait pouvoir obtenir la décharge sur le seul fondement de la liberté d'établissement et du régime mère-fille, sans devoir se justifier sur sa situation déficitaire ou non.

E. CHAPPELLIER ■

26. Dividendes - Société mère située dans un État tiers - Libre circulation des capitaux - Clause de gel - Le Conseil d'État juge que la retenue à la source prélevée sur les dividendes de source française versés par une filiale à sa mère située dans un État tiers (CGI, art. 119 bis, 2) est compatible avec la libre circulation des capitaux dès lors que la participation litigieuse correspond à un investissement direct et entre, par suite, dans le champ de la clause de gel.

CE, 9^e et 10^e ch., 30 sept. 2019, n° 418080, Min. c/ Sté Findim Investments, concl. E. Bokdam-Tognetti (V. annexe 8)

27. Cette décision *Findim Investments* permet de retrouver des ingrédients similaires à la recette ayant conduit à la décision *Vorwerk* précédemment commentée (V. § 22) : un dividende de source française, une société remplissant les conditions du régime mère-fille, un contribuable se prévalant d'une liberté européenne. La différence de taille tient évidemment à la localisation du contribuable en question : alors que l'affaire *Vorwerk* faisait comparaître un résident européen, la société *Findim Investments* est située dans un État tiers. Et là réside tout le sel de cette décision.

En effet, si la liberté d'établissement permet de contester sans entrave une retenue à la source telle que celle discutée au cas présent, la liberté de circulation de capitaux connaît la limite de la fameuse clause de gel, permettant aux restrictions d'avant 1994 relatives aux investissements directs de subsister. Le Conseil d'État et encore plus son rapporteur public (dans ses conclusions reproduites en annexe) en profitent pour faire œuvre de pédagogie pour **illustrer la fine frontière entre liberté d'établissement et liberté de**

circulation des capitaux appliquée à un investissement direct. Là où l'établissement suppose « une influence décisive sur la société et la faculté d'en déterminer les activités », l'investissement direct n'exige que « de maintenir des liens économiques durables, et à ce titre [de] donne[r] à l'actionnaire la possibilité de participer effectivement à la gestion de la société ou à son contrôle ». À cet égard, l'investissement de la société *Findim Investments*, en tant qu'actionnaire à 8% face à un actionnaire principal à 76%, ne qualifiait pas d'établissement, mais du fait en particulier de sa participation et de celle de sa société mère au conseil d'administration de la société distributrice (1 siège chacune, sur 9), cet investissement qualifiait bien en revanche un investissement direct - scellant par là-même le sort de la réclamation en restitution de la retenue à la source, à laquelle la clause de gel fera donc obstacle.

E. CHAPPELLIER ■

28. À NOTER

> Dividendes sortants - Retenue à la source - Titres au porteur d'organisations internationales et États souverains déposés auprès d'établissements bancaires situés dans l'UE - Exonération (CGI, art. 131 sexies) - Un rescrit précise que l'exonération de retenue à la source prévue à l'article 131 sexies du CGI s'applique lorsque des titres au porteur d'organisations internationales et d'États souverains ont été déposés auprès d'établissements bancaires situés dans l'UE, sous réserve que les bénéficiaires des distributions aient préalablement transmis les éléments de nature à attester de leur éligibilité à l'exonération.

BOI-RES-000049, 3 juill. 2019 (V. annexe 9)

> Dividendes sortants - Retenue à la source - Dividendes de source allemande perçus par des fonds de pension - Libre circulation des capitaux - La CJUE estime que le régime allemand d'imposition des dividendes versés à des fonds de pension est contraire à la liberté de circulation des capitaux en ce qu'il instaure une différence de traitement basée sur l'État de résidence.

CJUE, 13 nov. 2019, C-641/17, College Pension Plan of British Columbia (V. annexe 10)

Cet arrêt, rendu dans une affaire concernant l'Allemagne, est exposé dans la chronique d'actualité « Fiscalités étrangères » (FI 1-2020, n° 11, § 1).

> Dividendes sortants - Retenue à la source - Remboursement - Recevabilité de la réclamation - En vertu du d) de l'article R.*197-3 du LPF, la recevabilité de la réclamation préalable d'un contribuable est subordonnée à la condition que soit joint à cette dernière l'avis d'imposition, le rôle ou l'avis de mise en recouvrement, ou dans l'hypothèse où l'impôt litigieux n'a pas donné lieu à un tel titre de recette, à la production d'une pièce justifiant le montant de la retenue ou du versement. La CAA de Versailles juge que lorsque la retenue à la source est imputée par l'établissement payeur des dividendes sur des crédits d'impôt étrangers dont disposent

25 CJCE, 14 déc. 2006, C-170/05, Sté *Denkavit International BV* et *SARL Denkavit France* : RJF 3/07 n° 374 ; BDCF 3/07 n° 39, concl. L. A. Geelhoed.

les sociétés distributrices, au titre de bénéfices réalisés à l'étranger ou de la redistribution de dividendes versés par des sociétés étrangères, et qui diminuent le montant effectivement versé au Trésor, les conclusions à fin de restitution présentées par le bénéficiaire des dividendes non résident sont irrecevables à concurrence de cette imputation.

CAA Versailles, 1^{er} ch., 1^{er} oct. 2019, n° 18VE03238, HELABA INVEST KAG MBH pour le compte du fonds d'investissement HI-SVD-FONDS (V. annexe 11)

Intérêts

29. Intérêts - Déductibilité - Condition tenant au niveau d'imposition du prêteur (CGI, art. 212, I, b) - Transposition de la directive ATAD 1 - La loi de finances pour 2020 supprime la condition de déductibilité tenant au niveau d'imposition du prêteur prévue par le b du I de l'article 212 du CGI car son maintien serait contraire à la directive ATAD 2. Elle procède en outre à quelques compléments de transposition de la directive ATAD 1 concernant les entités autonomes et les modalités de détermination de l'EBITDA.

L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 45, I, 3°, 4° et 6° : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (V. annexe 12)

30. Comme le précise l'exposé des motifs de l'article 13 du projet de loi, si le **b du I de l'article 212 du CGI** vise à limiter un type de montage explicitement visé par la directive ATAD 2, ses conditions d'application « *ne sont, en revanche, pas conformes aux termes de cette même directive. De surcroît, cette disposition est, du fait de ses modalités d'application, susceptible d'être regardée comme une restriction disproportionnée aux libertés de circulation européennes* ». Ce dispositif, qui avait fait l'objet d'un rescrit de l'administration²⁶ et d'une première décision du Tribunal administratif de Montreuil (V. § 32), est donc **abrogé pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2020**.

31. La loi de finances pour 2019 a transposé la directive ATAD 1 du 12 juillet 2016, réformant ainsi l'**encadrement de la déductibilité des charges financières**²⁷. La loi de finances pour 2020 revient sur certains aspects de cette transposition :
> elle exerce l'option, offerte par la directive ATAD 1,

d'écarter du champ de l'encadrement de la déductibilité des charges financières les **entités autonomes**, c'est-à-dire celles n'appartenant pas à un groupe consolidé à des fins comptables et n'ayant ni entreprise associée, ni établissement stable. Pour ces entreprises, l'article 4 de la directive ATAD 1 rend possible une déduction intégrale des surcoûts d'emprunt, dans la mesure où l'érosion de l'assiette fiscale *via* les intérêts d'emprunt concerne essentiellement des relations intragroupes. Le législateur a toutefois adopté une position intermédiaire : pour les entités autonomes, les charges financières nettes non admises en déduction en application des plafonds de droit commun résultant de la transposition de la directive ATAD 1 pourront être déduites dans la limite de 75 % (CGI, art. 212 bis, VI bis nouveau) ;

> elle apporte une **précision relative aux modalités de détermination de l'EBITDA**, qui prévoyaient jusqu'à présent que le résultat fiscal à retenir pour calculer l'EBITDA doit être celui avant imputation des déficits ; il est désormais précisé qu'il doit également correspondre au résultat fiscal avant l'application des règles relatives à la limitation de la déductibilité des charges financières (CGI, art. 212 bis, II, al. 6 modifié. - CGI, art. 223 B bis, II, 4° modifié).

Ces modifications s'appliquent aux **exercices clos à compter du 31 décembre 2019**, afin de permettre leur application en même temps que les nouvelles modalités d'encadrement de la déductibilité des charges financières.

32. À NOTER

> **Intérêts - Déduction subordonnée à une condition tenant au niveau d'imposition du prêteur (CGI, art. 211, I, b)** - Le TA de Montreuil rend une première décision sur l'application du b du I de l'article 212 du CGI qui subordonne la déduction fiscale des intérêts servis à une entreprise liée à une condition tenant au niveau d'imposition du prêteur (texte abrogé par l'article 45 de la loi de finances pour 2020, V. § 29 ci-dessus).

TA Montreuil, 7^e ch., 10 juill. 2019, n° 1607048, Sasu Thai Union France Holding 2 (V. annexe 13)

En l'espèce, la Tribunal administratif de Montreuil valide la rectification car la société mauricienne bénéficiaire des intérêts n'avait supporté un taux réel d'imposition que de 3 % (application d'un abattement de 80 % ou *foreign tax credit*).

Il juge que :

- le protocole annexé à la convention par lequel la France s'est réservé le droit d'appliquer l'article 212 du CGI en ce qui concerne les intérêts payés par une société française à une société mère étrangère ne s'applique pas du fait que la disposition en cause a été introduite dans l'article 212 après sa signature ;

- le b du I de l'article 212 ne génère aucune discrimination au sens de la convention franco-mauricienne car elle aurait été susceptible de frapper les intérêts d'un emprunt contracté auprès d'une société française bénéficiant d'un régime d'exonération d'IS.

²⁶ BOI-RES-000041, 4 sept. 2019 : FI 4-2019, n° 5, § 28.

²⁷ L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018 de finances pour 2019, art. 34 : FI 1-2019, n° 5, § 13 et n° 5.3.1.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 45, 1° : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (texte et travaux parlementaires)

Annexe 2 : L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 42, I, 2° et 3° : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (texte et travaux parlementaires)

Annexe 3 : CAA Versailles, 3^e ch., 3 déc. 2019, n° 14VE02212, Sté Mersen, concl. C. Huon

Annexe 4 : CJUE, 7^e ch., 19 déc. 2019, C-389/18, Brussels Securities SA, concl. H. Saugmandsgaard Øe

Annexe 5 : L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 39 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (texte et travaux parlementaires)

Annexe 6 : L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 42, I, 1° : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (texte et travaux parlementaires)

Annexe 7 : CE, 10^e et 9^e ch., 27 nov. 2019, n° 405496, Sté Vorwerk Elektrowerke GmbH & Co KG, concl. A. Iljic

Annexe 8 : CE, 9^e et 10^e ch., 30 sept. 2019, n° 418080, Min. c/ Sté Findim Investments, concl. E. Bokdam-Tognetti

Annexe 9 : BOI-RES-000049, 3 juill. 2019

Annexe 10 : CJUE, 2^e ch., 13 nov. 2019, C-641/17, College Pension Plan of British Columbia, concl. P. Pikamäe

Annexe 11 : CAA Versailles, 1^{re} ch., 1^{er} oct. 2019, n° 18VE03238, HELABA INVEST KAG MBH pour le compte du fonds d'investissement HI-SVD-FONDS

Annexe 12 : L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 45, I, 3°, 4° et 6° : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 (texte et travaux parlementaires)

Annexe 13 : TA Montreuil, 7^e ch., 10 juill. 2019, n° 1607048, Sasu Thai Union France Holding 2

