

ÉDITORIAL

Revenus des sociétés étrangères déficitaires : nouveau dispositif, nouvelles questions



Gauthier BLANLUET

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

Parmi les quelques dispositions de la loi de finances pour 2020 qui intéressent directement la fiscalité internationale, l'article 42¹ tire les conséquences de l'affaire *Sofina*. Le nouvel article 235 quater du CGI réforme ainsi le traitement de la retenue à la source

applicable aux revenus - en pratique principalement les revenus distribués - versés à des sociétés étrangères en situation déficitaire. Le mécanisme institué attire l'attention par son ingéniosité et sa nouveauté, mais aussi par les nombreuses questions qu'il soulève.

L'affaire *Sofina* a donné lieu à plusieurs décisions rendues récemment par la CJUE et le Conseil d'État, dont il découle que l'assujettissement à la retenue à la source en France des distributions versées à des sociétés étrangères en situation déficitaire constitue une restriction non justifiée à la libre circulation des capitaux².

Il s'agit là de la dernière bataille en date dans une guerre déclenchée il y a quelques années maintenant.

Haro sur les retenues à la source frappant des revenus exonérés en droit interne

À chaque fois, se fondant sur les grandes libertés d'établissement ou surtout de circulation des capitaux, le contribuable étranger a demandé à être dispensé de

toute imposition à la source sur des distributions bénéficiant d'un régime d'exonération lorsque ces revenus sont perçus par un résident français placé dans la même situation. Ainsi, les sociétés mères étrangères détenant au moins 5% dans leurs filiales françaises ont sollicité une exonération équivalente à celle dont bénéficient les sociétés mères françaises, du moins lorsqu'elles ne peuvent pas imputer la retenue à la source dans leur État de résidence³. De même, les OPCVM étrangers se sont appuyés sur l'exonération dont bénéficient leurs homologues français pour échapper à la retenue à la source sur les distributions de source française qui leur sont versées⁴.

Pour se soustraire elles-aussi à la retenue à la source sur leurs distributions de source française, **les sociétés**

1 L. n° 2019-1479, 28 déc. 2019 de finances pour 2020, art. 42 : JO 29 déc. 2019, texte n° 1 ; FI 1-2020, n° 5, § XX.

2 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, *Sofina SA*, *Rebelco SA*, *Sidro SA* : FI 1-2019, n° 2, § 14 et n° 5, § 6. - CE, 27 févr. 2019, n° 398662, *Sofina*, concl. E. Bokdam-Tognetti : FI 2-2019, n° 5, § 12 ; Dr. fisc. 2019, n° 26, comm. 311, note A. Maitrot de la Motte. - V. égal. S. Lauratet, *La saga Sofina : entre avancées et attentes* : FI 3-2019, n° 02.2.

3 CJCE, 14 déc. 2006, C-170/05, *Denkavit International BV* et *SARL Denkavit France* : Rec. CJCE 2006, I, p. 11949 ; RJF 3/2007, n° 374 ; BDCF 3/2007, n° 39, concl. L. A. Geelhoed. - CE, 6 avr. 2007, n° 235069, *Sté Denkavit international BV* et *Sté Denkavit France SARL* : Dr. sociétés 2007, comm. 145, note J.-L. Pierre ; RJF 7/2007, n° 807 ; BDCF 7/2007, n° 87, concl. C. Landais.

4 CJUE, 10 mai 2012, C-338/11 à C-347/11, *Santander* et a. : Dr. fisc. 2012, n° 20, act. 215, S. Defert, V. Louvel et E. Raingeard de la Blétière ; Dr. sociétés 2012, comm. 156, note J.-L. Pierre ; RJF 7/2012, n° 775.

étrangères en situation déficitaire se sont naturellement comparées à des sociétés déficitaires françaises percevant des revenus de même nature. Les sociétés françaises pouvant faire usage de leur déficit pour n'avoir pas à déboursier l'impôt sur les dividendes qu'elles perçoivent, les sociétés non résidentes ont demandé à être traitées de la même manière, jugeant qu'une retenue à la source sur de telles distributions constituerait, comme dans les affaires *Denkavit* et *Santander*, une mesure restrictive de la liberté de circulation des capitaux.

Dans un premier temps, la retenue à la source sur les revenus versés aux sociétés déficitaires n'a pas été considérée comme contraire au droit de l'UE

La cause semblait, de prime abord, entendue. Pourtant, dans un premier état de la jurisprudence, le contribuable n'a pas obtenu gain de cause⁵. À bien y regarder, on pouvait s'y attendre, car une société étrangère déficitaire se trouvait dans une situation nouvelle et ne pouvait directement invoquer la solution retenue dans les précédents *Denkavit* et *Santander*. En effet, alors que les revenus versés à une société mère ou un OPCVM sont techniquement exonérés d'impôt, ceux perçus en période déficitaire ne le sont pas. Ils sont bien imposés et viennent d'ailleurs, à ce titre, réduire le déficit fiscal. S'il n'y a donc pas d'impôt exigible, ce n'est pas parce que le revenu échappe à l'impôt, c'est plutôt parce qu'il est perçu en période déficitaire, ou s'impute sur du déficit reportable. Qu'importe, serait-on tenté de penser, car dans les deux cas, il n'y a pas d'impôt à verser au Trésor, et c'est bien cela qui compte aux yeux du contribuable étranger, qui ne voit pas la raison pour laquelle il devrait acquitter une quelconque imposition, puisque le contribuable français n'y est lui-même pas soumis. Cela est vrai, mais cette vérité n'a pas convaincu les juges pour la raison suivante. Ils ont considéré que, contrairement aux apparences, la non-perception de l'impôt en droit interne est seulement temporaire, si bien qu'un contribuable résident n'échappe pas à toute imposition, du moins pas définitivement. S'il en est ainsi, c'est parce que, à suivre le Conseil d'État, la prise en compte d'un déficit produit un simple décalage temporel dans la perception de l'impôt. En effet, en s'imputant sur le déficit, le revenu en diminue le montant, en sorte que le retour à une situation bénéficiaire est plus rapide, et que la société devra payer l'impôt plus tôt qu'elle n'aurait dû le faire si elle n'avait pas reçu le revenu en question. Cette imposition plus précoce correspond très exactement à l'impôt qui se serait appliqué en l'absence de déficit, un peu comme si cet impôt devant frapper le revenu avait été en quelque sorte suspendu pendant toute la période déficitaire. En somme, du fait de l'imputation du dividende sur le déficit, l'imposition ne se trouve pas effacée, mais simplement différée à la réalisation d'un bénéfice ultérieur.

5 CE, plén. fisc., 9 mai 2012, n° 342221 et 342222, Sté GBL Energy : Dr. fisc. 2013, n° 4, comm. 80, concl. L. Olléon, note G. Blanluet ; RJF 1/2013, n° 45. – V. aussi E. Bokdam-Tognetti, Retenues à la source : le Conseil d'État navigue entre les courants de la jurisprudence communautaire : RJF 7/2012, p. 587 à 594.

Ce raisonnement fait directement écho à ce qu'avait alors déjà jugé la Cour de justice au sujet de la compatibilité de la déduction dite RDT applicable en Belgique avec la directive mère-filiale, lorsqu'elle relevait que « *même si les dividendes perçus par la société mère ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés au titre de l'exercice fiscal au cours duquel ces dividendes ont été distribués, ladite réduction des pertes de la société mère est susceptible d'avoir pour effet que cette dernière subit indirectement une imposition sur ces dividendes lors des exercices fiscaux ultérieurs, lorsque son résultat est positif* »⁶.

Dans ces conditions, toutes différentes de celles d'une simple exonération, le juge se devait de mettre en regard, pour répondre à la question, d'un côté, le prélèvement immédiat d'une retenue à la source et, de l'autre, une imposition à l'impôt sur les sociétés reportée dans le temps. De cette comparaison, il ne ressort pas grand-chose, sinon que **le contribuable étranger souffre d'un désavantage de trésorerie par rapport au contribuable français, dont la jurisprudence de la Cour de justice avait eu l'occasion de dire qu'elle était insuffisante pour caractériser une restriction injustifiée à la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux**⁷. Voilà pourquoi, dans un premier temps, la retenue à la source applicable aux distributions effectuées au profit de sociétés étrangères en situation déficitaire n'a pas été considérée comme contraire au droit de l'Union européenne.

Les mêmes motifs ont été repris par le législateur lorsqu'en réponse à une mise en demeure adressée par la Commission européenne le 28 mars 2014, il a entrepris de consacrer l'exonération de retenue à la source sur les distributions effectuées au profit de sociétés étrangères déficitaires faisant l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire⁸. Pour justifier l'approche du Gouvernement, qui ne voulait pas étendre cette mesure aux sociétés *in bonis*, l'approche adoptée dans la décision *GBL Energy* a de nouveau été retenue. On a prétendu que les sociétés poursuivant leur exploitation ont vocation à revenir à une situation bénéficiaire, et que dans ces conditions, les dividendes imputés sur du résultat déficitaire ne sont pas exonérés d'IS de manière définitive, leur imposition étant simplement reportée dans le temps⁹. En sorte que, à en croire Christian Eckert, alors secrétaire d'État au budget, le « *décalage dans le temps de la perception de l'impôt est sans pertinence pour établir l'existence d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux* »¹⁰.

Dans ces conditions, il n'était pas question d'exonérer de retenue à la source les distributions effectuées au profit de sociétés étrangères déficitaires, sauf celles dont l'espoir d'un retour à meilleure fortune s'était entièrement évanoui, c'est-à-dire précisément des sociétés en liquidation judiciaire.

6 CJUE, 12 févr. 2009, C138/07, Cobelfret, pt 40.

7 CJCE, 22 déc. 2008, aff. C-282/07, Truck Center ; Dr. fisc. 2009, n° 26, comm. 389 ; RJF 3/2009, n° 302 ; BDCF 3/2009, n° 40, concl. J. Kokott.

8 Exonération codifiée à l'article 119 quinquies du CGI.

9 V. AN, Comm. fin. Rapp. n° 2272, sur le projet de loi de finances 2020, 10 oct. 2019, J. Giraud, p. 512 et s.

10 Sénat, session ordinaire 2016-2016, compte rendu intégral des débats, séance 11 déc. 2015.

Exonérer au-delà des sociétés vouées à la liquidation était alors perçu comme d'autant moins acceptable qu'il en aurait découlé une discrimination à rebours au détriment des sociétés déficitaires françaises, les sociétés non résidentes échappant définitivement à l'impôt là où les sociétés résidentes continueraient à l'acquitter, dans le futur, en cas de retour à une situation bénéficiaire¹¹.

Mais les critiques n'ont pas cessé, et avec l'affaire Sofina, le contribuable a fini par avoir raison de la retenue à la source

Toutes ces bonnes raisons n'ont pas fait taire les critiques¹², ni découragé les contribuables, dont la croisade a finalement connu son dénouement dans l'affaire *Sofina* précitée, par laquelle la Cour de justice puis le Conseil d'État jugent contraire à la liberté de circulation des capitaux la retenue à la source frappant les distributions effectuées au profit de sociétés étrangères déficitaires.

En substance, le juge européen ne remet pas en cause l'analyse selon laquelle l'imposition des dividendes perçus en période déficitaire est simplement reportée sur un exercice ultérieur bénéficiaire. Au contraire, se mettant dans les pas de l'analyse du Conseil d'État dans l'affaire *GBL Energy*, il affirme lui aussi : « lorsque ce résultat [celui de la société étrangère recevant des dividendes de source française] est déficitaire, l'imposition de ces dividendes est [...] reportée sur un exercice ultérieur bénéficiaire »¹³. Mais, à la différence de la conclusion qu'avait cru pouvoir en tirer le Conseil d'État, la Cour de justice considère que le désavantage de trésorerie en résultant pour un contribuable soumis à la retenue à la source constitue bien une restriction prohibée ; que la différence de traitement entre résident et non-résident doit s'apprécier au titre de l'exercice de perception du revenu, et non de façon inter-temporelle ; et qu'au demeurant, le report de l'imposition dont bénéficient les sociétés résidentes se transforme en une véritable « exonération définitive », c'est-à-dire un avantage encore plus substantiel et de nature entièrement différente, si la société ne redevient pas bénéficiaire avant de cesser ses activités (comme nous l'avons déjà fait observer dans notre article précité, n° 18).

Quelle évolution de la législation après l'affaire Sofina ?

Dans ses conclusions sous la décision *Sofina* du Conseil d'État rendue après l'arrêt de la CJUE, le **rapporteur public avait imaginé la manière dont la législation devrait évoluer pour se conformer à la décision Sofina**. Il s'agirait

d'instituer un système de report d'imposition proche de celui qui s'applique aux résidents, afin d'assurer une égalité de traitement aussi parfaite que possible : « la France pourrait instaurer un mécanisme de restitution, sur demande, de la retenue à la source supportée en cours d'exercice pour les sociétés non résidentes établissant, à la clôture de celui-ci, qu'elles sont déficitaires. Cette restitution s'accompagnerait d'un mécanisme de suivi des résultats des exercices ultérieurs, afin de remettre l'imposition ainsi reportée à la charge de la société non résidente une fois celle-ci redevenue bénéficiaire »¹⁴.

C'est, à peu de chose près, le programme qui a été mis en œuvre par le législateur.

La retenue à la source est maintenue, peut être restituée sur demande, mais se double d'une nouvelle imposition sui generis

La retenue à la source n'est pas supprimée. Elle continue de s'appliquer, mais elle peut être restituée à la demande des contribuables qui, dans les trois mois suivant la clôture de l'exercice de perception ou de réalisation du revenu, attestent d'un résultat déficitaire, calculé en application des règles fiscales locales. Sont visées les principales retenues à la source applicables aux revenus de toutes sortes - pas seulement les dividendes - perçus par les sociétés résidentes d'un État de l'UE ou de l'EEE autre qu'un ETNC et uni à la France par une convention d'assistance administrative et d'assistance au recouvrement.

Mais, et c'est là toute l'originalité du nouveau dispositif, **l'article 235 quater double le mécanisme de restitution de la retenue à la source d'une nouvelle imposition, équivalente à la retenue à la source restituée quant à son taux et son assiette**, qui s'applique aux revenus qui ont été soumis à la retenue à la source, et dont le fait générateur est la restitution de cette même retenue. Mais, à la différence de la retenue à la source, **cette imposition n'est pas recouvrée immédiatement. Elle fait l'objet d'un report qui se trouve maintenu aussi longtemps que la situation demeure déficitaire**. Lorsque la société redevient bénéficiaire, le report cesse, et l'impôt en report devient exigible. Il s'agit alors d'une imposition *sui generis*, à la charge de la société bénéficiaire, établie, contrôlée et recouvrée comme l'impôt sur les sociétés.

Voilà un mécanisme bien compliqué pour atteindre un objectif simple. Plutôt que de fixer une règle spéciale autorisant le report de l'exigibilité de la retenue à la source à la constatation d'un résultat bénéficiaire, le législateur a préféré maintenir la retenue à la source pour la rembourser immédiatement et la remplacer par une imposition d'un genre nouveau, dont le propre est de ne pas être acquittée à sa naissance, mais d'être subordonnée à la réalisation d'un bénéfice ultérieur, c'est-à-dire d'un événement futur et incertain.

11 Sénat, Comm. fin., Rapport n° 229 sur le projet de loi de finances rectificative pour 2015, 9 déc. 2015, A. de Montgolfier, p. 462-463.

12 V. notre article précité, Retenue à la source sur les dividendes et droit de l'Union européenne : ce que l'on sait, ce que l'on apprend, ce dont on peut douter : Dr. fisc. 2013, n° 4, comm. 80. – V. égal. A. de Waal et L. Ragot, Liberté de circulation des capitaux et retenue à la source sur dividendes : l'excès de retenue du Conseil d'État, note ss CE, 5 mars 2014, n° 361779, SNC Lidl : Dr. fisc. 2014, n° 36, comm. 505.

13 CJUE, 22 nov. 2018, C-575/17, *Sofina SA*, préc., pt 28.

14 E. Bokdam-Tognetti, concl. ss CE, 27 févr. 2019, n° 398662, *Sofina*, préc. - Pour une idée semblable, v. A. Maitrot de la Motte, note ss le même arrêt, n° 13. V. égal. S. Lauratet, préc.

Ce dispositif soulève de nombreuses questions

Quelques-unes viennent immédiatement à l'esprit. Par exemple, pour déterminer si le contribuable est en situation déficitaire, **doit-on s'arrêter au déficit de l'exercice de perception du revenu, ou bien prendre en compte, le cas échéant, les déficits antérieurs, éventuellement reportés selon les règles locales ?** Sur ce point, il faut sans doute tenir compte des reports déficitaires antérieurs, comme le montre l'exemple figurant dans le rapport précité de la commission des finances de l'assemblée nationale¹⁵.

Autre question : à l'expiration du report, en cas de bénéfice inférieur au montant du revenu dont l'imposition est reportée, le report prend fin à hauteur du bénéfice constaté, mais la fraction non encore imposée est-elle reportée en vue d'une imposition ultérieure ? À nouveau, la solution peut être trouvée dans le rapport de la commission des finances. Le montant des revenus au titre desquels il est mis fin au report n'est retenu que dans la limite du bénéfice de l'exercice¹⁶.

D'autres questions demeurent encore sans réponse. Ainsi, par exemple, **qu'advient-il en cas d'intégration fiscale ?** Si la société étrangère est membre d'un groupe fiscal dans son État, le résultat déficitaire à prendre en compte est-il le sien propre, ou celui du groupe ? La loi n'en dit rien. Ou bien encore, lorsque la société étrangère possède en France des filiales membres d'une intégration fiscale, doit-on ou peut-on calculer le résultat déficitaire par référence au résultat d'ensemble du groupe dont la société étrangère aurait été la société mère si elle avait pu constituer avec ses filiales un groupe d'intégration fiscale ?

La nouvelle imposition en report est-elle conforme aux conventions fiscales ?

Cette question est autrement plus difficile que les précédentes, tant cette imposition diffère d'une retenue à la source classique, en même temps qu'elle lui ressemble. Elle lui ressemble en ce qu'à la lettre du texte, elle est présentée comme une imposition sur le revenu versé, et qu'elle est due par le bénéficiaire du revenu. Mais elle s'en distingue fortement en ce que, d'une part, son fait générateur n'est pas le paiement du revenu, mais la réalisation d'un bénéfice futur et que, d'autre part, l'imposition est prélevée dans la limite du bénéfice constaté. Dans ces conditions, pourrait-on aller jusqu'à avancer qu'il s'agit d'une imposition sur le bénéfice futur réalisé par l'entreprise étrangère, et non d'un impôt sur le revenu qu'elle a perçu en période déficitaire, auquel cas cette imposition ne serait pas permise en l'absence d'installation fixe d'affaires en France ? La question se pose.

En réalité, on touche là au cœur de l'ambiguïté du système ainsi conçu. Par là-même, on se trouve insensiblement ramenés au point de départ de la décision *GBL Energy*, et de ses suites.

Il y a deux manières d'entendre le raisonnement consistant à présenter l'imputation d'un revenu sur un déficit comme une mesure organisant le report de l'imposition dans le temps. De deux choses l'une, en effet.

Soit on prend ce constat comme une image, juste économiquement mais fautive techniquement, parce qu'il faut considérer le revenu comme étant imposé dès l'exercice de sa perception, de manière immédiate et définitive, ainsi qu'en témoigne la diminution du déficit qui en résulte. Aussi ne peut-il se produire une imposition effective du revenu dans le futur. Lorsque l'imposition réapparaîtra, le cas échéant, dans le futur, elle ne frappera jamais que le profit qui sera alors réalisé, lequel sera constitué des revenus réalisés au cours de l'exercice concerné, en aucun cas des revenus réalisés au cours des exercices précédents.

Soit on entend le différé d'imposition au pied de la lettre, comme invite à le faire la Cour de justice, et il faut alors admettre que l'imposition du revenu est en effet reportée, c'est-à-dire que lorsque l'entreprise retrouve le chemin des profits, le premier bénéfice qu'elle réalise est réputé constitué de façon précipitaire par le revenu dont l'imposition a été différée jusque-là. Dans cette seconde lecture, il se produit bien une imposition effective du revenu dans le futur. Si bien que le déficit a seulement joué le rôle d'un instrument au service du rattachement d'un revenu à un exercice postérieur à celui de sa réalisation.

Ces deux lectures conduisent à des conséquences radicalement différentes.

La première, économique, est celle que nous avons défendue en son temps¹⁷. Elle s'en tient à un strict respect du principe d'annualité de l'impôt. Dans cette conception, l'imposition en report n'est pas une imposition sur le revenu perçu. Elle est d'une nature différente, ou plutôt elle a un objet différent. Elle est sans rapport avec l'imposition du revenu d'origine. Elle frappe un profit étranger, celui qui sera dégage par la société quand elle redeviendra bénéficiaire. On peut en tirer deux conséquences immédiates. En premier lieu, en cas d'application d'une convention fiscale internationale, l'imposition ne pourrait être prélevée que si le contribuable disposait en France d'un établissement stable en France auquel les profits en question puissent être rattachés. En second lieu, et quoi qu'il en soit, l'impôt prélevé en France n'ouvrirait sans doute pas droit à un crédit d'impôt à l'étranger, faute de frapper le revenu susceptible de lui donner naissance.

La seconde, formelle, déroge au principe d'annualité de l'impôt. L'impôt futur frappe bien le revenu concerné, dont la réalisation se trouve fictivement reportée dans le temps. Elle est alors selon toute vraisemblance conforme aux conventions fiscales, celles-ci n'exigeant généralement pas que l'imposition des revenus soit due au titre de la période d'imposition au cours de laquelle les revenus sont effectivement réalisés. Elle devrait aussi ouvrir droit à crédit d'impôt à l'étranger, sous réserve - réserve importante - que l'État étranger suive la même analyse.

¹⁵ AN, Comm. fin. Rapp. n° 2272, sur le projet de loi de finances 2020, 10 oct. 2019, J. Giraud, préc. p. 531.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ V. notre article précité, n° 18.

Faudrait-il reposer la question du report des crédits d'impôt dans le temps ?

Mais, si cette seconde lecture devait l'emporter, comme invitent à le croire, encore une fois, les travaux parlementaires dont nous avons parlé, ainsi que l'arrêt *Sofina* de la CJUE, il resterait une question, essentielle, à éclaircir. Cette question concerne non plus les revenus sortants, mais les revenus entrants, c'est-à-dire les revenus de source étrangère perçus par des sociétés françaises en situation déficitaire. Est-on bien certain, comme l'ont jugé le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, que les crédits d'impôt non utilisés au titre de l'exercice de perception du revenu tombent en non-valeur, et ne peuvent pas être reportés dans le temps ?¹⁸

18 CE, 26 juin 2017, n° 386269, Sté Crédit Agricole et n° 406437, Sté Banque Populaire Caisse d'Épargne. - CC, 27 oct. 2017, n° 2017-654 QPC, Sté BPCE.

Cette solution ne devrait-elle pas être réexaminée à la lumière de la législation nouvelle ? Car si le principe est désormais acquis qu'un revenu perçu en période déficitaire voit son imposition différée, quel serait l'obstacle à ce que, dans ce voyage dans le temps, ce revenu puisse emporter avec lui tous ses attributs, y compris le crédit d'impôt qui lui est attaché ?

Comme on le voit, ces questions sont complexes, à entrées multiples, et les analyses que l'on retient peuvent conduire à des effets de bord, comme l'on dit. Espérons que, quelle que soit la solution retenue, elle le soit de manière uniforme, et qu'elle donne naissance à un système cohérent et intelligible.

G. BLANLUET ■