

DIVIDENDES - INTÉRÊTS REDEVANCES

Chronique d'actualité



Emmanuel DINH

Maître de conférences à l'Université Paris Dauphine
Avocat à la Cour, Couderc Dinh & Associés



Thomas PERROT

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

Dividendes et autres revenus distribués

- > **Dividendes sortants - Libre circulation des capitaux** - La CJUE examine la situation des organismes de placement collectifs non-résidents et les conditions dans lesquels ceux-ci peuvent être considérés comme comparables à des fonds résidents pour pouvoir prétendre à un régime fiscal de faveur. Elle apporte des précisions concernant la composition de l'actionnariat des fonds et leur obligation de redistribution (V. § 1).
- > La CAA de Versailles admet que l'application de la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI sur une base brute sans prise en compte des frais professionnels constitue une entrave à la libre circulation des capitaux, mais estime qu'en l'espèce la compagnie d'assurance britannique n'a pas justifié des charges qu'elle entendait déduire (V. § 8).

- > **Retenue à la source sur les bénéfices réputés distribués (CGI, art. 115 quinquies)** - La CAA de Versailles confirme, sur renvoi du Conseil d'État, que l'assiette de la retenue à la source prévue à l'article 115 quinquies du CGI (« *branch tax* »), en cas d'identification en France d'un établissement stable n'ayant pas acquitté spontanément l'IS, doit être limitée au montant du bénéfice diminué de l'IS y afférent, et ne peut correspondre au montant des bénéfices effectivement distribués aux associés. Toutefois, la cour exclut la déduction de la contribution sociale sur l'impôt sur les sociétés prévue à l'article 235 ter ZC du CGI, laquelle constitue une imposition distincte de cet impôt et dont l'article 115 quinquies, qui n'a pas été modifié par le législateur après l'instauration de cette contribution, ne prévoit pas explicitement la déduction (V. § 10).

Dividendes et autres revenus distribués

Dividendes sortants

1. Dividendes sortants - Libre circulation des capitaux - Dividendes versés aux OPCVM - Comparabilité des fonds non-résidents - Composition de l'actionnariat - Obligation de redistribution

La CJUE examine la situation des organismes de placement collectifs non-résidents et les conditions dans lesquels ceux-ci peuvent être considérés comme comparables à des fonds résidents pour pouvoir prétendre à un régime fiscal de faveur. Elle apporte des précisions concernant la composition de l'actionnariat des fonds et leur obligation de redistribution.

CJUE, 7^e ch., 30 janv. 2020, C-156/17, Köln-Aktiefonds Deka (V. annexe 1)

2. La décision rendue par la CJUE le 30 janvier 2020 dans l'affaire *Köln-Aktiefonds Deka* s'inscrit dans le corpus jurisprudentiel maintenant abondant qui encadre les conditions d'imposition des fonds d'investissements étrangers dans l'État de la source des revenus qu'ils perçoivent¹.

3. *Köln-Aktiefonds Deka* (KA Deka) est un fonds d'origine allemande, coté en bourse en Allemagne, où il bénéficie d'un régime d'exonération d'impôt sur les bénéfices. Il a perçu, au cours des années 2000, des dividendes versés par des sociétés néerlandaises. Lors de leur mise en paiement, les sociétés concernées ont déduit une retenue à la source de 15 % des montants revenant au KA Deka. S'il avait pu être qualifié « d'organisme de placement collectif aux fins de l'impôt » (OPCFi) au sens de la loi fiscale des Pays-Bas, le fonds aurait néanmoins pu prétendre à un remboursement de cette retenue à la source. Le régime néerlandais applicable à ces organismes vise en effet à aligner la situation des personnes physiques réalisant des placements financiers par leur intermédiaire sur celle des particuliers investissant directement dans les actifs sous-jacents. Dans cette perspective, les OPCFi sont, d'une part, exonérés d'impôt sur les bénéfices à leur niveau et, d'autre part, éligibles à une restitution de l'impôt prélevé à la source sur les produits qu'ils reçoivent ; en contrepartie, ils sont tenus de déduire l'impôt néerlandais des sommes qu'ils redistribuent à leurs porteurs de parts.

Faute toutefois de remplir les conditions lui permettant d'être qualifié d'OPCFi, KA Deka a sollicité en vain auprès des autorités néerlandaises la restitution de l'impôt ayant grevé

ses dividendes. Le litige, porté devant les tribunaux, s'est noué autour de la différence de traitement fiscal accordé aux fonds d'investissements, néerlandais ou étrangers, suivant qu'ils constituent ou non des OPCFi et sur l'éventuelle restriction à la liberté de circulation des capitaux que peuvent créer les conditions d'accès à ce régime, s'agissant tant de la nature de ces conditions que de l'administration de la preuve qu'elles sont réunies.

La cour suprême des Pays-Bas a ainsi été amenée à saisir à titre préjudiciel la CJUE de plusieurs questions relatives aux conditions d'accès au statut d'OPCFi, réduites, après quelques ajustements des demandes du juge *a quo*, à deux points principaux.

♦ Première question : composition de l'actionnariat

4. En premier lieu, les OPCFi devaient justifier du respect de certaines limites dans la composition de leur actionnariat, visant à garantir que leur régime fiscal de faveur ne profite qu'à un public de petits épargnants. Ces limites prenaient essentiellement la forme de **plafonds de détention par certaines catégories d'actionnaires. La définition de ces plafonds différait suivant que les actions ou les parts du fonds considéré étaient ou non cotées à la Bourse d'Amsterdam**, en instaurant un régime moins contraignant à cet égard pour les fonds cotés sur cette Bourse. *A priori*, cette condition différenciée n'introduisait pas de discrimination à l'endroit des fonds étrangers, puisque, d'une part, elle s'appliquait de la même façon aux organismes de placement résidents et à leurs homologues non résidents et, d'autre part, la cotation sur la Bourse d'Amsterdam n'était pas réservée aux fonds néerlandais. Un fonds non résident pouvait donc parfaitement réunir les conditions pour que la composition de son actionnariat soit appréciée selon le test applicable aux organismes cotés à Amsterdam.

5. Mais conformément à une jurisprudence bien établie, la CJUE ne s'arrête pas à la circonstance que la réglementation en cause n'instaure pas de discrimination ostensible entre fonds résidents et non résidents, pour examiner si les critères, apparemment objectifs, d'accès au régime de faveur ne correspondent pas en fait à des obligations ou des situations qui prévalent sur le marché national et, par conséquent, avantagent de façon structurelle les opérateurs nationaux aux dépens de leurs concurrents étrangers².

Ayant rappelé le principe, la Cour de justice s'interdit de vérifier si, en l'espèce, la condition tenant à la cotation à la Bourse d'Amsterdam introduit une telle distorsion par rapport aux fonds cotés sur une autre bourse ; cette retenue est conforme aux règles dialectiques de la procédure préjudicielle, qui réserve à la juridiction nationale le soin d'appliquer le droit de l'Union européenne aux situations particulières qui lui sont soumises et de trancher l'affaire au principal. On voit mal, cependant, compte tenu de la nature des conditions de détention dans le fonds considéré, ce qui serait propre au marché d'Amsterdam et qui n'aurait

1 V. à ce sujet S. Lauratet, Retenue à la source sur les dividendes de source européenne versés à des fonds d'investissement étrangers : aperçu des contentieux en cours à travers l'Europe : FI 3-2019, n° 02.1.

2 CJUE, 8 juin 2017, C-580/15, Van der Weegen e.a.

pu être satisfait par une entité cotée sur un autre marché comparable, au moins en Europe. Et ce d'autant plus que la législation néerlandaise a été modifiée à compter du 1^{er} janvier 2007 pour subordonner l'accès au statut d'OPCfi à l'admission des parts ou actions de l'entité considérée à la négociation sur un marché d'instruments financiers éligible, sans restriction à la Bourse d'Amsterdam. Alternativement, un fonds peut également constituer un OPCfi, à compter de cette date, si sa société de gestion est agréée dans les conditions prévues par la réglementation. Là encore, il revient à la cour suprême néerlandaise de vérifier si dans les circonstances de l'espèce ces nouvelles exigences peuvent constituer une discrimination déguisée aux dépens des fonds étrangers, dont le KA Deka.

6. Celui-ci arguait également, à propos des conditions liées à la détention de son capital, qu'il était contraire à la liberté de circulation des capitaux de faire porter sur lui la **preuve du respect par son actionariat des plafonds** mentionnés précédemment. Il pouvait s'appuyer pour ce faire sur la jurisprudence de la Cour qui, tout en reconnaissant aux États membres le droit d'exiger des contribuables qu'ils établissent remplir les conditions pour bénéficier d'une législation particulière, ne peuvent faire peser sur les opérateurs non résidents une charge administrative excessive en leur imposant de se conformer à des modèles nationaux s'ils apportent par ailleurs des pièces justificatives suffisantes³. Mais en l'espèce, la CJUE relève que KA Deka n'apporte aucun élément sur la composition de son actionariat, du fait que ses titres s'échangent sur un système de négociation particulier (*global stream system*) dans lequel l'identité des porteurs n'est qu'imparfaitement connue de l'émetteur, système de négociation adopté au demeurant par certains fonds résidents des Pays-Bas. La défaillance de KA Deka réside donc dans l'incapacité de fournir l'information nécessaire à établir le bien-fondé de ses prétentions plutôt que dans l'adéquation de cette information avec des modes de preuve admis par les autorités fiscales. Cette responsabilité, juge la Cour, incombe nécessairement au contribuable et l'État membre n'a pas à remédier à sa carence.

◇ Deuxième question : obligation de distribution

7. La deuxième question, plus intéressante, que soulevait la législation néerlandaise sur les OPCfi tenait dans la condition de redistribution intégrale de leur bénéfice dans les huit mois suivant la clôture de leur exercice. KA Deka ne remplissait certes pas cette condition puisqu'il n'était soumis en Allemagne à aucune obligation comparable. Le système fiscal allemand, cependant, prévoyait que lorsqu'un fonds distribuait effectivement une fraction de ses résultats annuels en deçà d'un plancher minimal, l'impôt des bénéficiaires était calculé en prenant en compte un complément de revenu réputé leur avoir été distribué. Or, selon le contribuable, l'obligation de distribution imposée par le droit néerlandais constituait simplement le corollaire du

régime d'exonération dont bénéficient les OPCfi en assurant l'imposition sans retard des produits appréhendés par leur truchement, au niveau des investisseurs finaux, de façon à placer ces derniers dans la même situation que s'ils avaient réalisé leurs placement directement.

Pourtant, l'obligation de distribution mise à la charge des fonds ne poursuit pas un objectif de circulation accélérée de la trésorerie générée par les fonds, afin qu'elle ne soit pas indûment thésaurisée, hypothèse brièvement envisagée par la CJUE, mais réside essentiellement dans le quantum et le délai d'imposition des investisseurs. Dans cette perspective, la situation d'un fonds allemand comme le KA Deka est objectivement comparable à celle d'un OPCfi, quand bien même la technique d'imposition diffère, organisée autour d'une fiction juridique dans le premier cas et autour d'une distribution effective dans le second.

Dès lors, une telle restriction, à défaut de répondre à une raison impérieuse d'intérêt général, adéquate quant à l'objectif qu'elle poursuit et proportionnée dans ses effets, ne peut que contrevenir à la liberté de circulation de capitaux⁴. Le gouvernement néerlandais concédant à l'audience qu'aucune raison de cette nature ne justifiait ce traitement, la contrariété à cette liberté était suffisamment établie.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Cette décision traite de plusieurs aspects spécifiques du statut fiscal des fonds néerlandais et à ce titre **devrait rester sans influence directe sur le régime français**. Elle **permet cependant d'apprécier la finesse de l'analyse de la CJUE** quant à la comparaison du régime d'imposition des opérateurs résidents et de leurs homologues non-résidents pour y déceler une éventuelle discrimination.

À cet égard, il est intéressant de noter que la Cour juge qu'on peut substituer à une condition de distribution de ses résultats par entité une fiction fiscale de distribution de ces mêmes résultats entre les mains des investisseurs, lorsque la finalité du régime est de transférer l'imposition du véhicule d'investissement vers l'investisseur final. Or **le code général des impôts français connaît des mécanismes similaires, à propos par exemple des SIIC**, lesquelles sont assujetties à un prélèvement à raison des distributions qu'elles consentent à certains de leurs actionnaires à 10 % au moins, lorsqu'ils sont exonérés d'impôt sur les bénéfices : le prélèvement n'est ainsi pas applicable lorsque l'actionnaire considéré est une « *société soumise à une obligation de distribution intégrale des dividendes* » dont les actionnaires à 10 % au moins sont eux-mêmes soumis à l'impôt. On peut s'interroger sur une possible extension de la solution de l'arrêt *Köln-Aktienfonds Deka* lorsque l'actionnaire considéré est réputé distribuer ses bénéfices pour les besoins du calcul de l'impôt de ses propres associés par la réglementation de son État d'origine, ou lorsqu'il y jouit d'un régime de transparence fiscale.

T. PERROT ■

3 CJUE, 30 juin 2011, C-262/09, Meilicke e.a..

4 CJUE, 24 nov. 2016, C-464/14, SECIL.

8. Dividendes sortants - Libre circulation des capitaux - Retenue à la source (CGI, art. 119 bis, 2) - Assiette brute - Déduction des frais professionnels - Compagnie d'assurance - La CAA de Versailles admet que l'application de la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI sur une base brute sans prise en compte des frais professionnels constitue une entrave à la libre circulation des capitaux, mais estime qu'en l'espèce la compagnie d'assurance britannique n'a pas justifié des charges qu'elle entendait déduire.

CAA Versailles, 1^{re} ch., 1^{er} oct. 2019, n° 17VE03599, Sté UBS Asset Management Life Ltd (V. annexe 2)

9. Une société d'assurance établie au Royaume-Uni contestait, au regard du droit de l'Union, l'application de la retenue à la source prélevée sur ses dividendes de source française selon leur montant brut en se prévalant des importantes charges déduites par les assureurs français et notamment des provisions techniques.

La réponse de la cour comporte **deux points intéressants**.

> En premier lieu, la cour se prononce sur la **liberté de circulation invocable par l'intéressée**. Elle estime ainsi que la société ne peut se prévaloir ni de la libre prestation de service, en l'absence de lien entre les dividendes litigieux et des prestations d'assurance fournies par l'intéressée, ni de la liberté d'établissement, dès lors que les participations à l'origine de ces dividendes correspondaient à des investissements à caractère purement financier. Eu égard à la nature de ces investissements, la société est seulement fondée à invoquer la liberté de circulation des capitaux.

> En second lieu, **la cour admet que l'application de la retenue à la source de l'article 119 bis du CGI sur une base brute sans prise en compte des frais professionnels constitue une entrave à cette liberté**. La cour s'inspire des principes dégagés par la CJUE dans l'arrêt C-342/10 *Commission c/ Finlande* du 8 novembre 2012. S'agissant de dividendes de source finlandaise versés à des fonds de pensions étrangers, la Cour de Luxembourg a estimé que l'application de la retenue à la source sur une base brute était contraire à la liberté de circulation des capitaux, dès lors que les fonds résidents étaient assujettis sur une base nette, après déduction notamment des provisions techniques. Interrogée sur le lien entre les dividendes et les provisions liées à l'exercice de l'activité d'assureur, la CJUE a renvoyé aux dispositions prévues par la législation nationale s'agissant des sociétés résidentes admettant une telle déduction (pts 41 à 47 de l'arrêt).

Si la CAA de Versailles admet ainsi la pertinence de la position de la société britannique au plan des principes, elle estime qu'au fond, **la société n'a pas justifié des charges qu'elle entendait déduire de l'assiette de la retenue à la source litigieuse** et rejette pour ce seul motif la requête de la société.

La solution peut être rapprochée de l'arrêt *Sté Vétquinol SA*⁵, par lequel la Cour de Versailles a jugé qu'au-delà de la non-conformité au droit de l'Union des dispositions du CGI prévoyant l'application de la retenue à la source sur une assiette brute, il appartient toujours au contribuable de justifier des charges déductibles de cette assiette.

L'arrêt est frappé d'un pourvoi en cassation, enregistré sous le n° 438135.

10. Dividendes sortants - Retenue à la source sur les bénéficiaires réputés distribués (CGI, art. 115 quinquies) - Assiette - La CAA de Versailles confirme, sur renvoi du Conseil d'État, que l'assiette de la retenue à la source prévue à l'article 115 quinquies du CGI (« *branch tax* »), en cas d'identification en France d'un établissement stable n'ayant pas acquitté spontanément l'IS, doit être limitée au montant du bénéfice diminué de l'IS y afférent, et ne peut correspondre au montant des bénéfices effectivement distribués aux associés. Toutefois, la cour exclut la déduction de la contribution sociale sur l'impôt sur les sociétés prévue à l'article 235 ter ZC du CGI, laquelle constitue une imposition distincte de cet impôt et dont l'article 115 quinquies, qui n'a pas été modifié par le législateur après l'instauration de cette contribution, ne prévoit pas explicitement la déduction.

CAA Versailles, 3^e ch., 28 janv. 2020, n° 19VE02392, SARL Estienne d'Orves (V. annexe 3)

11. Par cette décision, la Cour administrative d'appel de Versailles statue à nouveau, sur renvoi du Conseil d'État, sur le cas de la société Estienne d'Orves, une société de droit luxembourgeois constituée aux fins de réaliser une opération immobilière en France dont le profit a été imposé par l'administration fiscale en France au motif qu'était identifiée l'existence dans notre pays d'un établissement stable à partir duquel l'opération immobilière était réalisée. Sans surprise, la cour rectifie l'erreur de droit commise lors de sa première décision du 15 juin 2017⁶, en jugeant, conformément à l'arrêt de la Haute assemblée du 24 juin 2019⁷, que l'assiette de la « *branch tax* », dans ces circonstances, doit être limitée au montant du bénéfice diminué de l'impôt sur les sociétés y afférent, et ne peut correspondre au montant des bénéfices effectivement distribués aux associés. Toutefois, et c'est l'apport principal de cette décision, la cour exclut de cette logique la contribution sociale sur l'impôt sur les sociétés prévue à l'article 235 ter ZC du CGI.

5 CAA Versailles, 15 nov. 2016, n° 15VE01251, Sté Vétquinol SA : RJF 2/17 n° 102, concl. B. Coudert C 102.

6 CAA Versailles, 7^e ch., 15 juin 2017, n° 14VE03659.

7 CE, 24 juin 2019, n° 413156, Sté Estienne d'Orves, concl. E. Cortot-Boucher : FI 4-2019, n° 5, § 6, comm. T. Perrot ; Dr. fisc. 2019, n° 39, comm. 380, note L. Pouille.

◇ Rappels sur la « branch tax » à la française

12. L'article 115 quinquies du CGI permet, lorsqu'il est combiné à l'article 119 bis 2 du CGI, d'imposer par voie de prélèvement à la source les revenus, après impôts sur les sociétés, d'un établissement stable français qu'il répute distribués à des associés non résidents, sous réserve des conventions fiscales internationales. Il s'agit du siège légal de la « branch tax » à la française, qui permet une égalisation fiscale du traitement des revenus réalisés par une entreprise étrangère, selon qu'elle s'implante en France par le biais d'une filiale ou d'une succursale.

Pour rappel, le texte de l'article est organisé en trois paragraphes. Aux termes du 1 de l'article 115 quinquies, « *Les bénéfices réalisés en France par les sociétés étrangères sont réputés distribués, au titre de chaque exercice, à des associés n'ayant pas leur domicile fiscal ou leur siège en France. Les bénéficiaires visés au premier alinéa s'entendent du montant total des résultats, imposables ou exonérés, après déduction de l'impôt sur les sociétés* ». Le paragraphe 2 de l'article dispose, pour sa part, que « *Toutefois, la société peut demander que la retenue à la source exigible en vertu des dispositions du 1 et de l'article 119 bis, 2 fasse l'objet d'une nouvelle liquidation dans la mesure où les sommes auxquelles elle a été appliquée excède le montant total de ses distributions effectives. L'excédent de perception lui est restitué. Il en est de même dans la mesure où elle justifie que les bénéficiaires de ces distributions ont leur domicile fiscal ou leur siège en France, et qu'elle leur a transféré les sommes correspondant à la retenue* ». Le paragraphe 3 de l'article, issu de la loi de finances rectificative du 29 décembre 1997⁸, prévoit quant à lui que « *Les dispositions du 1 ne s'appliquent pas lorsque la société étrangère remplit les conditions suivantes : a) Avoir son siège de direction effective dans un État membre de la Communauté européenne ; b) Y être passible de l'impôt sur les sociétés, sans possibilité d'option et sans en être exonérée* ».

La mécanique est donc la suivante. Tout d'abord, lorsque la société étrangère possède son siège dans un État de l'Union européenne et y est passible de l'impôt sur les sociétés, la « branch tax » ne s'applique pas, par souci, là encore, d'égalisation fiscale avec les distributions de dividendes effectuées par des filiales françaises à des sociétés mères européennes et exonérées de retenue à la source en vertu de la directive mère-fille. Dans les autres cas, sous réserve des conventions fiscales qui souvent, à l'instar du modèle OCDE, empêchent son prélèvement, la « branch tax » est liquidée, à la clôture de chaque exercice, sur la base de la fiction de distribution, sur une assiette correspondant aux résultats imposables ou exonérés de l'établissement français, dont est déduit le montant de l'impôt sur les sociétés. La « branch tax » peut toutefois faire l'objet d'une nouvelle liquidation, sur la base d'une réclamation de la société, lorsque celle-ci démontre que les sommes ayant servi de base à son calcul sont supérieures au montant des distributions effectivement réalisées, ou que les sommes ont été distribuées à des bénéficiaires résidents de France.

8 L. n° 97-1239, 29 déc. 1997, art. 23 : Dr. fisc. 1998, n° 1-2, comm. 2.

◇ La situation particulière de l'établissement stable n'ayant pas acquitté spontanément l'impôt sur les sociétés

13. Les faits de l'affaire ayant donné lieu à la décision *Sté Estienne d'Orves* illustrent de manière particulièrement topique la problématique particulière de l'application de la « branch tax » dans une situation où des distributions, prélevées sur les résultats d'une exploitation française, ont été réalisées alors que l'établissement stable n'avait pas acquitté spontanément d'impôt sur les sociétés. Par nature, une telle situation se présente donc en matière de caractérisation d'un établissement stable dans le cadre d'un contrôle fiscal.

14. Les faits se déroulent à une époque, antérieure à la révision de la convention fiscale franco-luxembourgeoise, où l'utilisation d'une structure luxembourgeoise à des fins de réalisation d'opérations immobilières en France s'avérait particulièrement avantageuse au plan fiscal. En effet, l'interprétation faite par la France et le Luxembourg de la convention fiscale du 1^{er} avril 1958 conduisait à une double exonération des plus-values réalisées au titre de la cession de biens immobiliers en France. Du côté français, le Conseil d'État considérait que les revenus tirés d'immeubles situés en France par une entreprise industrielle et commerciale de droit luxembourgeois, en ce compris les plus-values de cession, avaient la nature de bénéfices industriels et commerciaux, imposables exclusivement au Luxembourg, sauf à ce qu'ils soient réalisés par l'intermédiaire d'un établissement stable en France⁹. Du côté luxembourgeois, la Cour administrative du Luxembourg estimait, pour sa part, que les revenus avaient la nature de revenus fonciers, exclusivement taxables en France¹⁰.

15. Dans ce cadre juridique, la société de droit luxembourgeois *Estienne d'Orves*, avait réalisé une plus-value substantielle en décembre 2006, au titre de la cession d'un immeuble sis en France, avant d'entamer une procédure de liquidation, clôturée en mars 2008. Conformément au droit positif de l'époque, elle n'avait pas considéré être redevable de l'impôt sur les sociétés en France au titre de cette plus-value. À la faveur d'une perquisition fiscale menée sur le fondement de l'article L. 16 B du LPF, l'administration a toutefois établi que la société luxembourgeoise disposait en France d'un établissement stable par l'intermédiaire duquel elle avait réalisé l'opération. En conséquence, elle a assujéti la société à l'impôt sur les sociétés à raison de l'activité déployée en France au titre des années 2006 et 2007. En outre, l'exonération de retenue à la source prévue par le 3 de l'article 115 quinquies ayant été écartée en raison de la localisation

9 V. CE, 18 mars 1994, n° 79971, SARL Investissement agricole et forestier : RJF 5/1994, n° 530.

10 CA Luxembourg, 23 avr. 2002, n° 14442 C, Sté La Costa SARL. – V. S. Le Goueff et E. Jungblut, L'arrêt « La Costa SARL » : l'exonération des revenus d'immeubles situés en France perçus par une société luxembourgeoise : Dr. fisc. 2003, n° 44-45, étude 39.

du siège de direction effective de la société en dehors du Luxembourg, la société avait été assujettie à des rappels de retenue à la source, sur le fondement combiné des articles 115 quinquies et 119 bis, 2 du CGI, à raison, pour l'exercice clos en 2006, des **profits distribués** par la société à des sociétés établies aux États-Unis et aux Îles Vierges britanniques, et pour l'exercice clos en 2007, des résultats de l'activité réputés distribués à ses associés non résidents. S'agissant des versements effectués au profit des sociétés américaines, l'administration avait appliqué un taux de retenue à la source de 5%, conformément à la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994, tandis qu'elle avait appliqué le taux de droit interne français de 25% s'agissant des distributions versées aux sociétés des Îles Vierges britanniques, à défaut d'une convention fiscale conclue par la France avec ce territoire. **Dans les deux cas, l'administration avait assis la retenue à la source sur le montant des distributions effectivement réalisées au bénéfice des actionnaires étrangers. Dès lors que, par définition, la société n'avait pas payé d'impôt sur les sociétés en France au titre de la plus-value immobilière, les montants retenus n'étaient pas amputés du montant de cet impôt.**

◇ La « *branch tax* » ne peut pas être assise sur les distributions effectivement réalisées par la société étrangère

16. La Cour administrative d'appel de Versailles, dans sa première décision précitée de 2017, avait confirmé le bien-fondé de la retenue à la source appliquée à raison des bénéfices effectivement distribués au titre de l'exercice clos en 2006. En effet, la cour avait considéré que la retenue à la source litigieuse avait été établie « **sans faire application de la présomption prévue à l'article 115 quinquies du CGI** ». La société s'était donc pourvue en cassation, en soulevant l'erreur de droit que la juridiction d'appel aurait commise en jugeant que, pour le calcul de la retenue à la source, les bénéfices ne devaient pas être diminués des cotisations d'impôt sur les sociétés qui lui avaient été réclamées au titre de l'exercice clos en 2006.

17. Il y a lieu de circonscrire précisément la question de droit posée alors à la Haute assemblée. Il ne s'agissait pas de débattre du fondement juridique de la retenue à la source assignée à la société, notamment l'applicabilité de l'article 109 du CGI dans cette hypothèse. En effet, il n'était pas contestable que l'administration avait fondé, dans sa proposition de rectification, l'application de la retenue à la source sur l'article 115 quinquies du CGI lui-même, et que, comme elle y était contrainte, à défaut d'une demande de substitution de base légale, la Cour administrative d'appel de Versailles n'avait pas pu se départir de ce fondement. La cour avait simplement précisé, dans sa décision de 2017, que l'administration avait écarté « la **présomption** » de l'article 115 quinquies. **Dans la double mesure où le fondement de l'article 115 quinquies n'était pas discuté, et où la fiction prévue par celui-ci était écartée aux fins de détermination de l'assiette de la retenue à la source, la**

prise en compte des distributions effectives ne pouvait, en retour, trouver sa source que dans le paragraphe 2 de l'article. La question posée était donc celle de l'identification du destinataire de la norme enfermée dans le 2 de l'article 115 quinquies du CGI.

18. Dans sa décision du 24 juin 2019, le Conseil d'État a censuré la décision de la Cour administrative d'appel de Versailles, dans les termes suivants : « *Lorsque l'administration fiscale choisit de se fonder, pour assujettir une société étrangère à un rappel de retenue à la source, sur les dispositions combinées de l'article 115 quinquies et du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts, elle ne peut assier la retenue à la source que sur des bénéfices que les dispositions du 1 de l'article 115 quinquies réputent distribués par cette société. L'assiette constituée de ces bénéfices réputés distribués s'entend du montant total des résultats réalisés en France par la société étrangère, qu'ils soient imposables ou exonérés, après déduction de l'impôt sur les sociétés. [...] En jugeant que l'Administration avait pu, en dépit de la base légale sur laquelle elle s'était fondée, calculer le rappel de retenue à la source établi au titre de l'exercice clos en 2006 sur une assiette constituée de sommes effectivement distribuées par la société, sans rechercher si elle n'excédait pas celle définie par les dispositions du 1 de l'article 115 quinquies du Code général des impôts, la cour a [...] entaché son arrêt d'une erreur de droit* »¹¹.

La solution résulte d'une **application littérale** du texte de l'article 115 quinquies, qui repose sur une **logique distributive** des paragraphes 1 et 2. Le paragraphe 1 possède une nature duale. Il est le siège tout à la fois de la fiction fiscale de distribution à des associés non résidents, et de la définition des bénéfices servant d'assiette à la retenue à la source, qui doivent s'entendre « *du montant total des résultats, imposables ou exonérés, après déduction de l'impôt sur les sociétés* ». **Ce paragraphe est destiné à l'administration** : lorsqu'elle entend mettre en jeu la « *branch tax* » à la française, elle doit suivre, s'agissant de l'assiette de l'imposition, les prescriptions prévues par ce paragraphe, et donc nécessairement tenir compte de l'impôt sur les sociétés correspondant. Le paragraphe 2, pour sa part, constitue un garde-fou qui vient tempérer les effets de la fiction de distribution, toujours dans un sens d'égalisation fiscale avec la situation de la filiale. **À cette aune, la référence aux distributions effectivement réalisées en tant qu'assiette de la « *branch tax* » ne peut être invoquée que par la société assujettie à cette dernière, et les distributions effectives ne peuvent, en toute logique, que constituer un plafond, nécessairement inférieur au montant des dividendes réputés distribués.** Il n'existe, pour l'administration, aucune voie d'accès vers cette règle alternative d'assiette à la « *branch tax* ».

19. La Haute assemblée aurait pu défendre une lecture extensive des dispositions litigieuses. Dans ses conclusions sur cette affaire, Emmanuelle Cortot-Boucher n'invitait toutefois pas le Conseil d'État à procéder ainsi, au regard de sa jurisprudence passée. Dans une décision *Liviana Anstalt* du

11 CE, 24 juin 2019, n° 413156, Sté Estienne d'Orves, préc. pts 3 et 5.

16 décembre 1992¹², il avait en effet été jugé que l'administration ne pouvait appliquer l'article 115 quinquies à des fins de prélèvement d'une retenue à la source lorsque les résultats français sont déficitaires. En outre, il a constamment été jugé que l'article 109, 1, 1° du CGI ne s'appliquait pas à des sociétés déficitaires, conformément à la lettre du texte qui dispose que sont considérés comme revenus distribués « [t]ous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital »¹³, contrairement à l'article 109, 1, 2° du CGI, qui vise « [t]outes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfices ».

20. Dans sa décision du 28 janvier 2020, la Cour administrative d'appel de Versailles, à qui le Conseil d'Etat avait décidé de renvoyer l'affaire, procède donc à la rectification de son erreur de droit commise dans sa décision du 15 juin 2017. Au point 14 de son arrêt, elle met parfaitement en évidence la **logique distributive** des paragraphes 1 et 2 de l'article 115 quinquies, en précisant qu'« Il ressort des pièces du dossier [...] que l'administration fiscale s'est fondée sur les dispositions combinées de l'article 115 quinquies et du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts pour établir le rappel de retenue à la source sur les revenus distribués par la société Estienne d'Orves au titre de l'exercice clos en 2006 », et que « Cependant, en retenant comme assiette de liquidation de la retenue à la source, les sommes effectivement distribuées par la société **en l'absence de toute demande de la société Estienne d'Orves de bénéficier d'une liquidation de la retenue à la source conformément aux dispositions du 2 de l'article 115 quinquies** du code général des impôts, l'administration a méconnu les dispositions du 1 de ce même article lui imposant de déduire du montant total des résultats, soit la somme de 174 738 285 euros au titre du montant des bénéfices réputés distribués, le montant de l'impôt sur les sociétés dont s'est acquittée la société ». La cour procède toutefois à une **lecture stricte du paragraphe 1, en refusant une déduction de l'impôt élargie à la contribution sociale sur l'impôt sur les sociétés de l'article 235 ter ZC du CGI**, « laquelle constitue une **imposition distincte de l'impôt sur les sociétés** et dont les dispositions précitées de l'article 115 quinquies, qui n'ont pas été modifiées par le législateur après l'instauration de cette contribution, ne prévoient pas explicitement la déduction quand bien même elle est établie et recouvrée dans les mêmes conditions que l'impôt sur les sociétés et est assise sur l'impôt sur les sociétés lui-même ».

◇ **Sur quel fondement l'administration pourrait-elle retenir une assiette de la « branch tax » correspondant aux distributions effectivement réalisées par la société étrangère ?**

21. Une question demeure sans réponse. Et pour cause, la question n'était pas posée aux juges, puisque tout le débat était limité à la portée de l'article 115 quinquies, faute de

demande de substitution de base légale. Il s'agit de savoir quel texte l'administration aurait pu valablement utiliser afin d'asseoir sa retenue à la source sur les distributions effectives dans les circonstances de l'affaire. L'article 109, 1, 1° du CGI doit être exclu. En effet, pour interpréter ce texte, qui vise « tous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital », il convient de se reporter à l'article 110 du même code, dont le premier alinéa dispose que, « pour l'application du 1° du 1 de l'article 109 les bénéfices s'entendent de ceux qui ont été retenus pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés ». Reste donc l'article 109, 1, 2° précité du CGI. Emmanuelle Cortot-Boucher, dans ses conclusions devant le Conseil d'État, penchait en faveur de cette solution. Mais, comme elle le soulignait elle-même, la réponse n'est pas évidente. Dans ses conclusions sous une décision du Conseil d'État du 5 juillet 2010, Julien Boucher explicitait la notion de « bénéfices » visée par l'article dans les termes suivants : « les "bénéfices" dont il est question au 2° du 1 de l'article 109 ne sont pas les bénéfices retenus, le cas échéant après redressement, pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés, mais ce que, dans ses conclusions sur la décision du 5 juin 1964 précitée [CE, 5 juin 1964, n° 51058 : Lebon, p. 323 ; Dr. fisc. 1964, n° 43, doct., concl. E. Dufour], le commissaire du gouvernement Dufour appelait les "bénéfices apparents", c'est-à-dire ceux qui, le cas échéant, apparaissent en fin d'exercice dans les comptes de la société en dépit des prélèvements effectués par des associés ou des tiers sur les valeurs sociales. C'est dire, en d'autres termes, que ne peuvent être regardées comme "prélevées sur les bénéfices", au sens de ces dispositions, que les sommes dont la répartition résulte d'une décision régulière des organes compétents de la société - ce qui correspond, en substance, à la définition que votre jurisprudence donne de la notion de dividendes [CE, 7^e et 9^e ss-sect., 8 juill. 1992, n° 88734 : Lebon, p. 284 ; Dr. fisc. 1993, n° 5, comm. 125, concl. M.-D. Hagelsteen ; JCPE 1992, pan. p. 355 ; Dr. sociétés 1993, comm. 43, note M. Deslandes ; RJF 8-9/1992, n° 1172, chron. J. Turot, p. 659 à 666 ; BJS 1992, n° 10, note N. Chahid-Nourai, p. 1122] »¹⁴. Il eût sans doute été difficile de défendre, dans les circonstances de l'espèce, que les distributions de la société requérante au profit des actionnaires des États-Unis et des Îles Vierges britanniques n'avaient pas fait l'objet d'une décision régulière de la part des organes compétents de la société distributrice. En amont de toutes ces discussions, il faut bien sûr valider que l'article 109 s'applique à des sociétés étrangères, question qui n'a jamais reçu de réponse en droit positif. Le fait que cet article vise, en écho à l'article 108, les sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés, condition remplie en présence d'un établissement stable français, devrait militer dans le sens de l'applicabilité, sous réserve des conventions fiscales.

E. DINH ■

12 CE, 16 déc. 1992, n° 123268, Liviana Anstalt : Dr. fisc. 1993, n° 31, comm. 1607, concl. M.-D. Hagelsteen ; RJF 2/1993, n° 195.

13 V. CE, 5 juin 1964, n° 51058 : Lebon, p. 323 ; Dr. fisc. 1964, n° 43, doct., concl. E. Dufour.

14 CE, 5 juill. 2010, n° 307166 : RJF 11/2010, n° 1022 ; BDCF 11/2010, n° 116, concl. J. Boucher.

Intérêts

22. À NOTER

> **Intérêts - Intérêts de prêts ou crédits bénéficiant de la garantie de l'État - Convention fiscale franco-argentine** - Par un échange de lettres intervenu les 28 mai 2018 et 29 janvier 2019, les autorités compétentes françaises et argentines ont convenu d'une interprétation commune destinée à préciser les dispositions du paragraphe 3 de l'article 11 de la convention fiscale conclue entre la France et l'Argentine, lesquelles permettent notamment, sous certaines

conditions, d'exonérer de retenue à la source les intérêts versés sur des prêts ou crédits bénéficiant de la garantie accordée par l'État du bénéficiaire.

Afin de tirer toutes les conséquences de la réforme du financement des garanties publiques pour le commerce extérieur, mission désormais directement assurée par l'État par l'entremise de Banque publique d'investissement (BPI) Assurance Export, l'Argentine et la France ont convenu d'étendre le bénéfice de ces stipulations conventionnelles bénéficiant jusqu'alors à la compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE) à BPI Assurance Export.

BOI-INT-CVB-ARG, 26 févr. 2020, § 20 (V. annexe 4)

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1: CJUE, 7^e ch., 30 janv. 2020, C-156/17, Köln-Aktienfonds Deka, concl. M. Pitruzella

Annexe 2: CAA Versailles, 1^{re} ch., 1^{er} oct. 2019, n° 17VE03599, Sté UBS Asset

Annexe 3: CAA Versailles, 3^e ch., 28 janv. 2020, n° 19VE02392, SARL Estienne d'Orves

Annexe 4: BOI-INT-CVB-ARG, 26 févr. 2020, § 20