



Mastère Spécialisé/LLM Droit et Management International

THESE PROFESSIONNELLE

Année académique 2017 - 2018

**Impôt étranger et droit fiscal  
français : la plénitude de  
l'élimination de la double  
imposition en cause**

Carl Le Sager

Sous la direction de Monsieur le Professeur Mirko Hayat

## **Remerciements**

*La réalisation de cette thèse professionnelle a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma reconnaissance.*

*Je voudrais tout d'abord exprimer ma profonde gratitude au directeur de cette thèse professionnelle, Monsieur le Professeur Mirko Hayat, pour ses remarques et conseils avisés, qui ont contribué à alimenter ma réflexion.*

*En outre, je saisis cette occasion pour remercier chaleureusement l'équipe fiscale de Scor SE pour sa bienveillance et l'opportunité qui m'a été offerte de participer à la vie de la direction fiscale d'un grand groupe.*

*Je n'oublie bien sûr pas ma fidèle relectrice qui se reconnaîtra. Ses conseils, son soutien et sa relecture ont épaissi avec finesse cette thèse professionnelle : merci pour tout.*

# Table des matières

I.	Introduction : enjeux théoriques et pratiques de la double imposition.....	1
1.	Développement économique et rémanence fiscale : la nécessaire élimination de la double imposition.....	1
2.	Une neutralité plurielle : variété des conceptions de l'élimination de la double imposition juridique .....	3
3.	Instruments de garantie de la neutralité fiscale : crédit d'impôt contre exonération .....	4
4.	Règle du butoir française : dichotomie entre élimination de la double imposition et imperméabilité aux différences avec les systèmes fiscaux concurrents.....	5
II.	Impôt étranger et situation déficitaire : obstacles à l'élimination de la double imposition	7
1.	Flux de revenus passifs <i>inbound</i> : l'efficacité des instruments d'élimination de la double imposition malmenée par le juge de l'impôt et le législateur fiscal.....	7
1.1	Hier : une faculté de déduction en base à géométrie variable .....	8
1.1.1	L'impôt étranger, une charge à défaut d'impôt à diminuer.....	8
1.1.2	Limites jurisprudentielles à la déductibilité de l'impôt étranger : typologie des conventions fiscales.....	9
A.	Conventions « Egis » : silencieuses sur la déductibilité de l'impôt étranger .....	9
B.	Conventions « Céline » : vers une aggravation paradoxale de la situation du contribuable.....	10
C.	Conventions « LVMH » : une imposition dans l'État de résidence des revenus passifs pour leur « montant brut » assortie d'un crédit d'impôt étranger.....	13
1.2	Aujourd'hui : illustration du pragmatisme budgétaire du législateur fiscal par le rétablissement de l'égalité devant les conventions fiscales au travers d'un nivellement par le bas.....	17
1.2.1	Deuxième loi de finances rectificative pour 2017 : prohibition de la déduction des impôts prélevés par un État ou territoire conformément à la convention fiscale applicable.....	17
1.2.2	Hypothèses résiduelles de déduction en base de l'impôt étranger .....	18
1.3	Modalités d'imputabilité du crédit d'impôt étranger sur l'impôt français .....	18

1.3.1	Fin de la tunnelisation des crédits d'impôt étranger : une avancée pour les sociétés « déficitaires » au travers du prisme de l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun.....	19
	A. Hier : une impossible dissociation du revenu et son crédit d'impôt .....	19
	B. Aujourd'hui : une détunnelisation au nom de l'unité de l'impôt sur les sociétés.....	20
1.3.2	Le refus d'un report en avant des crédits d'impôt étranger : la permanence d'un obstacle pour les sociétés « déficitaires » au travers du prisme de l'impôt sur les sociétés <i>lato sensu</i> .....	24
	A. L'infructueux recours au droit constitutionnel quant à la reconnaissance d'une faculté de report des crédits d'impôt conventionnels .....	25
	a. Une transmission prudente de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel .....	25
	b. Décision du 28 septembre 2017 n° 2017-654 QPC, Sté BPCE : une conformité de principe de l'impossibilité de reporter en avant les crédits d'impôt étranger pour une société française déficitaire en présence d'une convention fiscale de type « Céline » .....	28
	i. Absence manifeste d'atteinte au droit de propriété .....	28
	ii. Le non-report à l'épreuve du principe d'égalité.....	29
	c. Non-report des reliquats de crédits d'impôt conventionnels d'un exercice à l'autre : permanence d'opportunités de contestation à la suite de la décision BPCE .....	33
	i. Une conception renouvelée de l'égalité devant les charges publiques au service d'une protection étendue du contribuable .....	33
	ii. CEDH : égalité de traitement et situations distinctes .....	34
	iii. Droit conventionnel : l'indifférence de l'objectif d'élimination de la double imposition à toute distorsion temporelle entre perception des revenus et paiement effectif de l'impôt .....	35
	iv. Droit de l'Union européenne : non report et libertés de circulation.....	38

2. Flux de revenus passifs outbound : sociétés non résidentes déficitaires percevant des dividendes de source française .....	38
2.1 Une solution de droit interne éminemment critiquable et critiquée au regard du droit de l'Union européenne .....	40
2.1.1 Sté GBL Energy : illustration éclatante des difficultés rencontrées par les sociétés non résidentes déficitaires .....	40
2.2 Arrêt Sofina, Rebelco et Sidro : vers une sanction de la position française par le juge européen ? .....	41
2.2.1 Similitude factuelle avec l'affaire GBL Energy .....	41
2.2.2 Les brèches de la décision GBL Energy mises en exergue par les sociétés non résidentes déficitaires .....	44
A. Une acception excessive de la comparabilité confinant au non-sens .....	44
B. Une prétendue identité de traitement fiscal entre sociétés déficitaires résidentes et non résidentes .....	45
2.2.3 La décision GBL Energy à l'épreuve de la jurisprudence communautaire contemporaine .....	47
A. Période de référence pour la caractérisation d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux .....	47
B. Conséquences sur la compatibilité avec le droit de l'Union européenne du désavantage de trésorerie .....	48
C. Caractère inédit de la mise en exergue d'une différence d'assiette entre résidents et non-résidents .....	49
2.2.4 Le sort des retenues à la source mises à la charge des sociétés déficitaires non résidentes : un tiens ne vaut pas mieux que deux tu l'auras pour la Cour de justice de l'Union européenne .....	51
A. Questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat .....	51
B. Alternatives s'étant posées à la Cour de justice de l'Union européenne .....	52
a. Adoption ou rejet d'une approche pluri-exercices .....	52
b. Quelle conception de la comparabilité des situations retenir ? .....	53

c.	Caractère (dis)proportionné de la restriction à la liberté de circulation des capitaux .....	58
C.	Apport des conclusions de l’avocat général .....	59
D.	CJUE, 22 novembre 2018, aff. C-575/17, Sofina SA, Rebelco SA, Sidro SA : un régime français de retenue à la source condamnable et condamné .....	61
E.	Effets d’une telle décision sur le droit interne français .....	63
III.	Plafonnement des crédits d’impôt d’origine étrangère au travers de la règle du butoir... 65	
1.	Un détournement manifeste de la règle du butoir : une confusion pluridimensionnelle autour du caractère net d’un revenu .....	66
1.1	Sur le plan conventionnel : .....	66
1.1.1	Renvoi discutable au droit interne quant à la définition de la notion de « revenu » .....	66
A.	Un mouvement de balancier entre Code général des impôts et convention fiscale .....	66
B.	Critique de la prétendue insuffisance de la convention fiscale au bénéfice d’une application incidente de l’article 39 du Code général des impôts .....	68
1.1.2	Référence à la notion de revenu net des conventions fiscales internationales 69	
A.	Typologie des conventions fiscales internationales à l’aune de la règle du butoir : celles se référant à la notion de revenu net et celles ne s’y référant pas .....	69
B.	L’impérative lecture stricte des conventions fiscales internationales .....	71
1.2	Sur le plan interne : .....	72
1.2.1	Revenus et bénéfices .....	72
1.2.2	Revenu net de charges et revenu net de retenue à la source.....	74
2.	La fragilité de la position française au regard du droit de l’Union européenne : vers la nécessaire caractérisation d’une entrave à la liberté de circulation des capitaux.....	75
2.1	Asymétrie fonctionnelle des charges entre revenus domestiques et revenus transfrontaliers : existence d’une restriction à la liberté de circulation des capitaux.....	76
2.1.1	Le juge de l’impôt français entre approximation et précipitation .....	76

2.1.2	Le constat nécessaire de l'existence d'une restriction.....	77
A.	Une règle du butoir n'étant pas, par essence, contraire au droit de l'Union européenne.....	77
B.	Différences en cascade entre butoir sur crédit d'impôt français et butoir sur crédit d'impôt étranger : un traitement plus favorable des revenus mobiliers de source française.....	79
C.	Retenue à la source et charges à retenir pour la détermination de son assiette : éclairage européen.....	80
D.	Une jurisprudence communautaire centrée autour d'une effectivité pratique de la prise en compte des charges exposées pour donner lieu à une charge fiscale indifférente à la source du revenu .....	82
E.	Un impératif de prise en compte de la réalité des effets de la règle du butoir telle qu'interprétée par l'Administration fiscale française.....	84
2.2	L'impossible justification d'une telle restriction.....	86
2.2.1	Une invocation inopérante des jurisprudences <i>Kerkhaert &amp; Morrès</i> et <i>Baudinet</i> .....	87
2.2.2	La mise en exergue d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux par la jurisprudence pertinente de la Cour.....	88
2.3	Respect de l'obligation communautaire de neutralisation de l'imposition à la source	89
2.3.1	Un exercice du pouvoir d'imposer à la source un revenu net conditionné à l'élimination de la double imposition dudit revenu.....	90
2.3.2	Manifestations concrètes de cette obligation attendues en matière de crédits d'impôt étranger .....	91
	Conclusion.....	95
	Annexe 1 : Répartition des conventions fiscales selon la portée des clauses d'élimination des doubles impositions .....	96
	Bibliographie.....	98

## **I. Introduction : enjeux théoriques et pratiques de la double imposition**

### **1. Développement économique et rémanence fiscale : la nécessaire élimination de la double imposition**

Bien qu'une telle assertion puisse confiner au poncif, elle n'en demeure pas moins véridique : l'internationalisation perpétuelle et l'interdépendance croissante des économies mondiales ont entraîné un phénomène d'expansion des activités économiques transfrontalières, devenues omniprésentes sous l'impulsion des sociétés dites multinationales. Corrélativement, la fiscalité internationale des entreprises s'est développée dans la perspective d'accompagner une telle évolution au travers de l'aménagement d'une attribution économiquement fondée des droits d'imposer entre les États. Elle s'inscrit donc dans un mouvement d'accroissement de la sécurité juridique des opérations conduites par les contribuables et de raréfaction des conflits entre Administrations fiscales grâce à l'élimination des doubles impositions subsistantes, notamment au travers de l'outil conventionnel.

Ce processus d'internationalisation a subi récemment une accélération d'envergure sous l'effet de l'augmentation de la complexité des opérations et de la structure même des multinationales. Ces dernières se voient en conséquence confrontées à une grande variété de systèmes fiscaux. Parallèlement, dans un contexte budgétaire délicat, différents États ont vu leur faculté d'imposition des transactions internationales, notamment intragroupes, contestée dans ses modalités pratiques de mise en œuvre. A cela s'ajoutent (i) une problématique d'évitement des distorsions de concurrence entre des opérateurs économiques, ayant ou non la possibilité d'avoir recours à des stratégies d'exposition fiscale réfléchies et, (ii) un enjeu démocratique, dans la mesure où l'effectivité du principe d'égalité devant l'impôt fait partie intégrante du contrat social garantissant l'unité et le bon fonctionnement de nos sociétés contemporaines<sup>1</sup>.

Par principe, les entreprises désireuses d'étendre le champ territorial de leurs activités se doivent de définir une stratégie d'implantation répondant principalement à des considérations opérationnelles. Cependant, il leur incombe de tenir compte, dans l'élaboration de ladite

---

<sup>1</sup> E. Marcus, *Le projet de l'OCDE de lutte contre l'optimisation fiscale des multinationales – BEPS*, Revue française de finances publiques, 1<sup>er</sup> novembre 2015, n°132, page 233



stratégie, des contraintes juridiques, réglementaires, sociales et fiscales. Sur ce dernier point, la détermination de l'opportunité de la création d'une structure étrangère et des risques qu'elle emporte est notamment fonction de ses implications en termes d'impôts et constitue donc l'occasion de se livrer à des pratiques dites d'optimisation fiscale. Voisine de celle de *tax planning*, la notion d'optimisation fiscale renvoie à une pratique légale consistant à utiliser la norme afin de diminuer dans la plus large mesure le coût fiscal pesant sur une ou plusieurs opérations. La légitimité d'une telle ingéniosité fiscale repose principalement sur la réalité de transactions commerciales normales sous-jacentes. Par conséquent, la frontière ténue séparant l'illégitime du légitime, l'anormal du normal, apparaît comme étant source d'incertitudes, notamment en ce qui concerne l'utilisation des conventions fiscales.

Le motif principal animant alors la conclusion d'une convention fiscale réside dans la facilitation des échanges commerciaux internationaux et de l'investissement étranger grâce à l'élimination de l'obstacle que constitue, à titre principal, la double imposition juridique, aujourd'hui complétée de manifestations de la volonté des États contractants de ne plus limiter le rôle des conventions fiscales à une stricte élimination de la double imposition, dans la mesure où celles-ci doivent désormais ne plus contribuer à la création d'opportunités d'évasion fiscale ou d'évitement de l'impôt.

Dans la perspective d'une meilleure appréhension de l'enjeu entourant l'élimination de la double imposition, il est nécessaire de décomposer les étapes du processus de sa formation. Classiquement, l'État de la source va d'abord imposer le bénéfice dégagé par la filiale selon les règles de droit commun et prélève ensuite une autre imposition, généralement sous la forme d'une retenue à la source, sur la distribution de résultat, dont le redevable est la société récipiendaire en vertu de son droit interne. Par conséquent, en l'absence d'élimination de l'imposition dans l'État de la source, au travers, par exemple, d'une exonération de retenue à la source prévue à l'article 5 de la directive mère-fille<sup>2</sup> ou de l'application des libertés de circulation dont le contrôle est assuré par la Cour de justice de l'Union européenne, l'État de la source crée une double imposition économique domestique, c'est-à-dire l'imposition d'un unique revenu entre plusieurs mains (filiale puis mère), dont il lui appartient, sous les réserves susmentionnées, de décider si elle a vocation à persister ou non. Néanmoins, si l'État de résidence de la société mère, récipiendaire des revenus passifs, entreprend de les inclure dans

---

<sup>2</sup> Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents

la base imposable de celle-ci, naît de cette décision une double imposition juridique transfrontalière, le même flux de revenu étant successivement frappé d'une retenue à la source par le premier État puis imposé par l'État de résidence entre les seules mains de la société mère. Cette catégorie de double imposition tombe généralement sous le coup des articles 10, 11, 12 et 23 des conventions fiscales suivant le modèle de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques, dont la combinaison donne lieu à l'octroi d'un crédit d'impôt. De tels instruments n'envisagent pas le pendant économique de la double ou énième imposition, laissant donc au droit interne le soin d'instaurer ou non une neutralité parfaite de la circulation de revenus passifs. Par exemple, la directive mère-fille n'impose l'exonération qu'au titre d'une participation minimale d'au moins 10 %, traduisant une volonté politique.

## **2. Une neutralité plurielle : variété des conceptions de l'élimination de la double imposition juridique**

Il est communément admis que la fiscalité, appréhendée sous l'angle de la politique fiscale, ne doit pas conduire à altérer les décisions des acteurs économiques. Elle doit ainsi demeurer neutre. Néanmoins, cette neutralité n'étant pas vérifiée en pratique, diverses théories économiques, parfois divergentes, ont été développées pour tenter de l'instaurer à l'endroit des investissements étrangers. L'étude des différentes acceptions de la neutralité doit être conçue comme une mise en évidence de leurs conséquences respectives en matière d'impôt sur les sociétés. C'est là aussi l'occasion de mettre en exergue le fait que la théorie de la neutralité à l'export de capitaux ou CEN pour « Capital Export Neutrality », bien que transposable en principe par voie unilatérale, n'a pas vocation à s'insérer sous sa forme la plus pure dans le paysage de la fiscalité internationale, dans la mesure où une imposition immédiate et le recours à un crédit d'impôt de type avoir fiscal seraient nécessaires. Il en va de même pour les théories de la neutralité à l'import de capitaux ou CIN pour « Capital Import Neutrality » et de la neutralité à la propriété de capitaux ou CON pour « Capital Ownership Neutrality », dont le bon fonctionnement nécessite leur adoption globale.

A également été défendue la théorie selon laquelle il conviendrait d'instaurer une neutralité nationale, en ce que l'État de résidence d'un contribuable se devrait d'imposer tout revenu net perçu par ce dernier, indépendamment de l'existence d'une imposition préalable par l'État de la source. Ainsi, à rentabilité égale, sont favorisés les investissements nationaux,

contribuant à court terme à l'économie nationale mais dommageables sur le long terme si les États étrangers s'emploient à répondre à un tel protectionnisme.

Popularisée par Richard et Peggy Musgrave, l'ambition de la théorie de la neutralité à l'export de capitaux passe par l'effectivité de l'indifférence du système fiscal d'un État à la destination des investissements de ses propres résidents (domestiques comme étrangers). En imposant les revenus passifs d'un contribuable de manière identique, quelle que soit la source desdits revenus (État de résidence ou État étranger), les avantages fiscaux d'ordre géographique deviennent sans objet et la destination des investissements est strictement déterminée par des considérations opérationnelles et financières, et non plus fiscales. D'un point de vue économique, une telle théorie tend vers l'efficacité en ce qu'elle participe d'une meilleure répartition du capital à l'échelle globale en favorisant la recherche du revenu avant impôt le plus important, tout en reposant sur le postulat discutable d'un accès unique au capital entre sociétés nationales et sociétés étrangères. Par sa promotion d'une efficacité économique accrue, la théorie de la neutralité à l'export de capitaux est en outre indifférente à l'État qui taxera les revenus passifs du capital. Néanmoins, une telle politique fiscale présente des limites, en ce que son efficacité repose sur l'adoption d'un système d'imposition véritablement mondial. En présence d'une imposition par l'État de la source, ledit système d'imposition devra être complété par un crédit d'impôt strictement égal à l'impôt étranger, une immédiateté de l'imposition et ne pas proposer de possibilité d'en différer les effets. Néanmoins, en pratique, la plupart des systèmes fiscaux proposent des solutions de détermination différée de l'impôt et de limitation du crédit d'impôt étranger, conduisant à ce qu'il convient de considérer comme tant une neutralité défensive dans la mesure où est désavantagé l'investissement dans les États ayant une pression fiscale plus importante. En outre, il est permis de douter de l'adéquation de la méthode de la neutralité à l'export de capitaux en matière d'impôt sur les sociétés, eu égard à la potentielle mobilité d'un siège social et à la dissociabilité des résidences respectives de la société et de son actionnaire.

### **3. Instruments de garantie de la neutralité fiscale : crédit d'impôt contre exonération**

Cependant, afin de refléter les préoccupations des acteurs économiques, peut-être est-il plus exact de présenter la problématique naissant de la superposition de pouvoirs d'imposition distincts, fondés sur une souveraineté propre, sous l'angle économique. En effet, les distributions transfrontalières de revenus passifs (dividendes, redevances, intérêts

principalement) souffrent intrinsèquement de l'approche individuelle retenue par les États, consistant à faire des filiales de sociétés mères des sujets de droit fiscal à part entière. Par conséquent, le revenu généré par une filiale n'est généralement inclus dans l'assiette imposable de sa mère qu'au moment de sa remontée, sous forme de dividendes par exemple. Aucun État membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques ne dispose d'un système fiscal comprenant, par principe, les profits d'une filiale dans le revenu de sa mère. Ainsi, l'imposition par l'État de résidence de la société mère est conditionnée par un rapatriement du revenu créé dans l'État de la source, sous l'importante réserve des mécanismes destinés à contrer un tel état de fait, à l'image des mécanismes portant sur les sociétés étrangères contrôlées (« *controlled foreign company* » ou CFC). Dès lors, le fait générateur de l'imposition par l'État de résidence de la société mère des revenus passifs versés par sa filiale tenant dans leur distribution transfrontalière, l'exonération et l'octroi d'un crédit d'impôt égal à l'impôt étranger, en tant que techniques d'élimination de la double imposition semblent a priori présenter une efficacité comparable.

En effet, si, en théorie, la méthode de l'exemption a le mérite de la simplicité et engendre une charge administrative moindre, il n'en demeure pas moins qu'elle se révèle problématique en matière d'allocation des charges, n'aménage guère de possibilité de remontée de pertes vers l'État de résidence de la société mère et peut être détournée à des fins de planification fiscale. Quant à elle, la méthode du crédit s'inscrit en miroir de l'exemption, apportant des solutions aux inconvénients de cette dernière et montrant des faiblesses là où le crédit d'impôt est efficace. Cependant, la pratique révèle que ces deux méthodes présentent un niveau de risque similaire en matière de rémanence de la double imposition, s'avèrent relativement complexes et peuvent toutes deux être utilisées à des fins frauduleuses.

#### **4. Règle du butoir française : dichotomie entre élimination de la double imposition et imperméabilité aux différences avec les systèmes fiscaux concurrents**

De manière plus spécifique à la France, il convient de rappeler que l'article 209, 1 du Code général des impôts pose le principe de territorialité, articulé autour d'une absence d'imposition en France des bénéfices réalisés par des entreprises exploitées hors de France et combiné à une élimination de la double imposition d'ordre conventionnel, en l'absence de mécanisme interne unilatéral de crédit d'impôt, à l'aune du principe de subsidiarité des conventions fiscales bilatérales. Ledit caractère subsidiaire n'est relatif qu'à l'ordre d'examen du

droit applicable : il convient de déterminer si l'imposition est fondée en droit interne puis de vérifier si la convention fait obstacle au droit interne. Pour autant, la norme conventionnelle l'emporte sur le droit interne, mais dans un rapport qui est d'inapplicabilité et non d'incompatibilité<sup>3</sup>.

La méthode du crédit d'impôt relevant de la théorie de la neutralité à l'export de capitaux, il est prévu parallèlement son plafonnement afin de prévenir le cas où l'État de la source prélève une retenue à la source à un taux plus élevé que celui applicable en France, afin d'éviter le remboursement de l'imposition prélevée à la source excédentaire par rapport à l'impôt français. Cette règle du butoir se présente donc comme une réponse au potentiel différentiel de taux d'imposition entre les deux États, dans l'hypothèse où l'État de la source applique un taux d'imposition supérieur au taux d'imposition interne.

Ainsi, il est aisé de comprendre que les lacunes que présente la méthode du crédit d'impôt en tant que technique d'élimination de la double imposition peuvent être exacerbées par une interprétation allant à l'encontre de cet objectif ou par une combinaison avec la règle du butoir.

Dès lors, il apparaît nécessaire de déterminer dans quelle mesure les crédits d'impôt étranger remplissent leur fonction d'élimination de la double imposition en France, à l'aune d'une analyse critique des principaux obstacles rencontrés par les entreprises dans leur imputation.

Ainsi, sera dressé un panorama général des restrictions à l'imputation des crédits d'impôt conventionnels par les sociétés déficitaires (1.), puis une étude sera consacrée au détournement contemporain de la règle du butoir amenant au rétablissement de la double imposition (2.)

---

<sup>3</sup> CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider Electric

## **II. Impôt étranger et situation déficitaire : obstacles à l'élimination de la double imposition**

### **1. Flux de revenus passifs *inbound* : l'efficacité des instruments d'élimination de la double imposition malmenée par le juge de l'impôt et le législateur fiscal**

Afin de mieux appréhender les enjeux d'une pleine élimination de la double imposition lorsqu'une entreprise française reçoit des revenus étrangers, ou à tout le moins de son atténuation, il convient de préciser que le crédit d'impôt conventionnellement octroyé présente des caractéristiques favorisant le risque de tomber en non-valeur, au rang desquelles se démarque son caractère non restituable. En effet, il a été jugé par le Conseil d'État qu'il ne résulte pas des stipulations des conventions fiscales en litige ni d'aucune disposition ou d'aucun principe du droit national qu'un crédit d'impôt attaché à une retenue à la source acquittée à l'étranger puisse être restitué par la France au bénéficiaire des revenus lorsqu'il n'a pu faire l'objet d'aucune imputation<sup>4</sup>. Si cette analyse ne semble guère contestable sur le plan fiscal, elle n'en demeure pas moins critiquable si la problématique est étudiée au travers du prisme du droit civil, dans la mesure où (i) le crédit d'impôt apparaît comme une créance et (ii) l'analyse retenue par la Haute assemblée repose sur une confusion entre exigibilité et liquidité, seule cette dernière manquant à l'appel, faute d'impôt sur les sociétés avec lequel compenser le crédit d'impôt, ne remettant pas nécessairement en cause l'exigibilité de la créance.

Dès lors, il est impératif d'être particulièrement attentif à l'étendue de la possibilité de voir les effets du paiement de l'impôt étranger pleinement reconnus en France, afin de se rapprocher d'une pleine élimination de la double imposition. Ainsi, il convient d'examiner si la déductibilité de l'impôt étranger est entière (1.1 et 1.2), pour ensuite se pencher sur le régime de l'imputation des crédits d'impôt étranger (1.3).

---

<sup>4</sup> CE, 10e et 9e ch., 27 juin 2016, n° 388984 et 392534, SA Faurecia

## **1.1 Hier : une faculté de déduction en base à géométrie variable**

### **1.1.1 L'impôt étranger, une charge à défaut d'impôt à diminuer**

En application des dispositions de l'article 39, 1 du Code général des impôts, telles qu'elles pouvaient encore être lues récemment, le bénéfice net imposable en France doit être déterminé sous déduction de toutes charges, lesquelles comprennent, en principe, les impositions de toute nature que l'entreprise supporte, notamment dans un État étranger sur les revenus passifs issus dudit État.

Le 20 novembre 2002<sup>5</sup>, a été réglé le sort d'une société française qui effectuait des opérations en Italie sans y disposer d'un établissement stable. Elle défendait la thèse selon laquelle elle disposait d'une faculté de déduction de son résultat imposable en France d'une provision constituée par anticipation d'une confirmation de la nécessité de payer l'impôt sur le revenu des personnes morales mis à sa charge par l'Administration italienne, laquelle estimait, en sens opposé de la société et de l'Administration française, qu'il existait bien un tel établissement. Le Conseil d'État s'est livré au rappel et à la confirmation du principe en vertu duquel l'impôt mis en recouvrement par un État étranger au titre d'opérations réalisées sur son territoire mais imposables en France constitue, en l'absence de stipulation conventionnelle y faisant spécifiquement obstacle, une charge déductible du bénéfice soumis à l'impôt sur les sociétés. Une telle solution s'inscrit dans le droit respect de la lettre de l'article 39, 1, 4<sup>o</sup> du CGI, pris dans sa rédaction d'alors, dont il convient de rappeler qu'il aménageait, sauf exceptions, la déduction des « *impôts à la charge de l'entreprise, mis en recouvrement au cours de l'exercice* », tout en n'opérant pas de distinction selon leur nationalité.

Interrogée sur l'articulation du droit interne et du droit conventionnel, la Haute juridiction, a estimé qu'une entreprise pouvait, sur le fondement de la loi interne, déduire l'impôt acquitté à l'étranger au titre de telles opérations, tout en précisant que cette faculté de déduction ne pouvait être mise en œuvre dans l'hypothèse où les stipulations claires d'une convention fiscale s'y opposaient, celles-ci primant sur le droit interne.

---

<sup>5</sup> CE, 9e et 10e ss-sect., 20 nov. 2002, n°230530, SA Établissement Soulès et Cie

Dans une décision ancienne<sup>6</sup>, le Conseil d'État avait pu considérer, à propos de la convention franco-algérienne alors applicable au litige, qu'une société française ayant perçu des redevances de source algérienne pour la fourniture d'études techniques soumises à une retenue à la source en Algérie ne peut déduire l'impôt ainsi acquitté de ses charges françaises alors même que cet impôt n'a pu venir s'imputer sur l'impôt français en raison de sa situation déficitaire. La solution retenue par la Haute Assemblée s'est appuyée sur la lettre même de la convention fiscale en vertu de laquelle l'impôt acquitté en Algérie sur des revenus de source algérienne est imputé (i) sur l'impôt français et (ii) dans la limite de cet impôt. Pour exprimer sa volonté de voir la déduction de l'impôt étranger du résultat imposable refusée, il convient de remarquer que le Conseil d'État n'a pas fourni de motivation spécifique, amenant à constater que seule l'application des dispositions de la convention fiscale franco-algérienne a été amenée à fonder sa solution. Ainsi, ledit arrêt n'est pas de nature à éclairer les règles de droit interne au regard desquelles la Haute assemblée ne s'est nullement prononcée. Gageons qu'il en aurait nécessairement été différemment si la décision avait été rendue à l'aune du principe de subsidiarité des conventions fiscales bilatérales consacré solennellement ultérieurement<sup>7</sup>.

### **1.1.2 Limites jurisprudentielles à la déductibilité de l'impôt étranger : typologie des conventions fiscales**

#### **A. Conventions « Egis » : silencieuses sur la déductibilité de l'impôt étranger**

Le juge de l'impôt a également été amené à se pencher sur le cas de la société Egis, ayant perçu des redevances d'une filiale grecque qui ont subi un prélèvement à la source plafonné à 5 % de leur montant en application de la convention fiscale franco-grecque alors applicable. Lesdites redevances supportent concomitamment l'impôt grec et l'impôt français, à hauteur de leur montant brut. Au cas particulier, les stipulations de l'article 21 de ladite convention franco-grecque prévoyaient en faveur des sociétés résidentes de France dont les bénéficiaires sont soumis à l'impôt sur les sociétés l'octroi d'un crédit d'impôt correspondant au montant de l'impôt prélevé en Grèce sur des redevances en provenance de ce pays. Elles n'excluaient ainsi pas la possibilité pour une société assujettie en France, mais non redevable

---

<sup>6</sup> CE, 7e et 9e ss-sect., 11 juill. 1991, n° 57391, Sté française des techniques Lummus

<sup>7</sup> CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider Electric



de l'impôt sur les sociétés car présentant un résultat déficitaire, de déduire de son bénéfice les impôts acquittés en Grèce sur des redevances en provenance d'une filiale implantée dans ce pays.

La cour administrative d'appel<sup>8</sup>, constatant que la convention fiscale en jeu demeurait silencieuse sur la question de l'éventuelle déductibilité en France de l'impôt acquitté à l'étranger, a estimé que rien ne s'opposait à une telle déduction lorsque le crédit d'impôt ne peut être utilisé par la société bénéficiaire des revenus en raison de sa situation fiscale déficitaire, permettant à l'article 39 1, 4<sup>o</sup> dans son ancienne rédaction, de pleinement jouer.

### **B. Conventions « Céline » : vers une aggravation paradoxale de la situation du contribuable**

Accusant un déficit, la société Céline, résidente française, avait déduit de son résultat imposable les retenues à la source subies au Japon et en Italie, États de résidence de sociétés auxquelles avaient été concédées des licences d'exploitation, sources des redevances ayant servi de support auxdites retenues à la source. Corrélativement, l'Administration avait entendu rejeter la déduction de ces charges, en se fondant sur les dispositions des conventions fiscales liant la France aux deux États sources. Si ces dernières octroyaient un crédit d'impôt aux résidents français correspondant à l'impôt étranger prélevé sur les revenus passifs, elles prohibaient parallèlement la déduction de l'impôt étranger des revenus dudit résident français. D'un tel rejet de la déduction de ces retenues à la source, découlait, selon l'Administration, une réduction des déficits reportables à hauteur de leur réintégration. Synthétiquement, la position de la société reposait sur l'article 39, 1, 4<sup>o</sup> du Code général des impôts d'alors et sur le caractère erroné de l'application par l'Administration fiscale du principe de subsidiarité, en ce qu'elle conduit à élever les dispositions d'une convention fiscale au rang de siège d'une imposition qui n'était pas due en vertu de la loi interne.

Dans sa décision en date du 12 mars 2014<sup>9</sup>, le Conseil d'État, n'adhérant pas à l'argumentaire développé par la requérante, a au contraire considéré qu'une retenue à la source frappant des revenus de source étrangère ne saurait participer à l'augmentation à due

---

<sup>8</sup> CAA Versailles, 3e ch., 18 juill. 2013, n° 12VE00572, min. c/ Sté Egis SA

<sup>9</sup> CE, 9e et 10e ss-sect., 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline

concurrence des déficits de l'entreprise française destinataire desdits revenus quand les stipulations claires d'une convention fiscale écartent expressément toute faculté de déduction de l'impôt étranger du bénéfice imposable en France.

Par voie de conséquence, la prohibition faite par la convention fiscale internationale à toute entreprise française déficitaire de déduire l'impôt étranger de sa base imposable, en dépit de l'autorisation en ce sens contenue au sein de l'article 39, 1, 4° du Code général des impôts, combinée à l'impossibilité de reporter le crédit d'impôt attaché aux revenus de source étrangère, conduit le crédit d'impôt conventionnel à tomber en non-valeur et crée *in fine*, par l'effet d'une réduction du déficit reportable, une double imposition différée. Dès lors, la présence d'une convention fiscale, malgré son objet d'élimination de la double imposition, expose paradoxalement le résident français à une « double peine » de paiement de l'impôt dans l'Etat de la source et d'imperméabilité de son résultat imposable en France à un tel paiement, là où la retenue à la source aurait pu être déduite en l'absence de convention fiscale sur le terrain du droit interne ou, à tout le moins, en présence d'une convention plus clémente par son silence sur ce point de la déductibilité.

Il convient de remarquer, qu'en matière de technique d'interprétation des conventions fiscales internationales, l'arrêt est remarquable en ce qu'il est venu redéfinir le principe de subsidiarité, tel qu'affirmé dans l'arrêt *Schneider Electric*, en introduisant un régime dérogatoire quant à la déduction des impôts étrangers, exception telle qu'elle réduit considérablement la portée dudit principe. En effet, est affirmé dans la décision Céline que :

*« si une convention bilatérale conclue en vue d'éviter les doubles impositions ne peut pas, par elle-même, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition et si, par suite, il incombe au juge de l'impôt, lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à une telle convention, de se placer d'abord au regard de la loi fiscale nationale pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie avant de déterminer si cette convention fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale, il appartient néanmoins au juge, après avoir constaté que les impositions qu'une entreprise a supportées dans un autre État du fait des opérations qu'elle y a réalisées seraient normalement déductibles de son bénéfice imposable en France en vertu de la loi fiscale nationale, de faire application, pour la détermination de l'assiette de l'impôt dû par cette entreprise, des stipulations claires d'une convention excluant la*

*possibilité de déduire l'impôt acquitté dans cet autre État d'un bénéfice imposable en France ».*

Le recours à la locution adverbiale « *néanmoins* » témoigne de la volonté du Conseil d'État d'élever au rang d'exception au principe de subsidiarité des conventions fiscales bilatérales la déduction des impôts étrangers. La réduction de la portée de ce principe tend à n'en faire, outre sa fonction d'aiguillage au sein des catégories cédulaires conventionnelles, qu'une prescription chronologique dans l'examen du droit applicable au stade de l'articulation entre droit interne et convention fiscale internationale. En effet, d'après la conception ainsi retenue de la subsidiarité par le Conseil d'État, l'impossibilité de déduire l'impôt étranger demeure indifférente à la circonstance « *que la convention prévoirait par ailleurs un mécanisme de crédit d'impôt imputable sur l'impôt français, dont cette entreprise ne serait pas en mesure de bénéficier du fait de sa situation déficitaire au cours de l'année en cause, dès lors que la convention interdit la déduction en toutes circonstances* ». Dans la présente espèce, la Haute assemblée scellera le sort de la société Céline en affirmant que « *dès lors qu'il résulte des termes mêmes de ces stipulations qu'elles excluent la possibilité de déduire l'impôt acquitté en Italie ou au Japon des revenus imposables en France, sans réserver le cas où le contribuable, résident de France, ne pourrait bénéficier, en raison de sa situation déficitaire, de l'imputation du crédit d'impôt correspondant à l'impôt acquitté à l'étranger, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'il résultait de ces stipulations que les États contractants avaient entendu explicitement exclure la possibilité de déduire du résultat imposable en France les impôts acquittés en Italie et au Japon* ».

Cette solution illustre donc le choix du Conseil d'Etat d'emprunter la voie de la théorie de l'acte clair, au travers d'une lecture littérale des provisions conventionnelles. Cette solution s'oppose ainsi au développement d'une démarche constructive ayant consisté en une neutralisation de la prohibition conventionnelle de toute déductibilité prenant appui sur une approche téléologique axée sur l'objet même des conventions fiscales, à savoir l'élimination des doubles impositions.

### **C. Conventions « LVMH » : une imposition dans l'État de résidence des revenus passifs pour leur « montant brut » assortie d'un crédit d'impôt étranger**

L'espèce LVMH, factuellement proche de l'affaire Céline, est issue de la perception de redevances de licences en provenance des États-Unis, d'Italie, du Japon, de République de Corée, du Mexique, de Nouvelle-Zélande et de Chine par la société Givenchy, parallèlement à l'intégration LVMH. Accusant un déficit, l'entreprise française a majoré sa quotité de déficits reportables à hauteur des retenues à la source prélevées sur lesdites redevances par les différents États sources au travers de la faculté offerte en ce sens par l'article 39, 1, 4° du Code général des impôts d'alors. Consécutivement à une vérification de comptabilité, l'Administration a entendu procéder à la réintégration desdites charges d'impôt étranger à ses résultats.

En présence d'un type de convention dont le juge de l'impôt n'avait pas encore eu à connaître, le Conseil d'État a finalement été interrogé sur la question de savoir si les stipulations d'une convention fiscale prévoyant une imposition des revenus pour leur montant brut assortie d'un crédit d'impôt étranger devaient être lues comme prohibant la déduction de l'impôt étranger car suffisamment claires en ce sens. En effet, non-déductibilité de l'impôt étranger et imposition en France du revenu étranger pour son montant brut pouvaient être considérées comme étant équivalentes.

De manière habile, le Conseil d'État emprunte le même raisonnement que dans l'affaire Céline, en allant même jusqu'à reprendre le considérant de principe dudit arrêt, pour refaire application de la théorie de l'acte clair en estimant que :

*« les stipulations des conventions fiscales [...] selon lesquelles les revenus provenant de Chine et de Nouvelle-Zélande sont imposables en France pour leur montant brut, n'excluent pas expressément qu'une société résidente de France déduise de son bénéfice imposable d'un exercice la retenue à la source supportée sur des redevances dans ces deux États au cours de ce même exercice dans le cas où cette société ne peut, en raison de sa situation déficitaire, imputer le crédit d'impôt conventionnel correspondant à l'impôt acquitté à l'étranger. Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les stipulations de ces deux conventions fiscales ne faisaient pas obstacle à l'application des dispositions du 4° du 1 de l'article 39 du code général des impôts. »*

Par conséquent, la même stricte lecture de la lettre des conventions fiscales qui avait prévalu dans l'affaire Céline donne ici lieu à une application pleine et entière du droit interne, et ce, afin de ne pas faire de ladite convention l'instrument d'une aggravation de la situation du contribuable, dans la mesure où la prescription conventionnelle de l'imposition pour un montant brut ne saurait être interprétée que comme une règle d'assiette préalable au calcul du crédit d'impôt et non pas comme une interdiction de la déductibilité de l'impôt étranger. En outre, la référence au montant brut des revenus ne semble pas viser expressément et à titre exclusif les charges correspondant à l'impôt étranger. S'il convient de se féliciter de la restriction de la rigueur de la solution Céline aux seules conventions prohibant expressément toute déductibilité, peut-être est-il nécessaire de souligner que l'adoption d'un raisonnement fondé sur le principe de subsidiarité tel qu'affirmé dans l'arrêt *Schneider Electric* aurait probablement permis l'économie de cette saga jurisprudentielle en ce qu'il n'aurait prescrit qu'une simple application du droit interne, en ne commandant pas de recours à la convention fiscale.

A titre subsidiaire, il apparaît comme utile de préciser que la société requérante s'était également prévalu du droit de l'Union européenne à l'appui de sa contestation à l'endroit de la retenue à la source italienne en se fondant sur les enseignements de la décision *Gist Brocades International BV*<sup>10</sup>. Il convient de rappeler qu'en l'absence de mesures d'unification ou d'harmonisation communautaire visant à éliminer les doubles impositions, il ne saurait se dégager de différence de traitement entre résidents de deux États membres constitutive d'une discrimination née de la répartition du pouvoir d'imposition décidée par lesdits États au travers d'une convention bilatérale les unissant. Cependant, le droit de l'Union européenne ne pouvant être méconnu dans la répartition du pouvoir d'imposition au travers de la conclusion d'une convention fiscale, il a été jugé que :

*« à cet égard, le respect du principe de non-discrimination implique que l'octroi, dans l'exercice de ce pouvoir d'imposition, d'un avantage qui serait détachable du reste de la convention puisse être revendiqué par un résident d'un État membre n'ayant pas la qualité d'État partie à la convention. ».*

A l'aune de cette jurisprudence, la requérante invitait le Conseil d'État à déterminer si la non-déductibilité de l'impôt étranger était synonyme d'une entrave aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux si l'on venait à considérer qu'il s'agissait là d'un

---

<sup>10</sup> CE, 3e et 8e ss-sect., 12 mai 2015, n° 366398, Sté Gist Brocades International BV

avantage détachable de la convention fiscale internationale conclue avec un État membre. Dans ses conclusions sous arrêt LVMH, le rapporteur public considère qu'une clause, contenue dans l'article sur l'évitement des doubles impositions, indiquant que « *l'impôt acquitté dans un État sur des revenus y trouvant leur source et pour lesquels le pouvoir d'imposer est partagé n'est pas détachable du reste de la convention* », au motif qu'elle participe « *de l'équilibre voulu par les parties s'agissant de la répartition du droit d'imposer et des modalités d'élimination ou de subsistance des doubles impositions entre les deux États* ». Peut-être est-il néanmoins souhaitable de privilégier une lecture articulée autour de la distinction à opérer entre clauses de répartition du pouvoir d'imposition et clauses relatives à l'élimination de la double imposition, à la lumière de l'arrêt *Sté Gist Brocades International BV*. En effet, il est possible de voir dans les clauses conventionnelles cédulaires, répartissant le droit d'imposer entre État de la source qui jouit d'une faculté d'imposition résiduelle au travers d'une retenue à la source et État de résidence qui se voit attribuer l'essentiel de la matière imposable que représente le revenu passif, la mise en œuvre d'une dynamique de répartition du pouvoir d'imposer entre États cocontractants. A l'aune de la combinaison du partage dudit pouvoir d'imposer et de l'obligation corrélative d'élimination de la double imposition en résultant, les clauses traitant spécifiquement de l'élimination de la double imposition vont subséquentement déterminer les modalités de l'« *exercice du pouvoir d'imposition* » incombant à l'État de résidence, conformément à la formule de l'arrêt. Quant à la critique tirée par le rapporteur public de la modification de l'équilibre conventionnel arrêté par les parties que générerait la caractérisation d'un avantage détachable du reste de la convention, il convient de considérer que le fait que l'État de la source voit sa situation sauvegardée tend à laisser penser que l'équilibre soutenant la convention fiscale n'en est pas altéré. Dès lors, l'extension de l'avantage détachable conventionnel, grâce au droit de l'Union européenne, aux entreprises françaises déficitaires souffrant des conséquences de l'application d'une convention fiscale contraignante, notamment de type *Céline*, par rapport à d'autres sociétés déficitaires bénéficiant d'une convention fiscale plus avantageuse apparaissait comme tant largement souhaitable que possible. La question restera cependant en suspens car non réellement traitée dans l'arrêt LVMH au motif que « *la société n'invoquait aucun traitement différent qui serait appliqué à des situations objectivement comparables* ».

A l'issue de l'arrêt LVMH, le droit positif pouvait donc être présenté au travers de la typologie suivante :

Absence de convention fiscale	Présence d'une convention fiscale :		
	- excluant expressément la déductibilité de l'impôt étranger	- silencieuse sur la déductibilité de l'impôt étranger	- silencieuse sur la déductibilité, mais permettant une imposition des revenus étrangers en France « pour leur montant brut »
Absence de crédit d'impôt correspondant à l'impôt étranger remplacée par une déductibilité de l'impôt étranger grâce au droit interne	Non-déductibilité de l'impôt étranger : CE, 9e et 10e ss-sect., 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline	Déductibilité de l'impôt étranger : CAA Versailles, 3e ch., 18 juill. 2013, n° 12VE00572, Sté Egis SA	Déductibilité de l'impôt étranger : CE, 9e et 10e ch., 7 juin 2017, n° 386579, Sté LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton

De la lecture des données présentées ci-dessus et en annexe 1, il appert qu'une inégalité de traitement existait entre des contribuables placés en France dans des situations analogues, consécutivement à des variations rédactionnelles des conventions fiscales issues de la variabilité des époques de conclusion ou des habitudes des États parties et *a fortiori* non pas d'une politique conventionnelle formalisée par la France sur la question précise de la déductibilité. Un tel état de fait appellera une réaction du législateur.

## **1.2 Aujourd'hui : illustration du pragmatisme budgétaire du législateur fiscal par le rétablissement de l'égalité devant les conventions fiscales au travers d'un nivellement par le bas**

### **1.2.1 Deuxième loi de finances rectificative pour 2017 : prohibition de la déduction des impôts prélevés par un État ou territoire conformément à la convention fiscale applicable**

Une fois arrêtée, la jurisprudence du Conseil d'État permettait au contribuable de se prévaloir de diverses hypothèses de déductibilité de l'impôt étranger suivant une classification subtile. Néanmoins, la réaction du législateur s'avérera en définitive pénalisante dans la simplification qu'elle opère. En effet, l'abolition de la taxonomie conventionnelle de l'article 14 de la deuxième loi de finances rectificative pour 2017 se traduit désormais par l'insertion au sein de l'article 39, 1, 4° d'un principe universel de non-déductibilité de l'impôt acquitté à l'étranger, quelle que soit la configuration conventionnelle en cause. La garantie d'une égalité de traitement entre contribuables face aux différentes rédactions des conventions fiscales, sources de distorsions économiques, d'incertitude et de complexité, sera présentée comme le motif justifiant une telle prohibition de la déductibilité de l'impôt étranger.

Par voie de conséquence, selon l'approche retenue (uni ou pluri-exercices), crée-t-on la double imposition ou cette dernière existe-t-elle seulement pour des entreprises déficitaires ? Une telle incertitude amène à s'interroger quant aux contours de la notion même de double imposition. A minima, il apparaît comme étant regrettable que le Code général des impôts contienne désormais une règle articulée autour de l'aggravation systématique de la situation du contribuable dès qu'il se trouve en présence d'une convention fiscale. Le législateur fait donc ici preuve d'un réalisme budgétaire certain, comme en témoigne le retrait d'un amendement tendant à introduire un report des crédits d'impôt étranger sur deux ans (AN, amendement n°523, B. Peyrol) en raison de son effet significatif sur les finances publiques (estimé à 150 millions par le Gouvernement). La poursuite du noble objectif de l'élimination ne semble plus au centre des préoccupations du législateur, au détriment des entreprises françaises.



## **1.2.2 Hypothèses résiduelles de déduction en base de l'impôt étranger**

Eu égard à la nouvelle rédaction de l'article 39, 1, 4° du Code général des impôts, il est nécessaire de déterminer dans quelles rares situations l'entreprise française demeure en capacité de déduire l'impôt étranger.

Dans la mesure où elle vise les « *impôts prélevés par un État ou territoire conformément aux stipulations d'une convention fiscale d'élimination des doubles impositions en matière d'impôt sur les revenus conclue par cet État ou territoire avec la France* », la modification législative n'a pas vocation à remettre en cause les enseignements de la jurisprudence Ets Soulès, assurant la déductibilité de l'impôt prélevé en contradiction avec la convention fiscale, malgré une interdiction expresse et totale conventionnelle ou à un taux supérieur à celui fixé par la convention.

Les deux autres hypothèses résiduelles de déductibilité apparaissent marginales en ce qu'elles se limitent aux impôts non visés par la convention fiscale et à l'absence même de convention liant la France à l'État ou territoire prélevant l'impôt.

## **1.3 Modalités d'imputabilité du crédit d'impôt étranger sur l'impôt français**

Si la saga jurisprudentielle achevée par l'arrêt « LVMH » et la réforme législative subséquente ont permis de délimiter les contours de la déductibilité en base de l'impôt étranger, quid d'une faculté d'imputation sur une base allant au-delà du seul impôt correspondant au revenu support du crédit d'impôt ? En effet, en ce qui concerne l'imposition du résultat dégagé lors de l'exercice de perception des revenus passifs, la problématique de la cible d'imputation du crédit d'impôt conventionnel est bidimensionnelle : si l'imputation doit naturellement se faire sur l'impôt sur les sociétés, reste à déterminer, d'une part, si elle peut se faire sur n'importe quelle quotité d'impôt, indépendamment du taux applicable, et d'autre part, si une telle imputation peut se faire, en tout ou partie, par voie de report sur les exercices ultérieurs à celui au titre duquel ont été perçus les revenus passifs en cause et où l'imputation s'est alors révélée impossible, faute d'impôt.

Un tel questionnement revêt une acuité particulière dans la situation classique où une entreprise française déficitaire ou insuffisamment bénéficiaire reçoit des revenus passifs

étrangers ayant fait l'objet d'une retenue à la source prélevée par l'État d'origine desdits revenus et ouvrant droit à un crédit d'impôt en France conformément aux dispositions conventionnelles. En présence d'une quotité exigible d'impôt sur les sociétés au taux normal dû au titre de l'exercice de perception des revenus passifs nulle ou insuffisante, il convient d'explorer l'étendue d'une éventuelle possibilité d'imputation du crédit d'impôt étranger sur une fraction d'impôt sur les sociétés déterminée à taux réduit (1.4.1), voire de report des reliquats de celui-ci sur les exercices postérieurs bénéficiaires (1.4.2).

### **1.3.1 Fin de la tunnelisation des crédits d'impôt étranger : une avancée pour les sociétés « déficitaires » au travers du prisme de l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun**

#### **A. Hier : une impossible dissociation du revenu et son crédit d'impôt**

En l'absence de norme de rang supérieur désignant explicitement la cible d'imputation d'un crédit d'impôt étranger, il a incombé au juge de l'impôt de déterminer s'il était loisible ou non aux entreprises françaises d'imputer un crédit d'impôt sur une quotité d'impôt déterminé selon un taux distinct du taux de droit commun.

Très tôt, le Conseil d'État s'est prononcé en faveur d'une tunnelisation des crédits d'impôt, adoptant une conception fragmentée de l'impôt sur les sociétés en ce qu'elle conduit à une segmentation de celui-ci selon les taux applicables. Ainsi, dans une espèce mettant en jeu des redevances perçues en rémunération de concessions de licences d'exploitation de brevets par une entreprise française en provenance de plusieurs États, la Haute assemblée, s'appuyant sur le fait que de tels revenus relèvent du régime interne des plus-values à long terme prévoyant une imposition au taux de 10% tandis que le taux de droit de droit commun s'élevait alors à 50%, a considéré que l'objet d'élimination des doubles impositions des conventions fiscales internationales devait s'interpréter comme ordonnant une imputation du crédit d'impôt sur l'impôt français lié au revenu en cause et que, par suite, le revenu n'ayant pas été retenu pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés au taux de 50%, le crédit d'impôt y afférent ne peut s'imputer sur l'impôt calculé audit taux<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> CE, 7e et 9e ss-sect., 19 mars 1980, n° 10708, Sieur X

Une telle solution fera l'objet d'une réitération postérieure, ne permettant guère au contribuable de douter sérieusement de la solidité de la position du Conseil d'État<sup>12</sup>. En effet, dans une affaire présentant des faits inverses à ceux de 1980 dans la mesure où la requérante demandait l'imputation d'un crédit d'impôt lié à des revenus imposés au taux de droit commun sur un impôt établi à un taux réduit, celle-ci se prévalait notamment de la faculté offerte par la doctrine administrative qui permettait une telle opération à l'égard des crédits d'impôt français, revendiquant corrélativement l'extension du bénéfice d'une telle souplesse aux crédits d'impôt étranger au travers d'un recours pour excès de pouvoir. Là où il avait été fait référence en 1980 à l'article 39 quindecies du Code général des impôts, le Conseil d'État réaffirmera le principe de la tunnelisation mais sur un fondement différent, en affirmant :

*« qu'il résulte des termes mêmes de l'article 220 du code général des impôts que l'imputation qu'il prévoit ne peut s'opérer que sur la fraction de l'impôt sur les sociétés qui frappe les revenus qui y sont visés ; qu'ainsi, les dispositions de cet article ne permettent pas d'imputer sur le montant de l'impôt sur les sociétés au taux réduit l'excédent de crédit d'impôt qui n'aurait pu être imputé sur le montant de l'impôt sur les sociétés au taux normal auquel sont normalement soumis les revenus de capitaux mobiliers ; qu'il s'ensuit qu'en ne prévoyant pas la possibilité d'opérer une telle imputation en ce qui concerne les crédits d'impôt d'origine étrangère, le paragraphe n° 95 de la documentation de base 4-H-5411 n'est pas contraire à la loi ».*

En précisant qu'« il résulte des termes mêmes [...] », le Conseil d'État, par son usage de la théorie de l'acte clair et la réitération de la décision de 1980, semblait faire de la tunnelisation des crédits d'impôt conventionnels une solution si fermement ancrée qu'elle semblait immuable.

### **B. Aujourd'hui : une détunnelisation au nom de l'unité de l'impôt sur les sociétés**

Face à la ténacité des contribuables pénalisés par la règle prétorienne de la tunnelisation, la Haute assemblée s'est trouvée dans une situation où il lui a appartenu d'examiner une

---

<sup>12</sup> CE, 9e et 10e ss-sect., 29 oct. 2012, n° 337253, Sté Crédit agricole SA

nouvelle fois son bien fondée. Ainsi, au travers d'une nouvelle espèce, trois issues possibles se présentaient au juge de l'impôt :

- confirmer la solution retenue en 2012, à savoir considérer que l'expression « *fraction de l'impôt* » renvoie à un isolement de la part d'impôt liée au revenu auquel est attaché le crédit d'impôt pour ensuite y imputer ledit crédit ;
- revenir à la logique de 1980 où la combinaison de l'expression conventionnelle « *d'imputation sur cet impôt* » du crédit d'impôt et des règles d'assiette de droit interne tendant à cloisonner les résultats relevant d'une part, du taux normal et d'autre part, du taux réduit, conduit également à ventiler les crédits d'impôt selon l'inclusion des revenus auxquels ils correspondent dans une tranche de l'impôt sur les sociétés à taux normal ou réduit ;
- ou se reposer sur un principe d'unicité de l'impôt sur les sociétés pour faire rejouer au butoir sa fonction originelle afin de ne voir dans les prescriptions conventionnelles ou internes qu'un plafonnement du seul montant de l'impôt étranger, sans considération de taux.

Le 26 juin 2017<sup>13</sup>, de manière assez inattendue, le Conseil d'État choisira finalement d'opérer un revirement de jurisprudence en optant pour la troisième voie :

*« Il résulte de ces dispositions que l'imputation, selon les règles énoncées respectivement au a) et au b) du 1 de l'article 220 du code général des impôts, de l'impôt retenu à la source sur les revenus de source française et sur les revenus de source étrangère perçus au cours d'un exercice s'opère sur l'impôt sur les sociétés à la charge du bénéficiaire de ces revenus au titre de cet exercice, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que cet impôt est dû au taux normal ou au taux réduit. Par suite, en jugeant que l'imputation, dans la limite du montant du crédit d'impôt prévu par les conventions fiscales invoquées par la société requérante, visées ci-dessus, de la retenue à la source supportée dans leur pays d'origine par les revenus de source étrangère ne pouvait s'opérer que sur l'impôt sur les sociétés calculé au taux normal et que la fraction non imputée ne pouvait être déduite du montant de l'impôt sur les sociétés calculé au taux réduit auquel la société requérante a été assujettie au titre des exercices litigieux, la cour a commis une erreur de droit. »*

---

<sup>13</sup> CE, 9e et 10e ch., 26 juin 2017, n°386269, Sté Crédit agricole SA et CE, 9e et 10e ch., 26 juin 2017, n°406437, Sté BPCE

Face à une concision déconcertante eu égard à l'ampleur du revirement, l'éclairage apporté par les conclusions du rapporteur public se révèle nécessaire pour mettre en exergue le raisonnement qui a présidé à la présente solution. L'affirmation de l'existence d'une faculté offerte à toute entreprise française d'imputation d'un crédit d'impôt conventionnel sur un impôt sur les sociétés déterminé à un taux réduit a nécessité l'adhésion du juge de l'impôt à une réflexion à deux niveaux successifs.

En premier lieu, il a d'abord été nécessaire de vérifier que l'article 220 du Code général des impôts n'institue pas une tunnelisation et que les conventions fiscales en cause ne s'opposent pas à une telle absence. La lettre même dudit article désigne comme base d'imputation du crédit d'impôt étranger « *le montant de l'impôt à sa charge en vertu du présent chapitre* », dont il convient de rappeler qu'il s'intitule « *Impôt sur les bénéficiaires des sociétés et autres personnes morales* ». Dès lors, il convient de constater la prééminence de l'unicité de l'impôt découlant de la lecture des articles 205, introduisant le chapitre en question, et 38 du Code sur toute autre disposition, de moindre importance quant à la définition des caractères de l'impôt sur les sociétés, à l'image de 39 quinquies. En outre, l'expression « *fraction de l'impôt* » de l'article 220 du Code général des impôts ne doit s'entendre que comme une règle de plafonnement du montant de l'imputation et non pas comme une restriction quant à la nature de l'impôt à imputer. Sur le plan conventionnel, l'interprétation des termes doit se faire à l'aune du sens qu'il leur est donné en droit interne. Ainsi, tirant les conséquences de ce qui a été dit précédemment, le renvoi à une imputation du crédit conventionnel sur « l'impôt français » est nécessairement compris comme prescrivant une imputation sur l'impôt sur les sociétés, entendu comme un bloc unitaire, et non sur une assiette étanche isolée du fait d'une différence de taux. Par ailleurs, la limitation d'ordre conventionnelle du crédit d'impôt doit s'entendre, comme en droit interne, comme un plafonnement du quantum dudit crédit d'impôt et non comme une indication de la fraction de l'impôt sur les sociétés que l'imputation doit cibler. Cependant, si la règle de tunnelisation ne saurait trouver de fondement textuel, il existe une situation où l'imputation du crédit d'impôt peut néanmoins se heurter à des difficultés quant à la caractérisation d'une double imposition effective, dont l'élimination est l'objet des conventions fiscales, naissant là encore de la même compartimentation de l'impôt sur les sociétés.

En deuxième lieu, il convient de s'assurer de la survivance d'une telle possibilité d'imputation à l'endroit des sociétés situées dans une situation ambivalente : c'est-à-dire « déficitaires » si l'on s'en tient à l'assiette de l'impôt relevant du taux de droit commun, tout

en étant « bénéficiaires » pour ce qui est du résultat imposable au taux réduit. En effet, y a-t-il lieu de permettre l'imputation d'un crédit d'impôt si les revenus auxquels il est attaché ne sont pas inclus dans une fraction d'assiette donnant lieu à une imposition effective ? Tel est le cas si lesdits revenus passifs sont compensés par des charges de l'exercice ou des déficits d'origine antérieure, ne conduisant pas la société à supporter de charge d'impôt sur ce segment d'impôt sur les sociétés. En droit interne, l'indifférence à l'assiette et au taux étant actée, l'absence de condition d'effectivité de l'imposition des revenus supports du crédit d'impôt au sein de l'article 220 du Code général des impôts permet de constater l'absence d'obstacle d'ordre national. Sur le plan conventionnel, une dichotomie se forme entre, d'une part, les conventions visant un crédit d'impôt s'imputant « *sur l'impôt français* » (là aussi, pas de difficultés, comme en droit interne) et d'autre part, les conventions où le crédit d'impôt est imputé sur l'impôt français « *dans la base* » ou « *l'assiette duquel* » les revenus à l'origine du crédit d'impôt « *sont compris* ». L'inclusion des revenus passifs dans le résultat à partir duquel l'impôt dû par la société a été établi, conduisant donc à une minoration de l'importance du déficit reportable segmentaire, permet de considérer que les revenus ont été effectivement intégrés dans la base de l'impôt sur les sociétés de l'exercice de perception desdits revenus, en dépit de cotisation d'impôt effectivement due. Dès lors, le droit d'imputation du crédit d'impôt demeure effectif dans une telle configuration conventionnelle. Ainsi, ces sociétés peuvent légitimement employer un crédit d'impôt lié à des revenus de source étrangère afin de diminuer l'impôt établi à taux réduit.

Une fois l'obstacle intellectuel lié à l'imputation d'un impôt étranger né d'un revenu généré dans l'État de source sur l'impôt français établi sur un revenu de source parfaitement distincte dépassé, on ne peut que saluer cette décision, tant dans sa rationalité économique que dans sa dimension juridique, au travers d'une effectivité accrue de l'élimination de la double imposition et du respect de l'unicité de l'impôt sur les sociétés. Si l'exonération des plus-values sur titres de participation, entrée en vigueur postérieurement aux faits ayant donné lieu à la présente décision, tend à relativiser l'intérêt pratique d'une telle solution, la remise en cause de la tunnelisation élargit nécessairement le champ d'imputation des crédits d'impôt pour les sociétés présentant des positions distinctes quant aux résultats imposables segmentaires.

Afin de mieux apprécier le contexte dans lequel la décision a été rendue, il est nécessaire de rappeler que le non-respect du délai de trois mois à compter de la réception de la transmission par le Conseil d'État entraîne un renvoi automatique de la question prioritaire de

constitutionnalité au Conseil constitutionnel<sup>14</sup>. Ainsi, sommée de répondre sans délai, la Haute juridiction s'est vue contrainte d'apporter une solution aux deux litiges portés devant elles sans pouvoir se réunir en plénière fiscale, bien que l'importance des questions soulevées eût pu profiter avantageusement d'une solennité accrue.

En outre, des considérations de politique jurisprudentielle ont imposé aux chambres réunies de trouver un compromis, satisfaisant à la fois la nécessité de régler le sort de la tunnelisation tout en mitigeant le risque d'une intervention du Conseil constitutionnel. En effet, d'une part, peut-être était-il souhaitable pour le juge de l'impôt de ne pas voir proclamée l'inconstitutionnalité que portait en germe sa lignée jurisprudentielle, tenant en une affirmation de l'existence d'une telle tunnelisation, ou, peut-être pire pour les entreprises déficitaires, de courir le risque de voir l'interprétation discutable de l'article 220 du Code général des impôts confirmée par le Conseil constitutionnel, une telle décision pouvant constituer un obstacle non négligeable à tout revirement de jurisprudence futur. D'autre part, dans l'hypothèse où le Conseil d'État aurait été amené à considérer comme inopportun de procéder à une inflexion de sa jurisprudence, le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité se serait imposé, eu égard à l'importance des contraintes que la règle de tunnelisation, combinée à celle de non-report sur des exercices ultérieurs, fait peser sur le contribuable en situation déficitaire. Ainsi, la Haute juridiction a judicieusement choisi de faire usage de son pouvoir de cassation afin que soit proclamé en amont le caractère erroné de la jurisprudence prévalant jusqu'alors.

Néanmoins, pour les sociétés déficitaires sur tous les plans (i.e. quel que soit le compartiment d'impôt sur les sociétés considéré), seule une faculté de report jusqu'à ce que la société redevienne bénéficiaire, à l'instar des déficits reportables, permettrait de préserver un droit d'imputation du crédit d'impôt acquis et de ne pas voir celui-ci tomber en non-valeur.

### **1.3.2 Le refus d'un report en avant des crédits d'impôt étranger : la permanence d'un obstacle pour les sociétés « déficitaires » au travers du prisme de l'impôt sur les sociétés *lato sensu***

De manière unilatérale, l'Administration fiscale avait développé une pratique tendant à refuser tout report de reliquats de crédits d'impôt étranger, de l'exercice d'acquisition dudit

---

<sup>14</sup>Article 23-7 de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009

crédit jusqu'à un éventuel exercice où il aurait pu être utilement imputé, au nom du principe d'annualité de l'impôt.

Une telle situation s'avérait éminemment problématique dans la mesure où le juge de l'impôt ne voyait pas dans ces crédits conventionnels des créances restituables par le Trésor<sup>15</sup> et n'avait pas eu encore l'occasion de prendre clairement position, la jurisprudence antérieure (plus particulièrement la décision Sieur X de 1980) pouvant même être interprétée comme allant dans le sens d'une telle interdiction.

### **A. L'infructueux recours au droit constitutionnel quant à la reconnaissance d'une faculté de report des crédits d'impôt conventionnels**

#### **a. Une transmission prudente de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel**

Au-delà de la simple question de la tunnelisation des crédits d'impôt conventionnels sur la seule fraction d'impôt sur les sociétés dû en France et du pourvoi y afférent dont les conséquences ont été précédemment exposées, la société BPCE avait formé un pourvoi se singularisant par l'adjonction d'une question prioritaire de constitutionnalité embrassant les a) et b) du 1 de l'article 220 du Code général des impôts. La société BPCE arguait de l'incompétence négative dont sont entachées lesdites dispositions née de la méconnaissance des principes d'égalité, d'une part, devant la loi et, d'autre part, devant les charges publiques et du droit de propriété trouvant sa protection dans les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, à défaut de permettre le report sur les exercices ultérieurs du crédit d'impôt conventionnel ou d'une fraction de celui-ci non imputé sur l'impôt sur les sociétés dû au titre de l'exercice de perception du revenu support dudit crédit d'impôt.

De prime abord, en l'absence de jurisprudence formellement établie, bien qu'il soit possible de voir dans les arrêts du 19 mars 1980 Sieur X et du 10 juillet 1991 Société française des techniques Lummus des éléments en faveur d'une thèse de non-report d'un exercice à l'autre des reliquats de crédits d'impôt conventionnels, et face au mutisme des conventions

---

<sup>15</sup> CE, 27 juin 2006, n°388984 et n°392534, Faurecia



fiscales quant aux modalités d'imputation de tels crédits dans le temps, les conditions semblaient favorables à une évolution de la règle de non-report.

En effet, le Conseil d'État était placé dans une situation où il lui était loisible de céder à l'invitation d'Edouard Crépey contenue dans ses conclusions sous la décision Faurecia, celui-ci indiquant que :

*« à la lumière de l'importance récemment prise, dans l'interprétation des conventions fiscales, conformément aux principes généraux du droit des traités, par le critère de leur objet et de leur but, un réexamen de la question apparaît légitime. Contrairement en effet au droit à restitution en numéraire, qui exigerait une stipulation expresse venant compléter la règle, toute différente, de l'imputation, il y a place pour la discussion sur le point de savoir si le report du crédit d'impôt sur un exercice excédentaire serait, ou non, compatible avec la lettre de clauses qui tendent à l'élimination des doubles impositions par un mécanisme d'imputation qui ne précise pas ses modalités d'application dans le temps ».*

Néanmoins, la lecture des conclusions du rapporteur public apporte un éclaircissement sur les raisons ayant conduit le Conseil d'État à se montrer prudent dans son examen de la question prioritaire de constitutionnalité de la société BPCE. En premier lieu, il semblerait que le principe d'annualité de l'impôt, au-delà de sa seule valeur, ait guidé le législateur dans l'édiction des modalités d'utilisation de crédits d'impôt. En effet, lorsqu'une faculté de report est prévue, celle-ci fait l'objet de précisions expresses allant en ce sens, comme l'illustrent le renvoi de l'article 220 B du Code général des impôts à 199 ter B du même code en matière d'imputation du crédit d'impôt recherche ou celui opéré par l'article 220 D à 199 ter D en ce qui concerne le crédit d'impôt pour investissement en Corse. Dès lors, y voyant peut-être une dérogation audit principe d'annualité, le soin pris par le législateur de préciser l'existence d'un report des crédits d'impôt plaide en faveur du caractère exceptionnel d'une telle possibilité. Ainsi, le silence du législateur en ce qui concerne les crédits d'impôt étranger ne laissait guère de place à une interprétation neutralisante du Conseil d'État.

Si la question de la satisfaction du caractère sérieux de la question de la requérante n'appelle pas de commentaire tant elle est manifeste, le renvoi de ladite question a posé plusieurs difficultés.

D'abord, si la critique de la société requérante englobait les a) et b) du 1 de l'article 220 du Code général des impôts, le Conseil d'État s'est trouvé dans une situation assez inconfortable dans la mesure où le caractère législatif du b) n'était guère établi. Au mieux pouvait-on faire appel, de façon peu convaincante, à la ratification par le Parlement, par une loi 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014 de l'ordonnance 2013-837 du 19 septembre 2009, en ce qu'elle a soumis au régime posé par l'article 220 du Code général des impôts la retenue à la source prévue à l'article 1678 bis du Code général des impôts de Mayotte.

En outre, se posait le problème de l'identification du siège de la règle de non-report des crédits conventionnels d'un exercice à l'autre au sein même de l'article 220 du Code général des impôts eu égard à la jurisprudence rendue par la Haute juridiction à son visa. En effet, le Conseil d'État, dans une décision de plénière fiscale *min c/ SA Crédit Industriel et commercial Alsace-Lorraine* du 7 décembre 2015<sup>16</sup>, avait considéré que le b) du 1. valait tant pour le calcul que pour l'imputation des crédits d'impôt étranger. Dès lors, à l'instar du rapporteur public, il semblait naturel de voir sa conviction emportée par une lecture a contrario restreignant le champ du a) du 1. aux seuls crédits d'impôt internes, et donc de ne renvoyer au Conseil constitutionnel que la question de la constitutionnalité du b), pris isolément, celui-ci devant nécessairement contenir la règle de tunnelisation des crédits d'impôt étranger en son sein.

Cependant, de façon quelque peu surprenante, la formation de jugement a retenu une analyse contraire, en décidant de ne faire porter l'examen de constitutionnalité que sur le seul a) du 1 de l'article 220 du Code général des impôts. Peut-être est-il possible de subodorer que le Conseil d'État a choisi de dépasser la difficulté que constituait la vérification de l'effectivité du caractère législatif du b) en prenant appui sur le fait que, cette dernière disposition ne posant qu'une règle de butoir à l'égard des crédits d'impôt étranger, la prohibition du report de tels crédits ne pouvait que se trouver dans le a).

---

<sup>16</sup> CE, plén. fisc., 7 déc. 2015, n°357189, *min c/ SA Crédit Industriel et commercial Alsace-Lorraine* du 7 décembre 2015

**b. Décision du 28 septembre 2017 n° 2017-654 QPC, Sté BPCE : une conformité de principe de l'impossibilité de reporter en avant les crédits d'impôt étranger pour une société française déficitaire en présence d'une convention fiscale de type « Céline »**

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a entériné l'analyse retenue par le Conseil d'État en se bornant à examiner la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du seul premier alinéa du a) du 1. de l'article 220 du Code général des impôts, siège d'une règle d'imputation, en se refusant à étendre son examen au deuxième alinéa, celui-ci posant la règle de butoir régissant les crédits d'impôt d'origine française. Par voie de conséquence, il convient de remarquer que la combinaison des différentes jurisprudences permet de dessiner avec précision le champ de chacune des dispositions de l'article 220 du Code général des impôts :

- le premier alinéa du a) du 1 de l'article 220 gouverne l'imputation des crédits d'impôt tant d'origine française que d'origine étrangère ;
- le deuxième alinéa du a) et le b) du 1. du même article ont vocation à définir les modalités de détermination du butoir applicable, respectivement, aux crédits d'impôt d'origine française et crédits d'impôt d'origine étrangère.

A l'appui de sa contestation, la société requérante avait soulevé de multiples griefs à l'encontre de la règle de non-report des crédits d'impôt conventionnels. Au-delà des seules raisons ayant conduites le Conseil d'État à y voir des motifs de contestations sérieux, il convient d'examiner les réponses apportées par le Conseil constitutionnel.

**i. Absence manifeste d'atteinte au droit de propriété**

La requérante invoquait l'incompétence négative tirée de la méconnaissance par les dispositions en cause de son droit de propriété au travers de la privation du contribuable de la créance qu'il détiendrait sur l'État. S'inspirant de la décision Faurecia du Conseil d'État, consacrant le caractère non restituable des crédits d'impôt étranger, le Conseil constitutionnel a repris à son compte les arguments alors développés en considérant, au regard des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, que :

*« Ni la retenue à la source de l'impôt sur le revenu prélevée sur les produits reçus en France, ni le crédit d'impôt dont la retenue à la source à l'étranger peut être assortie ne constituent un acompte sur le paiement au Trésor de l'impôt sur les sociétés. Par conséquent, ni l'un ni l'autre n'ont le caractère d'une créance restituable. Le grief tiré de la méconnaissance du droit de propriété est donc inopérant. »*

## **ii. Le non-report à l'épreuve du principe d'égalité**

- **Égalité devant la loi : une absence de censure attendue**

La société requérante soutenait, là encore au travers du prisme de l'incompétence négative, que ces dispositions, telles qu'interprétées par le Conseil d'État, interdisent d'imputer un crédit d'impôt conventionnel sur l'impôt sur les sociétés dû au titre d'un exercice distinct de celui au cours duquel il a été acquis. La pleine imputation dudit crédit d'impôt n'étant effective que si les résultats de l'exercice au cours duquel il est obtenu sont suffisamment bénéficiaires, il en résulterait, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi de l'article 6 de la Déclaration de 1789, une différence de traitement injustifiée entre sociétés en fonction de leur situation bénéficiaire ou déficitaire au titre de ce même exercice. Par ailleurs, les dispositions litigieuses étaient critiquées sous l'angle de la différence qu'elles instaurent selon l'État dans lequel l'impôt étranger a été acquitté, par référence aux différents effets de la typologie conventionnelle en la matière.

En réponse, le Conseil constitutionnel rappelle alors sa jurisprudence bien établie selon laquelle :

*« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ».*

Il ira même jusqu'à insister, comme il s'y emploie parfois<sup>17</sup>, sur l'impossibilité de faire découler du principe d'égalité devant la loi une obligation pour le législateur de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes.

Dès lors, dans la mesure où le a) du 1. de l'article 220 CGI n'instaure aucune distinction expresse entre les sociétés, selon leur résultat au titre de l'exercice de perception des revenus ou selon l'État de source, il est conforme à l'article 6 de la Déclaration de 1789.

- **Égalité devant les charges publiques : illustration de la singularité du contrôle de constitutionnalité face à tout raisonnement d'inspiration européenne fondé sur une discrimination**

La société estimait que les dispositions litigieuses méconnaîtraient également le principe d'égalité devant les charges publiques, en raison de la double imposition différée dans le temps à laquelle serait soumise une société se trouvant dans l'impossibilité d'imputer le crédit d'impôt d'origine étrangère, car déficitaire ou insuffisamment bénéficiaire, au titre de l'exercice de perception des revenus. Autrement dit, il est difficilement contestable que la prohibition du report d'un exercice à l'autre de tout ou partie de crédits d'impôt conventionnels conduit toute société déficitaire ou insuffisamment bénéficiaire au titre de l'exercice de perception des revenus à supporter une charge fiscale plus importante que les entreprises suffisamment bénéficiaires pour bénéficier d'une pleine imputation dans le même temps. En effet, sous réserve de génération d'un résultat suffisant sur le long terme, les sociétés relevant de la première catégorie subissent une double imposition économique différée dans le temps.

Le débat présenté en ces termes, il est fort aisé de céder à l'invitation de la requérante de rechercher la différence de traitement de fait issue d'une disposition traitant facialement de la même façon toutes les entreprises (comme l'illustre la conformité à l'égalité devant la loi),

---

<sup>17</sup> Voir Cons. const. 4 déc. 2015, n°2015-503 QPC, M. Gabor R., considérant 11

et donc de mettre en exergue une discrimination comme il est coutume de le faire en droit de l'Union européenne

L'argumentation de la requérante présente une parenté évidente avec la décision *GBL Energy*, dont le raisonnement est ici transposé à une situation diamétralement opposée. Dans un contexte de perception de revenus passifs de source française, le Conseil d'Etat s'était livrée à une comparaison de la charge fiscale supportée par deux sociétés dans le même laps de temps pour établir que le droit français ne traitait pas différemment, d'une part, une société non résidente déficitaire imposée en France par voie de retenue à la source et, d'autre part, une société résidente déficitaire qui, une fois ses déficits apurés, paiera l'impôt, notamment en raison de la réduction desdits déficits reportables du fait de la perception des dividendes au titre d'exercices déficitaires. En effet, le Conseil d'État avait alors considéré :

*« qu'en toute hypothèse aucune disposition du droit interne français ne prévoit une exonération des dividendes reçus par une société résidente lorsque ses résultats sont déficitaires ; que ces dividendes sont effectivement compris dans le résultat de cette société et viennent en diminution du déficit reportable ; que, lorsque le résultat de cette société redevient bénéficiaire, la diminution de ce déficit reportable implique que ces dividendes seront effectivement imposés à l'impôt sur les sociétés au titre d'une année ultérieure au taux de droit commun alors applicable ; que, s'il en résulte un décalage dans le temps entre la perception de la retenue à la source afférente aux dividendes payés à la société non résidente et l'impôt établi à l'encontre de la société établie en France au titre de l'exercice où ses résultats redeviennent bénéficiaires, ce décalage procède d'une technique différente d'imposition des dividendes perçus par la société selon qu'elle est non résidente ou résidente ; que le seul désavantage de trésorerie que comporte la retenue à la source pour la société non résidente ne peut ainsi être regardé comme constituant une différence de traitement caractérisant une restriction à la liberté de circulation des capitaux »*

Retenant une approche pluri-exercices, la société requérante a inversé le postulat de départ de la décision *GBL Energy* pour pouvoir mieux transposer son raisonnement afin de mettre en évidence la comparabilité objective des situations entre sociétés résidentes bénéficiaires et déficitaires à l'aune de l'objectif d'élimination de la double imposition juridique qui anime le a) du 1. de l'article 220 du Code général des impôts.

Si la manœuvre de la requérante témoignait indubitablement d'une certaine habileté, il n'en demeure pas moins que le Conseil constitutionnel s'est refusé à toute importation d'une logique européenne s'articulant autour de la notion de discrimination pour mieux conserver son raisonnement traditionnel en matière d'égalité devant les charges publiques. Après avoir rappelé sa formulation de principe en matière d'égalité devant les charges publiques<sup>18</sup>, combinant article 13 de la Déclaration de 1789 et article 34 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a jugé :

*« D'une part, le principe d'égalité devant les charges publiques ne fait pas obstacle à ce qu'un même contribuable soit soumis à plusieurs impositions sur un même revenu. D'autre part, ce principe n'impose pas au législateur, pour l'établissement de l'impôt perçu en France, de tenir compte d'autres impôts acquittés à l'étranger sur les produits que le contribuable reçoit. D'ailleurs, lorsqu'ils constituent des charges du point de vue fiscal, les retenues à la source ou les crédits d'impôt d'origine étrangère peuvent, sauf exception, être déduits du résultat imposable en application de l'article 39 du code général des impôts, augmentant d'autant pour les sociétés déficitaires le déficit admis en déduction d'éventuels bénéfices ultérieurs. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques doit en tout état de cause être écarté ».*

A la lecture de ce paragraphe, outre le recours à l'expression « *en tout état de cause* » dont la portée est incertaine (simple locution adverbiale surabondante ou véritable « brevet de constitutionnalité » ?), il convient donc de constater que le Conseil constitutionnel se refuse à se prononcer quant à l'existence d'une différence de traitement entre les sociétés pleinement bénéficiaires pouvant pleinement imputer leur crédit d'impôt conventionnel et celles dont le résultat les contraint à voir le crédit d'impôt étranger tomber en tout ou partie en non-valeur. En effet, tel que conçu par le Conseil constitutionnel, l'examen portant sur la faculté contributive des contribuables relève d'une appréciation fondamentalement intrinsèque de la situation de ceux-ci, prohibant donc toute comparaison.

En outre, il convient de remarquer que le Conseil constitutionnel réaffirme la faculté offerte au législateur de permettre la déduction de l'impôt étranger en base « *sauf exception* », référence explicite aux conventions fiscales de type Céline. Dès lors, à la lumière de la récente

---

<sup>18</sup> Cons. const., 28 sept. 2017, n° 2017-654 QPC, Sté BPCE, paragr. 6

réforme législative ayant fait de l'exception un principe de non-déduction, la présente décision est-elle devenue caduque face à un changement de circonstances de droit ? En réalité, la solution du Conseil constitutionnel se révèle assurément étanche face à la modification de l'état du droit positif opérée par la deuxième loi de finances rectificative pour 2017, dans la mesure où l'expression « *d'ailleurs* » marque le caractère surabondant de cet argument en faveur d'une constitutionnalité des dispositions litigieuses déjà acquise.

De manière générale, l'échec de la remise en cause du non-report des reliquats de crédits d'impôt conventionnels sur le terrain du principe d'égalité (pris cumulativement dans ses deux branches : devant la loi et devant les charges publiques) met en exergue l'impossibilité d'appréhender la différence de traitement entre deux contribuables au regard des charges publiques pesant sur eux, née, non pas de l'application de dispositions différentes, potentiellement sanctionnable sur le terrain de l'égalité devant la loi, mais de la soumission à une apparence de traitement a priori identique mais différencié dans la charge fiscale finale supportée. Ainsi, dans une telle hypothèse, le contrôle de constitutionnalité présente un « angle mort » à la différence de l'examen opéré par le Cour de justice de l'Union européenne.

**c. Non-report des reliquats de crédits d'impôt conventionnels d'un exercice à l'autre : permanence d'opportunités de contestation à la suite de la décision BPCE**

**i. Une conception renouvelée de l'égalité devant les charges publiques au service d'une protection étendue du contribuable**

La décision du Conseil constitutionnel étant synonyme de permanence d'hypothèses où l'élimination de la double imposition demeure imparfaite par déperdition de crédits d'impôt conventionnels, une évolution de son interprétation du principe d'égalité devant les charges publiques apparaît comme souhaitable, d'autant plus le Conseil constitutionnel dispose d'un fondement pour ce faire. En effet, il est tout à fait possible de développer une approche de la situation du contribuable à l'égard de l'égalité devant les charges publiques, non plus seulement intrinsèque, mais plutôt extrinsèque, afin d'en étendre la portée. Il convient de rappeler que,



aux termes l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, la contribution commune doit être « *également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ». Une grille de lecture renouvelée au travers d'une égalité devant les charges publiques appréciée à l'échelle de l'ensemble des contribuables situés dans une situation comparable permettrait en effet de combler les lacunes du principe d'égalité devant la loi.

En outre, il est possible de trouver en germe l'adoption d'une telle conception de l'égalité devant les charges publiques dans la jurisprudence constitutionnelle. En effet, a été censuré sur ce fondement un prélèvement supplémentaire de 25% de son bénéfice net global imposé à un compagnie agricole unique<sup>19</sup>, relevant de la catégorie des impositions de toutes natures, car elle donnait lieu à une « *différence de traitement au regard de l'imposition sur les bénéfiques par rapport aux autres sociétés agricoles ne repos[ant] pas sur des critères objectifs et rationnels* ». Ainsi, aucun obstacle majeur ne semble s'opposer à l'addition par le Conseil constitutionnel d'une dimension extrinsèque de la situation du contribuable au regard de l'égalité devant les charges publiques, ou, peut-être de façon plus provocante, à l'adoption de la logique européenne articulée autour d'une discrimination, à l'image de la Cour de justice de l'Union européenne.

## ii. CEDH : égalité de traitement et situations distinctes

Comme énoncé précédemment, il s'évince de la jurisprudence constitutionnelle que le principe d'égalité de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ne s'oppose aucunement à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes.

Il convient de remarquer qu'il n'en va pas de même pour la Cour européenne des droits de l'Homme, au regard de l'article 14 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales. En effet, réunie en grande chambre, la Cour a été appelée à préciser les contours de ce principe d'interdiction de discrimination dans la jouissance des droits qu'elle reconnaît. Sur ce point, elle a affirmé que celui-ci « *est également transgressé*

---

<sup>19</sup> Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, Compagnie agricole de la Crau, paragr. 8

*lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. »<sup>20</sup>*

Par conséquent, il pourrait être utilement soutenu que la combinaison de l'article 14 de la Convention, ainsi interprété, et de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel, consacrant la protection de la propriété, s'oppose à ce que l'article 220 du Code général des impôts instaure, sous couvert de traiter tous les contribuables de la même manière, *in fine* une discrimination affectant les sociétés déficitaires ou trop faiblement bénéficiaires pour procéder à l'imputation complète de leurs crédits d'impôt conventionnels.

**iii. Droit conventionnel : l'indifférence de l'objectif d'élimination de la double imposition à toute distorsion temporelle entre perception des revenus et paiement effectif de l'impôt**

En dépit du fait que la question irrigue le contentieux de la tunnelisation des crédits d'impôt étranger, le doute entourant la compatibilité de la prohibition du report d'un reliquat de crédit d'impôt non utilisé sur l'impôt sur les sociétés dû au titre d'un exercice ultérieur au regard des conventions fiscales internationales n'a jamais été clairement levé. En effet, il convient de rappeler que la décision BPCE ne se prononce qu'au regard du droit interne, sur la portée du seul a) du 1 de l'article 220 du Code général des impôts. Ainsi, impossible d'y trouver des précisions sur l'interprétation des conventions internationales et la Haute juridiction est demeurée silencieuse quant à l'articulation des dispositions du a) avec de telles conventions, notamment dans l'hypothèse où certaines d'entre elles prévoiraient expressément une faculté d'utilisation différée du crédit d'impôt né au titre d'un exercice donné ou seraient lues comme, eu égard à leurs termes et à leur objet, donnant naissance à ladite faculté.

En effet, à défaut d'avoir eu à traiter d'une affaire où le contribuable aurait pu utilement soulever un moyen tiré de la contrariété de l'interdiction du report face aux conventions fiscales internationales, la Haute juridiction n'a pu directement trancher la question. Peut-être aurait-il été trop constructiviste de céder spontanément à l'invitation du rapporteur public Edouard

---

<sup>20</sup> CEDH, gr. ch., 6 avr. 2000, Thlimmenos c/ Grèce, n° 34369/97, pt.44

Crépey, contenue dans ses conclusions sous l'arrêt Faurecia. Ce dernier estimait alors que l'examen de cette question comme étant légitime, dans la mesure où elle a le mérite de s'inscrire dans la continuité d'un mouvement jurisprudentiel, probablement initié par le Conseil d'État au travers de son arrêt Regazzacci<sup>21</sup>, où il est fait une large place à l'objet et au but des conventions fiscales dans leur interprétation.

Ainsi, en retenant une approche téléologique, le rapporteur public avait invité la formation de jugement à s'interroger de façon plus globale quant à la nécessité de faire évoluer le dispositif à l'avenir :

*« Reste à se demander, en second lieu, si l'on pourrait aussi imaginer, pour traiter plus complètement le risque de double imposition, que le crédit d'impôt soit, à défaut d'être immédiatement imputable, non seulement déductible le cas échéant, mais reportable dans le temps. Sans comporter de précédent parfaitement topique, la jurisprudence est engagée en sens contraire (voyez mutatis mutandis CE 19 mars 1980 no 10708 : RJF 5/80 no 401, concl. D. Fabre Dr. fisc. 4/81 c. 416 et l'arrêt Société française des techniques Lummus précité) mais, à la lumière de l'importance récemment prise, dans l'interprétation des conventions fiscales, conformément aux principes généraux du droit des traités, par le critère de leur objet et de leur but, un réexamen de la question apparaît légitime. Contrairement en effet au droit à restitution en numéraire, qui exigerait une stipulation expresse venant compléter la règle, toute différente, de l'imputation, il y a place pour la discussion sur le point de savoir si le report du crédit d'impôt sur un exercice excédentaire serait, ou non, compatible avec la lettre de clauses qui tendent à l'élimination des doubles impositions par un mécanisme d'imputation qui ne précise pas ses modalités d'application dans le temps.*

---

<sup>21</sup> Cette décision apporte des indications sur le mode d'interprétation des conventions par le Conseil d'Etat. Le litige portait en effet également sur l'application de l'article 9,7 de la convention du 22 mai 1968 avec le Royaume-Uni relatif à la restitution de l'ancien avoir fiscal. Cet article prévoyait que ce dernier ne pouvait pas être remboursé si le bénéficiaire des dividendes « ...n'est pas assujéti à l'impôt au Royaume-Uni à raison de ces dividendes ». Le Conseil d'Etat a jugé que l'expression « assujéti » signifie dans ce cas dividendes « effectivement compris dans la base de l'impôt sur le revenu ». En l'espèce le contribuable ayant opté pour la « remittance basis » et n'ayant ni rapatrié ni utilisé au Royaume-Uni les dividendes perçus n'a pu bénéficier de la restitution de l'avoir fiscal. Le rapporteur public Frédéric Aladjidi a justifié cette différence de signification donnée au terme assujéti dans les deux dispositions en cause de la convention de 1968 par leur finalité différente : l'article 3, relatif à la résidence fiscale, appréhende la situation globale du contribuable sans s'attacher aux modalités concrètes de sa soumission à l'impôt pour un revenu donné, alors que l'article 9 est relatif au traitement fiscal d'un type de revenu en particulier et doit donc être interprété de manière plus concrète. Il a indiqué que cette position se trouve confortée par la version anglaise de la convention (qui fait foi au même titre que la version française) et sur laquelle s'appuie le Conseil d'Etat : dans cette version anglaise, c'est le terme « liable to tax » qui est employé à l'article 3 alors que le terme « subject to tax » est employé à l'article 9.

*C'est toutefois une question que l'affaire qui vous est soumise ne vous oblige pas à trancher et qu'il nous paraît préférable de réserver, le débat entre les parties n'ayant, fort logiquement d'ailleurs, pas porté sur ce point et ne l'ayant pas éclairé. Nul doute qu'une meilleure occasion se présentera prochainement et il y aura lieu, le moment venu, de prendre en considération les commentaires de l'OCDE pertinents ratione temporis ; dans leur état actuel, ils ne paraissent pas complètement fermés à une approche souple (voir le point 32.8, p. 360 des commentaires sur les articles 23 A et 23 B de la convention-modèle dans leur version de 2014), encore toutefois que leur introduction définisse en son point 1 la double imposition juridique internationale comme l'application d'impôts comparables dans deux Etats au même contribuable, « pour le même fait générateur et pour des périodes identiques » (p. 7). »*

En effet, les commentaires de l'Organisation de coopération et de développement économiques, demeurés inchangés après la réforme du modèle du 21 novembre 2017, ne s'opposent pas à un tel report. Dans le prolongement de cette même optique d'intégration de l'objet et du but des conventions fiscales dans leur interprétation, la répartition de la matière imposable entre États contractants que pose la convention a vocation à demeurer parfaitement insensible à toute considération de trésorerie liée au décalage temporel dans le paiement de l'impôt que provoque le retour à un exercice présentant un résultat excédentaire.

Là encore, la prégnance de l'intérêt d'une fine délimitation des contours de la notion de double imposition juridique se fait sentir, tant la dichotomie entre les deux acceptations qu'il est possible de retenir entraîne des conséquences pratiques diamétralement opposées. La question ainsi posée amène à concevoir la double imposition juridique comme, alternativement, (i) la soumission à une obligation de décaissement née de la perception de mêmes revenus sur une même période ou, (ii) de façon plus diffuse et conforme à la réalité économique, la prise en compte du revenu dans la détermination de la base imposable d'un seul contribuable dans deux États en dépit d'effet négatif de trésorerie résultant d'une situation momentanément déficitaire, et en l'absence de paiement effectif d'impôt par diminution du déficit reportable ultérieurement. La référence des commentaires OCDE à « *des périodes identiques* » ne saurait donc être interprétée comme étant de nature à s'opposer à l'instauration d'un report des crédits d'impôts étrangers sur des exercices bénéficiaires futurs, dans la mesure où un même flux de revenus a juridiquement été intégré dans deux assiettes distinctes au même instant. Dès lors, la convention fiscale a bien vocation à régir l'élimination de la double imposition et, en l'absence de

précisions expresses allant dans ce sens, à demeurer insensible à la temporalité des conséquences de trésorerie du paiement de l'impôt.

Dans pareille hypothèse, la question des effets d'une éventuelle évolution du taux d'imposition en droit interne entre le fait générateur du crédit d'impôt et son imputation effective en présence d'un report autorisé n'appelle guère de commentaires, dans la mesure où, indépendamment du caractère exceptionnel des changements du taux de l'impôt sur les sociétés, des mesures de coordination peuvent aisément résoudre la difficulté, à l'image de celles prises suite à la trajectoire et aux modalités de la baisse du taux normal posées par l'article 84 de la loi 2017-1837 du 30 décembre 2017<sup>22</sup>.

#### **iv. Droit de l'Union européenne : non report et libertés de circulation**

Comme exposé précédemment, la prohibition française de tout report des crédits d'impôt étranger dans le temps, en ce qu'elle conduit à la survivance d'une double imposition, peut porter le flanc à la critique sur le terrain du respect des libertés d'établissement ou de libre circulation des capitaux selon les situations.

Dans la mesure où la Cour de justice se prononcera prochainement sur la situation symétrique, à savoir l'imposition par l'État source de revenus passifs à destination de sociétés non résidentes déficitaires, il est certain que cette décision aura des effets sur le non report français, notamment si elle venait à considérer que l'Etat source ne saurait prélever de retenue à la source dans l'hypothèse soumise à son appréciation.

#### **2. Flux de revenus passifs outbound : sociétés non résidentes déficitaires percevant des dividendes de source française**

Comme exposé précédemment, la problématique de la double peine à laquelle sont exposées les sociétés déficitaires possède un autre versant, à savoir celui des sociétés non résidentes déficitaires auxquelles sont versés des revenus passifs par des entreprises françaises. En effet, faisant totale abstraction de leur situation déficitaire au sein de leur État de résidence,

---

<sup>22</sup> Par exemple, voir BOI-IS-RICI-30-10-20-10 n° 20

les sociétés bénéficiaires de telles distributions se voient astreintes au paiement immédiat de l'impôt, les revenus passifs étant frappés d'une retenue à la source calculée pour leur montant brut sortant de France. Là encore, se pose la question de la destination du crédit d'impôt conventionnel, une situation déficitaire de la société bénéficiaire des revenus passifs ayant vocation à le faire tomber en non-valeur.

Cependant, la singularité de la situation où des sociétés non résidentes déficitaires décaissent immédiatement la retenue à la source tient à la légitimité de la faculté que s'arrogue la France en prélevant ladite retenue, notamment à l'aune des libertés de circulation européennes. Il ne s'agit pas ici de remettre en cause de façon véhémement une jurisprudence solidement ancrée, en examinant le sujet au travers d'un prisme centré sur la parfaite élimination de la double imposition juridique au regard du droit de l'Union européenne. En effet, sous réserve d'un traitement identique par l'État de résidence des revenus domestiques et revenus étrangers (dans le cas contraire un raisonnement fondé autour de la notion de discrimination a alors vocation à être développé), il est communément acquis qu'une double imposition juridique, en dépit des conséquences négatives qu'elle entraîne sur le plan fiscal, est parfaitement conforme au droit de l'Union européenne dans la mesure où le désavantage qu'elle constitue résulte de « *l'exercice parallèle par deux États membres de leur compétence fiscale* » et non pas d'une discrimination créée par la législation elle-même d'un des deux pays en cause. En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'élimination de la double imposition juridique se doit de passer par une convention fiscale internationale ou une réglementation d'harmonisation au niveau européen<sup>23</sup>. Les enseignements en la matière ont été synthétisés par la Haute juridiction<sup>24</sup> :

*« lorsqu'un État membre exerce sa compétence fiscale à l'égard de contribuables résidents et non résidents, pour que la réglementation fiscale nationale qu'il applique à ces contribuables puisse être regardée comme compatible avec les stipulations du traité relatives à la liberté de circulation des capitaux, la différence de traitement entre les contribuables selon leur État de résidence doit concerner des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général ».*

---

<sup>23</sup> CJCE, 14 novembre 2006, Kerckhaert et Morres, aff. C-513/04, Rec. p. I-10967.

<sup>24</sup> CE, 3e et 8e ss-sect., 7 mai 2014, n° 356760, M. Reynaerts

Or, il est permis de douter fortement que l'imposition par voie de retenue à la source française des revenus passifs perçus par des sociétés non résidentes déficitaires, telle qu'interprétée par le Conseil d'État (2.1) respecte bien ces prescriptions (2.2).

## **2.1 Une solution de droit interne éminemment critiquable et critiquée au regard du droit de l'Union européenne**

### **2.1.1 Sté GBL Energy : illustration éclatante des difficultés rencontrées par les sociétés non résidentes déficitaires**

La requérante était une société holding établie au Luxembourg détenant une participation inférieure à 5 % dans la société Total, résidente française. Une retenue à la source au taux de 15 %, en raison de l'application combinée, d'une part, des dispositions du 2 de l'article 119 bis et du 1 de l'article 187 du Code général des impôts et, d'autre part, des stipulations du paragraphe 2 de l'article 8 et du paragraphe 3 de l'article 19 de la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958 était venue frapper une distribution de dividendes de sa fille en 2008.

Parallèlement à sa demande en décharge de cette imposition et illustrant l'intérêt procédural d'agir ainsi, la société GBL Energy a demandé au Conseil d'État d'annuler partiellement, pour excès de pouvoir, une instruction et une documentation administrative de base relatives à la mise en œuvre des dispositions du 2 de l'article 119 bis du Code général des impôts et de prendre acte de l'incompatibilité avec le droit de l'Union européenne de ces dispositions, en ce qu'elles ont vocation à s'appliquer aux distributions de dividendes ne relevant pas du régime des sociétés mères versés par une société française à une société non-résidente européenne.

D'une part, la requérante alléguait l'existence d'une discrimination constitutive d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux, tirée de l'obligation au paiement de la retenue à la source, indépendamment du bénéfice d'un taux conventionnel moindre que celui prévu à l'article 119 bis du Code général des impôts, qui avait pour finalité de la placer dans une situation comparativement moins favorable que celle d'une société française déficitaire qui, en dépit du fait que sa participation ne donne pas droit au régime mère-fille, ne se trouve redevable

d'aucune quotité d'impôt sur les sociétés. En réponse au grief ainsi soulevé, le Conseil d'État pose le postulat d'une absence de comparabilité par nature entre déficit étranger et déficit français, fondé sur le fait que « *la détermination du résultat imposable de ces deux sociétés procède des règles fiscales propres à la législation de chacun de ces États membres* ».

D'autre part, le Conseil d'État juge « *qu'en toute hypothèse* » une société française bénéficiaire d'une distribution de dividendes s'inscrivant dans un contexte franco-français, (c'est-à-dire versés par une entreprise française), et hors du champ d'application du régime mère-fille n'est pas exonérée d'impôt en France à raison de ces mêmes dividendes. Ces derniers sont effectivement pris en compte dans la détermination de son résultat et contribuent à la diminution de son déficit reportable. Une fois que la société présentera un exercice bénéficiaire, la diminution de ce déficit reportable conduit à une imposition à l'impôt sur les sociétés desdits dividendes au titre d'un exercice ultérieur au taux de droit commun alors applicable. Du point de vue du Trésor, le décalage temporel subséquent entre la perception de la retenue à la source (hypothèse d'une société non résidente) et la perception de l'impôt sur les sociétés (hypothèse d'une société résidente) ne trouve sa source que dans la différence de technique d'imposition des dividendes perçus par la société, selon sa situation de résidence, écartant dès lors l'existence d'une différence de traitement caractérisant une restriction à la liberté de circulation des capitaux.

## **2.2 Arrêt Sofina, Rebelco et Sidro : vers une sanction de la position française par le juge européen ?**

### **2.2.1 Similitude factuelle avec l'affaire GBL Energy**

Ici, trois sociétés belges ont été les destinataires de distributions de dividendes entre 2008 et 2011 versés par des entreprises françaises dans lesquelles elles possédaient des participations qui n'étaient pas de nature à leur permettre de jouir du bénéfice du régime mère-fille. Lesdites distributions ont été frappées par la retenue à la source prélevée en France sur ces dividendes sur le fondement de l'article 119 bis, 2 du Code général des impôts, au taux réduit de 15 % par application superposée de la convention fiscale franco-belge. Ces sociétés belges, déficitaires lors de la perception de ces dividendes de source française, demandent le remboursement de la retenue à la source prélevée en France au motif qu'elles ont été, en



violation de la liberté de circulation des capitaux, des articles 56 et 56 du Traité instituant la Communauté économique européenne (devenus 63 et 65 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), traitées moins favorablement qu'une société française déficitaire. En effet, les requérantes présentaient un résultat déficitaire, quelles que soient la nationalité des règles de détermination de celui-ci (belges ou françaises) et contestaient donc leur assujettissement à une retenue à la source en France, qui n'avait pas, par construction, vocation à diminuer une quotité d'impôt sur les sociétés belge nulle. Le traitement moins favorable au regard de la liberté de circulation des capitaux procède de leur assujettissement immédiat par voie de retenue à la source, distinct de l'imposition effective d'une entreprise française déficitaire percevant les mêmes dividendes qu'au moment de son retour à une situation bénéficiaire.

Après jonction des différents pourvois, le Conseil d'État a cédé aux différents assauts des sociétés non résidentes déficitaires en ayant enfin accepté de transmettre la question de compatibilité avec le droit de l'Union européenne de l'assujettissement des distributions de dividendes de source française versés à de telles sociétés à la retenue à la source de l'article 119 bis, 2 du Code général des impôts<sup>25</sup>. Ce renvoi marque assurément une inflexion de la position sur ce même point de la part du Conseil d'État par rapport à sa décision GBL Energy, où le respect de la liberté de circulation des capitaux semblait relever d'une évidence flagrante de nature à rendre le recours à une question préjudicielle superfétatoire.

Peut-être que cet infléchissement n'est pas étranger à la pluralité des acteurs de la contestation de l'article 119 bis, 2 du Code général des impôts : il convient en effet de rappeler que, dès le début de l'année 2014, la Commission européenne a mis en demeure la France d'assurer la conformité avec le droit de l'Union européenne de son régime de retenue à la source<sup>26</sup>. Consécutivement à cette mise en garde, le législateur avait considéré, au travers de l'article 82 de la loi de finances rectificative pour 2015 (codifié à l'article 199 quinquies du Code général des impôts), qu'il suffisait d'exonérer de retenue à la source les distributions versées à une société non résidente dans les hypothèses où celle-ci se trouve concomitamment dans une situation comparable à celle de la liquidation judiciaire au sens du droit français et présente un résultat fiscal déficitaire. La Commission a cependant manifesté son scepticisme quant à l'effectivité de la mise en conformité avec la liberté de circulation des capitaux, en

---

<sup>25</sup> CE, 20 sept. 2017, ns°398662, 398663, 398666, 398672, 398674, 398675, sociétés Sofina, Rebelco et Sidro

<sup>26</sup> Mise en demeure n° 2013/4244 du 28 mars 2014 de la Commission européenne

renouvelant sa volonté de voir la France supprimer la retenue à la source appliquée aux entreprises non-résidentes qui sont en déficit, une menace de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne planant<sup>27</sup>.

Afin de prendre la mesure de la fermeté de la position du Conseil d'État exprimée dans la décision GBL Energy, il convient de rappeler qu'il a été jugé au considérant 16 :

*« qu'en toute hypothèse aucune disposition du droit interne français ne prévoit une exonération des dividendes reçus par une société résidente lorsque ses résultats sont déficitaires ; que ces dividendes sont effectivement compris dans le résultat de cette société et viennent en diminution du déficit reportable ; que, lorsque le résultat de cette société redevient bénéficiaire, la diminution de ce déficit reportable implique que ces dividendes seront effectivement imposés à l'impôt sur les sociétés au titre d'une année ultérieure au taux de droit commun alors applicable ; que, s'il en résulte un décalage dans le temps entre la perception de la retenue à la source afférente aux dividendes payés à la société non résidente et l'impôt établi à l'encontre de la société établie en France au titre de l'exercice où ses résultats redeviennent bénéficiaires, ce décalage procède d'une technique différente d'imposition des dividendes perçus par la société selon qu'elle est non résidente ou résidente ; que le seul désavantage de trésorerie que comporte la retenue à la source pour la société non résidente ne peut ainsi être regardé comme constituant une différence de traitement caractérisant une restriction à la liberté de circulation des capitaux ».*

Ledit considérant nécessite d'être mis en relation avec l'axiome contenu dans le considérant antérieur selon lequel :

*« une société non résidente en situation déficitaire et qui ne relève pas du régime fiscal des sociétés mères et une société établie en France placée dans la même situation ne peuvent être regardées comme étant dans une situation objectivement comparable »*

Pour achever de se convaincre de la réalité de l'infléchissement jurisprudentiel que marque l'arrêt Sofina, Rebelco et Sidro, il suffit de constater que la société GBL Energy ne s'est pas vue opposer la même réponse que dans l'arrêt éponyme pour des distributions de

---

<sup>27</sup> Commission européenne, Procédures d'infraction du mois de mai, 17 mai 2017, MEMO/17/1280

dividendes ultérieures et similaires à celles revêtues de l'autorité de la chose jugée<sup>28</sup>. Ainsi, la réponse de la Cour de justice de l'Union européenne sera déterminante.

## **2.2.2 Les brèches de la décision GBL Energy mises en exergue par les sociétés non résidentes déficitaires**

### **A. Une acception excessive de la comparabilité confinant au non-sens**

Le rejet du Conseil d'État de toute comparabilité entre société déficitaire résidente et société déficitaire non résidente est fondé sur l'argument fallacieux selon lequel le déficit que chacune accuse procède de l'application de règles de détermination du résultat propres à chaque État. Il est fort aisé de comprendre qu'il est difficile d'exiger des éléments comparés qu'ils soient identiques pour que la comparaison puisse avoir lieu, une telle logique étant de nature à vider de sa substance le principe même de libre circulation des capitaux.

Cet excès de rigueur s'est d'ailleurs révélé intenable, le Conseil d'État ayant été contraint d'abandonner une telle position pour se résoudre à faire preuve de souplesse dans l'affaire Reynaerts<sup>29</sup>. Ici encore, l'Administration soutenait que les différences entre les règles de détermination du revenu global imposable de deux États rendaient impossible toute comparaison, en ce qui concerne l'élimination de la double imposition économique de revenus distribués par une entreprise française, entre les situations respectives d'un actionnaire personne physique non résident et un actionnaire personne physique résident. Il est salutaire de constater que la Haute juridiction a suivi le rapporteur public qui soutenait que :

*« si l'on devait tenir compte de toutes les règles de détermination du revenu imposable, les contribuables résidents d'États différents ne seraient jamais placés dans des situations comparables, compte tenu de l'hétérogénéité de leurs systèmes fiscaux. Une telle interprétation conduirait à vider de sa portée le principe de libre circulation des capitaux. »*

---

<sup>28</sup> CE, 26 juill. 2018, n°415120, sociétés GBL Energy et Kermadec

<sup>29</sup> CE, 7 mai 2014, n°356760, Reynaerts

Nul obstacle ne semble se dresser face à l'extension d'un tel raisonnement aux sociétés déficitaires, d'autant plus que la démonstration par la société non résidente de l'imperméabilité de son déficit au recours aux règles de détermination de nationalités distinctes vient priver de toute portée une vision excessive de l'analyse de comparabilité.

### **B. Une prétendue identité de traitement fiscal entre sociétés déficitaires résidentes et non résidentes**

L'argumentation en faveur du maintien de l'assujettissement des revenus passifs versés par des entreprises françaises à des sociétés non résidentes déficitaires procède de l'absence apparente de différence de traitement, prohibée sur le terrain du droit de l'Union européenne, entre, d'une part, une société non résidente déficitaire qui doit s'acquitter immédiatement de la retenue à la source et, d'autre part, une entreprise française qui devra l'impôt qu'au titre de son premier exercice bénéficiaire. Il ne s'agirait là que d'une technique différente d'imposition n'entraînant qu'un simple décalage temporel dans le décaissement effectif d'impôt. Il convient de relever que ce simple désavantage de trésorerie peut devenir particulièrement contraignant pour les sociétés accusant d'un déficit structurel ou ayant cessé leur activité avant d'avoir eu l'occasion de dégager à nouveau un bénéfice.

A l'égard du respect de la liberté de circulation des capitaux, il est vrai que la position du Conseil d'État retenue dans l'affaire GBL Energy s'inscrivait dans le droit chemin de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne d'alors. En effet, dans l'affaire Truck Center<sup>30</sup>, il a été considéré qu'il était loisible à l'État source de pratiquer une retenue à la source dès lors que des intérêts sont payés à des non-résidents, en dépit de l'absence d'obligation de verser une telle retenue en cas de versement à des résidents. Ceci pouvait s'expliquer par le fait, qu'au regard de la législation belge en cause, les résidents et non-résidents ne se trouvent pas dans une situation comparable. En effet, au point 35, il est précisé que :

*« le précompte mobilier est perçu sur les intérêts versés à une société bénéficiaire non-résidente, alors qu'il ne l'est pas sur les intérêts versés à une société bénéficiaire résidente, qui sont imposés, le cas échéant, au titre de l'impôt des sociétés auquel est soumis cette dernière société. »*

---

<sup>30</sup> CJCE, 4e ch., 22 déc. 2008, aff. C-282/07, Truck Center SA : Rec. 2008, I, p. 10764 : Europe 2009, comm. 74,

Dès lors, il avait été conclu à l'absence d'atteinte à la libre circulation des capitaux. Rétrospectivement, cette décision semble en définitive pouvoir être qualifiée de solution d'espèce et, en dépit de la proximité de leurs énoncés respectifs, diffère sensiblement de l'arrêt GBL Energy. D'une part, la logique animant l'arrêt GBL Energy tient à la négation de toute différence de traitement fiscal, dans la mesure où la retenue à la source est certes une technique d'imposition distincte, mais, une fois une perspective pluri-exercices adoptée, conduit en définitive à un décaissement d'impôt. D'autre part, la décision Truck Center est sous-tendue par la reconnaissance de l'existence d'une différence de traitement fiscal née du recours à une technique d'imposition distincte, prémices d'un raisonnement de nature discriminatoire qui n'a pu prospérer en raison de la seule absence de comparabilité objective des situations soumises à l'examen. Cette dernière tenait à l'émergence d'un faisceau d'indices, notamment les différences de nature des impositions (impôt sur les sociétés contre retenue à la source) et de modalités de recouvrement (recouvrement forcé pour les sociétés résidentes contre nécessité de recourir à une procédure d'assistance administrative à l'encontre des sociétés non résidentes récalcitrantes).

Peut-être est-il plus raisonnable de ne voir en Truck Center qu'une consécration de la compatibilité du recours à la technique de la retenue à la source avec le droit de l'Union européenne, eu égard aux degrés divers de certitude quant au recouvrement de l'impôt entre sociétés résidentes et non résidentes. De plus, le caractère déficitaire des sociétés en cause n'était pas un paramètre de l'équation Truck Center.

Cependant, il est possible de considérer que le raisonnement du juge de l'impôt français, dans sa décision GBL Energy, est principalement critiquable du fait de l'absence de suivi de l'ordre du cheminement européen en matière de discrimination, l'absence de comparabilité des situations, fondée sur des différences d'assiettes déterminant l'existence d'un déficit fiscal, ayant été directement soulevée. Par ailleurs, eu égard au caractère embryonnaire de la jurisprudence européenne sur ce point, il convient d'admettre qu'une lecture de la décision Truck Center consacrant de manière implicite l'indifférence du droit de l'Union européenne aux décalages de trésorerie était tout à fait possible (la Cour de justice ayant par exemple relevé de façon surabondante que l'existence de versements d'acomptes d'impôt sur les sociétés en droit interne belge avait pour effet de réduire la mesure du désavantage de trésorerie).

En outre, des évolutions et affinements de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne postérieurs ont introduit des doutes quant à la portée véritable de la décision Truck Center et ont rendu nécessaire un réexamen de la jurisprudence GBL Energy.

### **2.2.3 La décision GBL Energy à l'épreuve de la jurisprudence communautaire contemporaine**

#### **A. Période de référence pour la caractérisation d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux**

La solution dégagée par le Conseil d'État dans son arrêt GBL Energy repose sur l'adoption d'une période de référence tendant vers l'infini, par construction plus large que le seul exercice de perception des revenus passifs, aux fins de démonstration de l'équivalence des charges fiscales, en termes de trésorerie, que supportent en France respectivement les sociétés déficitaires résidentes et non résidentes.

Or, la Cour de justice de l'Union européenne a eu depuis lors l'occasion de préciser les caractéristiques de la période de référence à retenir pour comparer les situations fiscales entre résidents et non-résidents. Dans un premier temps, la Cour de justice de l'Union européenne, dans sa décision *Miljoen* en date du 17 septembre 2015<sup>31</sup>, a indiqué que :

*« s'agissant de la durée de la période de référence afin de comparer les charges fiscales définitives des contribuables résidents et des contribuables non-résidents qui sont des personnes physiques, il convient de constater que, concernant les premiers, la période prise en compte pour l'imposition est celle de l'année civile, conformément à l'article 5.2 de la loi IR 2001. Dès lors, il y a lieu de retenir cette période aux fins de la comparaison. »*

Dans un deuxième temps, l'affirmation de la nécessité de se référer à la période au titre de laquelle l'imposition des résidents est établie a été ensuite réitérée<sup>32</sup> :

*« Or, la Cour a déjà jugé que **la période à retenir**, aux fins de la comparaison des charges fiscales pesant sur les dividendes versés aux résidents et aux non-résidents, est*

---

<sup>31</sup> CJUE, 3e ch, 17 sept. 2015, aff C WI 14, *Miljoen* e a, pt 51

<sup>32</sup> CJUE, 1ère ch., 2 juin 2016, aff. C-252/14, *Pensioenfonds Metaal en Techniek c/Skatteverket (PMT)*, point 37

*celle qui est prise en compte pour les dividendes versés aux résidents (voir, en ce sens, arrêt du 17 septembre 2015, Miljoen e.a., C-10/14, C-14/14 et C-17/14, EU:C:2015:608, point 51) ».*

La Cour de justice en tirera de façon éclatante les conséquences quant à l'affaire portée devant elle<sup>33</sup> :

*« Il découle d'une telle interprétation qu'un éventuel traitement désavantageux des dividendes versés à des fonds de pension non-résidents pendant une année fiscale ne saurait être compensé par un traitement éventuellement avantageux de ces derniers pendant d'autres années fiscales. En tout état de cause, ainsi que le fait valoir la Commission sans être contredite sur ce point par le gouvernement suédois, la législation applicable ne prévoit pas de mécanisme permettant de garantir que la charge fiscale appliquée aux dividendes nationaux perçus par les fonds de pension résidents sera à terme identique à celle appliquée aux dividendes de même nature perçus par les fonds de pension non-résidents. Il s'ensuit que l'appréciation de l'existence d'un éventuel traitement désavantageux des dividendes versés aux fonds de pension non-résidents doit être effectuée pour chaque exercice fiscal, pris individuellement. »*

## **B. Conséquences sur la compatibilité avec le droit de l'Union européenne du désavantage de trésorerie**

Ainsi, il appert que la jurisprudence GBL Energy, en ce qu'elle repose par essence sur une appréciation de l'éventuel traitement désavantageux dont font l'objet les revenus passifs versés à des sociétés déficitaires non résidentes s'étendant bien au-delà d'un unique exercice, était destinée à faire l'objet d'un revirement.

Par conséquent, s'il est désormais nécessaire de limiter son analyse à un seul exercice, il apparaît comme étant nécessaire de revisiter l'opportunité de l'admission implicite tirée de la décision Truck Center SA de la comptabilité avec le droit de l'Union européenne du désavantage de trésorerie subi par les sociétés non résidentes s'acquittant immédiatement d'une retenue à la source. En effet, au titre d'un unique exercice et dans la mesure où ladite décision

---

<sup>33</sup> Ibidem, pt 39 à41

n'impliquait que des sociétés bénéficiaires, il convient de constater que le désavantage de trésorerie était d'une ampleur contenue. En effet, dans une telle hypothèse, la société bénéficiaire ne voit sa trésorerie négativement impactée qu'au seul titre du laps de temps séparant le paiement de la retenue à la source et l'établissement de son résultat fiscal, (i) tenant compte des revenus passifs ayant généré le paiement de la retenue à la source, et (ii) donnant lieu au paiement d'une quotité d'impôt sur les sociétés diminuée du crédit d'impôt attaché à ladite retenue.

Néanmoins, il en va singulièrement différemment si sont considérées cette fois des sociétés accusant un déficit amené à se résorber à long terme ou des sociétés dont l'activité est cessée avant même qu'elles n'aient eu l'occasion d'apurer leur déficit. Dans de telles situations, le simple désavantage de trésorerie initial relève plutôt de la charge définitive pour les sociétés non résidentes, à laquelle une société résidente se trouvant dans une situation identique ne serait pas soumise. Dès lors, est mise en exergue une restriction à la liberté de circulation des capitaux, la définition prétorienne de la période de référence rendant inopérante la différence de technique d'imposition avancée dans GBL Energy.

### **C. Caractère inédit de la mise en exergue d'une différence d'assiette entre résidents et non-résidents**

La nouveauté apportée par les requérantes tient, au-delà de la seule actualisation des arguments formulés dans GBL Energy au regard de la jurisprudence européenne, à la formulation d'un argument inédit portant sur l'assiette de la retenue à la source sur les dividendes versés à des sociétés non résidentes. En effet, celle-ci varie selon la résidence de la société destinataire de la distribution : les dividendes perçus par des entreprises françaises sont pris en compte dans le calcul de leur résultat imposable pour leur montant net de charges quand les sociétés non résidentes s'acquittent d'une retenue à la source liquidée sur le montant brut des revenus passifs mis en paiement. Les requérantes soutenaient donc que la différence de calcul de la base d'imposition des dividendes selon la résidence de la société les percevant constituait une restriction à la liberté de circulation des capitaux. La cour administrative d'appel avait considéré que cette différence de traitement ne devait pas nécessairement s'analyser



comme un traitement défavorable aux sociétés non résidentes eu égard à la différence de taux d'imposition régissant la retenue à la source et l'imposition de droit commun<sup>34</sup>.

En effet, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'une différence de taux peut contrebalancer une différence d'assiette. Tel a été le cas dans une de ses décisions en date du 19 novembre 2005<sup>35</sup>, où la Cour de justice a jugé que :

*« Une différence de traitement entre les contribuables non-résidents et les contribuables résidents, consistant en ce que les revenus bruts des premiers sont soumis à une imposition définitive à un taux unique au moyen d'un prélèvement à la source, alors que les revenus nets des seconds sont imposés selon un barème progressif assorti d'un abattement de base, est compatible avec le droit de l'Union à la condition que le taux unique ne soit pas plus élevé que le taux résultant de l'application effective pour l'intéressé du barème progressif aux revenus nets au-delà de l'abattement de base (voir, en ce sens, arrêt Gerritse, C-234/01, EU:C:2003:340, points 53 et suivants). »*

Il convient néanmoins de mettre en relief cette décision allant a priori dans le sens de l'admission d'une compensation entre différences de taux et d'assiette avec la jurisprudence ultérieure de la Cour, qui a notamment eu l'occasion d'affirmer<sup>36</sup> :

*« qu'une législation nationale telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle les institutions financières non-résidentes sont imposées sur les revenus d'intérêts acquis à l'intérieur de l'État membre concerné **sans leur accorder la possibilité de déduire les frais professionnels directement liés à l'activité en question, alors qu'une telle possibilité est reconnue aux institutions financières résidentes**, constitue une restriction à la libre prestation des services interdite, en principe, en vertu de l'article 49 CE. »*

Une fois la restriction à la liberté de circulation invoquée mise en évidence, la Cour de justice a rejeté l'argument tenant à l'instauration d'un équilibre entre taux réduits et assiette brute au stade de l'examen de la justification de la restriction en indiquant<sup>37</sup> :

---

<sup>34</sup> CAA Versailles, 3e ch., 10 déc. 2015, n° 14VE00289, SA Sofina

<sup>35</sup> CJUE, 6e ch., 19 novembre 2015, aff. C-632/13, Skatteverket c/ Hilkka Hirvonen, pt 44

<sup>36</sup> CJUE, 5e ch., 13 juill.2016, aff.C-18/15, Brisal – Auto Estradas do Litoral SA et KBC Finance Ireland c/ Fazenda Publica, pt 28

<sup>37</sup> CJUE, 5e ch., 13 juill.2016, aff.C-18/15, Brisal – Auto Estradas do Litoral SA et KBC Finance Ireland c/ Fazenda Publica, pt 33

*« qu'une restriction à la libre prestation des services telle que celle en cause au principal ne saurait être justifiée par la circonstance que les institutions financières non-résidentes sont soumises à un taux d'imposition moins élevé que les institutions financière résidentes. »*

#### **2.2.4 Le sort des retenues à la source mises à la charge des sociétés déficitaires non résidentes : un tiens ne vaut pas mieux que deux tu l'auras pour la Cour de justice de l'Union européenne**

##### **A. Questions préjudicielles posées par le Conseil d'Etat**

Eu égard aux difficultés d'interprétation du droit de l'Union européenne quant aux conséquences à tirer de cette potentielle restriction à la liberté de circulation des capitaux, le Conseil d'État s'est vu contraint de se rendre à l'évidence et donc de solliciter la Cour de justice afin qu'elle puisse se prononcer sur les points qu'il avait réglés d'office dans sa décision GBL Energy en posant les questions préjudicielles suivantes :

- les articles 56 et 58 du traité instituant la Communauté européenne, devenus 63 et 65 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, doivent-ils être interprétés en ce sens que le désavantage de trésorerie résultant de l'application d'une retenue à la source aux dividendes versés aux sociétés non-résidentes déficitaires, alors que les sociétés résidentes déficitaires ne sont imposées sur le montant des dividendes qu'elles perçoivent que lors de l'exercice au titre duquel elles redeviennent le cas échéant bénéficiaires, constitue par lui-même une différence de traitement caractérisant une restriction à la liberté de circulation des capitaux ?
- l'éventuelle restriction à la liberté de circulation des capitaux mentionnée à la question précédente peut-elle être, au regard des exigences résultant des articles 56 et 58 du traité instituant la Communauté européenne, devenus 63 et 65 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, regardée comme justifiée par la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt, dès lors que les sociétés non-résidentes ne sont pas soumises au contrôle de l'Administration fiscale française, ou encore par la nécessité de préserver la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres ?

- dans l'hypothèse où l'application de la retenue à la source contestée peut dans son principe être admise au regard de la liberté de circulation des capitaux :
  - ces stipulations s'opposent-elles à la perception d'une retenue à la source sur les dividendes versés par une société résidente à une société déficitaire non-résidente d'un autre État membre lorsque cette dernière cesse son activité sans redevenir bénéficiaire, alors qu'une société résidente placée dans cette situation n'est pas effectivement imposée sur le montant de ces dividendes ?
  - ces stipulations doivent-elles être interprétées en ce sens qu'en présence de règles d'imposition traitant différemment les dividendes selon qu'ils sont versés aux résidents ou aux non-résidents, il convient de comparer la charge fiscale effective supportée par chacun d'eux au titre de ces dividendes, si bien qu'une restriction apportée à la liberté de circulation des capitaux, résultant de ce que ces règles excluent pour les seuls non-résidents la déduction des frais qui sont directement liés à la perception, en elle-même, des dividendes, pourrait être regardée comme justifiée par l'écart de taux entre l'imposition de droit commun mise, au titre d'un exercice ultérieur, à la charge des résidents et la retenue à la source prélevée sur les dividendes versés aux non-résidents, lorsque cet écart compense, au regard du montant de l'impôt acquitté, la différence d'assiette de l'impôt ?

## **B. Alternatives s'étant offertes à la Cour de justice de l'Union européenne**

### **a. Adoption ou rejet d'une approche pluri-exercices**

Comme exposé précédemment, la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne tendant à l'adoption d'une période de référence limitant l'analyse à un unique exercice était vouée à supplanter l'approche retenue par le Conseil d'Etat dans sa solution GBL Energy.

L'argument soulevé par le rapporteur public sous l'arrêt Sofina, Rebelco et Sidro selon lequel la faculté de report illimité dans le temps des déficits instaure une liaison entre exercices successifs rendant nécessaire l'adoption d'une période de référence supérieure à un seul

exercice ne semblait pas être de nature à conduire la Cour de justice à modifier sa jurisprudence sur ce point.

Ainsi, dans la mesure où celle-ci reposait par essence sur une projection pluri-exercices, la conception de l'analyse de comparabilité des situations entre sociétés résidentes et non résidentes du Conseil d'État exprimée dans la décision GBL Energy avait vocation à être supplantée par celle choisie par la Cour de justice, dont il était cependant hasardeux d'anticiper avec certitude la forme.

#### **b. Quelle conception de la comparabilité des situations retenir ?**

Si le Conseil d'État avait tiré de l'application de règles de droit interne différentes entre entreprises françaises et sociétés non résidentes un défaut de comparabilité entre celles-ci, la nécessité d'abandonner une telle analyse a été constatée dans l'arrêt Reynaerts. Néanmoins, il était hasardeux de faire découler de l'adoption d'une conception renouvelée du test de comparabilité objective une satisfaction dudit test.

En effet, dans la mesure où l'étude de comparabilité est réalisée à l'aune de l'objet et du contenu de la disposition en cause, la circonstance que les requérantes présentent un déficit ne semblait pas faire obstacle aux arguments ayant conduit au rejet de la comparabilité dans la décision Truck Center SA. Il convient de rappeler qu'avaient été opposées (i) la qualité alternative d'Etat de résidence ou de la source de la France, (ii) l'existence de différences de nature des impositions (impôt sur les sociétés contre retenue à la source) et (iii) une situation différente entre sociétés résidentes et non résidentes à l'égard des modalités de recouvrement (recouvrement forcé pour les sociétés résidentes contre nécessité de recourir à une procédure d'assistance administrative à l'encontre des sociétés non résidentes récalcitrantes). Dès lors, si jamais la Cour de justice venait à renouveler le développement de tels arguments, force est de constater que, à l'instar de la décision Truck Center SA, le raisonnement traditionnel ne se développerait pas au-delà de la seule comparabilité et permettrait de ne pas s'engager dans le traitement délicat des questions de la justification de la restriction par une raison impérieuse d'intérêt général et de ses caractères strictement nécessaire et proportionné à l'objectif poursuivi. Peut-être s'agit-il là de la raison ayant conduit la Haute juridiction à éconduire la société GBL Energy à ce stade.

Néanmoins, le contexte particulier dans lequel a été rendue la décision Truck Center SA est de nature à instaurer le doute quant à la pertinence de la réitération de cette solution. En effet, cette décision faisait suite aux arrêts Denkavit<sup>38</sup> du 14 décembre 2006 et Amurta<sup>39</sup> du 8 novembre 2007 dont il convient de rappeler qu'ils avaient fermement condamné, respectivement sur les fondements de la liberté d'établissement et de la liberté de circulation des capitaux, le principe de l'assujettissement à une retenue à la source prélevée par l'État de source sur les dividendes perçus par une société non résidente, tandis que dans le même temps les sociétés résidentes jouissaient d'une exonération d'impôt. Le front de la contestation, alors embryonnaire, visait le principe même de l'imposition des sociétés non résidentes par l'État de la source au travers de la soumission des flux de revenus passifs intracommunautaires à une retenue à la source à l'aune du droit communautaire. Quant à elle, la décision Truck Center concernait les modalités de répartition de la matière imposable, que constituaient des versements d'intérêts, entre États de résidence et de la source : le principe de la validité du recours même à la technique d'imposition qu'est la retenue à la source était ici acquis, malgré le rappel des différences objectives de situations entre sociétés résidentes et sociétés non résidentes. Ainsi, dans le cadre de l'examen des questions préjudicielles transmises par le Conseil d'État dans l'arrêt Sofina, Rebelco et Sidro, se présente à la Cour de justice une alternative : perpétuer l'usage d'une grille de lecture de type Truck Center SA ou l'abandonner.

D'une part, il était loisible à la Cour de justice de l'Union européenne de reproduire un raisonnement de type Truck Center SA : mise en exergue de l'absence de comparabilité objective des situations entre sociétés résidentes et sociétés non résidentes immédiatement suivie de la soumission au test de proportionnalité. En effet, il n'est pas interdit de penser que la Cour de justice a alors implicitement inséré une dose de proportionnalité dès l'analyse initiale des situations soumises à son appréciation, comme le laisse à penser les conclusions de l'avocat général sous l'arrêt :

*« Les divergences de modes de recouvrement entre non-résidents et résidents constituent par conséquent une différence objective susceptible de justifier le prélèvement d'une retenue à la source limitée aux rémunérations versées à une société non-résidente. »*

---

<sup>38</sup> CJCE, 1re ch., 14 décembre 2006, aff. C-170/05, Denkavit Internationaal et Denkavit France c/ Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

<sup>39</sup> CJCE, 1re ch., 8 novembre 2007, affaire C-379/05, Amurta SGPS c/ Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam

*Toutefois, comme l'a récemment souligné l'avocat général Poirares Maduro, « [p]our constater l'absence de discrimination, il ne suffit pas de relever que les ressortissants allemands et les ressortissants étrangers ne se trouvent pas dans la même situation. Il est en outre nécessaire de démontrer que la différence de leurs situations respectives est susceptible de justifier la différence de traitement. En d'autres termes, la différence de traitement doit être liée et être proportionnée à la différence de leurs situations respectives ».*

*Il convient donc de **vérifier si la méthode de prélèvement de l'impôt à la source sur les intérêts versés à des bénéficiaires établis dans un autre État membre est une règle proportionnée** pour faire face aux difficultés de recouvrement qui apparaîtraient si l'Administration fiscale belge devait prélever l'impôt directement auprès du destinataire étranger des intérêts.*

*La méthode de la retenue à la source doit être considérée comme un moyen approprié pour tenir compte de la différence de situation entre les bénéficiaires d'intérêts ayant la qualité de résidents et ceux qui ne le sont pas. Il convient toutefois de vérifier si la différence de traitement, liée au siège du bénéficiaire, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. »*

Par conséquent, l'espoir pouvait être du côté des sociétés déficitaires non résidentes, la question des effets désavantageux qu'elles subissent en termes de trésorerie est également abordée par l'avocat général, mêlant comparabilité et proportionnalité :

*« Selon nous, un désavantage en termes de liquidité peut être tout à fait pertinent pour apprécier la proportionnalité d'une disposition de droit interne. En l'espèce, toutefois, il est douteux qu'un tel désavantage ait réellement une incidence significative. En effet, au cours de l'audience de plaidoiries, le gouvernement belge a indiqué que les entreprises établies sur le territoire national, pour lesquelles les revenus d'intérêts sont intégrés dans la base d'imposition générale à l'impôt sur les sociétés, doivent payer des acomptes provisionnels réguliers durant l'exercice fiscal en cours. C'est pourquoi le précompte mobilier ne devrait être dû en pratique que peu de temps avant les acomptes provisionnels d'impôt sur les sociétés induits par les intérêts perçus par des résidents. Les faibles désavantages de trésorerie qui pourraient malgré tout en découler seraient en tout cas compensés par la simplification administrative qui pourrait résulter de la retenue à la source. »*

Dès lors, si l'on accepte de se livrer à une audacieuse interprétation *a contrario* des conclusions de l'avocat général, il est possible de considérer que la mesure du désavantage de trésorerie commande la proportionnalité de la différence de traitement à l'aune de la sauvegarde de l'effectivité du recouvrement de l'impôt prélevé par l'État de la source, amenant à conclure que le désavantage de trésorerie supporté par les sociétés déficitaires était tel qu'il est susceptible de mettre en exergue une restriction disproportionnée à la liberté de circulation des capitaux.

D'autre part, l'autre branche de l'alternative offerte à la Cour de justice de l'Union européenne permettait de lever l'obstacle tenant à l'ardue question de la comparabilité des situations, au travers de l'adoption d'une conception renouvelée de la grille de lecture permettant l'identification des restrictions aux libertés de circulation retenue dans la décision *truck Center SA*. En effet, la démonstration du caractère attentatoire à la libre circulation des capitaux de la législation française pourrait tout à fait passer par un court-circuitage de l'étape de comparabilité des situations soumises à l'appréciation de la Cour de justice, afin que cette dernière puisse subséquemment procéder à l'examen des justifications à la différence de traitement révélée, notamment à l'aune des raisons impérieuses d'intérêt général que constituent la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt et celle de préserver la répartition du pouvoir d'imposition entre États membres, pour finalement constater que ladite législation française va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif qu'elle poursuit. En effet, la Cour de justice s'est déjà résolue à réduire à sa plus simple expression l'étape de comparabilité des situations, comme en témoigne sa décision *Scorpio* en date du 3 octobre 2006<sup>40</sup>. Dans un contexte factuel assez similaire à celui étudié, la Cour de justice, interrogée sur la question de savoir si une législation allemande prévoyant une retenue à la source visant uniquement les prestations de services rendues par des non-résidents au profit de preneurs allemands était compatible avec la liberté de prestation de services, a estimé :

*« qu'une législation telle que celle en cause au principal constitue une entrave à la libre prestation des services, prohibée, en principe, par les articles 59 et 60 du traité CEE.*

*Comme le relèvent, à juste titre, les gouvernements ayant présenté des observations et la Commission, ainsi que M. l'avocat général dans ses conclusions, une*

---

<sup>40</sup> CJUE, gr. ch., 3 oct. 2006, aff. C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH, pts 34 à 37

*telle législation est cependant justifiée par la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt sur le revenu.*

*En effet, la procédure de retenue à la source et le régime de responsabilité lui servant de garantie constituent un moyen légitime et approprié d'assurer le traitement fiscal des revenus d'une personne établie en dehors de l'État d'imposition et d'éviter que les revenus concernés échappent à l'impôt dans l'État de résidence ainsi que dans l'État où les services sont fournis. À cet égard, il y a lieu de rappeler que, à la date des faits au principal, soit en 1993, aucune directive communautaire ni aucun autre instrument évoqué dans le dossier ne régissaient l'assistance administrative mutuelle en matière de recouvrement des créances fiscales entre le Royaume des Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne.*

*Par ailleurs, l'application de la retenue à la source représentait un moyen proportionné d'assurer le recouvrement de la créance fiscale de l'État d'imposition. »*

L'économie d'un traitement approfondi de la comparabilité des situations s'illustre également dans les conclusions de l'avocat général sous cet arrêt :

*« la différence de traitement instituée par la législation fiscale allemande ne nous paraît pas être, en tant que telle, contraire aux articles 59 et 60 du traité dans la mesure où, d'une part, les prestataires de services résidents et non-résidents se trouvent dans une situation objectivement différente au regard des impératifs liés au recouvrement de l'impôt et où, d'autre part, la procédure de retenue à la source applicable aux prestataires non-résidents est justifiée par la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt sur le revenu. »*

En outre, il est nécessaire de souligner que la solution Scorpio ne constitue pas une anomalie dans la jurisprudence de la Cour de justice, dans la mesure où le raisonnement qui y a été développé a été repris par la suite<sup>41</sup> :

*« Dans ces conditions, il suffit de rappeler, ainsi que l'a relevé M<sup>me</sup> l'avocat général au point 22 de ses conclusions, qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'application aux prestataires de services non-résidents de la retenue à la source comme technique d'imposition, alors que les prestataires résidents ne sont pas soumis à une telle retenue à la source, tout en constituant une restriction à la libre prestation des*

---

<sup>41</sup> CJUE, 5e ch., 13 juill.2016, aff.C-18/15, Brisal – Auto Estradas do Litoral SA et KBC Finance Ireland c/ Fazenda Publica, pt 21



*services, peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, telles que, par exemple, la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt (voir, en ce sens, arrêts du 3 octobre 2006, FKP Scorpio Konzertproduktionen, C-290/04, EU:C:2006:630, point 35, et du 18 octobre 2012, X, C-498/10, EU:C:2012:635, point 39). »*

La perpétuation d'un tel mode opératoire pouvait contribuer à l'isolation souhaitable de la décision Truck Center SA, dont il convient de rappeler qu'elle ne visait qu'à confirmer la validité même de la retenue à la source comme instrument d'imposition des revenus passifs versés à des non-résidents par l'État de la source.

### **c. Caractère (dis)proportionné de la restriction à la liberté de circulation des capitaux**

Une fois le choix de la Cour de justice effectué quant à la teneur du test de comparabilité des situations à déployer, la probable censure du prélèvement de la retenue à la source sur le terrain de l'article 119,2 du Code général des impôts reposait sur l'issue de l'application du test de proportionnalité.

Les situations visées par les différentes questions préjudicielles auxquelles il a incombé à la Cour de justice de répondre témoignent de la variété des désavantages de trésorerie subis par les sociétés non résidentes déficitaires : de la société non résidente contrainte à un décaissement d'impôt au titre de l'exercice de perception des revenus passifs (contrairement à toute entreprise française déficitaire) à la société non résidente cessant son activité avant d'avoir eu l'occasion d'apurer ses déficits. Par conséquent, il convient de constater que la difficulté posée par la retenue à la source en pareilles occasions relève d'une problématique unique, unicité qui ne saurait être remise en cause par les différences de degré de ladite difficulté. Ainsi, les deux premières questions préjudicielles avaient vocation à faire l'objet d'un traitement unique, examen au terme duquel il apparaissait comme peu probable que la Cour de justice valide le même principe de l'assujettissement des sociétés déficitaires européennes à la retenue à la source, rendant donc sans objet la troisième question.

Quant à l'ultime question préjudicielle portant sur l'assiette de la retenue à la source, et plus particulièrement sur l'éventuelle validité d'un équilibre entre application d'un taux

moindre sur une assiette brute des revenus passifs (par opposition à l'assiette nette pour les sociétés résidentes), il convenait de favoriser l'adoption d'une approche casuistique, à l'image de celle développée par le Conseil d'État dans l'arrêt Reynaerts<sup>42</sup>. En effet, dans une telle hypothèse, l'appréciation de la proportionnalité procède d'une comparaison, tenant compte de l'ensemble des frais afférents à la perception des revenus passifs, entre le sort fiscal d'une société non résidente et, d'une part, le traitement d'une entreprise française. Il convient de préciser que l'analyse doit s'opérer au titre du seul exercice de perception desdits revenus dès lors que la France souhaitera prélever la retenue à la source litigieuse. Il aurait ainsi appartenu alors vraisemblablement à la société non résidente de réclamer la fraction excédentaire payée par référence à ce qu'aurait été le montant de la retenue à la source si elle avait été déterminée sur une assiette nette.

### **C. Apport des conclusions de l'avocat général**

Comme attendu, l'avocat général, dans ses conclusions en date du 7 août 2018, caractérise sans difficulté une restriction à la libre circulation des capitaux, née du traitement moins favorable que réserve la législation française à l'égard des distributions de dividendes bénéficiant à des sociétés non résidentes déficitaires par rapport aux distributions de dividendes versées à des entreprises françaises également déficitaires qui ne sont, alternativement, jamais imposées ou imposées au titre d'un exercice postérieur, générant un désavantage de trésorerie a minima voire un écart permanent. Bien que non invoquée, il est rappelé que le raisonnement ici mené serait identique à l'aune de la liberté d'établissement.

De façon plus étonnante, l'avocat général tire d'une lecture potentiellement volontariste de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice<sup>43</sup> une grille d'appréciation de la comparabilité des situations très large, dont résulterait une extension considérable du champ de

---

<sup>42</sup> Pour rappel, l'arrêt Reynaerts permet, sur demande du contribuable personne physique, le remboursement d'une partie de la retenue à la source en France au motif que, face à l'impossibilité d'imputer la retenue à la source française dans leur pays de résidence, l'imposition des dividendes de source française ne saurait excéder celle qui aurait été la leur s'il avait été résident fiscal français.

<sup>43</sup> CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, pt 68 ; CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 14 décembre 2006, aff. C-170/05, Denkavit Internationaal et Denkavit France c/ Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, pt 35 ; CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 8 novembre 2007, affaire C-379/05, Amurta SGPS c/ Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam, pt 38 ; CJCE, 20 mai 2008, aff. C-194/06, Orange European Smallcap Fund NV, pts 78 et 79) ; CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 10 mai 2012, aff. jtes C-338/11 à C-347/11, Santander Asset Management SGIIC SA, pt 44

la liberté de circulation. En effet, se fondant sur le seul exercice du pouvoir d'imposition par l'État de la source, indépendamment des modalités, il est affirmé au point 38 que :

*« dès qu'un État membre taxe non seulement les actionnaires résidents, mais également les actionnaires non-résidents pour les dividendes reçus d'une société résidente, la situation des actionnaires non-résidents est comparable à celle des actionnaires résidents. »*

Les justifications de la restriction à la liberté de circulation des capitaux sont ensuite rapidement écartées par l'avocat général. D'une part, la nécessité de sauvegarder la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres, dans son acception retenue dans l'arrêt Santander<sup>44</sup>, pourrait être préservée par des mesures non discriminatoires, à l'image d'une retenue à la source indifférente à la résidence de la société destinataire de la distribution de dividendes, et ne saurait être invoquée en l'absence d'imposition des entreprises françaises déficitaires au titre de l'exercice de perception des revenus passifs<sup>45</sup>. D'autre part, la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt est également inopérante en l'espèce, en raison de l'exercice effectif du pouvoir d'imposition de la France concentré en réalité sur les dividendes versés à des sociétés non résidentes<sup>46</sup>.

Quant à la question de la différence d'assiette des retenues à la source selon qu'elles s'appliquent à une entreprise française ou une société non résidente, le caractère dissuasif de l'impossibilité de déduire les frais liés à la perception de dividendes sortants à l'égard de l'investissement dans des entreprises françaises par des sociétés non résidentes européennes met en exergue une restriction à la libre circulation des capitaux. Au stade de l'étude de l'éventuelle justification de la restriction, l'avocat général prendra appui sur la jurisprudence antérieure pour établir la comparabilité des situations<sup>47</sup> et écarter l'invocation de la raison impérieuse d'intérêt général qu'est la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement de

---

<sup>44</sup> CJUE, 3e ch., 10 mai 2012, aff. jtes C-338/11 à C-347/11, Santander Asset Management SGIIC SA, pt 47

<sup>45</sup> CJUE, 3e ch., 10 mai 2012, aff. jtes C-338/11 à C-347/11, Santander Asset Management SGIIC SA, pt 48

<sup>46</sup> CJUE, 3e ch., 10 mai 2012, aff. jtes C-338/11 à C-347/11, Santander Asset Management SGIIC SA, pt 49

<sup>47</sup> Sur la comparabilité des situations à l'égard de la déductibilité des frais professionnels liées à l'activité ayant égnéré les revenus imposables : CJUE, 1ère ch., 2 juin 2016, aff. C-252/14, Pensioenfond Metaal en Techniek c/Skatteverket (PMT), pt 64 ; sur la symétrie de la déduction des frais directement liés aux dividendes entre résidents et non-résidents : CJUE, 1ère ch., 2 juin 2016, aff. C-252/14, Pensioenfond Metaal en Techniek c/Skatteverket (PMT), pt 65 ; sur l'indifférence de la soumission des non-résidents à un taux inférieur à celui auquel sont imposés les résidents : CJUE, 5e ch., 13 juill.2016, aff.C-18/15, Brisal – Auto Estradas do Litoral SA et KBC Finance Ireland c/ Fazenda Publica, pt 33

l'impôt, telle qu'interprétée dans la décision Hirvonen<sup>48</sup>, en rappelant le contexte particulier dans lequel elle a été rendue<sup>49</sup>.

Par voie de conséquence, dans la mesure où l'article 119 bis paragraphe 2 du Code général des impôts instaure un mécanisme, d'une part, donnant lieu au prélèvement immédiat d'une retenue à la source pouvant conduire au constat, dans le meilleur des cas, d'un désavantage de trésorerie, et dans le pire des cas, d'une imposition finale comparativement supérieure aux entreprises françaises et d'autre part, à l'imposition des dividendes sur une base brute, indifféremment au recours d'un taux inférieur à celui de l'impôt sur les sociétés pour l'établissement de la retenue à la source, la censure, à l'aune de la libre circulation de capitaux, apparaissait fortement probable.

**D. CJUE, 22 novembre 2018, aff. C-575/17, Sofina SA, Rebelco SA, Sidro SA : un régime français de retenue à la source condamnable et condamné**

Exception faite de l'analyse développée dans l'arrêt GBL Energy par le Conseil d'État, aucun des éléments exposés précédemment ne plaidait en faveur d'une affirmation de la compatibilité du mécanisme de retenue à la source contenu à l'article 119 bis du Code général des impôts avec la liberté de circulation des capitaux. Ainsi, nul ne sera surpris de la solution retenue par la Cour de justice dans sa décision du 22 novembre 2018, la censure étant difficilement évitable.

En effet, la caractérisation d'une restriction à la libre circulation des capitaux s'est révélée aisée pour la Cour de justice, dans la mesure où l'attribution d'un avantage de trésorerie

---

<sup>48</sup> CJUE, 6e ch., 19 nov. 2015, aff. C-632/13, Skatteverket c/Hilkka Hirvonen

<sup>49</sup> Dans l'affaire Hirvonen, était visée une loi suédoise tenant compte de l'arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2004, Wallentin (C-169/03), qui offrait aux assujettis non-résidents la possibilité de choisir entre le régime d'imposition ordinaire créé pour les résidents et un régime d'imposition à la source destiné aux non-résidents, faits donc radicalement distincts de ceux ici en cause. En considérant au point 49 de l'arrêt, que « *le refus, dans le cadre de l'imposition sur les revenus, d'accorder aux contribuables non-résidents, qui tirent la plus grande partie de leurs revenus de l'État source et qui ont opté pour le régime d'imposition à la source, les mêmes déductions personnelles que celles qui sont accordées aux contribuables résidents dans le cadre du régime d'imposition ordinaire ne constitue pas une discrimination contraire à l'article 21 TFUE lorsque les contribuables non-résidents ne sont pas soumis à une charge fiscale globalement supérieure à celle qui pèse sur les contribuables résidents et sur les personnes qui leur sont assimilées, dont la situation est comparable à la leur* », la Cour de justice a vraisemblablement entendu ne pas faire du droit de l'Union européenne un marchepied à une démarche de *cherry-picking* des aspects les plus favorables de chacun des régimes, au sein même d'un mécanisme offrant le choix au contribuable non résident, contrairement au dispositif de retenue à la source français.

aux seules entreprises résidentes constitue une telle entrave qu'il convient d'apprécier impérativement exercice par exercice, pris individuellement. Elle affirme au point 34 que :

*« la réglementation nationale en cause au principal est susceptible de procurer un avantage aux sociétés résidentes en situation déficitaire, dès lors qu'il en résulte à tout le moins un avantage de trésorerie, voire une exonération en cas de cessation d'activités, alors que les sociétés non-résidentes subissent une imposition immédiate et définitive indépendamment de leur résultat. »*

La Cour de justice se révélera par la suite insensible à la charge fiscale amoindrie par application du taux réduit prévue par la convention fiscale franco-belge en l'espèce. Ainsi, la potentialité de la rémanence d'une double imposition juridique pour les entreprises européennes déficitaires contenue en germe dans l'article 119 bis du Code général suffit à le condamner sur le fondement du droit de l'Union européenne, en ce qu'une telle règle est intrinsèquement source d'une entrave à la libre circulation des capitaux, indépendamment de sa combinaison avec les dispositions de l'État de résidence de la société bénéficiaire de la distribution.

Sur le terrain de la comparabilité des situations entre entreprises résidentes et sociétés non-résidentes, la Cour de justice vient utilement préciser la portée de sa jurisprudence *Truck Center SA*, en réfutant l'argumentaire développé par le gouvernement français selon lequel cette même décision légitimait le recours à une retenue à la source telle que celle contenue à l'article 119 bis du Code général des impôts, technique d'imposition distincte reflétant la différence de situation objective des sociétés non-résidentes pour la France, agissant en qualité d'État de la source dont la capacité de recouvrement est moindre qu'à l'égard des entreprises résidentes. La Cour de justice indique en effet que la légitimité du recours à la technique de la retenue à la source consacrée dans la décision *Truck Center SA* à l'égard des sociétés non-résidentes tenait à la circonstance que les revenus alors en cause étaient en tout état de cause soumis à l'imposition, indépendamment de la résidence de la société les percevant. Ainsi, dès lors que le dispositif français aménage des hypothèses où seules des entreprises résidentes déficitaires jouissent d'un avantage substantiel (effort de trésorerie moindre ou absence d'imposition *in fine* si incapacité à revenir *in bonis*), la différence opérée entre sociétés résidentes et non-résidentes ne se limite pas aux seules modalités de perception de l'impôt mais constitue un élément bien plus structurant dans la mécanique d'imposition, d'où une absence de différence objective pouvant légitimer la différence de traitement.

Si l'insuffisance des justifications invoquées pour légitimer l'entrave mise ici en perspective (à savoir la préservation de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres et l'efficacité du recouvrement de l'impôt) était attendue, il convient de souligner que la Cour de justice invite avec insistance le gouvernement français à introduire un mécanisme de report de l'imposition qu'il peut prélever en tant qu'État de la source à l'endroit des sociétés européennes, auquel aboutit finalement l'imposition différée une fois l'apurement des déficits reportables des entreprises françaises effectué, le recouvrement pouvant être assuré par l'assistance mutuelle en matière de fixation correcte de la quotité d'impôt<sup>50</sup> et de recouvrement d'une créance fiscale dans l'État de résidence<sup>51</sup>.

### **E. Effets d'une telle décision sur le droit interne français**

Consécutivement à la décision de la Cour de justice, il incombe désormais au législateur français d'en tirer pleinement les conséquences, afin d'assurer l'« eurocompatibilité » du mécanisme de retenue à la source interne.

Au-delà du seul article 119 bis du Code général des impôts visant les distributions, le droit interne devra parallèlement subir des modifications à l'égard d'autres revenus. En effet, les redevances de l'article 182 B et les rémunérations relevant du champ d'application de 182 A du même code sont aujourd'hui frappées par des retenues à la source souffrant des mêmes écueils. En outre, il est grandement souhaitable de ne pas négliger l'invocation de cette jurisprudence dans les contentieux en matière de prix de transfert, dans la mesure où les sommes réintégrées par l'Administration dans les bases de l'impôt sur les sociétés sur le fondement de l'article 57 du Code général des impôts sont parallèlement appréhendées comme des revenus distribués frappés par la retenue à la source de 119 bis du même code.

Il convient donc d'ébaucher les futures caractéristiques dudit mécanisme, en supposant que la retenue à la source auxquelles sont soumises les sociétés non résidentes sera déterminée sur une assiette inchangée, face à l'impossibilité pour la société destinataire du flux de revenus passifs, au moment de leur perception, de déterminer avec précision, tant son résultat fiscal à la

---

<sup>50</sup> Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal et abrogeant la directive 77/799/CEE

<sup>51</sup> Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures

fin de l'exercice que le montant des frais lié à l'acquisition desdits revenus. Consécutivement à l'éventuelle constatation d'un déficit au titre dudit exercice de perception des revenus passifs, et potentiellement après l'avoir recalculé selon les règles de droit français pour attester de sa permanence, il appartiendrait à la société européenne de procéder à la transmission d'une réclamation visant à la restitution de la retenue à la source. Une fois l'apurement des déficits acté, ou, plus exactement, lorsque la société non résidente a restauré une position bénéficiaire ayant donné lieu à une imposition effective par l'État de résidence, l'instauration d'une nouvelle obligation documentaire ad hoc permettrait à la France d'assurer l'effectivité du retour de son droit d'imposition à l'endroit de la société non résidente nouvellement *in bonis*.

L'hypothèse alternative de l'instauration d'un mécanisme de sursis accompagnant le prélèvement de la retenue à la source (ayant vocation à prendre fin, selon l'hypothèse considérée, après constatation d'un déficit au titre de l'exercice de perception des revenus ou après apurement des déficits reportables), bien que préférable et expressément visé par la Cour de justice, apparaît comme étant plus incertaine.

### **III. Plafonnement des crédits d'impôt d'origine étrangère au travers de la règle du butoir**

Comme exposé précédemment, sont déterminantes les modalités de calcul du plafond du crédit d'impôt accordé, par la France, aux contribuables ayant encaissé des revenus de source étrangère, en vue de limiter la double imposition juridique. A ce titre, la France a conclu une série de conventions fiscales visant à prévenir la double imposition juridique. Ces conventions prévoient, pour les revenus perçus à l'étranger et soumis à l'impôt sur place par retenue à la source, le recours au système de l'imputation.

Les contribuables assujettis à l'impôt sur les sociétés, percevant des revenus, au cas particulier des dividendes de source étrangère, doivent intégrer ces revenus dans leur base imposable pour leur montant brut ou net de retenue à la source, conformément à l'option dont ils disposent en application de l'article 136 de l'annexe II du Code général des impôts. L'impôt français est calculé sur cette base. Aux fins d'élimination de la double imposition, le contribuable se voit reconnaître, en application de la convention internationale applicable, un crédit d'impôt dont le montant est égal, en principe, à l'impôt payé à l'étranger, sans pouvoir excéder l'impôt qui serait dû sur lesdits revenus étrangers en application du droit fiscal de l'État de résidence. Les conventions fiscales n'indiquent pas explicitement selon quelles modalités doit être calculé le plafond de l'imputation, ou « règle du butoir ». Cette dernière vise à déterminer l'assiette sur laquelle peut s'imputer le crédit d'impôt attaché à un revenu passif sur lequel a été prélevée une retenue dans l'État de la source dudit revenu. Elle ne saurait consister à ne pas accorder l'imputation d'un crédit d'impôt égal à la retenue à la source mais à plafonner l'imputation dudit crédit à hauteur de l'impôt français théorique afférent au revenu en cause.

Telle n'est pourtant pas l'analyse retenue par l'Administration fiscale, tout particulièrement en ce qui concerne l'imputation des crédits d'impôts étrangers afférents aux dividendes perçus par le contribuable partie à des opérations d'emprunts de titres de sociétés étrangères alors qu'en application de dispositions contractuelles, la société rétrocède la majeure partie des dividendes pour leur montant brut aux prêteurs des titres, ouvrant la voie à un contentieux fourni. De façon synthétique, est généralement prévue une rémunération du prêteur à hauteur du montant brut du dividende auquel est additionné une fraction représentative de la rémunération proprement dite du prêt ou dividende manufacturé. L'Administration soutient en effet que ce type d'opération ne se serait pas traduite économiquement pour l'emprunteur par la perception d'un revenu constitué par le dividende de source étrangère, alors qu'elle lui aurait



permis de bénéficier d'un crédit d'impôt attaché à ce dividende. Elle s'emploie alors à tenter de démontrer que la société n'avait pas fait une juste application de la règle du butoir en s'abstenant de tenir compte de la rétrocession du produit des opérations d'emprunt de titres auxquelles sont attachés les crédits d'impôts étrangers, analyse confinante à réduire à zéro le plafond d'imputation et à voir le crédit d'impôt correspondant perdu.

Dès lors, la question est de savoir de quelle manière il convient d'interpréter ce que recouvre la notion de la limite de l'impôt français afférent à ces mêmes revenus, et de savoir s'il convient de se référer à des revenus bruts ou nets de charges, et dans cette dernière hypothèse, nets de quelles charges. Le bienfondé du détournement de la règle du butoir opposé aux entreprises françaises impliquées dans une opération d'emprunt de titres sera examiné tant au regard du droit interne (1.) qu'à l'aune du droit de l'Union européenne (2.).

## **1. Un détournement manifeste de la règle du butoir : une confusion pluridimensionnelle autour du caractère net d'un revenu**

### **1.1 Sur le plan conventionnel :**

#### **1.1.1 Renvoi discutable au droit interne quant à la définition de la notion de « revenu »**

##### **A. Un mouvement de balancier entre Code général des impôts et convention fiscale**

Au travers de la décision min c/ SA Crédit Industriel et commercial Alsace-Lorraine, le Conseil d'État a considéré que la rémunération que le bénéficiaire du crédit d'impôt verse au prêteur des titres dans l'opération d'emprunt de titres de sociétés étrangères doit être retenue pour les besoins de la détermination du calcul du butoir, en venant en réduction de l'assiette de calcul du crédit d'impôt, et, par voie de conséquence, du crédit d'impôt étranger. La Haute assemblée ira jusqu'à affirmer, au travers d'une formulation générale, que « *pour déterminer le montant maximal du crédit d'impôt susceptible d'être imputé sur l'impôt français, [l'assiette retenue est réduite à hauteur de] l'ensemble des charges justifiées directement liées à*

*l'acquisition, à la conservation ou à la cession des titres ayant donné lieu à la perception des dividendes » ouvrant droit à crédit d'impôt.*

Si l'article 220, 1, a) du Code général des impôts pose le principe d'une imputation des crédits d'impôts limitée à la fraction de l'impôt correspondant au montant des revenus auxquels ils sont attachés, il convient de rappeler que le b) du même article prévoit qu' :

*« en ce qui concerne les revenus de source étrangère visés aux articles 120 à 123, l'imputation est limitée au montant du crédit correspondant à l'impôt retenu à la source à l'étranger ou à la décote en tenant lieu, tel qu'il est prévu par les conventions internationales. »*

Dès lors, dans la mesure où la convention fiscale est le fondement textuel dans lequel le crédit d'impôt étranger trouve source, il est naturel que ladite convention puisse en aménager les modalités pratiques de détermination et d'imputation. Ainsi, il est tout aussi logique de se référer à la règle du butoir conventionnelle contenue dans l'article dédié à l'élimination de la double imposition. A ce titre, l'article 23 B du modèle de l'OCDE indique que la déduction des crédits d'impôt « *ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt [...] correspondant [...] aux revenus [...] imposables* », formulation ayant inspiré un grand nombre de conventions liant la France rédigées de telle sorte que le crédit d'impôt attaché au revenu en cause ne peut « *excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus* ».

Dans l'espèce min c/ SA Crédit Industriel et commercial Alsace-Lorraine, le Conseil d'État a prescrit un raisonnement articulé autour du constat préalable selon lequel la convention fiscale en cause ne contenait pas de définition du terme « *revenus* » et que son article 3 posant des définitions générales commandait, dans une telle hypothèse, de se référer aux définitions du droit interne. Dès lors, ayant observé que la convention fiscale ne s'y opposait pas manifestement, le juge de l'impôt a décidé de faire jouer pleinement l'article 39 du Code général des impôts afin de déterminer le plafond d'imputation du crédit d'impôt, analyse hautement critiquable aboutissant à l'affirmation de la formulation générale ci-dessus.

## **B. Critique de la prétendue insuffisance de la convention fiscale au bénéfice d'une application incidente de l'article 39 du Code général des impôts**

En effet, au-delà d'une contradiction manifeste avec toute approche téléologique dans la mesure où la règle du butoir a pour unique fonction d'isoler l'État de résidence des conséquences d'un taux d'imposition supérieur de l'État de la source, l'analyse retenue par la Haute assemblée conduit à faire application de l'article 39 du Code général des impôts au motif que l'article réservé à l'élimination de la double imposition ne précise pas explicitement si les revenus nécessaires à la détermination du plafond d'imputation doivent s'entendre bruts ou nets de charges.

Néanmoins, en l'absence de précision expresse allant en ce sens, peut-être est-il opportun de considérer qu'une lecture stricte de la convention fiscale invite à ne voir dans la seule mention des « revenus » des revenus bruts, l'effort de voir dans le silence de la convention une référence à des revenus nets de toutes charges apparaissant trop important. En outre, la convention en cause dans l'affaire *min c/ SA Crédit Industriel et commercial Alsace-Lorraine* visait, à l'instar d'autres conventions liant la France, « *le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus* ». Il semble naturel de voir dans l'utilisation de l'adjectif démonstratif « *ces* » un renvoi aux revenus qui font l'objet de la présente convention, dont les dividendes de l'article 10. Or, la retenue à la source dont le crédit d'impôt est le pendant est nécessairement déterminée à partir du montant brut du dividende et si certaines conventions fiscales prescrivent un impôt français calculé à partir d'un revenu net pour les besoins de l'application de la règle du butoir<sup>52</sup>, l'existence même de la précision témoigne de la nécessité d'un aménagement rédactionnel pour s'écarter du principe d'une prise en compte des revenus passifs pour leur montant brut. Par conséquent, ce renvoi aux autres articles de la convention doit s'interpréter comme prescrivant une identité entre revenu retenu pour les besoins du calcul du butoir et revenu frappé par la retenue à la source, prohibant toute asymétrie (l'un net et l'autre brut) et permettant de conclure au caractère brut du revenu à retenir.

Les commentaires OCDE sous l'article 23 B étaient non-décisifs sur ce point, en ce qu'ils ne prennent pas parti pour l'une ou l'autre des options, l'analyse retenue par le Conseil

---

<sup>52</sup> Voir les conventions liant la France à l'Espagne, à la Suisse, aux États-Unis ou encore au Japon.

d'État est également critiquable en ce qu'elle conduit *in fine* à constater que l'inclusion des charges dans le calcul du butoir produit les mêmes effets qu'une non-déductibilité de tout ou partie desdites charges. En effet, l'impôt français étant réduit du fait de la moindre ampleur de l'imputation du crédit d'impôt français, il convient de considérer qu'il y a équivalence entre accroissement de l'imposition rémanente supportée par l'entreprise française et augmentation de l'assiette imposable par une moindre déduction des charges liées à l'acquisition du revenu en cause. Autrement dit, s'évince de tout ce qui précède qu'il y a identité entre la solution préconisée par le Conseil d'État, où l'imputation du crédit d'impôt étranger est plafonné du fait d'un butoir déterminé d'après une assiette calculée après déduction de toutes les charges, dont la rémunération de l'opération de prêt de titres, et la situation où serait imputé un crédit d'impôt étranger ignorant la règle du butoir mais calculé à partir d'une assiette marquée par la prohibition de la déduction des charges attachées au revenu d'origine étrangère. Ainsi, le principe de déductibilité d'une charge attachée à un revenu contenu au sein de l'article 39 du Code général des impôts s'en trouve entaché. En effet, il est regrettable que les charges supportées pour l'acquisition d'un revenu ouvrant droit à un crédit d'impôt étranger ne produisent pas les mêmes effets qu'une charge classique, notamment, par exemple, par comparaison avec les charges liées à un revenu exonéré dont la déductibilité n'est pas prohibée.

### **1.1.2 Référence à la notion de revenu net des conventions fiscales internationales**

#### **A. Typologie des conventions fiscales internationales à l'aune de la règle du butoir : celles se référant à la notion de revenu net et celles ne s'y référant pas**

Dans la mesure où le Conseil d'État ne s'est pas prononcé, dans son arrêt min. c/ Crédit industriel et commercial, sur une la distinction à opérer entre les conventions fiscales qui prévoient expressément un plafonnement du crédit d'impôt sur l'impôt français calculé sur les revenus nets et celles qui prévoient un plafonnement calculé sur les revenus bruts, l'Administration fiscale a semblé développer une thèse selon laquelle la notion de revenus s'entend en principe du montant net, de façon indifférente à ladite distinction. Ainsi, le butoir s'appliquerait également aux conventions dans lesquelles la mention est faite des « *revenus nets* ».

Les États disposent en effet d'une liberté certaine quant au choix des modalités d'imputation des crédits d'impôt, comme en témoigne par exemple la rédaction des conventions fiscales signées par l'Italie avec la France et le Royaume-Uni. Il est très clairement indiqué, dans cette dernière convention fiscale, que, bien que le crédit d'impôt soit calculé par rapport au revenu brut italien, le Royaume-Uni est libre d'appliquer son droit interne pour le calcul des modalités d'imputation. Ainsi, s'il était évident que toute convention fiscale renvoie à un revenu net et au droit interne, il serait difficile d'expliquer la précaution rédactionnelle prise par le Royaume-Uni pour faire prévaloir son droit interne sur les termes de la convention, et surtout les modifications apportées par la France à des conventions existantes visant à faire en sorte que le crédit d'impôt imputable en France se calcule désormais par référence à un « *revenu net* » et non plus par référence au « *revenu* »<sup>53</sup>. Il serait curieux qu'une telle modification ait été vainement entreprise s'il est indiscutable que l'acceptation conventionnelle de « *revenu* » renvoie nécessairement à un revenu net et au droit interne.

Ainsi, l'élimination de la double imposition ne saurait passer par l'octroi d'un crédit d'impôt étranger calculé sur une base nette de charge dans l'unique hypothèse où une convention ajoute l'adjectif « *net* ». Dans toutes les autres situations, les stipulations claires des conventions ne faisant pas état d'un revenu net doivent être interprétées strictement : le revenu doit être présumé brut puisqu'il correspond au revenu imposé par voie de retenue à la source. Il s'agit là de l'équilibre de principe de toute convention fiscale auquel les États sont libres de déroger sous réserve d'une mention expresse allant en ce sens, notamment par renvoi aux modalités de calcul des crédits d'impôt en droit interne. Une telle conception permet d'instaurer une égalité de traitement pour les États qui octroient des crédits d'impôt même en l'absence de convention, comme l'illustre l'exemple du Royaume-Uni.

Quant à elle, la France, ne prévoyant pas de crédit d'impôt en l'absence de convention, a accepté de déroger à son droit interne en signant des conventions fiscales. Ainsi, ce n'est que lorsqu'elle se réfère explicitement à la notion de « *revenu net* » qu'elle s'écartere de l'équilibre de principe entre les montants imposables à la source et dans l'État de résidence pour limiter théoriquement l'octroi des crédits d'impôt.

---

<sup>53</sup> Pour ce faire, ont été modifiées par protocoles la convention franco-japonaise en 1995, la convention franco-norvégienne en 1984 et 1995 et ont été conclues de nouvelles conventions avec les États-Unis en 1994, l'Espagne en 1997, l'Australie en 2006, etc ...

S'il convient d'accepter la validité d'une telle distinction entre conventions se référant à la notion de revenu net et celles ne s'y référant pas sur le plan conventionnel, celle-ci se heurte néanmoins au droit de l'UE (voir II, 2), le caractère conventionnel d'une atteinte ne l'excusant pas.

### **B. L'impérative lecture stricte des conventions fiscales internationales**

Conformément à ce qui a été présenté précédemment (I.), selon la logique autour de laquelle s'articule la jurisprudence du Conseil d'État, toute charge est déductible du bénéfice sauf exclusion conventionnelle de la possibilité de déduire la retenue à la source étrangère.

Parallèlement, est singulière la question du partage de l'imposition des revenus pour lesquels le principe est inverse, à savoir que le revenu est brut, sauf si la convention se réfère à l'expression revenu net, admettant alors pour le calcul des crédits d'impôt la prise en compte de charges définies à l'article 39 du Code général des impôts et circonscrites dans la décision min. c/ Crédit industriel et commercial. La logique des conventions fiscales internationales se caractérise par une identité de définition de l'assiette des revenus imposables dans l'État de source et dans l'État de résidence pour les besoins du partage de l'imposition entre eux, et donc une exclusion de la déduction de toute charge des bases de calcul des crédits d'impôt lorsqu'elles se bornent à se référer à la notion de « *revenus* ». Ce n'est que lorsqu'elles se réfèrent explicitement à la notion de « *revenus nets* » que les stipulations claires des conventions autorisent l'application du butoir défini dans l'arrêt min. c/ Crédit industriel et commercial.

Toute autre interprétation visant à voir dans la différence notoire entre « *revenus* » et « *revenus nets* » une simple variété rédactionnelle dont s'évincerait une interchangeabilité irait à l'encontre de l'exigence de lecture littérale des conventions fiscales marquant la jurisprudence du Conseil d'État et priverait de cause les efforts diplomatiques déployés par la France visant à modifier la rédaction des conventions fiscales évoquées ci-dessus qui se faisaient originellement référence au seul mot « *revenus* ».

## **1.2 Sur le plan interne :**

### **1.2.1 Revenus et bénéfices**

D'après la thèse de l'Administration fiscale, par référence à la décision min. c/ Crédit industriel et commercial et en application des dispositions de l'article 39 du Code général des impôts, applicable en matière d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 du même code, il convient de déduire du montant brut de ces dividendes, pour déterminer le montant maximal du crédit d'impôt susceptible d'être imputé sur l'impôt français, l'ensemble des charges justifiées directement liées à l'acquisition, à la conservation ou à la cession des titres ayant donné lieu à la perception des dividendes, et n'ayant pas pour contrepartie un accroissement de l'actif, sauf exclusion par des dispositions spécifiques.

Or, l'article 39 du Code général des impôts, portant sur les règles générales de déduction des charges pour le calcul du bénéfice net imposable et non sur la définition des revenus, ne pose pas de principe de spécialité des charges, où déduction serait uniquement rattachée à l'imposition d'un unique élément de revenu) mais de fongibilité de celles-ci. Il est donc curieux que le Conseil d'État en tire une règle de seule déduction du revenu brut des charges directement liées à l'acquisition, à la conservation ou à la cession de titres ayant donné lieu à la perception de dividendes au titre de la détermination du butoir.

En confondant les notions de revenus et de bénéfices, dès lors que la terme « *revenus* » s'entend en principe du montant brut et non du montant net ou du bénéfice, notamment au regard des conventions fiscales internationales lorsque ces dernières ne visent pas expressément la notion de revenu net ignore que, s'il est incontestable que le Code général des impôts en son article 13, auquel renvoie implicitement le Conseil d'État dans sa décision min c/Crédit industriel et commercial, se réfère indifféremment aux notions de revenus et bénéfices, c'est pour mieux les distinguer ensuite en fonction des catégories imposables.

Ainsi, en ce qui concerne la cédule des revenus des capitaux mobiliers, il n'est plus fait mention de la notion de bénéfices au sein du chapitre VII du livre premier du Code général des impôts et la rédaction des articles visant les revenus encaissés, comme ceux visant les revenus payés, est rigoureusement identique. Ainsi, l'article 122 dudit code, visant les dividendes de source étrangère que le bénéficiaire encaisse, vise expressément les « *revenus bruts* », sous

déduction de la seule retenue à la source. Quant aux dispositions fiscales de droit portant sur les revenus de valeurs mobilières payées par une société, notamment les dividendes, et le cas échéant soumis à retenue à la source, elles reprennent également le terme de « revenu », comme l'illustre l'article 119 bis du Code général des impôts.

A notre connaissance, il n'existe aucun fondement légal ou jurisprudentiel autorisant, comme pour l'article 122 du Code général des impôts, que l'article 119 bis du même code, une combinaison avec l'article 39 pour ouvrir droit à déduction des charges y figurant et, si tel avait été le cas, ladite combinaison aurait dû s'inscrire dans les limites de la jurisprudence *Miljoen/Société Générale*<sup>54</sup> de la Cour de justice de l'Union européenne qui prévoit que la déduction doit être limitée en pratique aux frais de garde des titres, à l'exclusion des frais financiers. En tout état de cause, il serait illogique à ce qu'une même notion de revenu recouvre deux acceptions différentes suivant que l'on se place au versement du revenu ou à son encaissement.

Par ailleurs, il n'est pas davantage fait référence à la notion de revenus au chapitre II du livre premier du Code général des impôts, consacré aux bénéfices industriels et commerciaux, qui reposent sur le concept de variation d'actif net défini à l'article 38 dudit code. Or, le détour par l'article 39 du Code général des impôts que le Conseil d'État dans son arrêt *min. c/ Crédit industriel et commercial* a décidé d'effectuer, pour affirmer que les revenus encaissés doivent toujours s'entendre après déduction des charges, suppose nécessairement que soit appliqué l'article 38 du code général des impôts. Par construction, le partage de l'imposition d'un revenu mobilier entre l'État de source et l'État de résidence n'est pas la résultante d'une variation d'actif net dans ces deux États. Le modèle de convention fiscale de l'OCDE distingue, à l'image du Code général des impôts, les articles « *dividendes* » (article 10) et « *bénéfice des entreprises* » (article 7). La stricte identité de référence au mot « *revenu* » pour la base d'imposition à la source comme pour l'application de l'article relatif à l'élimination de la double imposition ne laisse aucune place à une quelconque application de l'article 38 du Code général des impôts dans la phase de partage de l'imposition des dividendes entre deux États : l'impôt est dû à la source sur un revenu brut et non pas sur un bénéfice réalisé dans l'État de la source ; la double imposition est évitée par l'octroi d'un crédit d'impôt calculé sur la même base, à savoir le revenu brut.

---

<sup>54</sup> CJUE, 17 sept. 2015, B. G. T. Miljoen (C-10/14), X (C-14/14) et Société Générale SA (C-17/14) contre Staatssecretaris van Financiën



Quant à la cédule des revenus fonciers, il suffit de se reporter par exemple aux articles 28 à 31 du Code général des impôts : l'expression « *revenus nets* » désigne sans aucune forme d'ambiguïté une différence entre deux éléments à savoir le revenu brut et les charges de la propriété. Et c'est bien pour définir limitativement les charges déductibles que l'article 31 du même code reprend cette expression. Cela signifie que, sans prise en compte de charges, un revenu est à considérer comme brut, ce qu'illustre la rédaction des articles 29 et 30 du Code général des impôts. Le parallèle peut être fait avec la définition au chapitre VII du livre premier du même code des « *Produits des actions et parts sociales. Revenus assimilés* » : le revenu mobilier est par nature un produit.

En outre, le plafond d'imputation maximal prévu par les conventions a pour seule logique d'assurer entre les deux États une taxation des revenus au taux nominal d'imposition le plus élevé des deux États. Il n'a pas pour objet, et ne saurait avoir pour effet de permettre, par une application déséquilibrée du dispositif, une double imposition résiduelle par le biais d'une taxation sur une base brute à la source imparfaitement compensée dans l'État de résidence en raison de l'octroi d'un crédit d'impôt calculé sur une base nette.

Enfin, l'Administration fiscale ne saurait s'appuyer sur les dispositions de l'article 220, 1., b) du Code général des impôts pour justifier une assimilation entre revenus et bénéficiaires, dès lors que la validité de l'habilitation législative ayant donné lieu à ce décret suscite les doutes les plus sérieux. A cet égard, bien qu'invité par son rapporteur public dans ses conclusions sous l'affaire BPCE, à poser une question prioritaire de constitutionnalité sur la possibilité de report des crédits d'impôt en avant tant sur le fondement du a. que du b. de l'article 220, 1. du Code général des impôts, le Conseil d'État a cru devoir circonscrire le champ de ladite question prioritaire de constitutionnalité à l'article 220, 1. a) du Code général des impôts. Or, l'alinéa a) qui doit seul être pris en compte, ne laisse aucune place au doute quant à sa référence à la notion de revenu brut et non de bénéficiaire ni de revenu net.

### **1.2.2 Revenu net de charges et revenu net de retenue à la source**

Prenant appui sur les dispositions de l'article 136 de l'annexe II du Code général des impôts, l'Administration fiscale défend la thèse selon laquelle les « *revenus de valeurs mobilières nets* » signifient revenus nets de charges, par renvoi à l'article 38 u Code général des impôts et donc à l'article 39 dudit code.

Or, l'article 136 de l'annexe II du Code général des impôts aménage simplement la possibilité de déroger à l'imposition des revenus bruts, c'est-à-dire avant prélèvement de la retenue à la source étrangère, entraînant une pleine et entière déduction des crédits d'impôt. En effet, ledit article autorise les entreprises à ne taxer que les revenus mobiliers nets de retenue à la source mais en ne permettant qu'une imputation aux deux tiers des crédits d'impôt. Il ne s'agit là que d'une pure commodité d'imputation des crédits d'impôt de stricte équivalence arithmétique.

Cet article renvoyant au seul article 220, 1 du Code général des impôts, il est difficile d'y voir, même de façon implicite, un renvoi à l'article 38 du Code général des impôts. Est également peu compréhensible l'argument selon lequel il est possible de s'appuyer sur ce dispositif de liquidation de l'impôt mentionnant des revenus mobiliers nets de retenue à la source pour établir une définition de l'assiette de l'impôt reposant sur des revenus mobiliers nets de charges afférentes à l'acquisition et la conservation de ces mêmes revenus.

## **2. La fragilité de la position française au regard du droit de l'Union européenne : vers la nécessaire caractérisation d'une entrave à la liberté de circulation des capitaux**

La situation ici en cause concerne un cas de double imposition, dans lequel un contribuable résidant en France a obtenu des revenus de la distribution de dividendes dans d'autres États, aussi bien de l'Union que de tiers. Le calcul du plafond d'imputation des crédits d'impôt précédemment décrit peut laisser à penser qu'il induit une discrimination par une prise en compte asymétrique des charges entre les revenus domestiques et les revenus transfrontaliers, conduisant à la constatation d'une charge fiscale plus lourde en présence d'un élément d'extranéité que dans un contexte purement interne. Un tel constat invite à vérifier si ce désavantage s'inscrit en violation du principe de libre circulation des capitaux de l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

## **2.1 Asymétrie fonctionnelle des charges entre revenus domestiques et revenus transfrontaliers : existence d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux**

### **2.1.1 Le juge de l'impôt français entre approximation et précipitation**

Dans sa décision Sté Crédit Agricole<sup>55</sup>, le Conseil d'État a affirmé, au travers d'une formulation *a priori* très générale, que la règle du butoir de l'article 220 du Code général des impôts n'institue aucune différence de traitement susceptible de constituer une restriction à la libre circulation des capitaux. Ainsi, au considérant 3, il est indiqué que :

*« [...] le paragraphe n° 95 de la documentation de base 4-H-5411 se borne, en ce qui concerne les crédits d'impôt d'origine étrangère, à réitérer la règle exprimée à l'article 220 du code général des impôts qui, dès lors qu'elle s'applique indifféremment aux crédits d'impôt d'origine étrangère et aux crédits d'impôt d'origine française, n'institue aucune différence de traitement susceptible de constituer une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée par l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».*

Si les termes de ce considérant pourraient laisser à penser qu'il est incongru de douter du respect des libertés de circulation par le butoir français tant la formule se présente comme un brevet d'eurocompatibilité, il convient de rappeler que le présent arrêt ne porte seulement que sur un pan limité de la question. En effet, la doctrine administrative susmentionnée autorisait alors l'imputation de crédits d'impôt d'origine française sur une quotité d'impôt sur les sociétés à taux réduit tout en refusant de faire de même pour les crédits d'impôt d'origine étrangère.

Dans l'affaire min. c/ Crédit industriel et commercial, le Conseil d'État était interrogé sur l'existence d'une discrimination visant les dividendes de source étrangère au travers du plafonnement du crédit d'impôt y afférent, conduisant à une imposition plus lourde que les dividendes versés dans un contexte purement interne. Étonnamment, le rapporteur public recommandera de faire application de la solution Sté Crédit Agricole alors que la question en cause était sensiblement différente. Là encore, il peut sembler surprenant de constater que la

---

<sup>55</sup> CE, 9e et 10e ss-sect., 29 oct. 2012, n° 337253, Sté Crédit agricole SA

Haute juridiction a eu recours à l'économie des moyens, conduisant à une absence de réponse sur ce point dans sa décision.

### **2.1.2 Le constat nécessaire de l'existence d'une restriction**

#### **A. Une règle du butoir n'étant pas, par essence, contraire au droit de l'Union européenne**

Dans l'attente d'une éventuelle mise en œuvre des projets de l'Union européenne (d'une part, visant à instaurer un ensemble unique de règles pour déterminer l'imposition des bénéficiaires pour un Assiette Commune pour l'Impôt sur les Sociétés (ACIS) et, d'autre part, la consolidation des bénéficiaires et des pertes afin de déterminer un résultat fiscal européen (ACCIS)), il convient de constater que, hormis d'initiatives ponctuelles d'harmonisation (directives mère-fille, fusion et épargne), nulle règle de droit primaire ou dérivé ne pose de règles générales en ce qui concerne la répartition du pouvoir d'imposer ou l'élimination de la double imposition entre États membres. En effet, il s'évince de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'il incombe aux États membres de fixer les critères de répartition de leurs compétences fiscales respectives et d'aménager, s'ils le souhaitent, des mesures d'élimination de la double imposition, alternativement au travers d'un mouvement unilatéral trouvant sa source dans le droit interne ou par la conclusion de conventions fiscales internationales bilatérales<sup>56</sup>. Tout État membre jouit d'une large liberté lui permettant de s'affranchir de toute obligation expresse d'éliminer la double imposition par voie d'exonération du revenu étranger perçu par un de ses résidents ou au travers de l'octroi d'un crédit d'impôt lié au prélèvement d'une retenue à la source par l'État membre de la source. Le célèbre point 20 de la décision Kerckhaert et Morres synthétise en effet encore aujourd'hui l'état du droit de l'Union :

*« [...] les conséquences défavorables que pourrait entraîner l'application d'un système d'imposition des revenus [...] découlent de l'exercice parallèle par deux États membres de leur compétence fiscale. »*

La souveraineté des États membres en matière de fiscalité directe peut donc légitimer le choix d'un État membre de n'éliminer, aussi bien totalement que partiellement, une double

---

<sup>56</sup> CJCE, gr. ch., 14 nov. 2006, aff. C-513/04, Kerckhaert et Morres, pt 22. ; CJCE, 12 mai 1998, aff. C-336/96, Époux Robert Gilly, pts 24 et 30

imposition née d'un contexte européen. Il convient de rappeler que, dans sa décision Époux Robert Gilly, la Cour de justice avait considéré que l'octroi d'un crédit d'impôt supérieur à la quotité d'impôt national théorique se traduirait par une perte de recettes fiscales et donc par une atteinte à la souveraineté fiscale des États membres. La prégnance du caractère impératif de la sauvegarde de la souveraineté fiscale d'un État membre est souvent illustrée<sup>57</sup> :

*« [...] il est clair que le droit de l'Union n'exige pas d'un État membre qu'il mette le contribuable à l'abri de tous les inconvénients qui, du point de vue fiscal, peuvent découler de la perception de revenus en provenance d'autres États. Pour revenir à l'exemple chiffré que j'ai pris dans le point précédent, si le taux appliqué dans l'État étranger est plus élevé que le taux allemand, on ne peut en aucun cas attendre du droit allemand qu'il compense cette différence. ».*

Cependant, la liberté dont jouit un État membre dans la prise en compte de l'impôt étranger dans la détermination de sa propre compétence fiscale ne saurait produire des effets traduisant une violation de la nécessité de respecter le droit de l'Union européenne. En effet, ladite liberté ne se présente pas comme un blanc-seing légitimant une discrimination entre revenus de source étrangère et revenus de source nationale. Si l'État membre de résidence n'entreprend aucune démarche visant à éliminer la double imposition et que le traitement est identique entre dividendes internes et dividendes étrangers, le droit de l'Union européenne s'en trouve respecté, comme en témoigne la décision Kerckhaert et Morrès. Néanmoins, si l'État membre de résidence entend déployer des efforts de réduction des effets de la double imposition, il doit en aller ainsi à l'égard de tous les revenus, quelle que soit leur source. Ainsi, il a pu être jugé que l'accroissement de la charge fiscale lié à l'imputation partielle de la retenue à la source française frappant des dividendes français perçus par un résident italien ne constituait pas une mesure restrictive, dans la mesure où un abattement 60% était appliqué tant aux dividendes de source italienne que de source étrangère<sup>58</sup>.

Ainsi, en ce qui concerne un mécanisme tel que le butoir français, il appert de la jurisprudence de la Cour de justice que le critère d'identification d'une atteinte au droit de l'Union européenne tient en un traitement effectif moins favorable des revenus de source étrangère que des revenus de source interne. Dès lors, si la règle du butoir se présente comme

---

<sup>57</sup> Concl. P. Mengozzi, pt 37, ss CJUE, 2e ch., 28 févr. 2013, aff. C-168/11, Beker c/ Finanzamt Heilbronn

<sup>58</sup> CJUE, 6e ch., 4 févr. 2016, aff. C-194/15, Baudinet et a. c/ Agenzia delle Entrate (Direzione Provinciale I di Torino)

un mécanisme conforme dans son principe aux libertés communautaires, il convient de s'assurer que son application concrète ne donne pas lieu à une discrimination contraire au droit de l'Union européenne, ce dont il est permis de douter.

### **B. Différences en cascade entre butoir sur crédit d'impôt français et butoir sur crédit d'impôt étranger : un traitement plus favorable des revenus mobiliers de source française**

A titre liminaire, il convient de préciser qu'il apparaît comme impossible de prendre appui sur l'arrêt *Sté Crédit Agricole SA*<sup>59</sup> pour considérer que le butoir sur revenus français et le butoir sur revenus étrangers sont identiques et qu'il ne saurait, dans ces conditions, exister une quelconque discrimination. Avant de démontrer cette absence d'identité, il convient de souligner que les arrêts *BPCE* et *Société Crédit Agricole*<sup>60</sup> sont revenus sur l'arrêt *Sté Crédit Agricole SA*. Tout raisonnement selon lequel la règle du butoir sur les revenus français et celle sur les revenus étrangers seraient de même nature doit donc être considéré comme caduc.

Les règles applicables aux crédits d'impôts de source française relèvent de l'article 220, 1 a. du Code général des impôts, alors que celles afférentes aux crédits d'impôt de source étrangère sont énoncées à l'article 220, 1 b. du Code général des impôts. Sans revenir sur la question de la légalité du b. de l'article 220,1 du Code général des impôts, il faut observer que les termes des deux alinéas diffèrent totalement.

A la différence de l'article 220, 1 b. du Code général des impôts, le texte de l'article 220-1 a. du même code prévoit en effet une imputation du crédit d'impôt sur l'impôt sur les sociétés assis sur le revenu brut, dès lors qu'il est fait référence dans cet article à la notion de revenus « *perçus* » ; il est procédé au renvoi à certains articles du Code général des impôts limitativement énumérés se référant eux aussi à la notion de revenus (mobiliers) bruts.

Dès lors, s'il était considéré, que les principes de l'article 220, 1 b. du Code général des impôts imposent un plafonnement des crédits d'impôts calculé en tenant compte des charges, au sens de l'article 39 du même code, directement liées à la perception des revenus, il existerait

---

<sup>59</sup> CE, 9e et 10e ss-sect., 29 oct. 2012, n° 337253, *Sté Crédit agricole SA*

<sup>60</sup> CE, 9e et 10e ch., 26 juin 2017, n°386269, *Sté Crédit agricole SA* et CE, 9e et 10e ch., 26 juin 2017, n°406437, *Sté BPCE*

de fait une différence fondamentale entre le plafonnement applicable aux crédits d'impôts français (sur un revenu perçu et donc nécessairement « brut ») et celui applicable aux crédits d'impôts étrangers.

La démonstration étant faite du traitement plus favorable réservé aux revenus mobiliers français, il semble nécessaire d'explicitier la façon dont le butoir des crédits d'impôt sur revenus étrangers aurait dû être calculé en conformité avec les prescriptions de la jurisprudence européenne.

### **C. Retenue à la source et charges à retenir pour la détermination de son assiette : éclairage européen**

S'il a été affirmé par le Conseil d'État dans son arrêt min. c/Crédit industriel et commercial qu'il convient de déduire du montant brut des dividendes l'ensemble des charges justifiées directement liées à l'acquisition, à la conservation ou à la cession des titres ayant donné lieu à la perception desdits dividendes, conformément aux dispositions de l'article 39 du Code général des impôts et du I de l'article 209 du même code, le juge européen a pu privilégier une approche différente.

En effet, dans un arrêt JBGT Miljoen et Société Générale SA<sup>61</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a retenu une autre assiette, en se prononçant sur le cas des dividendes d'origine néerlandaise reçus par une banque française soumis à une retenue à la source de 15% aux Pays-Bas. En application de la convention franco-néerlandaise, la banque avait, en principe, droit à un crédit d'impôt en France égal à la retenue à la source. Néanmoins, du fait d'un exercice déficitaire, elle n'était pas en mesure d'utiliser le crédit d'impôt qui était donc, en principe, tombé en non-valeur.

En l'espèce, la banque observait que les résidents néerlandais étaient certes également soumis à la retenue à la source, mais avec la différence que ces derniers étaient en mesure d'imputer la retenue à la source sur l'impôt sur les sociétés néerlandais dû au titre des dividendes, et d'en obtenir le remboursement en cas d'excédent, notamment dans le cas où, du fait de l'imputation des charges, l'impôt sur les sociétés était *in fine* inférieur à la retenue à la

---

<sup>61</sup> CJUE, 3e ch., 17 sept. 2015, aff. C-10/14, JBGT Miljoen, aff. C-14/14, X et aff. C-17/14, Sté Générale SA

source. La banque, qui était dans l'impossibilité d'utiliser le crédit d'impôt en France, arguait que l'assiette de la retenue à la source devait être réduite des charges afférentes aux dividendes. En d'autres termes, elle tentait de limiter l'application de la retenue à la source à la marge économique qu'elle réalisait effectivement. La banque souhaitait ainsi que ces dépenses incluent tous les frais économiquement liés aux opérations sous-jacentes (par exemple coût du financement de l'acquisition des actions, coût de la couverture du risque y attaché, ...).

La Cour de justice de l'Union européenne s'est référée à sa jurisprudence traditionnelle pour considérer qu'il fallait tenir compte, pour le calcul de l'assiette, des frais professionnels directement liés à l'activité générant les revenus. Ici, il ne s'agit que des seuls les frais directement liés à la perception des dividendes<sup>62</sup> :

*« Société Générale fait valoir que, en cas de couverture d'un risque financier (« hedging »), doivent être pris en compte non seulement les frais directement imputables aux dividendes, mais également les résultats négatifs des cours et des transactions sur d'autres actions ou positions que celles dont résultent les dividendes mais qui y sont tout de même liées (...). En particulier, s'agissant d'un revenu perçu sous la forme de dividendes, un tel lien n'existe que si lesdits frais, (...), sont directement liés à la perception, en elle-même, de ce revenu (voir, en ce sens, arrêt Commission/Allemagne, C-600/10, EU :C :2012 :737, point 20). [...] Il en découle que seuls des frais qui sont directement liés à la perception, en elle-même, des dividendes doivent être pris en compte aux fins de comparer la charge fiscale incombant aux sociétés ».*

La Cour de justice de l'Union européenne exclut ainsi de tenir compte de charges autres que les droits de garde pour déterminer les revenus auxquels s'applique la retenue à la source. Dans ses conclusions, l'avocat général justifie cette solution ainsi<sup>63</sup> :

*« La Cour a précisé que l'existence d'un lien direct au sens de cette jurisprudence résulte du fait que la dépense soit indissociable de l'activité produisant les revenus imposables concernés, comme c'est le cas de dépenses nécessaires pour l'exercice de l'activité produisant ces derniers. Elle a déjà jugé, en particulier, qu'il est possible*

---

<sup>62</sup> CJUE, 3e ch., 17 sept. 2015, aff. C-10/14, JBG T Miljoen, aff. C-14/14, X et aff. C-17/14, Sté Générale SA, pt.56 et s.

<sup>63</sup> Concl. J. Kokott, pt.93 ss CJUE, 3e ch., 17 sept. 2015, aff. C-10/14, JBG T Miljoen, aff. C-14/14, X et aff. C-17/14, Sté Générale SA



*qu'un tel lien direct existe s'agissant d'un revenu perçu sous forme de dividendes, en précisant notamment que, si les frais en cause peuvent, le cas échéant, être directement liés à un montant versé à l'occasion d'une opération de transaction de titres, ils doivent également être directement liés à la perception de ces dividendes ».*

Cette analyse et la solution retenue par la Cour de justice concernent, certes, l'assiette de l'impôt prélevé à la source, et non celle d'un impôt théorique calculé dans l'État de résidence. Toutefois, le mode de raisonnement ne serait pas différent si la question posée avait concerné la limitation de l'imputation du montant d'impôt étranger sur l'impôt dû dans l'État de résidence, dès lors que l'objectif d'élimination de la double imposition pour satisfaire aux obligations du Traité en matière de libre circulation des capitaux ou de liberté d'établissement est partagé. Ainsi, à la différence de la jurisprudence française, la Cour de justice ne retient que les frais qui sont directement liés à la perception du revenu.

#### **D. Une jurisprudence communautaire centrée autour d'une effectivité pratique de la prise en compte des charges exposées pour donner lieu à une charge fiscale indifférente à la source du revenu**

Il s'évince de la jurisprudence de la Cour de justice qu'il doit être une attention toute particulière doit être portée à aux modalités pratiques d'application et à la portée effective d'un mécanisme dans l'étude d'une éventuelle caractérisation d'une discrimination.

Ainsi, dans une affaire Groot<sup>64</sup>, la Cour de justice a été interrogée sur la confrontation entre liberté de circulation des travailleurs et le régime néerlandais d'exemption avec progressivité de certains revenus provenant d'États auxquels sont conventionnellement liés les Pays-Bas. Ledit dispositif consistait en une imposition dans l'État d'exercice de l'activité salariée, en vertu de la logique traditionnelle d'attribution de la matière imposable en la matière, et en une exonération aux Pays-Bas desdits revenus sous réserve d'un mécanisme de taux effectif. L'exonération par réduction d'impôt était déterminée de la sorte : (impôt théorique sur les revenus mondiaux - obligations alimentaires et diverses réductions/abattements) - quotité d'impôt afférente aux revenus étrangers. Les charges personnelles liées au contribuable étaient

---

<sup>64</sup> CJCE, 5e ch., 12 déc. 2002, aff. C-385/00, F. W. L de Groot

partant mathématiquement étalées sur les revenus nationaux et étrangers et donnaient ainsi lieu à une imputation effective au prorata des revenus néerlandais.

Bien que contraire aux enseignements de l'arrêt Schumacker<sup>65</sup>, en vertu desquels, en matière d'impôt sur le revenu, c'est à l'État de résidence d'assurer la prise en compte des avantages fiscaux liés à la situation personnelle et familiale du contribuable, la défense du gouvernement néerlandais s'appuyait sur les disparités entre régimes fiscaux, tenant notamment à l'absence de prise en compte des charges personnelles par les États d'emploi.

La Cour de justice jugera que la perte partielle des avantages fiscaux du résident trouve sa seule source dans la législation néerlandaise par dilution des abattements attachés à la qualité de résident des Pays-Bas du contribuable et conclura à l'existence d'une entrave à la libre circulation des travailleurs du fait de l'effet dissuasif de l'exercice d'activités salariées hors des Pays-Bas.

Témoigne également de l'approche *in concreto* de la Cour de justice, en ce qu'elle s'attache aux effets pratiques de la règle de droit plus qu'à la règle elle-même, la décision Beker<sup>66</sup>. Ici, était confronté à la liberté de circulation des capitaux un butoir plafonnant l'imputation de crédits d'impôt relatifs à des revenus de source étrangère perçus par un particulier résident allemand au travers d'un rapport revenus étrangers/revenus mondiaux, ces derniers étant déterminés sans prise en compte de charges générales (situation personnelle et familiale, ...). L'exclusion de ces charges conduisait à une minoration du prorata d'imputation des crédits d'impôt par majoration du dénominateur et donc à une charge fiscale plus lourde pour le résident allemand percevant des revenus de source étrangère que dans un contexte purement interne. Cette ventilation des charges du contribuable selon la source du revenu produit les mêmes effets qu'un rejet de la déduction d'une partie desdites charges à concurrence de la part de revenus de source nationale. En dépit du mécanisme d'élimination de la double imposition (exemption contre crédit d'impôt), il convient d'observer que cette affaire présente une similitude avec la décision Groot dans la mesure où le contribuable est pénalisé par le rejet pratique de la quote-part de charges exposées par le contribuable liées aux revenus étrangers. La Cour de justice constatera l'existence d'une entrave à la liberté de circulation des capitaux,

---

<sup>65</sup> CJCE, 14 févr. 1995, aff. C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt c/ Roland Schumacker

<sup>66</sup> CJUE, 2e ch., 28 févr. 2013, aff. C-168/11, Beker c/ Finanzamt Heilbronn

témoignant de l'attachement du juge européen aux effets concrets de la règle plus qu'au caractère formel de la restriction.

**E. Un impératif de prise en compte de la réalité des effets de la règle du butoir telle qu'interprétée par l'Administration fiscale française**

Comme l'illustre le tableau récapitulatif ci-dessous, ce n'est pas la retenue à la source à l'étranger qui crée *per se* l'entrave à la liberté de circulation des capitaux, mais bien la façon dont la France calcule les modalités d'imputation des crédits d'impôt au titre des revenus mobiliers étrangers : ces derniers sont indiscutablement taxés de façon plus lourde, après crédit d'impôt, que les revenus français.

Pour s'en convaincre, il suffit de comparer la législation applicable, d'une part, à un emprunt de titres français et, d'autre part, à un emprunt de titres étrangers. Afin de simplifier la présentation des données, il convient de préciser qu'il est fait abstraction de la contribution sociale de l'article 235 ter ZC du Code général des impôts et que les dividendes étrangers sont pris en compte fiscalement pour leur montant net de retenue à la source, en exerçant l'option offerte par l'article 136 de l'annexe II du Code général des impôts.

	Titres français	Titres étrangers	
		Déduction à l'étranger des frais de garde (décision Société Générale/Miljoen) Déduction en France des frais de garde et de la rétrocession de dividendes (décision CIC)	Combinaison des décisions Société Générale/Miljoen et Beker : déduction en France et à l'étranger des frais de garde
Dividende brut	100,00	100,00	100,00
Frais de garde	-10,00	-10,00	-10,00
Retenue à la source	0,00	-13,50	13,50
Rétrocession de dividendes	-95,00	-95,00	-95,00
Autres revenus liés à l'activité globale de prêt/emprunt	900,00	900,00	900,00
Autres charges d'exploitation	-800,00	-800,00	-800,00
Bénéfice taxable	95,00	81,50	81,50
Impôt sur les bénéfices (33,33%)	31,66	27,16	27,16
Crédit d'impôt imputable	0,00	0,00	9,00
Charge nette d'impôt sur les sociétés	-31,66	-27,16	-18,16
Charge fiscale totale (impôt sur les sociétés après imputation du crédit d'impôt étranger et retenue à la source)	-31,66	-40,66	-31,66

Dans la colonne de gauche, est envisagée une situation impliquant uniquement des dividendes de source française, n'impliquant donc pas de retenue à la source et de crédit d'impôt

imputable. Après détermination des autres revenus et des charges imputables, il sera déterminé un bénéfice net, après impôt.

Dans la colonne du milieu, il est supposé une situation où le droit fiscal du pays étranger prévoit que la retenue à la source est imposée sur une assiette nette composée du montant brut du dividende étranger réduit des seuls frais de garde, selon l'arrêt de la Cour de justice Société Générale/Miljoen. En France, en revanche, le crédit d'impôt est imputable sur une assiette nette composée du montant brut du dividende étranger sous déduction de l'ensemble des charges y afférentes telles que définies par l'arrêt min. c/Crédit industriel et commercial. Dès lors, le crédit d'impôt imputable est nul et le bénéfice net est minoré. Ces modalités, ont pour effet de neutraliser le crédit d'impôt dont la vocation était pourtant de neutraliser l'imposition à la source. Dans le cadre d'une opération d'emprunt de titres, l'arrêt min. c/Crédit industriel et commercial tend en effet à supprimer toute possibilité d'imputation du crédit d'impôt par l'emprunteur des titres, dans la mesure où la rémunération de l'emprunt excède le montant des dividendes reçus.

Dans la colonne de droite, il est supposé enfin, une situation où le droit fiscal du pays étranger prévoit que la retenue à la source est imposée sur une assiette nette composée du montant brut du dividende étranger réduit des seuls frais de garde, conformément à l'arrêt Société Générale/Miljoen. Il est supposé également que les autorités françaises admettent que le crédit d'impôt est imputable sur l'impôt français calculé sur le montant brut du dividende étranger sous déduction des seuls frais de garde également. Ce n'est que dans cette dernière situation, où État de source et État de résidence retiennent les mêmes charges, conformément à la jurisprudence européenne, que le contribuable retrouve le niveau de bénéfice net qu'il aurait obtenu dans l'hypothèse d'encaissement de dividendes de source domestique. Au travers de cette asymétrie, le butoir appliqué par la France contrevient à la libre circulation des capitaux. Il est en outre, de nature à dissuader toute société membre de l'Union à s'établir en France sous forme de filiale ou de succursale pour réaliser des opérations d'emprunt de titres.

## **2.2 L'impossible justification d'une telle restriction**

Si la préservation de la répartition des compétences fiscales entre les États membres peut éventuellement raison impérative d'intérêt général de nature à justifier une restriction aux libertés fondamentales, à condition que les mesures prises soient propres à garantir la réalisation

de l'objectif invoqué et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci<sup>67</sup>, il convient d'examiner si elle peut être utilement invoquée par l'Administration fiscale française.

### **2.2.1 Une invocation inopérante des jurisprudences *Kerkhaert & Morrès* et *Baudinet***

Selon l'arrêt *Kerkhaert & Morres*, confirmé par la décision *Baudinet*, lorsqu'un État de résidence ne distingue pas, pour l'assiette et le taux d'imposition, les revenus de source étrangère et les revenus de source domestique, et que les revenus de source étrangère se trouvent plus lourdement imposés en raison d'une retenue à la source étrangère, ce désavantage résulte de l'exercice parallèle de leurs compétences fiscales par les États concernés. Il ressort sans conteste possible de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que les États Membres peuvent exercer parallèlement leur compétence fiscale. Les États Membres de l'Union Européenne ont, en ce sens, un droit légitime à prélever des retenues à la source.

Mais, ces arrêts sur lesquels se fonderait implicitement toute analyse tendant à justifier la restriction en cause par l'exercice parallèle de compétences fiscales ne traitent pas des questions soulevées par la présente affaire qui concernent la prise en compte de charges pour déterminer le droit à crédit d'impôt. Il est donc impossible de s'appuyer sur eux et, en tout état de cause, de s'abstenir de faire le lien avec l'arrêt *Beker* rappelé ci-dessus, qui se trouverait dépourvu de toute portée pratique si l'on suivait une lecture contraire.

Les décisions *Kerkhaert & Morres* et *Baudinet* n'ont pas abordé la question de l'incompatibilité de dispositions limitant l'imputation des crédits d'impôt conventionnels avec l'article 63 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ils ne sauraient donc être invoqués pour justifier la compatibilité du dispositif français avec le droit de l'Union. Le premier arrêt concernait en effet des dividendes taxés au taux de 25% par voie de précompte libératoire, s'ils étaient de source belge, et par voie de rôle, s'ils étaient de source étrangère. Dans les deux cas, l'actionnaire belge n'avait droit à aucun crédit d'impôt. Le second arrêt concernait des dividendes de source française encaissés par des personnes physiques résidant en Italie. En Italie, les dividendes de source italienne comme les dividendes de source étrangère

---

<sup>67</sup> Notamment arrêts du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, pt. 49) ; Marks & Spencer (pt. 53), et Waypoint Aviation (pt. 27)

bénéficient d'un abattement de 60% qui n'a pas la nature d'une charge forfaitisée mais celle d'une réfaction destinée à éliminer la première imposition que constitue celle des résultats ayant donné lieu à la distribution des dividendes, imposés ensuite entre les mains de l'actionnaire italien. Par construction, les dividendes étrangers se trouvent imposés plus lourdement que les dividendes italiens puisque l'abattement de 60% réduit en proportion le crédit d'impôt étranger. Mais la Cour de justice ne pouvait qu'approuver cette différence de traitement puisque l'abattement de 60% est accordé à tous les dividendes, quel que soit le lieu de situation de la société distributrice. Par conséquent, dans ces deux cas de figure, il n'y avait pas de distorsion dans les modalités d'imposition des revenus étrangers par l'État de résidence. Seul l'État de la source aurait pu éventuellement remédier à la double imposition en renonçant à prélever une retenue à la source.

Il en va tout autrement dans la situation objet de la présente étude. En effet, là où les dividendes belges et italiens en cause étaient imposables pour leur montant brut, l'Administration fiscale entend ici prendre en compte des charges pour asseoir l'imposition après crédit d'impôt des dividendes étrangers encaissés par l'emprunteur de titres de sociétés étrangères. Or, un tel plafonnement en fonction des revenus nets de charges n'est pas appliqué lorsque sont en jeu des revenus mobiliers de source française. L'assiette d'imposition n'est donc pas la même entre revenus mobiliers français et revenus étrangers pour la base d'imputation des crédits d'impôt, alors que cette assiette (hors effet spécifique de tout abattement) était identique pour les dividendes belges et italiens.

### **2.2.2 La mise en exergue d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux par la jurisprudence pertinente de la Cour**

Dès lors que des revenus doivent être imposés sur une base nette de charges, ce ne sont pas les arrêts *Kerkhaert & Morres* et *Baudinet*, traitant du droit d'imposer des revenus bruts entre deux États qui doivent prévaloir, mais c'est la jurisprudence qui définit les modalités de prise en compte des charges rattachables auxdits revenus, tant pour l'assiette des retenues à la source que pour celles du calcul des crédits d'impôt, qu'il convient de retenir.

A l'instar des arrêts *Kerkhaert & Morres* et *Baudinet*, ladite jurisprudence borne, par une stricte prise en compte des charges, les modalités de l'exercice par les États membres de leurs compétences parallèles. En effet, s'agissant de l'assiette d'imposition à la source des non-

résidents par voie de retenue à la source, l'arrêt Miljoen /Société Générale SA sont venus préciser la nature des frais qui sont à considérer comme des charges directement liées à la perception des dividendes. Quant à l'étendue de ces charges à prendre en compte pour le calcul du butoir, c'est l'arrêt Beker qui a fixé les limites de sorte que le butoir ne soit pas source de discrimination entre les revenus de source domestique et ceux de source étrangère.

Le fait que la France ait choisi, dans les conventions en cause, la méthode de l'imputation pour effacer la double imposition, et non celle de l'exonération, ne la dispense pas de l'obligation, de respecter le droit de l'Union lorsqu'elle fait application d'une convention fiscale, et ce, quelle que soit la rédaction de cette dernière.

Il ne saurait donc être admis que l'État de résidence dispose de la faculté de discriminer les revenus étrangers dans leurs modalités d'imposition, par le biais d'un calcul inéquitable du butoir, revenant à priver de toute portée l'arrêt Beker de la Cour de justice de l'Union européenne.

### **2.3 Respect de l'obligation communautaire de neutralisation de l'imposition à la source**

Il convient de rappeler que la Cour de justice a affirmé dans son arrêt Kerckhaert & Morres qu'il « *appartient aux États-Membres de prendre les mesures nécessaires pour prévenir les situations [de double imposition] en utilisant, notamment, les critères de répartition suivis dans la pratique fiscale internationale* », dans la perspective d'une élimination des discriminations contraires à la libre circulation des capitaux. Dès lors, il est logique que l'État de résidence ne doit pas réduire le crédit d'impôt effectivement imputable par la prise en compte d'autres charges que l'État de la source n'a pas acceptées en déduction pour le calcul de ladite retenue. Il s'agit là pourtant du résultat de l'analyse retenue par l'Administration fiscale, conduisant à la constatation d'une discrimination à l'endroit des revenus mobiliers étrangers par comparaison à ceux d'origine française.



### **2.3.1 Un exercice du pouvoir d'imposer à la source un revenu net conditionné à l'élimination de la double imposition dudit revenu**

Il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que si l'éventuelle situation de discrimination qui proviendrait de la faculté exercée par un État membre de prélever une retenue à la source peut ne pas constituer une entrave à la libre circulation des capitaux, c'est à la condition que l'imposition à la source soit neutralisée de façon effective. Ainsi, la Cour de justice a pu affirmer sans équivoque aux points 80 et suivants de sa décision *Miljoen/Société générale* qu' :

*« afin d'atteindre l'objectif de neutralisation, l'application de la méthode de déduction devrait permettre que l'impôt sur les dividendes prélevé par l'État membre de la source des dividendes soit entièrement déduit de l'impôt dû dans l'État de résidence du contribuable bénéficiaire de ces dividendes, de telle manière que, si lesdits dividendes sont finalement grevés plus lourdement que les dividendes versés aux contribuables résidant dans l'État membre de la source de ces dividendes, cette charge fiscale plus lourde puisse être imputée non plus à ce dernier État, mais à l'État de résidence du contribuable bénéficiaire qui a exercé son pouvoir d'imposition [...] »*

Dès lors la Cour en tirera les conséquences au point 90 :

*« [...] Dans l'hypothèse où l'existence d'une restriction aux mouvements de capitaux est établie, celle-ci peut être justifiée par les effets d'une convention bilatérale tendant à éviter la double imposition, conclue par l'État Membre de résidence et l'État Membre de la source des dividendes, à condition que la différence de traitement, relative à l'imposition des dividendes, entre les contribuables résidant dans ce dernier État et ceux résidant dans d'autres États Membres disparaisse. »*

Par voie de conséquence, il est impossible de dissocier la retenue à la source et le crédit d'impôt y afférent, ceux-ci étant les deux versants d'une seule et même question. Or, dans son arrêt *min. c/Crédit industriel et commercial*, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur la conformité au droit de l'Union de l'interprétation des dispositions françaises relatives à la règle du butoir, et notamment sur le point de savoir si l'impossibilité d'imputer un crédit d'impôt sur des impôts afférents à des revenus ayant subi une retenue à la source à l'étranger était constitutive d'une entrave à la liberté de circulation des capitaux.

La présente analyse démontre en réalité que les dividendes de source domestique et les dividendes de source étrangère ne sont pas traités de manière comparable. Si le Conseil d'Etat avait été amené à se prononcer formellement sur cette question, il n'aurait pu, à l'aune de la jurisprudence de la Cour de justice, que conclure à l'incompatibilité d'un mode de calcul du plafond d'imputation des crédits d'impôts intégrant en diminution des revenus des charges autres que celles liées à la perception de ces revenus.

### **2.3.2 Manifestations concrètes de cette obligation attendues en matière de crédits d'impôt étranger**

En matière de libre circulation des capitaux, il convient d'observer qu'il est nécessaire de retenir une conception extensive de la notion de « *mouvements de capitaux* » afin de ne pas entraver la « *libération complète des mouvements de capitaux* » pour reprendre l'expression du préambule de la directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988. Ainsi, que le souligne la Cour de justice, les mesures qui sont de nature à dissuader les non-résidents de faire des investissements dans un État membre ou à dissuader les résidents dudit État membre d'en faire dans d'autres États sont de nature à être considérées comme une entrave à la liberté de circulation des capitaux<sup>68</sup>.

Dans la mesure où il est nécessaire de dépasser le seul arrêt Kerkhaert & Morres, pour conclure que les modalités de plafonnement de crédit d'impôt prenant en compte des charges à caractère indirect conduisaient à une différence de traitement par rapport à des revenus de source domestique, enfreignant la libre circulation des capitaux, la Cour de justice<sup>69</sup> et la cour administrative d'appel de Paris<sup>70</sup> se sont livrées à un exercice de calcul de l'imposition globale de revenus étrangers, similaire à celui présenté au point 2.1.2 E.

Dans l'affaire Beker, c'est sur la base d'un exemple chiffré, qu'est mise en exergue la taxation plus lourde à laquelle aboutissent les modalités de calcul du plafonnement du crédit d'impôt, surcoût qui n'est donc pas imputable au seul exercice, par l'Etat de source, de sa compétence légitime à prélever une retenue. De même, dans l'affaire soumise à l'appréciation de la cour administrative d'appel de Paris, il ressort nettement des conclusions du rapporteur

---

<sup>68</sup> CJUE, 28 fév. 2013, aff. C-168/11, Beker, pt. 35

<sup>69</sup> CJUE, 28 fév. 2013, aff. C-168/11, Beker

<sup>70</sup> CAA Paris, 7 avr. 2016, n° 12PA04303

public, dans l'exemple visant à définir l'existence d'une imposition plus lourde, que la différence d'imposition doit s'apprécier globalement (imposition française crédits d'impôt imputés et imposition à la source).

Dans l'arrêt Beker, la Cour de justice a donc jugé contraire au principe de libre circulation des capitaux une méthode de calcul de limitation de la base d'imputation de crédit d'impôt qui revenait in fine à imposer plus lourdement les revenus perçus de l'étranger que les revenus nationaux par une prise en compte déséquilibrée dans le calcul du plafond d'imputation des crédits d'impôt, de charges non directement liées aux revenus étrangers. Par construction, la Cour de justice n'a pas alors eu à traiter de la déduction de charges directes à la source, point relevant de l'arrêt Société Générale/Miljoen, dont la combinaison avec l'arrêt Beker aurait simplement résulté en un butoir dans l'État de résidence, égal au montant de la retenue à la source étrangère minorée au plus desdites charges directes.

La circonstance que la France ait adopté un mécanisme d'imputation des crédits d'impôt conventionnels différant quelque peu des méthodes traditionnelles recommandées par l'OCDE ne la dispense nullement de respecter l'esprit des principes du droit de l'Union dégagés par l'arrêt Beker. En d'autres termes, une limitation à l'imputation d'un crédit d'impôt qui conduirait à alourdir l'imposition par rapport à une situation impliquant uniquement des revenus domestiques serait incompatible avec le droit de l'Union, seule une différence résultant d'un taux d'imposition à la source plus élevé que le taux du pays de résidence pouvant être admise<sup>71</sup>. Comme dans l'espèce Beker, il convient d'examiner les modalités concrètes de mise en œuvre de la règle du butoir<sup>72</sup>, telle qu'interprétée par l'Administration fiscale en tant qu'elles sont contraires à la libre circulation des capitaux.

---

<sup>71</sup> Conclusions de l'Avocat Général sous la décision CJUE, 28 février 2013, C-168/11, Beker, para. 37 : « Il ne fait pas de doute que le système de l'imputation plafonnée à l'imposition que le droit national appliquerait sur la partie étrangère du revenu est parfaitement légal au regard du droit de l'Union, comme l'a confirmé la jurisprudence. Par voie de conséquence, il est clair que le droit de l'Union n'exige pas d'un État membre qu'il mette le contribuable à l'abri de tous les inconvénients qui, du point de vue fiscal, peuvent découler de la perception de revenus en provenance d'autres États. Pour revenir à l'exemple chiffré que j'ai pris dans le point précédent, si le taux appliqué dans l'État étranger est plus élevé que le taux allemand, on ne peut en aucun cas attendre du droit allemand qu'il compense cette différence. Le crédit d'impôt ne devrait cependant pas excéder ce que le droit fiscal allemand exigerait pour des revenus internes de même montant que les revenus étrangers. ».

<sup>72</sup> Conclusions de l'Avocat Général sous la décision CJUE, 28 février 2013, C-168/11, Beker, para. 38

Quant à elle, la cour administrative d'appel de Paris, dans son arrêt du 7 avril 2016, a été confrontée à une question similaire à celle faisant l'objet de la présente étude et ainsi eu l'occasion d'affirmer que :

*« les conventions fiscales doivent être interprétées en vue d'assurer leur plein effet tendant à la suppression des doubles impositions dans le respect des obligations résultant du droit communautaire »<sup>73</sup>.*

Partant, le juge de l'impôt n'a pas adhéré à l'argumentaire de l'Administration, aboutissant à imposer plus lourdement un contribuable *« en mettant à sa charge une cotisation d'impôt sur le revenu plus importante que celle à laquelle il aurait été assujéti s'il n'avait pas bénéficié d'un crédit d'impôt au titre de ses revenus de source étrangère »*. Est donc sanctionnée la prise en compte de charges excessives pour la détermination du plafonnement du crédit d'impôt sur le fondement de l'entrave à la liberté de circulation des capitaux.

Les conclusions du rapporteur public, prenant manifestement appui sur l'arrêt Beker, précisent que :

*« la seule façon de ne pas dissuader le contribuable d'user des libertés de circulation garanties par le traité, (...) c'est de ne pas déduire, pour le calcul du plafond d'imputation du crédit d'impôt, des revenus professionnels nets de source étrangère à prendre en compte pour le calcul du crédit d'impôt une part des charges déductibles du revenu global en application des dispositions du CGI »<sup>74</sup>.*

En outre, il est également relevé que la retenue à la source supportée dans l'État de source n'est pas diminuée desdites charges en application de l'arrêt Société Générale/Miljoen et met en exergue la corrélation entre la base de détermination du revenu soumis à la retenue à la source et celle du revenu utilisé pour le calcul du plafonnement d'imputation du crédit d'impôt. Par ailleurs, rien ne semble s'opposer à l'extension d'une solution rendue au sujet d'une personne physique à une personne morale.

Ainsi, en cédant à l'invitation de la Cour de justice de combiner les arrêts Société Générale/Miljoen et Beker, qui définissent le périmètre des charges directes et celui des charges indirectes ainsi que l'équilibre à respecter dans leur prise en compte entre État de source et État

---

<sup>73</sup> CAA Paris, 7 avril 2016, n° 12PA04303, para. 13

<sup>74</sup> Conclusions d'Olivier Lemaire sous CAA Paris, 7 avril 2016, n° 12PA04303, para. 89

de résidence, il convient d'affirmer qu'un crédit d'impôt, après prise en compte des charges indirectes, ne saurait être inférieur à la retenue à la source calculée après déduction des charges directes. Autrement dit, tout déséquilibre dans l'appréhension du montant des charges déductibles par les États de source et de résidence dans l'exercice parallèle de leurs compétences fiscales est un facteur discriminatoire par nature, contraire au droit de l'Union européenne.

En outre, il convient de remarquer d'emblée qu'il est inutile d'avancer que l'arrêt Société Générale/Miljoen ne viserait que la situation des non-résidents pour les seuls besoins du calcul des retenues à la source sans influence sur l'État de résidence dans son calcul des crédits d'impôt. En effet, la Cour de justice a considéré dans ce même arrêt au point 57 :

*« [...] il est de jurisprudence constante de la Cour que, en ce qui concerne les dépenses, telles que des frais professionnels directement liés à une activité ayant généré des revenus imposables dans un État membre, les résidents et les non-résidents de ce dernier sont placés dans une situation comparable [...] ».*

Par ailleurs, le fait que retenues à la source et crédits d'impôt ne sont que les deux versants du partage de l'imposition entre États, encadré par le droit européen et les conventions fiscales, impose de faire le lien entre les règles régissant l'État de source pour le calcul des charges directes dans son libre droit de prélever une retenue à la source (arrêt Société Générale/Miljoen) et les règles régissant les modalités de prise en compte des charges indirectes par l'État de résidence pour le calcul des crédits d'impôt (arrêt Beker). Ce qui est exclu des charges directes par l'arrêt Société Générale/Miljoen, tels les coûts d'emprunt, se définit donc comme une charge indirecte au sens de l'arrêt Beker dont la prise en compte ne doit pas priver d'effet utile l'obligation pesant sur l'État de résidence de neutraliser tout phénomène de double imposition.

En conclusion, seules les charges directement liées à la perception du dividende, telles que définies récemment par la jurisprudence de la Cour de justice et déductibles des bases d'imposition dans l'État de source, devaient être prises en compte pour le calcul du plafonnement des crédits d'impôt par l'État de résidence.

## **Conclusion**

En définitive, les écueils du droit fiscal français aboutissent encore aujourd'hui à la persistance d'hypothèses où l'élimination de la double imposition est plus qu'imparfaite. Il convient de déplorer que la plupart de ces lacunes trouvent leurs racines dans une interprétation biaisée de la règle de droit par l'Administration fiscale, interprétation que le juge de l'impôt français entérine encore trop souvent. Nous sommes néanmoins convaincus que la reconnaissance des effets de l'impôt étranger en France évoluera à court terme dans un sens favorable au contribuable et ce, sous l'impulsion principale du droit de l'Union européenne et de la Cour de justice.

**Annexe 1 : Répartition des conventions fiscales selon la portée des clauses d'élimination des doubles impositions**

<b>Conventions excluant expressément la déduction de l'impôt étranger (73)</b>			<b>Conventions n'excluant pas expressément la déduction de l'impôt étranger (51)</b>	
<b><u>CE, 12 mars 2014, n° 362528, Société Céline</u></b>			<b><u>CE, 7 juin 2017, n° 386579, Société LVMH</u></b>	
Afrique du Sud	Éthiopie	Ouzbékistan	Arabie Saoudite	Maroc
Albanie	Gabon	Pakistan	Bangladesh	Mauritanie
Algérie	Géorgie	Panama	Belgique	Monaco
Allemagne	Ghana	Qatar	Bénin	Monténégro
Andorre	Guinée	Québec	Biélorussie	Niger
Argentine	Hong Kong	République dém. de Corée	Bosnie-Herzégovine	Nouvelle-Calédonie
Arménie	Inde	République Tchèque	Brésil	Nouvelle-Zélande
Australie	Islande	Royaume-Uni	Burkina-Faso	Pays-Bas
Autriche	Israël	Russie	Chypre	Philippines
Azerbaïdjan	Italie	Saint-Martin	Équateur	Pologne
Bahreïn	Jamaïque	Sénégal	Finlande	Polynésie Française
Bolivie	Japon	Singapour	Grèce	Portugal
Botswana	Kazakhstan	Slovénie	Hongrie	République centrafricaine
Bulgarie	Kenya	Suède	Ile Maurice	Roumanie
Cameroun	Koweït	Suisse	Indonésie	Saint-Pierre et Miquelon
Canada	Lettonie	Syrie	Iran	Serbie
Chili	Libye	Taïwan	Irlande	Slovaquie
Chine	Lituanie	Ukraine	Jordanie	Sri Lanka
Congo	Macédoine	Venezuela	Kirghizistan	Thaïlande

Côte d'Ivoire	Malte	Viêt-Nam	Kosovo	Togo
Croatie	Mexique	Zimbabwe	Liban	Trinité-et-Tobago
Égypte	Mongolie		Luxembourg	Tunisie
Émirats Arabes Unis	Namibie		Madagascar	Turkménistan
Espagne	Nigéria		Malaisie	Turquie
Estonie	Norvège		Malawi	Zambie
États-Unis	Oman		Mali	

*Source : commission des finances de l'Assemblée nationale, d'après les données fournies par la direction générale des finances publiques (DGFIP)*



## **Bibliographie**

EVERY JOHN John F., « Avoiding double taxation : credit versus exemption – The origins », *Bulletin for international taxation*, Février 2012

BLANLUET Gauthier, Philippe DURAND, « Key practical issues to eliminate double taxation of business income : Cahiers de droit fiscal international, IFA 2011, Paris Congress, General report »

BLANLUET Gauthier, "Plafonnement des crédits d'impôt d'origine étrangère : la règle du butoir à l'épreuve du droit conventionnel et du droit de l'Union européenne", *Revue de droit fiscal* n°6, 8 février 2018, 166

CORNU Gérard, association Henri Capitant, « Vocabulaire juridique », édition PUF, mai 2008

FOUQUET Olivier, Philippe DURAND, « Impôt étranger : déductible à défaut d'imputabilité », *Feuille rapide* 4/09, 22 janvier 2009

GOUTHIERÈ Bruno, « Les impôts dans les affaires internationales », *Francis Lefebvre*, 11ème édition, 2016

DINH Emmanuel, « Fiscalité internationale : chronique de l'année 2014 », *Revue de droit fiscal* n°9, 26 février 2015, 172

DINH Emmanuel, « Fiscalité internationale : chronique de l'année 2017 », *Revue de droit fiscal* n°9, 5 mars 2018, 198

MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, « Droit fiscal de l'Union européenne », Éditions Bruylant, 2eme édition, 2016

NIKOLAKAKIS Angelo, "Credit versus exemption - An evolving constellation of constellations", *Bulletin for international taxation*, 2012 (Volume 66), n°6, LexisNexis

ILJIC Anne, « Crédits d'impôts conventionnels : le bout du tunnel ? », *Revue de jurisprudence fiscale*, Octobre 2017, p. 1365

"Retenue à la source sur les dividendes : la CJUE est saisie de la conformité au droit de l'UE", *Feuille rapide fiscal social* 42/17, Éditions Francis Lefebvre

"Conventions fiscales : l'imposition du revenu brut n'exclut pas la déduction de la retenue à la source", *Feuille rapide fiscal social* 32/17, Éditions Francis Lefebvre

"L'impôt acquitté à l'étranger conformément à une convention fiscale est non déductible", *Feuille rapide fiscal social* 2/18, Éditions Francis Lefebvre

"Exclusion de la déduction en charges des impôts étrangers prélevés conformément à une convention fiscale", *Revue de droit fiscal* n°1, 5 janvier 2018, 49, LexisNexis