

DIVIDENDES - INTÉRÊTS REDEVANCES

Chronique d'actualité



Emmanuel DINH

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



Thomas PERROT

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

Dividendes et autres revenus distribués

> **Dividendes entrants - Crédits d'impôts conventionnels - Règle du butoir** - La CJUE juge que l'article 63 du TFUE ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre qui, dans le cadre d'un régime visant à compenser la double imposition de dividendes perçus par une société assujettie à l'impôt sur les sociétés de cet État membre dans lequel elle est établie, ayant fait l'objet d'un prélèvement par un autre État membre, accorde à une telle société un crédit d'impôt plafonné au montant que ce premier État membre recevrait si ces seuls dividendes étaient soumis à l'impôt sur les sociétés, sans compenser en totalité le prélèvement acquitté dans cet autre État membre (V. § 1).

> **Exercice déficitaire** - Le TA de Montreuil juge qu'en cas de déficit fiscal l'année de perception de revenus de capitaux mobiliers ayant fait l'objet d'une retenue à la source conventionnelle, il n'y a pas de report d'imputation des crédits d'impôts conventionnels au titre des exercices ou le contribuable redevient imposable dans l'État de perception de ces revenus. Les conventions fiscales bilatérales ne prévoient pas ce report et son absence ne méconnaît ni la libre circulation des capitaux, ni la Convention EDH (V. § 3).

> **Dividendes sortants - Revenus réputés distribués** - La CAA de Lyon applique les principes fixés par le Conseil d'État dans l'arrêt Esch pour justifier l'imposition, entre les mains du maître de l'affaire, des bénéfices réalisés par un établissement stable non déclaré d'une société étrangère (V. § 4).

Intérêts

> **Prélèvement de l'article 125 A du CGI** - Le Conseil d'État juge que la clause anti-abus de l'article 119 quater, 3 du CGI, qui n'instaure pas de présomption de fraude et donc de règles de preuve défavorables au contribuable comme c'était le cas dans l'affaire Eqiom relative à la directive mère-fille, n'est pas incompatible avec la directive intérêts-redevances. Il estime que la seule circonstance que les intérêts en litige ont été payés à une société mère établie aux Pays-Bas et contrôlée par des sociétés établies dans des pays à fiscalité privilégiée ne constitue pas un commencement de preuve de ce que la chaîne de participations a comme objet principal de bénéficier de l'exonération de l'article 119 quater, 1 du CGI (V. § 11).

...

> **Règle du butoir** - La CAA de Versailles étend la règle du butoir aux crédits d'impôt conventionnels relatifs à des intérêts versés au titre de prêts consentis par le siège d'une banque française à ses succursales étrangères constituant des établissements stables (V. § 13).

Redevances

> **Notion de bénéficiaire effectif** - Le Conseil d'État juge que la société de droit britannique Performing Right Society Ltd, qui exerce une activité de collecte et de gestion des droits d'utilisation, de diffusion et

de distribution des œuvres, notamment musicales, dont les membres sont les auteurs, compositeurs ou interprètes, qui perçoit à ce titre les redevances correspondant à l'utilisation, en France, des œuvres des artistes qu'elle représente, et en reverse l'essentiel, chaque année, à ses membres ne peut être regardée comme le « bénéficiaire effectif », au sens de l'article 13 de la convention fiscale franco-britannique du 19 juin 2008, de la part des redevances ainsi reversées. Exerçant ainsi un contrôle de la qualification juridique des faits, il casse un arrêt de cour administrative d'appel commenté dans cette revue (V. § 21).

Dividendes et autres revenus distribués

Dividendes entrants

1. Dividendes entrants - Élimination de la double imposition - Crédit d'impôt conventionnel - Plafonnement de l'imputation (règle du butoir) - Libre circulation des capitaux - La CJUE juge que l'article 63 du TFUE ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre qui, dans le cadre d'un régime visant à compenser la double imposition de dividendes perçus par une société assujettie à l'impôt sur les sociétés de cet État membre dans lequel elle est établie, ayant fait l'objet d'un prélèvement par un autre État membre, accorde à une telle société un crédit d'impôt plafonné au montant que ce premier État membre recevrait si ces seuls dividendes étaient soumis à l'impôt sur les sociétés, sans compenser en totalité le prélèvement acquitté dans cet autre État membre.

CJUE, 2^e ch., 25 févr. 2021, C-403/19, Société Générale SA (FI 2-2021, n° 2, § 26)

2. Cet arrêt est commenté dans la chronique « Sources - Principes - Méthodes » du présent numéro (FI 2-2021, n° 2, § 26, comm. E. Raingard de la Blétière).

3. Dividendes entrants - Élimination de la double imposition - Crédit d'impôt conventionnel - Exercice déficitaire - Absence de report du crédit d'impôt - Libre circulation des capitaux - Convention EDH - Le TA de Montreuil juge qu'en cas de déficit fiscal l'année de perception de revenus

de capitaux mobiliers ayant fait l'objet d'une retenue à la source conventionnelle, il n'y a pas de report d'imputation des crédits d'impôts conventionnels au titre des exercices ou le contribuable redevient imposable dans l'État de perception de ces revenus. Les conventions fiscales bilatérales ne prévoient pas ce report et son absence ne méconnaît ni la libre circulation des capitaux, ni la Convention EDH.

TA Montreuil, 1^{re} ch., 25 févr. 2021, n° 1909494, Sté HSBC Bank PLC Paris Branch, concl. C. Noël (V. annexe 1)

Dividendes sortants

4. Revenus réputés distribués - Établissement stable - Activité occulte - Désinvestissement - Maître de l'affaire - La CAA de Lyon applique les principes fixés par le Conseil d'État dans l'arrêt *Esch* pour justifier l'imposition, entre les mains du maître de l'affaire, des bénéfices réalisés par un établissement stable non déclaré d'une société étrangère.

CAA Lyon, 2^e ch., 21 janv. 2021, n° 20LY00073, Quiblier (V. annexe 2)

5. L'arrêt commenté permet de s'arrêter quelques instants sur une catégorie de redressements « collatéraux », appelée à se développer dans le sillage de la répression menée par l'administration fiscale contre les établissements stables occultes. En effet, la caractérisation en France d'un établissement stable exploité par une entreprise étrangère conduit en premier lieu à soumettre à l'impôt sur les sociétés les profits imputables à cette exploitation et, le cas échéant, à la TVA le chiffre d'affaires réalisé, et la valeur ajoutée dégagée à la CVAE. En second lieu, on constate que les services fiscaux tirent de plus en plus fréquemment les conséquences fiscales

indirectes de l'existence d'un établissement stable en France, notamment en matière d'imposition des revenus réputés distribués, soit sur le fondement de l'article 115 quinquies du CGI (*branch tax*), soit sur celui des articles 109 et suivants du CGI. Ce sont ces dernières dispositions qui étaient invoquées dans l'affaire *Quiblier*.

6. M. Quiblier est gérant de la société polonaise Podlogi Komfort Sp. Zoo, dont il détient également la quasi-totalité du capital ; cette société a essentiellement pour activité le recrutement de travailleurs polonais, qu'elle met à disposition de la société Sols Komfort, société de droit français que M. Quiblier détient également.

Sur le fondement d'éléments recueillis lors d'une visite domiciliaire de la société française, l'administration fiscale a établi que le siège de direction effective de la société polonaise se trouvait en France et, qu'à ce titre, elle se trouvait passible de l'impôt sur les sociétés pour les profits réalisés sur notre territoire. En outre, M. Quiblier s'est vu notifier un redressement au titre de l'imposition de ces mêmes profits, que le service a regardés comme lui ayant été distribués, en sa qualité de maître de l'affaire, sur le fondement de l'article 109, 1, 1^o du CGI.

7. Les tribunaux, devant lesquels le litige avait été porté, avaient dans un premier temps donné l'avantage à l'administration fiscale. Le juge d'appel¹ avait notamment considéré que dès lors que les services fiscaux avaient d'une part démontré que la société polonaise disposait d'un établissement stable en France et, d'autre part, reconstitué de façon convaincante le montant des bénéfices qui lui étaient rattachables, M. Quiblier, maître de l'affaire en raison de sa qualité de gérant de l'entreprise et de la détention de la quasi-totalité de son capital, pouvait, de ce seul chef, être réputé avoir appréhendé les bénéfices en cause et donc, être imposé à l'impôt sur le revenu à raison de ces revenus.

8. En cassation, cependant, les vents avaient tourné en faveur du contribuable ; le paysage jurisprudentiel s'était considérablement éclairci avec l'arrêt *Esch*², rendu quelques mois après l'arrêt d'appel. Dans cette dernière décision, le Conseil d'État a précisé la dialectique de la charge de la preuve lorsque l'administration met en évidence l'existence d'un établissement stable exploité en France par une entreprise étrangère, sans avoir été déclaré, et qu'elle entreprend d'imposer le profit dégagé par celui-ci au nom de son dirigeant et principal associé. En premier lieu, il revient à l'administration fiscale de prouver l'existence de l'établissement stable et le montant de ses bénéfices imposables. Ces éléments suffisent à fonder l'imposition de l'entreprise étrangère, au titre des bénéfices qui lui sont imputés ; ils ne justifient pas pour autant que le dirigeant en cause ait perçu ces mêmes bénéfices et ce, même s'il est, selon l'expression consacrée, le « maître de l'affaire », c'est-à-dire la personne qui exerce un

pouvoir étendu sur l'entité considérée et qui est en mesure d'user sans contrôle de son patrimoine. La qualification de maître de l'affaire permet seulement aux services fiscaux, s'ils ont établi que les bénéfices de l'établissement stable ont effectivement été désinvestis, de présumer que c'est par ce maître de l'affaire qu'ils ont été appréhendés.

9. C'est pour avoir négligé la première partie de la démonstration, à savoir la démonstration d'un désinvestissement, que le Conseil d'État³ a censuré la décision des juges du fond dans l'affaire *Quiblier*, et renvoyé les parties vers la Cour administrative d'appel de Lyon. Celle-ci s'applique cette fois à appliquer, de façon scrupuleuse, la grille d'analyse élaborée par le Conseil d'État, pour prouver que les bénéfices de la société Podlogi Komfort ne sont pas restés investis dans l'exploitation. Elle rappelle tout d'abord, pour les approuver, les conditions dans lesquelles l'administration a déterminé le montant du résultat imposable imputable à l'entreprise exploitée en France, tout en exerçant une revue minutieuse des produits et des charges retenus par l'administration. Elle observe ensuite qu'aucune comptabilité n'a été tenue et aucune déclaration souscrite en France, de sorte que les résultats reconstitués n'ont été ni incorporés au capital ni mis en réserve. Ce constat suffit à caractériser l'existence de revenus distribués au sens de l'article 109, 1, 1^o du CGI, sans qu'il soit nécessaire, selon la cour, d'établir un flux entre l'exploitation et les comptes bancaires des requérants, comme ils le réclamaient vainement. À cet égard, la présomption d'appréhension des revenus par le maître de l'affaire a pleinement joué à leur encontre et suffit à justifier leur imposition. On peut noter au demeurant que les bénéfices en cause ne semblent pas avoir été déclarés en Pologne, au nom du siège de la société, puisque la comptabilité de celle-ci accusait un déficit. Cette circonstance aurait sans doute également permis à elle seule d'établir que ces bénéfices constituaient des revenus distribués au sens de l'article 109 du CGI⁴.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

On le sait, les services fiscaux sont devenus particulièrement attentifs aux opérations que des entreprises étrangères mènent sur le territoire français et ils n'hésitent pas à caractériser l'existence d'un établissement stable ou même, comme au cas présent, soutenir que le siège de direction effective des sociétés concernées se situe en France. L'intégration progressive des modifications apportées à la définition de l'établissement stable par l'Instrument multilatéral de l'OCDE, de même que des décisions récentes comme l'arrêt *Conversant*⁵, ne peuvent qu'encourager l'administration dans cette voie. Les conséquences des redressements qui en découlent s'avèrent de plus en plus lourdes pour les contribuables concernés puisqu'au-delà de la taxation des bénéfices de l'établissement stable proprement dits, l'administration

1 CAA Lyon, 5 juin 2018, n° 17LY00606, Min. c/ Quiblier.

2 CE, 8 févr. 2019, n° 410568, Min. c/ Esch, concl. M.-G. Merloz ; FI 2-2019, n° 5, § 13, comm. T. Perrot.

3 CE, 27 déc. 2019, n° 422865, Min. c/ Quiblier, concl. R. Victor.

4 CE, 27 mars 2020, n° 421627, Min. c/ Moreau et Lebeau, concl. K. Ciavaldini ; FI 3-2020, n° 5, § 7, comm. T. Perrot.

5 CE plén., 11 déc. 2020, n° 420174, Min. c/ Sté Conversant International Ltd, concl. L. Cytermann ; FI 1-2021, n° 01, n° 3, § 14 et n° 3.4.

recherche maintenant de façon quasi-systématique à imposer la distribution, réelle ou présumée, de ces profits entre les mains des récipiendaires.

L'arrêt *Quiblier* fournit à cet égard une illustration très claire de la méthode fixée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Esch* pour asseoir correctement l'imposition. Dès lors que les services fiscaux s'astreignent à retracer précisément la nature des charges et des produits de l'exploitation occulte en France (en faisant abstraction des recettes ou des charges dont la non-comptabilisation ou la déduction ne sont pas révélatrices d'un désinvestissement⁶), d'une part, et qu'ils vérifient les éléments déclarés dans l'État du siège (ce qui supposera généralement de mettre en œuvre une procédure d'assistance administrative internationale), d'autre part, le rapprochement du montant du bénéfice ainsi reconstitué de la comptabilité de la société établira, si le premier n'est pas reflété dans la seconde, l'existence et le montant des revenus distribués. La présomption d'appréhension par le maître de l'affaire suffit alors pour imposer le bénéficiaire.

T. PERROT ■

10. À NOTER

> **Dividendes sortants - Dividendes versés aux compagnies d'assurances d'autres États membres de l'EEE - Retenue à la source** - La Commission européenne a adressé le 18 février 2021 une lettre de mise en demeure à la France, l'exhortant à modifier ses règles en matière de retenue à la source concernant les dividendes versés aux compagnies d'« assurances en unités de compte » établies dans d'autres États membres de l'Espace économique européen (EEE).

Comm. UE, INFR(2020)4054, 18 févr. 2021

Une assurance en unités de compte est un régime d'assurance vie dans le cadre duquel les primes versées par le preneur d'assurance sont utilisées pour acheter des parts dans des fonds d'investissement choisis par cette personne et les dividendes versés par ces fonds sont reversés par l'assureur au preneur d'assurance. Les dividendes français reçus par les compagnies d'assurances en unités de compte établies dans des États membres de l'EEE font l'objet d'une retenue à la source définitive. En revanche, les compagnies d'assurances en unités de compte établies en France n'ont pas de retenue à la source sur ces dividendes ou peuvent imputer la retenue à la source effectuée sur l'impôt français sur les sociétés, ce qui revient à zéro. En effet, les dividendes reçus constituent des provisions déductibles ou des réserves techniques. La Commission estime que ces règles portent atteinte à la libre circulation des capitaux (article 63, § 1, du TFUE et article 40 de l'accord EEE). La France dispose de deux mois pour répondre aux arguments avancés par la Commission. À défaut, cette dernière pourrait décider de lui adresser un avis motivé.

6 V. par ex. CE, 29 sept. 1989, n° 75304, Min. c/ Venutolo : Lebon T. ; RJF 11/89 n° 1227 ; RJF 1/90, chron. J. Turot p. 3, concl. O. Fouquet p. 614. - CE, 19 déc. 2019, n° 429309, SARL Socoprim : Lebon T. ; RJF 3/2020 n° 221, concl. K. Ciavaldini C 221.

Intérêts

11. Intérêts - Prélèvement de l'article 125 A du CGI - Exonération en cas de paiement intra-UE (CGI, art. 119 quater, 1) - Clause anti-abus (CGI, art. 119 quater, 3) - Directive intérêts-redevances - Le Conseil d'État juge que la clause anti-abus de l'article 119 quater, 3 du CGI, qui n'instaure pas de présomption de fraude et donc de règles de preuve défavorables au contribuable comme c'était le cas dans l'affaire *Eqiom* relative à la directive mère-fille, n'est pas incompatible avec la directive intérêts-redevances. Il estime que la seule circonstance que les intérêts en litige ont été payés à une société mère établie aux Pays-Bas et contrôlée par des sociétés établies dans des pays à fiscalité privilégiée ne constitue pas un commencement de preuve de ce que la chaîne de participations a comme objet principal de bénéficier de l'exonération de l'article 119 quater, 1 du CGI.

CE, 9^e et 10^e ch., 24 févr. 2021, n° 434129, Sté France Citévision, concl. C. Guibé (V. annexe 3)

12. En l'espèce, la société France Citévision, était détenue à 100 % par une société de droit néerlandais elle-même détenue par une société établie aux Iles Caïman et deux sociétés établies aux Iles Vierges britanniques. La mère néerlandaise et la grand-mère caïmanienne avaient consenti des avances à leur filiale française, rémunérées par des intérêts comptabilisés au crédit de leurs comptes courants d'associés. Lors d'un contrôle, l'administration a soumis les intérêts versés au prélèvement libératoire sur les produits de placement à revenu fixe de l'article 125 A, III du CGI (CGI, art. 125 A, III, réd. ant. à L. n° 2009-1674, 30 déc. 2009, art. 22⁷), ce que conteste la société France Citévision. Les juges du fond n'ayant pas donné une suite favorable à sa requête, le Conseil d'État a été saisi. Il apporte ainsi un certain nombre de précisions :

> l'exonération de l'article 131 quater du CGI (abrogé depuis le 1^{er} mars 2010) ne pouvait jouer qu'à la condition que les sommes inscrites au crédit de comptes courants d'associés domiciliés hors de France proviennent de versements effectués en exécution d'un contrat de prêt garantissant à la société la disposition des sommes durant la période au titre de laquelle les intérêts sont dus⁸ ; en l'espèce, la société n'avait pas produit de convention de prêt écrite, ce qui ne permettait pas de considérer la condition requise comme remplie ;

7 À compter du 1^{er} mars 2010, l'article 22 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 a limité l'application de l'article 125 A, III aux revenus payés dans un ETNC, et corrélativement a supprimé l'exonération prévue à l'article 131 quater du CGI en faveur des produits des emprunts contractés hors de France.

8 CE, 3 nov. 2003, n° 244437 : RJF 1/04, n° 47 ; BDCF 1/04 n° 11, concl. L. Vallée. - CE, 3 juill. 2009, n° 296843, Sté Royal Canin : RJF 11/09 n° 937 ; BDCF 11/09, n° 127, concl. E. Geffray.

> en vertu de l'article 125, al. 2 du CGI, l'impôt est dû par le seul fait de l'inscription d'intérêts de créance au crédit d'un compte, sauf si le contribuable apporte la preuve de l'impossibilité de verser effectivement tout ou partie des intérêts dus et de ce qu'il s'agit d'un fait indépendant de la volonté du bénéficiaire⁹; tel n'est pas le cas lorsque le financement des activités de la société française est principalement assuré au moyen des sommes avancées par sa mère néerlandaise, tandis que ses capitaux propres sont négatifs, et que les intérêts sont inscrits au compte courant de la société mère et de l'actionnaire principal de celle-ci ;

> l'article 119 quater, 1 du CGI exonère du prélèvement prévu par l'article 125 A, sous certaines conditions, les intérêts payés par une société française à une société associée établie dans un autre État membre de l'UE ; une clause anti-abus est toutefois prévue au 3 de cet article pour exclure de l'exonération les versements à des personnes contrôlées directement ou indirectement par des résidents d'États tiers à l'UE si la chaîne de participations a comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de bénéficier de l'exonération. Le Conseil d'État juge qu'il ressort des termes mêmes de cette clause anti-abus que :

- le législateur n'a pas entendu instaurer une présomption de fraude à l'égard des bénéficiaires contrôlés par des résidents d'États tiers,

- il appartient à l'administration, si elle estime que la chaîne de participations a comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de bénéficier de l'exonération, d'apporter au soutien de ses affirmations des éléments suffisants pour constituer un commencement de preuve de fraude ou d'abus,

- il appartient ensuite au contribuable d'opposer à l'administration tout élément qu'il estime pertinent et, enfin, au juge de l'impôt, de se prononcer au vu des éléments produits par les parties.

Dès lors, la clause anti-abus de l'article 119 quater, 3 du CGI, qui n'instaure pas de règles de preuve défavorables comme c'était le cas dans l'affaire *Eqiom*¹⁰ relative à la directive mère-fille, n'est pas incompatible avec la directive n° 2003/49/CE, 3 juin 2003 dite « intérêts-redevances ».

En l'espèce, le Conseil d'État estime que la seule circonstance que les intérêts en litige ont été payés à une société mère établie aux Pays-Bas et contrôlée par des sociétés établies dans des pays à fiscalité privilégiée au sens de l'article 238 A du CGI, alors que l'administration fiscale n'apporte aucun élément relatif à l'objet de l'interposition de la société mère néerlandaise dans la chaîne de participations, ne constitue pas un commencement de preuve de ce que la chaîne de participations a comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de bénéficier de l'exonération de l'article 119 quater du CGI.

9 Rapp., pour l'application du 2° du 1 de l'article 109 du CGI, CE, 4 août 2006, n° 276210 : Lebon T. p. 849.

10 CJUE, 7 sept. 2017, C-6/16, *Eqiom SAS* et *Enka SA*, pt. 34.

13. Intérêts - Prêts consentis par le siège d'une banque française à ses succursales étrangères constituant des établissements stables - Application des stipulations conventionnelles relatives aux intérêts - Règle du butoir - La CAA de Versailles étend la règle du butoir aux crédits d'impôt conventionnels relatifs à des intérêts versés au titre de prêts consentis par le siège d'une banque française à ses succursales étrangères constituant des établissements stables.

CAA Versailles, 7^e ch., 16 déc. 2020, n° 19VE02589, Sté BNP Paribas, concl. J. Illouz (V. annexe 4)

14. Cet arrêt fait suite à la décision de renvoi du Conseil d'État du 10 juillet 2019¹¹, par laquelle la Haute assemblée poursuivait son lent travail d'édification du statut fiscal de l'établissement stable fondé sur une logique de « tiers fiscal », dans la lignée des décisions *Sté Télécoise* du 16 mai 2003¹² et *Sté Sodirep Textiles SA-NV* du 9 novembre 2015¹³.

15. Dans cette affaire, la société de droit français BNP Paribas revendiquait l'imputation sur ses cotisations d'impôt sur les sociétés au titre des exercices clos en 2005, 2006 et 2007, de crédits d'impôt correspondant aux retenues à la source prélevées par la Chine, les Philippines, l'Inde, Singapour et la Thaïlande, sur des intérêts versés par des succursales situées dans ces États, en rémunération de prêts consentis par le siège français. La question de droit portait sur l'interprétation des dispositions conventionnelles relatives aux intérêts, toutes étant inspirées de la rédaction de l'article 11 du modèle OCDE, et tout particulièrement sur la règle de source, prévoyant que « *Les intérêts sont considérés comme provenant d'un État contractant lorsque le débiteur est un résident de cet État. Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non un résident d'un État contractant, a dans un État contractant un établissement stable pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts a été contractée et qui supporte la charge de ces intérêts, ceux-ci sont considérés comme provenant de l'État où l'établissement stable est situé [...]* ». La Cour administrative d'appel de Versailles, par un arrêt du 13 décembre 2017, avait refusé à la société requérante le bénéfice d'un crédit d'impôt en France correspondant aux retenues à la source prélevées à l'étranger, considérant que les succursales étrangères ne pouvaient être regardées, sur la base de la législation de leurs États d'implantation, comme des résidents des États, et que ces succursales, « débitrices de ces intérêts », ne pouvaient être considérées comme ayant dans un État contractant un établissement stable pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts aurait été contractée et qui supporterait

11 CE, 10 juill. 2019, n° 418108, *Sté BNP Paribas*, concl. K. Ciavaldini : FI 4-2019, n° 5, § 18, comm. E. Dinh.

12 CE, sect., 16 mai 2003, n° 222.956, *Sté Télécoise* : Dr. fisc. 2003, n° 30-35, comm. 582, concl. M.-H. Mitjaville.

13 CE, 9 nov. 2015, n° 370974, *Sté Sodirep Textiles SA-NV* : RJF 2/16, n° 121, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon.

la charge de ces intérêts¹⁴. Cette décision fut annulée pour erreur de droit par le Conseil d'État au motif que **la société BNP Paribas elle-même devait être regardée comme « débitrice » de ces intérêts versés par ses succursales**, et que les juges du fond n'avaient pas recherché si elle avait en Chine, aux Philippines, en Inde, à Singapour et en Thaïlande, par leur intermédiaire, des établissements stables pour lesquels les dettes donnant lieu au paiement des intérêts avaient été contractées et qui supportaient la charge de ces intérêts, de sorte que ces intérêts devaient être considérés comme provenant de ces pays.

16. C'est donc tout l'objet de cette décision sur renvoi que de rechercher si les succursales étrangères de la banque française caractérisaient des établissements stables dans les pays d'implantation, et si les dettes litigieuses avaient été contractées pour ces établissements. Sur ce point, on le verra, cette double condition sera sans surprise rapidement validée par les juges du fond, ouvrant droit à l'éligibilité de la société française au crédit d'impôt conventionnel. C'est toutefois sur la question du montant de ce crédit d'impôt que le débat va rebondir, à la faveur d'une demande de substitution de base légale formulée par l'administration, faisant application aux intérêts litigieux de la **règle dite « du butoir », limitant la base d'imputation des crédits d'impôt**. C'est l'intérêt principal de cette décision.

17. Conformément à la logique de la subsidiarité des conventions fiscales, la cour, après avoir rappelé le considérant de principe issu de l'arrêt *Schneider Electric* du 28 juin 2002¹⁵ (pt 5), et s'être assurée de ce que l'imposition était bien fondée en droit interne, faute d'un texte de la loi fiscale nationale prévoyant, pour les intérêts, l'octroi d'un crédit d'impôt (pt 7), a interrogé les dispositions conventionnelles applicables (relatives tout à la fois à la définition de l'établissement stable et au régime d'imposition conjointe des intérêts par l'État de la source et la France), en validant tout d'abord l'applicabilité de la règle de source, à la faveur d'une triple vérification (i) de **la nature des sommes en cause** (« L'existence d'une relation juridique de prêteur à emprunteur génératrice d'intérêts ne saurait être exclue entre le siège d'une société de banque et ses succursales, alors qu'il est loisible au siège, nonobstant l'appartenance à une même personne morale, de financer ses succursales par des apports en capital ou par des prêts » (pt 12)), (ii) de **la présence d'établissements stables à l'étranger** (« Il résulte de l'instruction et notamment des différents rapports annuels d'activités, que les succursales de la société BNP Paribas lui permettent d'exercer de manière permanente une partie de son activité bancaire » (pt 13)), et (iii) de **l'affectation à ces derniers des emprunts contractés auprès du siège** (« Il ressort notamment des "confirmation swift" - qui relèvent les flux financiers entre le siège de la société requérante et ses succursales - des liasses fiscales, ainsi que des différents rapports

annuels versés par la société requérante, que ces succursales ont contracté des emprunts auprès de leur siège pour les besoins de leurs activités bancaires [...] et qu'elles supportent la charge de ces intérêts » (pt 14)). Appliquant l'approche appliquée par le Conseil d'État dans sa décision du 10 juillet 2019 quant à l'identification du « débiteur » des intérêts - en l'espèce la société française (pt 17) -, la cour a logiquement déduit de tout ce qui précède que la société requérante était éligible au crédit d'impôt conventionnel visant à l'élimination de la double imposition des intérêts perçus : « [...] la source des intérêts que les succursales de la société BNP Paribas lui ont versés se situe dans les États où ces différentes succursales sont elles-mêmes situées. [...] la société BNP Paribas dispose donc d'un crédit d'impôt, dont les modalités de calcul et de plafonnement sont précisées dans chaque convention fiscale, pour compenser le montant de l'impôt étranger perçu sur ces intérêts » (pt 18).

18. C'est précisément sur le quantum du crédit d'impôt que le débat prend, devant la cour administrative d'appel, un nouveau jour, sous l'effet de la demande de substitution de base légale du ministre, invoquant les dispositions conventionnelles relatives à l'élimination de la double imposition précisant que **le crédit d'impôt ne peut excéder le montant de l'impôt français correspondant aux revenus, et imposant donc, selon l'administration, que l'assiette d'imputation des crédits tienne compte de l'ensemble des charges justifiées et directement liées aux opérations de prêt conclues entre la société et ses succursales**.

Sur ce point, la cour va reprendre la solution posée par le Conseil d'État dans sa décision *Min. c/ Sté CIC* du 7 décembre 2015¹⁶, qui concernait le montant du crédit d'impôt pour retenue à la source acquitté à l'étranger au titre de dividendes de source étrangère, consistant à déterminer une base d'imputation du crédit d'impôt égale à l'impôt fictif qui aurait frappé les produits s'ils étaient la seule source de revenus, impliquant la déduction de toutes les charges afférentes à la production de ce revenu : « Il résulte des stipulations de l'ensemble des conventions en cause, que la société BNP Paribas est imposable en France sur les intérêts versés par ses succursales implantées à l'étranger, mais a droit à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt sur les sociétés ne pouvant excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus. **Ce montant maximal doit, en l'absence de toute stipulation contraire dans les conventions fiscales, être déterminé en appliquant aux intérêts, l'ensemble des dispositions du code général des impôts relatives à l'impôt sur les sociétés, dont celles de l'article 39, qui sont applicables en matière d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 et qui impliquent de déduire du montant brut des intérêts l'ensemble des charges justifiées directement liées aux opérations de prêts conclues entre la société BNP Paribas et ses succursales, sauf exclusion par des dispositions spécifiques** » (pt 20). Ces bases étant posées, la cour, sur le fondement d'une lecture littérale des différentes dispositions conventionnelles en jeu, va distinguer le cas des intérêts de source chinoise du cas des intérêts de source singapourienne, philippine, indienne et thaïlandaise.

14 CAA Versailles, 1^{re}, 3^e et 7^e ch., 13 déc. 2017, n° 15VE01061, Sté BNP Paribas, concl. S. Rudeaux.

15 CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Min. c/ Sté Schneider Electric : Rec. Lebon, p. 233.

16 CE, plén. fisc., 7 déc. 2015, n° 357189, Min. c/ Sté CIC : Rec. Lebon.

En effet, la clause conventionnelle relative à l'élimination de la double imposition de la convention franco-chinoise (article 22) est rédigée de la sorte : « *les revenus visés aux articles 9, 10, 11, 12, 15 et 16 [dont les intérêts] provenant de Chine sont imposables en France, conformément aux dispositions de ces articles, pour leur montant brut. Il est accordé aux résidents de France un crédit d'impôt français correspondant au montant de l'impôt chinois perçu sur ces revenus mais qui ne peut excéder le montant de l'impôt français afférent à ces revenus* ». Les juges d'appel ont donc prononcé la décharge des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés résultant de la remise en cause des crédits d'impôt attachés aux intérêts en provenance de Chine (pts 22 et 23). En revanche, les arguments de l'administration ont été favorablement accueillis s'agissant des intérêts en provenance des quatre autres juridictions, compte tenu de la différence de rédaction des clauses relatives à l'élimination de la double imposition : « *Les modalités de plafonnement et de calcul du crédit d'impôt respectivement fixées aux articles 24, 23, 25 et 23, des conventions franco-singapourienne, franco-philippine, franco-indienne et franco-thaïlandaise ne prévoient pas que les intérêts provenant de ces États sont imposables en France pour leur montant brut. Il y a donc lieu d'accueillir, pour les intérêts en cause, la demande de substitution de base légale du ministre [...]* » (pt 24). Enfin, la cour va considérer que la preuve, incombant à la société, de ce que les crédits d'impôt correspondant aux revenus provenant des quatre autres juridictions avaient été calculés à partir d'une base égale à un montant d'intérêts net de charges, n'est pas apportée (pt 30).

19. Cette décision a été frappée d'un pourvoi (enregistré sous le n° 449637). On en retiendra surtout la mise en œuvre de la méthode préconisée par la Haute assemblée, faisant entrer dans l'orbite des conventions fiscales les intérêts versés par un établissement stable étranger à son siège français. La solution est évidemment bienvenue, compte tenu de l'objectif d'élimination de la double imposition juridique assigné aux conventions fiscales, étant observé que les critères retenus aux fins de mise en œuvre de la règle de source (nature des sommes en cause, identification d'un établissement stable et affectation de l'emprunt) devraient, en tout état de cause, pouvoir s'appliquer au-delà du seul secteur bancaire. Quant à la lecture des dispositions conventionnelles, elle nous semble devoir être approuvée, dans un domaine où, faute de disposition de droit interne traitant du sujet (contrairement au contexte de l'affaire *Min. c/ Sté CIC* précitée), le principe de supériorité des conventions fiscales n'est même pas entravé par le principe de subsidiarité.

E. DINH ■

20. À NOTER

> Intérêts - Limitation de la déductibilité - Ancien dispositif « anti-hybrides » de l'article 212, I, b du CGI - Absence de discrimination indirecte contraire au droit de l'UE - La CAA de Versailles confirme un jugement du TA de Montreuil ayant validé l'application de l'ancien article 212, I, b du CGI et écarte le grief tiré de l'existence d'une discrimination indirecte constitutive d'une restriction prohibée à

la liberté de circulation des capitaux ainsi que celui tiré de la méconnaissance de l'article 25 sur la non-discrimination de la convention fiscale entre la France et l'Île Maurice.

CAA Versailles, 3^e ch., 9 févr. 2021, n° 18VE02688, SASU Thai Union France Holding 2, concl. C. Huon (V. annexe 5)

Une société, membre d'un groupe fiscalement intégré, a fait l'objet d'une vérification de comptabilité au terme de laquelle l'administration lui a notifié des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés et de contributions additionnelles à raison de la réintégration, dans ses résultats imposables, d'intérêts d'emprunt versés, à hauteur d'une somme de 6 894 976 €, à une société liée qui se situe à l'Île Maurice, au motif qu'elle n'a pas justifié, en application du b du I de l'article 212 du CGI, que la société créancière avait été imposée sur ces intérêts à hauteur d'au moins le quart des cotisations d'impôt sur les sociétés qui auraient été les siennes si elle avait été résidente française.

Confirmant un jugement du Tribunal administratif de Montreuil¹⁷, la Cour administrative d'appel de Versailles rejette la requête de cette société en confirmant qu'il incombe à l'entreprise débitrice, pour l'application du b du I de l'article 212 du CGI, de démontrer, à la demande de l'administration et par tout moyen de preuve, que l'entreprise qui a mis les sommes à sa disposition est, au titre de l'exercice en cours, assujettie à une imposition sur le revenu ou sur les bénéfices, relative aux intérêts en cause et au moins égale au quart de l'impôt sur les bénéfices. L'administration reprochait à la société requérante que la société prêteuse la détenait à 100 % et que se créancière avait bénéficié d'un régime fiscal spécifique dit « GBL1 », prévoyant un abattement (« *foreign tax credit* ») de 80 % de l'impôt calculé au taux de droit commun mauricien de 15 %, qui a permis d'assujettir les intérêts versés par la société débitrice à un impôt sur les bénéfices de 3 %, soit moins que le quart du taux minimal français, fixé en l'espèce à 9,5 %. Les juges d'appel ont estimé que l'allégation de la souscription d'une déclaration rectificative par la société mauricienne n'était pas établie, à défaut d'acceptation effective de cette déclaration rectificative par les autorités fiscales mauriciennes. Elle ne produisait par ailleurs aucun avis d'imposition rectificatif alors qu'elle se targuait d'une renonciation rétroactive au bénéfice du « *foreign tax credit* » de 80 %.

En outre, la cour écarte le grief tiré de l'existence d'une discrimination indirecte constitutive d'une restriction prohibée à la liberté de circulation des capitaux. Elle a, de même, écarté le grief tiré de la méconnaissance de l'article 25 sur la non-discrimination de la convention fiscale entre la France et l'Île Maurice.

Un pourvoi contre cet arrêt a été enregistré sous le n° 451533.

Signalons pour terminer que la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020 a abrogé le dispositif litigieux dit « anti-hybrides » au regard des nouvelles exigences de la directive ATAD 2¹⁸, qui met en œuvre au niveau européen l'action 2 du plan BEPS de l'OCDE.

¹⁷ TA Montreuil, 10 juill. 2019, n° 1607048, Sasu Thai Union France Holding 2 : FI 1-2020, n° 5, § 32.

¹⁸ Dir. (UE) 2017/952, 29 mai 2017.

Redevances

21. Redevances - Retenue à la source (CGI, art. 182 B) - Notion de bénéficiaire effectif - Convention fiscale franco-britannique - Le Conseil d'État juge que la société de droit britannique Performing Right Society Ltd, qui exerce une activité de collecte et de gestion des droits d'utilisation, de diffusion et de distribution des œuvres, notamment musicales, dont les membres sont les auteurs, compositeurs ou interprètes, qui perçoit à ce titre les redevances correspondant à l'utilisation, en France, des œuvres des artistes qu'elle représente, et en reverse l'essentiel, chaque année, à ses membres ne peut être regardée comme le « bénéficiaire effectif », au sens de l'article 13 de la convention fiscale franco-britannique du 19 juin 2008, de la part des redevances ainsi reversées. Exerçant ainsi un contrôle de la qualification juridique des faits, il casse un arrêt de cour administrative d'appel commenté dans cette revue¹⁹.

CE, 10^e et 9^e ch., 5 févr. 2021, n° 430594 et 432845, Min. c/ Sté Performing Right Society Ltd, concl. L. Domingo (V. annexe 6)

♦ Faits et procédure

22. Le litige portait sur la retenue à la source prélevée en France au titre de « *royalties* » versées à une société britannique, la société Performing Right Society Ltd (PRS), ayant pour objet la gestion collective des droits d'utilisation, de diffusion et de distributions d'œuvres musicales, dont les auteurs sont membres. Cet organisme britannique, créé en 1914, gère ainsi les droits d'environ 150 000 membres. Aux termes d'un accord de représentation réciproque, son homologue français, la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), a versé à la société PRS des redevances relatives à l'utilisation en France des œuvres des artistes (en grande majorité britanniques) représentés par cette dernière. À l'occasion du paiement de ces sommes à la société PRS, la SACEM a prélevé, au titre des années 2013 et 2014, une retenue à la source sur les fondements combinés des articles 92 et 182 B du CGI, au taux de droit interne en vigueur à l'époque (33,3%). Dans un contexte où n'étaient questionnées ni l'applicabilité de l'article 182 B du CGI, ni la résidence fiscale britannique de la société, la société PRS a contesté l'application de la retenue à la source sur le fondement de sa contrariété avec l'article 13 de la convention franco-britannique du 19 juin 2008, réservant l'imposition des *royalties* à l'État de la résidence de la société bénéficiaire, en l'absence d'établissement stable dans l'État de la source.

23. L'administration a fait partiellement droit à cette réclamation, uniquement à hauteur des redevances revenant aux membres de PRS qui étaient résidents britanniques, soit pour 86 % et 82 %, estimant que seuls les membres de PRS pouvaient être considérés comme les bénéficiaires effectifs des redevances, et non PRS elle-même. À la suite d'un rejet par l'administration de la nouvelle réclamation contre le rejet du surplus de sa demande, la société britannique a saisi le juge de l'impôt. Le Tribunal administratif de Montreuil, par deux jugements des 18 avril 2017 et 3 avril 2018, puis la Cour administrative d'appel de Versailles, par deux arrêts des 12 mars 2019 et 18 juin 2019, ont fait droit aux demandes de la société, estimant que celle-ci devait être considérée comme le bénéficiaire effectif des redevances de source française. Pour parvenir à cette conclusion, les juges d'appel avaient fait primer des considérations juridiques, tout à la fois d'ordre patrimonial et organique, issues des statuts de la société, sur des considérations économiques, sur la base d'un raisonnement qui nous avait semblé, à l'époque, fort pertinent²⁰. En effet, ils avaient relevé tout d'abord qu'eu égard aux statuts de la société, les artistes cédaient à cette dernière l'intégralité des droits sur leurs œuvres, si bien que la société exerçait seule la protection et la gestion des revenus générés. Ils avaient relevé ensuite que le conseil d'administration de la société, composé en partie mais non exclusivement des membres de cette dernière et qui était investi statutairement des pouvoirs les plus étendus d'administration de cette dernière, déterminait souverainement l'affectation des revenus tirés de l'exploitation des œuvres et pouvait choisir de les redistribuer à ses membres, ou d'abonder divers fonds de garantie, d'aide sociale à ses membres ou à leurs ayants droit, de promotion des activités artistiques ou de bienfaisance, dont la société assurait seule la gestion. La Cour de Versailles s'était donc satisfaite de ces éléments afin d'établir que la société PRS était le bénéficiaire effectif des redevances perçues, alors même que, dans les faits, il était incontesté que celle-ci reversait la majeure partie des sommes collectées à ses membres.

24. Le ministre s'est pourvu en cassation devant le Conseil d'État en soulevant notamment un **moyen tiré de l'erreur de qualification juridique des faits** à avoir considéré la société PRS comme le bénéficiaire effectif des redevances versées par la SACEM, alors qu'elle n'agissait en réalité, selon le pourvoi, que comme un intermédiaire. La Haute assemblée va procéder à l'annulation des arrêts de la Cour de Versailles, dans cette décision du 5 février 2021, rendue aux conclusions contraires du rapporteur public Laurent Domingo. Cette décision pouvait être l'occasion, pour le Conseil d'État, de poser, pour la première fois, une définition positive et explicite du bénéficiaire effectif, notion conventionnelle - également utilisée dans les textes de droit interne transposant les directives européennes -, dont l'existence au fond précède l'essence. Force est d'admettre, sur ce point, que la décision est particulièrement décevante.

¹⁹ CAA Versailles, 12 mars 2019, n° 17VE01940, Min. c/ Sté Performing Right Society, concl. C. Huon : FI 3-2019, n° 5, § 24, comm. E. Dinh.

²⁰ V. E. Dinh in FI 3-2019, n° 5, § 24.

◇ Lacunes de la décision et incertitudes

25. Pour conclure à l'existence d'une erreur de qualification juridique des faits, le Conseil d'État estime, au point 5 de la décision, qu'« Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les artistes membres de la société Performing Rights Society lui cèdent, en vertu de l'article 7 de ses statuts constitutifs, les droits qu'ils détiennent sur leurs œuvres. Si, en vertu des articles 47 et 48 de ces mêmes statuts, le conseil d'administration de la société détermine l'affectation des revenus tirés de l'exploitation de ces œuvres, ces revenus doivent néanmoins, en principe, être répartis entre les membres de la société "après déduction des frais y compris à caractère social justifié". Les redevances redistribuées sont alors comptabilisées en charges déductibles dans les écritures comptables de la société et imposées entre les mains de ses membres et non de la société. Il ressort en outre des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, si une partie des redevances collectée par la société est affectée par le conseil d'administration de la société, soit à des œuvres charitables ou des dons aux membres ou aux employés, soit à des fonds de réserve, à l'entretien des biens de la société ou à tout autre fin que le conseil estime nécessaire ou propice aux intérêts de la société, l'essentiel de ces redevances est, chaque année, en pratique, reversée aux membres de la société. En déduisant de l'ensemble de ces éléments, que la société Performing Rights Society Ltd, qui a pour objet de collecter et de gérer les revenus perçus par ses membres, devait être regardée comme le "bénéficiaire effectif", au sens des stipulations de l'article 13 de la convention fiscale franco-britannique citée au point 4, de la part des redevances collectées pour elle en France par la SACEM et reversées à ses membres, la cour administrative d'appel de Versailles a inexactement qualifié les faits de l'espèce ».

26. On admettra donc que la notion de bénéficiaire effectif demeure paradoxalement assez insaisissable à la lecture de cette décision, qui en réalité fait naître davantage d'incertitudes qu'elle n'apporte de réponses. Tout au plus, retiendra-t-on qu'une entité récipiendaire de revenus ne saurait être qualifiée de bénéficiaire effectif de ces derniers dès lors (i) qu'en principe, elle doit répartir lesdits revenus entre ses membres et (ii) qu'en pratique, l'essentiel des revenus est reversé à ses membres, alors même que son conseil d'administration détermine l'affectation des revenus, selon ce qu'il estime être conforme à l'intérêt social. La position du Conseil d'État apparaît donc à front renversé par rapport à l'analyse de la Cour administrative d'appel de Versailles qui avait accordé la préséance au critère juridique de la détermination souveraine de l'affectation des revenus - c'est-à-dire en réalité au **contrôle économique dont dispose le récipiendaire sur les revenus perçus** -, reléguant au second rang l'importance des versements effectués, en pratique, au profit des membres. Le rapporteur public, dans ses conclusions contraires à la décision rendue, valide d'ailleurs expressément l'analyse de la cour, en indiquant qu'« il ressort des faits de l'espèce énoncés par la cour que la société PRS dispose d'un pouvoir de disposition de ses ressources, lesquelles ne sont pas nécessairement et statutairement reversées aux membres après déduction des frais de gestion. Il y a bien perception de revenus et emploi de ces revenus conformément aux décisions prises par les organes de la société, et

parmi ces emplois des distributions aux membres, car la perception d'une rémunération par les membres est bien un des motifs, si ce n'est le motif principal, pour lequel ils ont cédé leurs droits à PRS. PRS ne peut donc, dans ces conditions, être regardé comme un agent ou mandataire interposé ; ce n'est pas une société relais, ni une simple caisse par où transitent des fonds. C'est une société qui, sans capital ni actionnaire, a bien un intérêt social propre et dispose d'un réel pouvoir sur ses revenus. La circonstance, évoquée par le ministre, que le conseil d'administration de PRS comprenne des membres (ils sont 22 sur les 27) ne saurait avoir pour conséquence que ce sont les membres qui détiennent en réalité, directement, le pouvoir d'utiliser des revenus qui seraient leurs revenus ».

27. En complément, on signalera les précisions apportées par des auteurs familiers du dossier :

- il n'existe **pas d'identité entre les revenus perçus de la SACEM par PRS et les revenus reversés aux membres**, puisque nous comprenons que la redistribution aux auteurs est effectuée sur la base d'une logique de répartition par points, opérant une déconnexion avec les revenus primaires ;
- les statuts de PRS ne prévoient **pas d'obligation de distribution des résultats** mais le choix entre une affectation en report à nouveau et une affectation aux membres : le reversement important de sommes aux auteurs participerait, dans cette logique, de l'intérêt de la société, qui inciterait ainsi les auteurs à lui faire apport de leurs droits, aux fins de renforcement de son propre pouvoir de négociation avec les utilisateurs²¹.

Il en ressort (i) que la novation opérée du fait du passage par PRS, en vertu d'une logique économique propre à cet organisme, semble empêcher de considérer que la société n'est qu'un « conduit » n'ayant vocation qu'à encaisser les produits pour le compte de ses membres, et (ii) qu'à défaut d'une obligation contractuelle de reversement des produits, il apparaît que la société possède donc un véritable contrôle économique sur les sommes perçues. Il ressort de ces éléments que la société PRS ne semble entrer dans aucune des deux grandes catégories caractérisant, négativement, le bénéficiaire effectif. Elle n'est ni, au sens originel, tel qu'issu de la version des commentaires du modèle OCDE de 1977, un agent ou mandataire, parce qu'elle a effectivement la propriété des revenus, ni, suivant la conception plus moderne telle qu'issue de la modification des commentaires de 2005, à la suite du rapport de 2003 du Comité des affaires fiscales, une « société relais », propriétaire dans la forme, mais ne disposant « dans la pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées »²².

28. En refusant de donner à la société PRS la qualité de bénéficiaire effectif des revenus, nonobstant l'intensité des attributs de propriété qu'elle exerce sur les revenus, la Haute assemblée en altère d'une certaine manière la nature, laquelle relève d'une logique de l'entre-deux : elle est davantage qu'un

21 V. M. Vail et B. Lhermet, Bénéficiaire effectif et sociétés de gestion collective : une décision pratique plutôt que de principe ? : Dr. fisc., 2021, n° 13, act. 185.

22 Comm. OCDE, 2005, C (12), n° 4.2.

simple complément à la règle conventionnelle d'attribution des revenus, mais elle n'est pas un mécanisme anti-abus subjectif²³.

En effet, selon les commentaires de l'OCDE, la notion de bénéficiaire effectif procède de la nécessité de clarifier le sens des mots « payés à [...] un résident », afin de préciser que l'État de la source n'est pas obligé de renoncer au droit d'imposer les revenus uniquement parce que ceux-ci ont été payés directement à un résident d'un État avec lequel l'État de la source a conclu une convention²⁴. Cette conception a justifié l'édiction de la théorie de la clause implicite du bénéficiaire effectif, dont la célèbre décision *Diebold Courtage* est l'illustration emblématique en droit français²⁵. C'est ainsi que, dans cette affaire, le Conseil d'État avait fait reposer sa solution sur une interprétation (certes constructive) des termes singuliers de l'article 12, § 1 de la convention franco-néerlandaise de 1973 (« Les redevances provenant de l'un des États et payées à un résident de l'autre État ne sont imposables que dans cet autre État »). L'expression « payées à » invitait donc le Conseil d'État, en bonne logique juridique, à examiner si les associés étaient les bénéficiaires réels des redevances en vue de conclure à l'application de la convention²⁶. **Mais la clause de bénéficiaire effectif ne se réduit pas à cette fonction de clarification de la condition d'attribution personnelle des revenus dans un cadre conventionnel. Elle est un mécanisme anti-abus ayant une fonction spécifique de lutte contre le « treaty shopping », à savoir le recours abusif à une situation conventionnelle, l'abus se traduisant par le fait, pour le créancier d'un revenu, d'interposer entre lui et le débiteur une structure dans un État lié à l'État du débiteur par une convention fiscale plus favorable, alors que la structure interposée ne dispose pas de réelles prérogatives sur les revenus perçus. Il s'ensuit une déconnexion entre le récipiendaire des revenus (logique distributive d'attribution personnelle des revenus) et leur bénéficiaire effectif, dont la clause neutralise les effets pour l'État de la source. Mais c'est un mécanisme anti-abus qui présente la particularité de revêtir une nature objective.** Ainsi, par son caractère objectif, le mécanisme ne suppose pas que soit posée, au niveau du récipiendaire, la question de la nature ou du but des activités exercées dans l'État de la résidence, dès lors que le récipiendaire exerce des prérogatives sur les revenus perçus démontrant qu'il en a le contrôle économique, quand bien même il n'en aurait pas, *in fine*, la pleine jouissance, laquelle reviendra aux bénéficiaires ultimes. La recherche du but poursuivi par certains membres ou associés de la structure (par hypothèse résidents d'un autre État),

qui chercheraient à utiliser celle-ci à des fins d'évitement d'une retenue à la source plus lourde, pose la question de l'artifice à un autre niveau - le leur -, et suppose d'entrer dans une logique subjective, qui n'a pas droit de cité, à nos yeux, dans la mise en œuvre de la clause de bénéficiaire effectif. C'est dans cette perspective, toutefois, que peut entrer dans l'analyse la clause prévoyant, telle que celle du § 5 de l'article 13 de la convention franco-britannique, que « Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas si le principal objectif ou l'un des principaux objectifs d'une personne concernée par la constitution ou l'affectation du droit ou du bien générateur des redevances a été de tirer avantage du présent article grâce à cette constitution ou à cette affectation ». Laurent Domingo, dans ses conclusions sur l'affaire ici chroniquée, le dit avec une grande pertinence : « le ministre s'inquiète de ce que [...] des redevances françaises, collectées par la SACEM et transférées à PRS, puissent in fine échapper à tout impôt s'agissant de membres de PRS qui ne sont pas résidents du Royaume-Uni et qui pourraient même être résidents d'États non conventionnés à la France, voire d'États et territoires non-coopératifs. Mais, c'est à ce titre, il nous semble, que peut jouer la clause anti-abus qui figure au § 5 de l'article 13 [...]. Autrement dit, il nous semble que ce n'est pas du côté de PRS elle-même qu'il convient de rechercher l'artifice, cette société ayant été créée en 1914 en dehors de tout schéma d'optimisation fiscale par une voie conventionnelle qui n'existait pas encore, mais plutôt du côté des membres qui sont adhérents de PRS sans être résidents fiscaux du Royaume-Uni et qui peuvent, eux, avoir été motivés par un but fiscal. La récupération d'une dette fiscale au niveau de ces membres est cependant, évidemment, plus difficile ».

29. Au fond, il y aurait lieu d'appliquer à un organisme de gestion collective de droits d'auteurs comme PRS les solutions préconisées par le commentaire de l'OCDE en matière d'organismes de placement collectif (OPC), selon lequel « Un État contractant peut également souhaiter rechercher si les dispositions existantes d'une convention sont suffisantes pour empêcher l'OPC d'être utilisé d'une manière potentiellement abusive. Il est possible qu'un OPC puisse satisfaire toutes les conditions requises pour demander les bénéfices d'une convention en son nom propre, même si, en pratique, ces revenus sont soumis à un impôt faible ou nul. Dans ce cas, l'OPC offrirait aux résidents de pays tiers des bénéfices d'une convention dont ils n'auraient pu bénéficier s'ils avaient investi directement. En conséquence, il pourrait être souhaitable de limiter les bénéfices qui pourraient normalement être accordés à de tels OPC, soit par des règles anti-abus ou anti-chalandage fiscal d'application générale (telles qu'elles sont examinées sous la rubrique « Usage incorrect de la Convention » [...]) ou par une disposition spécifique traitant des OPC »²⁷. Dit autrement, les inquiétudes qui sont exprimées par le ministre et rapportées par Laurent Domingo supposent, selon nous, de porter l'analyse un cran au-dessus de l'organisme lui-même, à la faveur d'un glissement de l'objectif vers le subjectif. Cela étant dit, même si la clause anti-abus générale apparaît techniquement pertinente pour traiter le sujet, encore faudra-t-il, pour l'administration, pouvoir démontrer la fraude à la loi commise par l'adhérent non

23 Pour une analyse détaillée, V. R. Danon et E. Dinh, Commentaire sur l'article 1, in *Modèle de convention fiscale OCDE concernant le revenu et la fortune* - Commentaire (ss dir. R. Danon, D. Gutmann, X. Oberson, P. Pistone), Éd. Helbing Lichtenhahn, Bâle/Ed. Francis Lefebvre, Paris, 2013, p. 30-50, spéc. n° 86 et s.

24 V. Comm. OCDE, 2017, C (12), n° 4.5, et C (10), n° 12.

25 CE, 13 oct. 1999, n° 191191, Min. c/ Sté Diebold Courtage : Rec. Lebon, p. 307 ; RJF 1999 n° 1492, chron. E. Mignon p. 931 ; Dr. fisc. 1999 n° 52, comm. 948, concl. G. Bachelier, note C. Acard.

26 Sur ce point, v. not. E. Mignon, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes : la transparence n'est pas le vide* : RJF 12/99, p. 931, spéc. p. 936.

27 Comm. OCDE, 2017, C (1), n° 33.

résident, ce qui supposera que celui-ci n'ait pas véritablement fait l'apport de ses droits à la société PRS ou n'accepte pas de se plier aux contraintes liées aux statuts de la société. Les difficultés pratiques de caractérisation de l'artifice dans ces conditions risquent de rendre la tentative assez vaine, il faut bien l'admettre.

♦ **De l'impossibilité de considérer que la société n'est pas le bénéficiaire effectif des revenus, eu égard à son mode de fonctionnement**

30. L'aporie à laquelle mènent toutes ces remarques est sans doute le signe que la question, au fond, n'aurait pas dû être posée, du moins dans les mêmes termes, dans un contexte exempt de tout soupçon d'abus. **Au fond, dans un tel contexte, le rejet de la qualité de bénéficiaire effectif, au cas d'espèce, n'était concrètement possible que si PRS avait eu la nature d'agent ou de mandataire, conformément à l'acception classique remontant à 1977**, écartant logiquement le bénéfice des conventions à une personne qui n'est pas considérée comme le propriétaire du revenu dans son État de résidence. Mais le Conseil d'État ne le dit pas, et pour cause, il apparaît que tel n'est pas le cas. À cet égard, on notera la critique de la décision de la Cour de Versailles portée par Bruno Gouthière dans son ouvrage de référence dans les termes suivants : « *La qualité de bénéficiaire effectif de cette société et, par suite, son éligibilité au bénéfice des conventions fiscales nous paraissent cependant douteuses, étant donné que la société britannique ne faisait, en réalité, que gérer les droits transmis par ses sociétaires et encaisser les produits correspondants pour les leur reverser sous déduction de sa rémunération. Les commentaires du comité des affaires fiscales de l'OCDE vont d'ailleurs dans le sens de l'application de la convention conclue avec l'État de résidence des auteurs et non pas celui de la société de gestion collective* »²⁸. Toutefois, il y a lieu de se référer aux commentaires de l'OCDE cités par cet auteur, et qui concernent le nouvel article 29 du modèle, relatif au « Droit aux avantages », qui sont rédigés comme suit : « *Exemple 1 : RCO, société résidente de l'État R, est un organisme de gestion collective qui octroie des licences pour le compte de détenteurs de droits d'auteur et droits voisins au titre de spectacles musicaux en public ou de la diffusion de cette musique à la radio, à la télévision ou sur l'Internet. SCO, société résidente de l'État S, mène des activités similaires dans l'État S. Les artistes et détenteurs de droits d'auteur de divers pays font de RCO ou SCO leur agent pour octroyer des licences et recevoir des redevances au titre des droits d'auteurs et des droits voisins qu'ils détiennent ; RCO et SCO distribuent à chaque détenteur le montant de redevances qu'ils perçoivent pour le compte de ce détenteur, minoré d'une commission [...]. RCO a conclu un accord avec SCO qui prévoit que SCO octroie des licences aux utilisateurs dans l'État S et verse des redevances à RCO au titre des droits gérés par RCO ; RCO fait de même dans l'État R au titre des droits que SCO gère. SCO a convenu avec l'administration fiscale de l'État S qu'il traitera la retenue d'impôt sur les redevances au*

titre des paiements qu'il effectue au profit de RCO, sur la base des conventions applicables entre l'État S et l'État de résidence de chaque détenteur de droits représenté par RCO, à partir des informations communiquées par RCO, car ces détenteurs de droits sont les bénéficiaires effectifs des redevances payées par SCO à RCO »²⁹. Si l'exemple donné par le commentaire OCDE est particulièrement proche des faits litigieux de l'affaire PRS, il n'en demeure pas moins qu'il **prend pour hypothèse que les organismes de gestion collective agissent en qualité d'agents des auteurs**. La solution préconisée est donc parfaitement en phase avec l'acception classique du bénéficiaire effectif : dans cette hypothèse, alors même que les redevances sont versées à l'organisme de gestion collective, celui-ci n'est pas éligible au bénéfice de la convention avec l'État de la source, puisqu'il n'intervient qu'au nom et pour le compte des auteurs. L'exemple n'est donc pas aussi topique que l'on pourrait le penser, puisque PRS ne semble pas intervenir en tant que simple mandataire des auteurs, dont on comprend qu'ils lui font apport de leurs droits.

31. Dès lors, la voie choisie par la Haute assemblée semble buter sur la nature même de PRS, eu égard à sa qualité d'organisme de gestion collective. En effet, la fraude à la loi, dont le Conseil d'État, dans son arrêt *Bank of Scotland* du 29 décembre 2006³⁰, nous a appris qu'elle était implicitement recouverte par la notion de bénéficiaire effectif, s'accommode mal du pluralisme. Une filiale interposée dans un groupe de sociétés ou la structuration particulière d'un investissement sont des situations où l'on trouve des sociétés relais, vectrices d'une forme de planification internationale potentiellement agressive : dans ce type de situation, la logique objective du mécanisme du bénéficiaire effectif, supposant de tester l'intensité des attributs de propriété dont jouit le bénéficiaire des revenus, recoupe la logique subjective de la fraude à la loi, supposant de tester les motivations du bénéficiaire réel supposé. Mais il nous semble impossible de considérer qu'un organisme de gestion collective de droits d'auteurs, regroupant quelques 150 000 membres, puisse être considéré comme le vecteur potentiel d'une quelconque fraude à la loi entrant dans l'orbite du mécanisme du bénéficiaire effectif.

♦ **Le seul enseignement de la décision**

32. En conclusion, la décision *Min. c/ Performing Right Society* du 5 février 2021 n'est donc pas le grand arrêt de principe sur le bénéficiaire effectif. Elle doit être considérée pour ce qu'elle est, à savoir une décision d'espèce, nous renseignant sur le fait que la Haute assemblée exerce un contrôle de qualification juridique des faits sur la notion conventionnelle de bénéficiaire effectif. C'est d'ailleurs sur ce point que porte le fichage aux tables du recueil Lebon.

E. DINH ■

28 B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales : Éd. Francis Lefebvre, 14^e éd., 2020, n° 76640-g.

29 Comm. OCDE, 2017, C (29), n° 182.

30 CE, 29 déc. 2006, n° 283314, *Min. c/ Sté Bank of Scotland* : RJF 3/07, n° 322 ; RJF 4/07 p. 139, chron. Y. Bénard ; BDCF 3/07 n°33, concl. F. Séners ; Dr. fisc. 2007, n° 4, comm. 87, note O. Fouquet.

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : TA Montreuil, 1^{er} ch., 25 févr. 2021, n° 1909494, Sté HSBC Bank PLC Paris Branch, concl. C. Noël

Annexe 2 : CAA Lyon, 2^e ch., 21 janv. 2021, n° 20LY00073, Quiblier

Annexe 3 : CE, 9^e et 10^e ch., 24 févr. 2021, n° 434129, Sté France Citévision, concl. C. Guibé

Annexe 4 : CAA Versailles, 7^e ch., 16 déc. 2020, n° 19VE02589, Sté BNP Paribas, concl. J. Illouz

Annexe 5 : CAA Versailles, 3^e ch., 9 févr. 2021, n° 18VE02688, SASU Thai Union France Holding 2, concl. C. Huon

Annexe 6 : CE, 10^e et 9^e ch., 5 févr. 2021, n° 430594 et 432845, Min. c/ Sté Performing Right Society Ltd, concl. L. Domingo