

FISCALITÉ

Les conventions fiscales et la jurisprudence du Conseil d'État



Jean-Jacques Cappelàere

Fiscaliste

Par un arrêt du 26 juillet 2006, le Conseil d'État a fait prévaloir une interprétation littérale des dispositions de la convention franco-brésilienne qui met en œuvre une clause de *matching credit* en faveur d'un certain nombre de revenus passifs de source brésilienne, notamment les intérêts. Quelle est, par ailleurs, l'incidence du droit interne sur les conventions fiscales ?

Par un arrêt Natexis du 26 juillet 2006^[1], le Conseil d'État a fait prévaloir une interprétation littérale des dispositions des c) et d) du 2 de l'article 22 de la convention franco-brésilienne du 10 septembre 1971 qui met en œuvre une clause de *matching credit* en faveur d'un certain nombre de revenus passifs de source brésilienne, au nombre desquels figurent les intérêts : la Haute Assemblée a refusé au prêteur français, la société Natexis venant aux droits de la BFCE, le bénéfice de l'imputation d'un tel *matching credit* au taux conventionnel de 20 % prévu en l'occurrence, dès lors qu'aucune retenue à la source n'avait été perçue par le Brésil. Il a paru intéressant d'analyser le dispositif de cet arrêt avant de s'interroger sur l'incidence du droit interne au regard de l'interprétation littérale des conventions fiscales.

[1] Arrêt n° 284930

Partie I ■ L'ARRÊT DU CONSEIL D'ÉTAT DU 26 JUILLET 2006

■ La motivation de l'arrêt

Suivant les conclusions de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'État interprète littéralement les dispositions qu'il considère comme ne pouvant être lues de façon autonome, des c) et d) du 2 de l'article 22 de la convention franco-brésilienne, lesquelles prévoient respectivement :

“ La Haute Assemblée a refusé au prêteur français, la société Natexis venant aux droits de la BFCE, le bénéfice de l'imputation d'un tel *matching credit* au taux conventionnel de 20 %.”

– paragraphe c : en ce qui concerne les revenus passifs de source brésilienne visés aux articles 10 (dividendes), 11 (intérêts), 12 (redevances), 13, 14, 16 et 17 qui ont supporté l'impôt brésilien conformément aux dispositions des dits articles, la France accorde aux résidents de France percevant de tels revenus de source brésilienne un crédit d'impôt correspondant à l'impôt perçu au Brésil et dans la limite de l'impôt français afférent à ces mêmes revenus ;
– paragraphe d : en ce qui concerne les revenus visés aux articles 10, 11 et au paragraphe 2 c de l'article 12, l'impôt brésilien est considéré comme ayant été perçu au taux minimum de 20 pour cent.”

Le paragraphe 2 d) ne peut ainsi poser le principe d'un crédit d'impôt forfaitaire de 20 % indépendamment de toute imposition au Brésil : le paragraphe 2 c) détermine à la fois le champ d'application du crédit d'impôt (les revenus ayant supporté l'impôt brésilien) et son montant (l'impôt perçu au Brésil), le paragraphe 2 d) introduisant une exception, non pas au champ de ce

“Le crédit d’impôt est accordé si le revenu a été effectivement imposé dans l’État de la source : il s’agit de clauses de *matching credit*.”

crédit d’impôt, mais à son quantum, le montant de l’impôt brésilien étant considéré comme ayant été perçu au taux de 20 % pour un certain nombre de revenus passifs, notamment les dividendes et les intérêts.

La Haute Assemblée a jugé, en conséquence, que les dispositions précitées de la convention franco-brésilienne s’opposaient à ce que soit octroyé aux bénéficiaires résidents français de tels revenus passifs, un crédit d’impôt de 20 % en l’absence de tout prélèvement par l’État de la source, en l’occurrence, le Brésil.

■ Les conséquences

Les conventions fiscales destinées à éviter les doubles impositions comportent généralement deux types de clauses (encadré) utilisant l’outil du crédit d’impôt pour jouer un rôle d’incitation économique en faveur des pays en voie de développement :

- dans le premier type, le crédit d’impôt est octroyé même si le revenu a été exonéré dans l’État de la source, les conventions concernées faisant alors référence aux dispositions législatives existantes, voire dans certains cas futures, qui fondent les allègements ou les exemptions de l’impôt local : il s’agit de clauses de *tax sparing*, le crédit d’impôt étant conditionné tant dans son fondement, les mesures législatives d’incitation fiscale applicables dans l’État de la source, que dans son montant, égal à l’impôt, ou à la fraction d’impôt, non perçu ;
- dans le second type, le crédit d’im-

REPÈRES

Deux catégories de conventions fiscales

En se fondant sur la décision du Conseil d’État qui n’est pas exempte de toute critique au regard des anomalies auxquelles elle est susceptible d’aboutir, il est possible de classer les conventions fiscales signées par la France en deux catégories :

■ celles qui octroient un *matching credit* de type franco-brésilien, subordonné à l’existence d’une imposition effective dans l’État de la source pour

que les résidents français puissent en bénéficier : appartiennent à cette catégorie les conventions signées par la France avec la Mauritanie et la Tunisie ;

■ celles qui relèvent du *sparing credit*, et ne nécessitent pas une imposition effective dans l’État de la source : il devrait être possible de considérer qu’entrent, à des degrés divers, dans cette seconde catégorie, les conventions signées par la France avec la Chine, l’Île Maurice (dividendes), Malte

(expiration au 1^{er} septembre 2007), le Maroc, le Mexique (dividendes), la Mongolie (expiration au 1^{er} janvier 2009), le Sri Lanka, l’Inde (certaines catégories d’intérêts), la Jamaïque (expiration au 21 mai 2008), la Turquie, le Vietnam (dividendes et redevances), l’Argentine (certains intérêts et certaines redevances), la Jordanie (certains types d’intérêts), la Malaisie, Singapour (intérêts), Trinidad et Tobago, les Philippines et le Bangladesh.

pôt est accordé si le revenu a été effectivement imposé dans l’État de la source : il s’agit de clauses de *matching credit*, la convention franco-brésilienne relevant de ce type de clauses.

Partie II ■ L’INCIDENCE DU DROIT INTERNE AU REGARD DE L’INTERPRÉTATION LITTÉRALE DES CONVENTIONS FISCALES

La retenue à la source de l’article 119 bis 2 du CGI applicable aux dividendes distribués par les filiales françaises à leurs sociétés mères étrangères.

Depuis le 1^{er} janvier 1992, date de mise en œuvre par notre pays de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 [2], la retenue à la source normalement exigible au taux de 25 % sous réserve de l’application des conventions fiscales, aux dividendes distribués par des sociétés françaises à des personnes qui n’ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France, n’est pas applicable lorsque les dividendes sont distribués à une société mère établie dans un État

de l’Union européenne, le pourcentage de participation détenu par une telle société dans le capital de sa filiale française ayant dû être supérieur à 25 % en 2003 et 2004, 20 % en 2005 et 2006, 15 % à compter du 1^{er} janvier 2007, ramené à 10 % à compter du 1^{er} janvier 2009.

Dans notre droit interne, le régime d’exonération à l’impôt sur les sociétés des dividendes perçus de ses filiales par une société mère française, tel qu’issu des dispositions combinées des articles 145 et 216 du CGI, est applicable lorsque le pourcentage de participation détenu par la société mère française dans le capital de sa filiale est au moins égal à 5 %.

Il résultait de ce dispositif d’ensemble que les dividendes distribués par une filiale française à sa société mère établie dans un État membre de l’Union européenne supportaient la retenue à la source au taux prévu par la convention fiscale bilatérale liant la France à cet État membre lorsque le pourcentage de participation détenu par la société mère dans le capital de sa filiale française était compris entre 5 % et les taux planchers prévus par la directive du 23 juillet 1990 précitée, alors qu’aucune retenue à la source n’était exigible, en applica-

[2] Directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 codifiée à l’article 119 ter du CGI.

tion de notre droit interne, lorsque la filiale française était détenue aux mêmes conditions de pourcentage de capital, par une société mère française, elle-même exonérée d'impôt sur les sociétés sur le montant des dividendes de sa filiale touchés au cours d'un exercice. Ce montant est toutefois diminué d'une quote-part de frais et charges forfaitairement estimée à 5 % en application des dispositions expresses de l'article 216 du CGI, les frais et charges de toute nature réellement exposés au cours de cet exercice par la société concernée ne se substituant à la quote-part forfaitaire de 5 %, que lorsque leur montant n'a pas excédé la quote-part forfaitaire de 5 %.

UNE ENTRAVE NON JUSTIFIÉE

Par un arrêt "Denkavit" du 14 décembre 2006, la CJCE, saisie d'une demande préjudicielle par le Conseil d'État, a jugé que constituait une entrave non justifiée au principe de la liberté d'établissement prévu à l'article 43 CE, un traitement fiscal différencié des dividendes, qui aboutissait à leur exonération quasi-totale lorsqu'ils étaient servis par une filiale française à sa société mère établie en France, alors qu'ils supportaient une retenue à la source, au taux prévu par la convention liant la France et les Pays-Bas, mais non imputable dans ce pays dès lors qu'ils y étaient exonérés d'impôt sur les sociétés, lorsqu'ils étaient servis par la même filiale française à sa société mère établie aux Pays-Bas.

Par une instruction du 10 mai 2007 publiée au Bulletin Officiel des Impôts [3], l'administration s'est ralliée à cette jurisprudence du Conseil d'État pour la période ouverte à partir du 1^{er} janvier 2007, en prévoyant expressément qu'en l'absence de montage artificiel, lorsqu'une société européenne bénéficie de dividendes

de source française afférents à une participation supérieure à 5 % du capital de la société distributrice et se trouve, du fait d'un régime d'exonération applicable dans son État de résidence, privée de la possibilité d'imputer la retenue à la source en principe prélevée sur le fondement de l'article 119 bis 2 du CGI, les distributions en question ne sont plus soumises à la retenue à la source : sont concernées en pratique les distributions faites à des sociétés mères établies dans un État membre de l'UE, ainsi qu'en Islande ou en Norvège.

Il est intéressant de rappeler, en la matière, que l'application des conventions fiscales bilatérales, fût-elle littérale, est subordonnée à l'imposition des dividendes de source française perçus par la société mère européenne, dès lors que l'exonération de ces dividendes a pour conséquence de rendre le droit conventionnel inapplicable : le droit communautaire bénéficie ainsi de la même préséance que le droit interne, au regard de l'application des conventions fiscales.

Le sort des retenues conventionnelles prélevées sur les dividendes versés par des filiales étrangères à leur société mère française.

Lorsqu'ils sont versés par des filiales européennes et apparaissent susceptibles d'entrer dans le champ de la jurisprudence de la CJCE issue de l'arrêt "Denkavit" précité du 14 décembre

2006 parce qu'ils n'entrent pas dans le champ de l'exonération de retenue à la source prévue par la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990, ces dividendes doivent, sur le fondement de cette jurisprudence communautaire, bénéficier de l'exonération de la retenue à la source normalement applicable en application de la convention fiscale conclue entre l'État européen de la source et la France.

Lorsqu'ils sont versés par des filiales non européennes, et qu'ils supportent la retenue à la source au taux prévu par la convention fiscale conclue entre l'État de leur source et la France, cette retenue à la source ne peut pas être imputée en France dès lors que les dividendes concernés bénéficient du régime français d'exonération des dividendes de filiales tel que prévu à l'article 216 du CGI. Toutefois, ce régime d'exonération n'est pas total dans la mesure où une quote-part de frais et charges de 5 % du montant de ces dividendes reste imposable à l'impôt sur les sociétés : si la société mère française démontre que ses charges réelles susceptibles d'être affectées aux dividendes ainsi concernés représentent un pourcentage de ces dividendes inférieur au taux de 5 % prévu par la législation interne française, elle devrait pouvoir se prévaloir des dispositions littérales de la convention conclue entre la France et l'État d'établissement de sa filiale pour revendiquer l'imputation de la retenue conventionnelle prélevée par l'État d'établissement de sa filiale, sur l'impôt sur les sociétés appliqué en France au montant forfaitaire de frais et charges de 5 %, diminué des charges réelles susceptibles d'être affectées aux dividendes perçus de sa filiale étrangère. ■

« Par un arrêt «Denkavit» du 14 décembre 2006, la CJCE a jugé que constituait une entrave non justifiée au principe de la liberté d'établissement prévu à l'article 43 CE, un traitement fiscal différencié des dividendes. »

[3] Instruction publiée au Bulletin Officiel des Impôts sous la rubrique 4C-7-07.