

CHRONIQUE

DROIT FISCAL



CLAIRE ACARD
Associé
Cabinet
Ernst & Young

Liberté d'établissement – Impôt sur les sociétés – Perte de change subie par une société ayant son siège dans un État membre lors du rapatriement de la dotation en capital accordée à un établissement stable établi dans un autre État membre

■ CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL E. SHARPSTON PRÉSENTÉES LE 8 NOVEMBRE 2007

Le 8 novembre 2007, l'avocat général Mme E. Sharpston a rendu ses conclusions sur une affaire pendante devant la cour de justice des communautés européennes relative au traitement de la perte de change subie par une société ayant son siège dans un État membre lors du rapatriement de la dotation en capital accordée à un établissement stable établi dans un autre état membre. En l'espèce, la société Deutsche Shell GmbH (ci après Deutsche Shell), dont le siège était situé en Allemagne, avait établi en 1974 une succursale en Italie à laquelle elle avait octroyé une dotation en capital. Cette dotation avait été portée, conformément à la législation allemande, au bilan fiscal et commercial allemand pour la contre valeur en deutsche mark (DM) des versements effectués en Lires italiennes, contre valeur calculée sur la base du cours historique du deutsche mark par rapport à cette dernière. Décidée à liquider sa succursale italienne, la société Deutsche Shell GmbH a procédé à la fermeture de celle-ci en 1992 et rapatrié en Allemagne la dotation en capital résiduelle demeurant à la date de la liquidation. Les profits et gains résultant de la liquidation de la succursale italienne ont été taxés en Italie. Les transactions nécessitées par la liquidation ayant toutefois été effectuées en lires, la perte de change subie par la société allemande au moment de la conversion de la dotation en capital en deutsche mark (du fait de la dépréciation de la lire contre le deutsche mark) n'a été ni reconnue et ni a fortiori prise en compte pour la détermination de la base imposable de la succursale en Italie au titre de l'exercice de liquidation.

Constatant l'impossibilité de reconnaître cette perte de change en Italie, la société requérante a alors procédé à sa déduction pour le calcul de l'impôt dû par elle en Allemagne. Les autorités fiscales allemandes refusèrent alors de

prendre en compte cette perte pour la détermination du résultat imposable de la société Deutsche Shell GmbH, invoquant les dispositions de la convention tendant à éviter la double imposition conclue en 1925 entre l'Allemagne et l'Italie. En effet, bien que l'Allemagne soit soumise à un principe de mondialité au titre de l'impôt sur les sociétés et impose donc les revenus des succursales du chef de leur siège allemand (autorisant symétriquement la déduction des pertes des succursales étrangères du résultat imposable du siège), la convention signée entre l'Allemagne et l'Italie tempère ce principe en énonçant que « les revenus acquis grâce à l'activité » d'un établissement stable italien d'une société allemande ne sont imposables qu'au lieu de cet établissement stable.

Selon la législation fiscale allemande en vigueur à l'époque des faits, une personne exonérée, au titre d'une convention fiscale internationale, de l'impôt à raison des revenus résultant de l'activité commerciale exercée par l'une de ses succursales étrangères, ne pouvait déduire les pertes subies à l'occasion de l'acquisition de ces revenus dans la mesure où ces revenus étaient exonérés et que la perte était inférieure aux revenus positifs ainsi exonérés.

Plus précisément, la législation allemande prévoyait que « lorsque des dépenses présentent un lien économique direct avec des recettes exonérées, elles ne peuvent pas être déduites en tant que charges de l'entreprise pour déterminer la base imposable ».

Compte tenu de ce qui précède, la cour fiscale de Hambourg a conclu que les autorités fiscales allemandes avaient correctement appliqué la convention considérée du point de vue national en refusant la déductibilité de la perte de change au niveau du siège allemand. Cependant, nourrissant quelques doutes quant à la compatibilité de son interprétation et de son application du droit avec le droit communautaire et, notamment, avec le principe de la liberté d'établissement consacré par les articles 43 et 48 du traité CE, le Finanzgericht (la cour fiscale) a décidé de surseoir à statuer et de saisir la cour de justice des questions préjudicielles suivantes :

1. « Les dispositions combinées des articles 52 et 58 du traité CE (désormais articles 43 et 48 CE) s'opposent-elles à ce que la République fédérale d'Allemagne, en sa qualité d'État d'origine, traite une perte de change subie par la maison mère allemande à l'occasion du rapatriement du capital de dotation qu'elle avait accordé à un établissement stable italien comme s'il s'agissait d'une partie du bénéfice de celui-ci » et interdise la déduction de cette

perte de change de la base d'imposition de l'impôt allemand en raison de l'exonération conventionnelle dont bénéficient les revenus de la succursale italienne « *bien que cette perte de change ne puisse pas rentrer dans le bénéfice de l'établissement stable à calculer aux fins de l'imposition italienne et ne soit dès lors prise en considération ni dans le pays d'origine ni dans l'État de l'établissement stable* ? ».

Autrement dit, est-il conforme ou contraire à liberté d'établissement de traiter la perte de change subie par la mère allemande à l'occasion du rapatriement de la dotation en capital de la succursale comme faisant partie du résultat de cette dernière et ainsi d'en interdire la déduction en Allemagne de telle sorte que la perte n'est déductible ni en Allemagne ni en Italie ?

2. En cas de réponse affirmative à la première question, c'est-à-dire si la perte de change peut affecter le résultat imposable de la société mère allemande, est-il incompatible avec les dispositions combinées des articles 43 et 48 CE que la législation fiscale allemande soit autorisée à en fixer le quantum en fonction du montant du bénéfice réalisé en franchise d'impôt dans l'établissement stable italien ?

I. LA POSITION DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

Selon l'avocat général, qui s'aligne sur ce point sur l'avis de la Commission, la perte de change n'étant par définition pas déductible en Italie puisqu'elle y était inexistante, elle devait nécessairement l'être au niveau de la mère allemande afin que soit respecté l'exercice de la liberté d'établissement.

1.1 Les articles 43 et 48 relatifs à la liberté d'établissement autorisent-ils la société mère allemande à déduire la perte de change subie à l'occasion du rapatriement du capital de dotation octroyée à son établissement stable ?

Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si les articles 43 et 48 CE s'opposent à ce que l'État membre A (en l'espèce l'Allemagne) traite une perte de change subie par une société établie sur son territoire, à l'occasion du rapatriement de la dotation en capital octroyée à une succursale établie dans l'État membre B (en l'espèce l'Italie), comme s'il s'agissait d'une partie du bénéfice de cette succursale et interdise la déduction de cette perte pour la détermination du résultat imposable de la société allemande au titre d'une convention contre la double imposition, même si cette perte de change ne peut pas être déduite des bénéfices de la succursale aux fins de l'imposition dans l'État membre B et ne peut dès lors être prise en considération dans aucun des deux États membres.

Comme indiqué plus haut, la difficulté à laquelle a été confrontée la société Deutsche Shell provenait du fait qu'en droit fiscal allemand, les pertes de change résultant des activités d'une succursale étrangère d'une société allemande – ce qui englobe les pertes subies à la suite de la fermeture de la succursale – sont considérées comme connexes au revenu de cette succursale. Dès lors que ce revenu est exonéré d'impôt en Allemagne en vertu d'une convention contre la double imposition, la perte

de change ne peut pas être déduite de la base d'imposition de la société en Allemagne. Or, par construction, une telle perte de change n'a aucune incidence sur les bénéfices de la succursale italienne (puisque elle ne se cristallise qu'au moment où les fonds transférés à la société allemande sont convertis dans la devise de l'État membre où la société est établie). Au final, cette perte ne peut donc être prise en considération ni par la succursale ni par sa maison mère.

Classiquement, la façon d'approcher la demande de décision préjudicielle aurait été de déterminer s'il y avait discrimination à l'encontre de sociétés mères se trouvant dans la situation litigieuse, en comparaison avec le traitement réservé à une autre société constituant un élément de comparaison approprié.

L'avocat général ne s'attarde toutefois pas sur cet aspect en estimant que le cœur du problème n'est pas de savoir s'il y a traitement discriminatoire mais plutôt de déterminer si le droit allemand contient une restriction à la liberté d'établissement et, le cas échéant, de vérifier si une telle restriction est justifiée. L'avocat général concentre son analyse sur la question de savoir si la convention de 1925 conclue entre l'Allemagne et l'Italie et le droit interne allemand limitent l'exercice de la liberté d'établissement dont bénéficie en principe la société allemande.

Les thèses en présence étaient les suivantes :

La requérante faisait valoir qu'un régime qui ne permet de tenir compte d'une perte de change ni dans l'État membre d'origine de la société mère, ni dans l'État membre d'établissement de la succursale, limite la liberté d'établissement de la société mère.

La Commission, quant à elle, avançait également que la société mère ayant subi une perte qui ne peut être déduite ni en Italie ni en Allemagne, une telle perte constituait une restriction à la liberté d'établissement.

L'État Allemand invoquait le fait que de telles restrictions apparaissaient comme la conséquence naturelle et inévitable de la coexistence de deux régimes juridiques différents et étaient justifiées par la nécessité de répartir les compétences fiscales entre les deux États membres.

Le point décisif était donc de déterminer si une société est désavantagée dans une situation transnationale. Or, à l'évidence, la possibilité qu'une société puisse être pénalisée parce qu'une perte due à une fluctuation de change négative affectant les transactions intervenues entre elle et un établissement stable n'est pas prise en compte pour la détermination de son résultat imposable, n'apparaît que lorsque cette société s'engage dans des activités transfrontalières.

Selon l'avocat général, le désavantage provenant, en l'espèce, d'une perte de change qui ne pouvait être cristallisée qu'en Allemagne puisqu'elle était inexistante en Italie, cette perte ne pouvait logiquement n'être prise en considération que par les autorités fiscales allemandes.

Le droit allemand rendant incontestablement moins séduisant l'exercice de la liberté d'établissement par les sociétés mère allemandes, l'avocat général ne pouvait qu'en conclure à l'existence d'une restriction à la liberté prévue aux articles 43 et 48 du traité CE.

L'avocat général s'est ensuite interrogé sur le fait de savoir si cette restriction à la liberté d'établissement générée par

le droit allemand pouvait être justifiée. Après avoir rappelé la jurisprudence de la cour qui prévoit qu'une restriction du droit d'exercice de la liberté d'établissement ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et que si elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, l'avocat général souligne que la restriction en cause doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif recherché et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif¹.

En l'espèce deux éléments de justification étaient invoqués par l'État membre :

- Sauvegarder une répartition équilibrée des compétences fiscales prévue par la convention visant à éliminer les doubles impositions conclues par l'Allemagne avec l'Italie.

L'État allemand tenait un raisonnement pour le moins simpliste : étant donné que la perte de change provenait d'Italie, elle relevait de la compétence de l'Italie et aurait dû être prise en compte dans ce pays.

Néanmoins, comme le souligne la Commission, la perte de change ne s'était cristallisée qu'au moment du rapatriement de la dotation en Allemagne et de la conversion en deutsche mark des sommes exprimées en liras. L'argument ne pouvait donc, selon l'avocat général, qu'être rejeté comme justification possible de la restriction à la liberté d'établissement constatée.

- La nécessité de sauvegarder une cohérence fiscale entre les États.

L'État allemand soutenait également que si la société mère avait été admise à déduire la perte de change de ses revenus imposables en Allemagne, la cohérence du système fiscal allemand se serait trouvée compromise.

L'on se souvient toutefois que, pour que des mesures restrictives puissent être considérées comme justifiées par la nécessité de préserver la cohérence d'un régime fiscal national, il doit toutefois exister un lien direct entre un désavantage financier subi par le requérant et un avantage fiscal correspondant qui compense le désavantage subi par ce dernier. Existait-il un avantage de nature à compenser le désavantage subi par Deutsche Shell ? En l'espèce, l'État allemand faisait valoir que l'avantage du système en vigueur résidait en ce que le profit résultant d'une évolution favorable des taux de change n'aurait pas non plus été pris en considération. Au cas particulier toutefois, la société Deutsche Shell GmbH a subi une perte de taux de change qu'elle ne pouvait pas transformer en un profit de taux de change. Il n'existait donc aucun avantage compensatoire offert à la partie requérante.

De fait, force est de reconnaître que l'argument invoqué par l'Allemagne selon lequel les sociétés bénéficiant d'un rapport favorable des taux de change retirent un bénéfice du régime actuel, ne tient pas compte du fait que les « avantages » doivent revenir à ceux qui ont subi les conséquences de la mesure restrictive. Les « avantages » fiscaux, tels que ceux qui sont générés ici, ne sont pas de réels avantages fiscaux, ils sont au contraire à l'origine d'une double inégalité.

De ce fait, selon l'avocat général, l'absence de déduction en Allemagne de la perte de change subie à l'occasion du rapatriement de la dotation en capital de la succursale italienne ne pouvait être justifiée au regard, ni de la répartition équilibrée des compétences fiscales entre les États membres, ni de la nécessité de préserver la cohérence fiscale. Et à supposer même que l'une des justifications puisse être accueillie en son principe, l'exclusion totale des pertes entraînées par des fluctuations de taux de change apparaîtrait comme disproportionnée.

1.2 Au cas où la première question recevait une réponse affirmative, l'État d'origine peut-il limiter la possibilité de déduire une perte de change provenant de la fermeture d'un établissement dans un autre État membre ?

L'État requérant, invoquant la convention ainsi que le droit interne allemand, faisait valoir qu'à supposer même que la société allemande soit admise à déduire la perte de change de sa base imposable, le droit fiscal allemand en vigueur n'autoriserait cette déduction que dans la mesure où la perte serait supérieure au profit exonéré auquel elle se rattache. Étant donné qu'en l'espèce, la perte de change était moins importante que le profit exonéré généré par la succursale italienne, la perte n'aurait pu, en tout état de cause être déduite du résultat imposable du siège en Allemagne.

Les parties à l'instance indiquaient en substance que la réponse à la première question, à savoir si la perte de change est déductible en Allemagne, devrait logiquement déterminer la réponse à la deuxième.

L'avocat général n'a guère été plus prolix, relevant à juste titre que les législations allemandes et italiennes ont créé un système où une éventuelle perte de change ne peut être prise en compte ni par l'un ni par l'autre état et ont ainsi abouti à rendre beaucoup moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement.

En conséquence, une interprétation correcte de l'article 43 CE, combiné à l'article 48 CE, nécessitait qu'il soit tenu compte de cette perte dans sa totalité (comme de toute autre perte opérationnelle) pour la détermination du résultat imposable de la société allemande, en Allemagne ou en Italie. Étant donné que cette perte était « inexistante » pour les besoins du calcul de l'impôt italien en liras, il s'ensuit qu'elle devait nécessairement être prise en considération lors du calcul de l'impôt allemand sur les bénéfices globaux de la société Deutsche Shell GmbH.

II. LA PORTÉE DE L'ARRÊT

À supposer que la Cour de Justice suive les conclusions de l'avocat général et conclue à la possibilité pour l'État du siège de déduire la perte de change subie à l'occasion de la fermeture d'une succursale étrangère, une telle décision pourrait-elle avoir un quelconque impact sur la situation des établissements français exerçant leur activité au sein de l'Union européenne par l'intermédiaire d'établissements stables, de succursales ou d'agents dépendants ?

1. CJCE 28 Avril 1977, aff 71/76, Thieffry.

Certes, l'enjeu pour la France, très important avant le passage à la monnaie unique, apparaît aujourd'hui plus limité dès lors que la décision de la Cour de Justice n'aura d'intérêt que pour les établissements exerçant leur activité par l'intermédiaire d'établissements stables dans des pays de l'Union européenne qui n'ont pas encore adopté l'euro comme monnaie. L'enjeu n'est toutefois pas négligeable dès lors que sur les 27 États membres de l'UE, 12 pays n'ont pas encore adopté l'Euro comme monnaie nationale.

Il s'agit pour mémoire, d'une part, du Royaume-Uni et du Danemark qui ont obtenu une clause dite d'*opting-out*, leur permettant de rester en dehors de la monnaie unique, même s'ils venaient à remplir les conditions d'adhésion. La Suède, elle, s'est engagée à rejoindre la zone euro, et ce, dès qu'elle remplira les conditions du traité de Maastricht.

D'autre part, parmi les 10 nouveaux membres de 2004 et les 2 nouveaux membres de 2007, la plupart espère rejoindre la zone euro au plus vite mais, pour le moment, seuls la Slovaquie, Malte et Chypre ont adopté l'euro respectivement le 1^{er} janvier 2007 et le 1^{er} Janvier 2008. Les autres pays (la Hongrie, la République Tchèque, la Slovaquie, la Pologne, la Lituanie, la Lettonie, l'Estonie, la Roumanie et la Bulgarie) devraient normalement adopter l'euro d'ici à 2014.

Les principes sur lesquels repose l'impôt sur les sociétés français ne sont pas, en réalité, si différents que ceux sur lesquels s'appuie la législation allemande lorsqu'on se situe dans un cadre conventionnel. Le régime français est en effet marqué par un principe de territorialité stricte : seuls sont imposables en France à l'impôt sur les sociétés les bénéfices réalisés dans des entreprises exploitées en France ainsi que ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions. Le principe, posé par l'article 209-I du CGI, a pour double corollaire que les bénéfices réalisés dans des entreprises exploitées hors de France sont exonérés d'impôt en France et que les pertes et charges supportées dans de telles exploitations par une société française ou en lien avec celles-ci ne peuvent être retenues pour l'assiette de l'impôt dû en France par la société, sous quelque forme que ce soit.

La doctrine administrative en date du 1^{er} mars 1995 (4 H-14-14) vient préciser ce principe qui gouverne l'imposition en France. D'une manière générale, pour l'établissement de l'imposition à la charge d'une entreprise française, les profits réalisés dans des établissements localisés à l'étranger ou des filiales étrangères ne sont pas pris en compte. Cette règle est appliquée de manière équilibrée puisque les pertes étrangères ne sont pas corrélativement déductibles en France. C'est ainsi que, lorsqu'une entreprise exerce conjointement son activité en France et à l'étranger il faut procéder à la ventilation des frais et charges qui se rapportent à l'entreprise exploitée en France pour la détermination de la base imposable en France et n'admettre dans les charges d'un établissement en France que celles qui sont engagées dans le seul intérêt de cet établissement (corrélativement, il convient d'exclure les dépenses exposées en France se rapportant à des établissements stables ou succursales situées hors de France).

La doctrine administrative ajoute qu'en vertu du principe de territorialité, les résultats d'une entreprise imposable en France ne sauraient être affectés, sous quelque forme que ce soit, par les pertes et déficits qui se rattachent à une exploitation étrangère dont les profits échappent à l'impôt français. De même, les déficits provenant d'entreprises exploitées à l'étranger ne peuvent être pris en considération pour la détermination du bénéfice passible en France de l'impôt sur les sociétés.

La jurisprudence, conforme à la doctrine administrative, applique avec fermeté le principe de territorialité en excluant de la base imposable en France les pertes et charges se rattachant à une activité déployée à l'étranger.

À titre d'illustration, le Conseil d'État a jugé à plusieurs reprises que n'étaient pas déductibles des résultats en France les charges suivantes :

- les frais de tenue de comptabilité engagés en France par une entreprise en raison de l'existence de succursales autonomes à l'étranger, qui doivent être imputés à ces succursales² ;
- la fraction des frais généraux du siège, (gestion du capital et direction générale de la société) qui se rapporte à un établissement situé hors de France³ ;
- la quote-part des frais financiers supportés par une société à raison d'un emprunt utilisé pour l'exploitation de ses établissements étrangers⁴ ;
- les provisions constituées en vue de faire face à la perte de la dotation mise à la disposition de la succursale, dès lors que cette perte rendue probable par la liquidation de la succursale est imputable à des événements ou opérations qui se rattachent à l'activité exercée hors de France⁵ ;
- les pertes provenant du non-recouvrement de créances sur les clients ainsi que les autres pertes d'exploitation subies par les succursales étrangères⁶ ;
- les pertes de change et provisions en vue de faire face à ces pertes, imputables à un établissement situé hors de France⁷. Dans une situation très proche de celle sur laquelle aura à statuer la Cour de Justice, le Conseil d'État, dans un arrêt en date 18 Mars 1985⁸, a en effet affirmé qu'une société française ne peut déduire de son bénéfice imposable en France les pertes de change et provisions constituées en vue de faire face à ces pertes dès lors que ces provisions ou ces pertes sont imputables à des événements qui se rattachent à l'activité exercée par cet établissement stable hors de France.

Dans cette affaire, une société française avait déduit de son bénéfice imposable en France une perte de change se rapportant au remboursement d'un emprunt (l'identité du prêteur n'est pas mentionnée) effectué en deutsches mark, contracté semble-t-il par la société française pour les besoins de son établissement stable allemand. Le Conseil d'État, pour refuser la déduction de cette perte de change, avait relevé le fait que la société requé-

2. CE 7 janvier 1942, n°43693.

3. CE 16 février 1983. — CE 8 Mai 1944 n° 66968 et 68362.

4. CAA Paris, société Schlumberger 30 Décembre 1993 n°93-407.

5. CE 25 octobre 1972 n°85191.

6. CE 25 Octobre 1972, n°81999.

7. CE 18 Mars 1985 n°38036.

8. CE 18 Mars 1985 n°38036.

rante n'établissait pas que les fonds litigieux provenant de l'emprunt auraient été effectivement affectés à ses activités en France.

Il résulte des éléments qui précèdent que la position traditionnellement exprimée, tant par les autorités fiscales françaises que par le juge de l'impôt, s'oppose à la déduction des pertes de change subies par les entreprises françaises à raison de leurs activités déployées à l'étranger.

En conséquence, si la CJCE statuait dans le sens des conclusions de l'avocat général et concluait ainsi à la déductibilité de la perte de change au niveau de la société mère allemande, perte de change résultant du rapatriement de la dotation en capital de la succursale italienne et de sa conversion en deutsche mark, les sociétés françaises exerçant leur activité par l'intermédiaire d'un établissement stable dans un État de l'Union devraient aussi pouvoir procéder à cette déduction si elles venaient à constater une perte de change à l'occasion du rapatriement du capital de dotation de leurs succursales étrangères. Cette entorse au principe de territorialité serait justifiée par la volonté de donner son plein effet à l'exercice de la liberté d'établissement.

Cela étant dit, à supposer que la CJCE statue dans le sens d'une déductibilité de la perte, il ne faudrait évidemment pas que cette déduction soit assortie d'une taxation corrélatrice des gains de change. Un établissement français qui retirerait un gain de change au moment du rapatriement de la dotation en capital de sa succursale étrangère serait-il susceptible d'être imposé sur ce gain ?

La réponse est à l'évidence négative. La circonstance que les pertes de change résultant du rapatriement de la dotation en capital octroyée à son établissement stable étranger puissent être déduites du résultat imposable de la société mère ne devrait avoir aucune incidence sur la taxation des gains de change de cette dernière, compte tenu du partage d'imposition résultant des conventions signées par la France et des termes de l'article 209-I du CGI.

À titre d'illustration d'une possible dissymétrie entre le traitement des gains et des pertes, l'on rappellera le débat relatif au régime de déduction des moins-values sur titres de participation substantielle étrangère qui a eu lieu il y a quelques années.

La question concernait la déduction en France de moins-values provenant de la cession de titres de participation substantielle de sociétés étrangères dont certaines conventions internationales attribuent à l'État de la source le droit d'imposer les plus-values notamment celles qui reprennent une disposition contenue dans le modèle OCDE libellée comme suit : « les gains en capital provenant de l'aliénation d'actions ou de parts et représentant une participation de 25% dans une société qui est résidente d'un État contractant peuvent être imposés par cet État ».

Les conventions qui octroient à l'État de la source le droit d'imposer les gains résultant des cessions de participations substantielles par une société sont nombreuses : ce sont notamment celles conclues par la France avec l'Autriche, le Bahrein (article 11 de la convention), la Bulgarie (à l'article 11 également), la Chine, le Congo, la Hongrie, l'Ile Maurice, l'Italie, le Japon, la Corée du Sud, le Qatar, la Suède, l'Islande, Malte.

Aucune convention ne traite toutefois de la déductibilité des moins-values qui résulteraient de la cession de telles participations substantielles. La convention répartit certes le droit d'imposer mais elle ne comporte pas de dispositions relatives à la compétence étatique quant à la déductibilité des moins-values. Or, en vertu du principe de l'interprétation littérale des conventions et de celui de subsidiarité, l'applicabilité du seul droit interne français est invocable en l'absence de dispositions contraires et la moins-value générée par la cession de ces participations substantielles peut être déduite en France alors même que la plus-values y est exonérée. En effet, une convention fiscale vise exclusivement à éviter les doubles impositions. Hors ce champ d'application, la convention cesse de produire ces effets. Elle est en ce sens subsidiaire, le droit commun de chaque état retrouvant son empire dès que la convention cesse de s'appliquer.

En conclusion, si la CJCE statuait dans le sens des conclusions de l'avocat général, un siège français serait admis à déduire de son résultat imposable en France une éventuelle perte de change née lors du rapatriement de la dotation en capital de l'établissement étranger situé dans l'Union européenne sans que les gains de change ne puissent être symétriquement imposés. ■