

**Ce rapport a été établi sous la seule responsabilité de son auteur.  
Il n'engage pas le Conseil des prélèvements obligatoires.**

**RAPPORT PARTICULIER N° 4**  
**Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés**

**Bastien LIGNEREUX**  
Auditeur au Conseil d'Etat

Rapporteur



# **RAPPORT PARTICULIER**

## **Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés**

*Bastien Lignereux,*

*Auditeur au Conseil d'Etat*

Juin 2016



# SOMMAIRE

<b>1. LE PRINCIPE DE TERRITORIALITE DE L'IS : UNE « EXCEPTION FRANÇAISE ».....</b>	<b>9</b>
1.1. Sont soumis à l'IS les bénéfices réalisés par une « entreprise exploitée en France », ce qui suppose l'exercice habituel d'une activité sur notre territoire .	10
1.1.1. Existence d'un établissement autonome .....	11
1.1.2. Opérations réalisées par l'intermédiaire de représentants permanents ....	12
1.1.3. Opérations formant un cycle commercial complet .....	13
1.2. Il en résulte l'exonération des bénéfices d'établissements étrangers et l'impossibilité de prendre en charge les pertes étrangères.....	15
1.2.1. En exonérant les bénéfices des établissements étrangers, la territorialité favorise l'expansion internationale des entreprises.....	15
1.2.2. Le principe de territorialité s'oppose à la déduction par une entreprise française de pertes étrangères.....	16
1.3. Le principe de territorialité constitue une « exception française ».....	18
1.3.1. Au sein de l'Union européenne, un nombre croissant d'Etats prévoit, au moins à titre facultatif, l'exonération des succursales étrangères.....	18
1.3.2. Parmi les autres Etats de l'OCDE, le principe reste la mondialité.....	21
1.4. Certains revenus de source française perçus par des sociétés étrangères sont soumis à l'IS même si elles n'exploitent pas d'entreprise en France .....	22
1.4.1. Les revenus et plus-values immobiliers de source française.....	22
1.4.2. Les plus-values de cession de participations substantielles dans des sociétés françaises.....	23
1.4.3. Les revenus de source française visés à l'article 182 B du CGI.....	24
1.4.4. Les bénéfices distribués par des sociétés établies en France, sauf exonération sur le fondement du régime mère-fille.....	25
1.4.5. Les bénéfices des sociétés de personnes françaises distribués à leurs associés non-résidents.....	27
1.5. Les dérogations au principe de territorialité qui visaient à permettre aux sociétés françaises d'imputer leurs pertes subies à l'étranger ont été récemment supprimées.....	28
1.5.1. Les régimes du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé.....	28
1.5.2. L'ancien système des provisions pour implantation à l'étranger.....	28
1.5.3. L'imputation par les PME des pertes étrangères.....	29
<b>2. L'APPLICATION DES CONVENTIONS FISCALES BILATERALES CONDUIT A RELATIVISER CETTE EXCEPTION FRANÇAISE .....</b>	<b>30</b>
2.1. Les conventions fiscales reposent sur la notion d'établissement stable pour l'attribution du droit d'imposer les bénéfices .....	32
2.1.1. Définition générale : une installation fixe d'affaires.....	34
2.1.2. Exception : les activités à caractère préparatoire ou auxiliaire.....	36
2.1.3. L'hypothèse de représentants dépendant de la société.....	37
2.1.4. Une intéressante extension du modèle ONU : la fourniture de services.....	39
2.1.5. Le calcul du bénéfice attribuable à l'établissement stable .....	40
2.2. La notion d'établissement stable est parfois distincte de celle d'« entreprise » au sens de l'article 209 du CGI.....	41
2.2.1. La différence principale tient à ce que la notion de cycle commercial complet est une notion particulière du droit fiscal français.....	41
2.2.2. Les notions de « représentant » sont proches en droit interne et en droit international .....	42

2.2.3.	<i>La notion d'installation fixe d'affaires diffère en revanche sur certains points de celle d'établissement autonome au sens du droit interne.....</i>	<i>42</i>
2.3.	Les conventions fiscales prévoient des règles spécifiques à certains revenus, indépendamment de l'existence d'un établissement stable.....	43
2.3.1.	<i>Les revenus immobiliers sont imposables dans l'Etat où se situe l'immeuble.....</i>	<i>43</i>
2.3.2.	<i>Les plus-values autres qu'immobilières réalisées par une société à l'étranger sont en principe imposables dans l'Etat de résidence.....</i>	<i>44</i>
2.3.3.	<i>L'imposition des dividendes et intérêts est partagée entre l'Etat de la source et l'Etat de la résidence.....</i>	<i>45</i>
2.3.4.	<i>L'imposition des redevances est, selon les conventions, partagée ou exclusivement attribuée à l'Etat de la résidence.....</i>	<i>47</i>
2.3.5.	<i>Les conventions comportent une « clause balai » qui attribue généralement au seul Etat de la résidence l'imposition des autres revenus.....</i>	<i>48</i>
<b>3.</b>	<b>AFIN DE PREVENIR LA DELOCALISATION DE BENEFICES A L'ETRANGER, LA TERRITORIALITE DE L'IS CONNAIT CERTAINS AMENAGEMENTS.....</b>	<b>49</b>
3.1.	La réintégration des prix de transfert (art. 57 du CGI).....	50
3.2.	La réintégration de certains paiements faits à des résidents de « paradis fiscaux » (art. 238 A du CGI).....	53
3.3.	La déductibilité des intérêts et la lutte contre la sous-capitalisation.....	54
3.3.1.	<i>Le plafonnement du taux d'intérêt pratiqué.....</i>	<i>54</i>
3.3.2.	<i>La limitation du montant global d'intérêts déductibles.....</i>	<i>55</i>
3.4.	L'imposition du prestataire de services sur les sommes perçues par une société interposée établie hors de France en rémunération des prestations qu'il a fournies (art. 155 A du CGI).....	57
3.5.	L'imposition des bénéfices des filiales et succursales établies dans un « paradis fiscal » (art. 209 B).....	58
3.5.1.	<i>Sont concernées l'ensemble des succursales et filiales détenues à plus de 50 % établies dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée.....</i>	<i>59</i>
3.5.2.	<i>L'entreprise bénéficie d'une « clause de sauvegarde » lorsque l'installation à l'étranger n'a pas pour but d'échapper à l'IS.....</i>	<i>60</i>
3.6.	La dissuasion des investissements et opérations financières dans un Etat ou territoire non coopératif (ETNC).....	63
3.6.1.	<i>Les Etats et territoires concernés sont aujourd'hui très peu nombreux.....</i>	<i>63</i>
3.6.2.	<i>Les revenus versés vers ou depuis ces territoires font l'objet d'une imposition dissuasive.....</i>	<i>64</i>
3.7.	L'application des règles anti-abus transversales.....	65
3.7.1.	<i>Certains transferts de bénéfices sont qualifiables d'acte anormal de gestion.....</i>	<i>65</i>
3.7.2.	<i>La répression de l'abus de droit permet d'écarter montages purement artificiels dont l'unique but est d'échapper à l'impôt français.....</i>	<i>66</i>

<b>4. L'APPLICATION DES REGLES NATIONALES ET CONVENTIONNELLES NE PERMET PAS D'IMPOSER L'ENSEMBLE DES BENEFICES ISSUS D'UNE ACTIVITE EN FRANCE AINSI QUE LES REVENUS PASSIFS DE SOURCE FRANÇAISE .....</b>	<b>68</b>
4.1. L'apparition de nouvelles formes d'activité économique, liées notamment à l'économie numérique, rend très difficile le rattachement de certains bénéficiaires issus d'une activité en France à un établissement stable français.....	68
4.2. Les conventions fiscales peuvent faire obstacle à la soumission à l'IS de bénéficiaires qui auraient été imposables en France, en particulier des revenus de source française .....	69
4.2.1. <i>Les conventions retirent à la France son pouvoir d'imposer certains revenus, et en particulier d'appliquer les retenues à la source prévues par la loi.....</i>	<i>70</i>
4.2.2. <i>Les règles anti-évasion ayant été souvent réformées, il est rare que les conventions s'opposent encore à leur application.....</i>	<i>72</i>
4.2.3. <i>L'obstacle conventionnel, par nature réciproque, ne poserait pas problème s'il ne donnait lieu à des pratiques de « treaty shopping ».....</i>	<i>75</i>
4.2.4. <i>... pratiques auxquelles les conventions fiscales ne remédient encore qu'imparfaitement.....</i>	<i>77</i>
4.2.5. <i>... mais qui peuvent être remises en cause sur le fondement de la fraude à la loi.....</i>	<i>79</i>
4.3. Le droit de l'Union restreint également l'application des dispositions nationales .....	80
4.3.1. <i>Le droit de l'Union ne fait certes pas obstacle sur le principe à l'application d'un principe de territorialité des bénéficiaires.....</i>	<i>80</i>
4.3.2. <i>Les directives et les libertés de circulation conduisent souvent à écarter l'application des retenues à la source, ce qui n'est d'ailleurs pas nécessairement défavorable à la France.....</i>	<i>82</i>
4.3.3. <i>Les libertés de circulation limitent la portée des règles anti-évasion à la seule remise en cause des « montages purement artificiels ».....</i>	<i>85</i>
4.3.4. <i>Le droit de l'Union, sans aller jusqu'à exiger la prise en compte des filiales étrangères dans les groupes fiscalement intégrés, n'est pas sans incidence sur le périmètre et les règles de l'intégration fiscale.....</i>	<i>87</i>
4.3.5. <i>Les pratiques de chalandage fiscal n'ont été que récemment prises en compte de manière efficace par le droit de l'Union.....</i>	<i>89</i>
4.3.6. <i>La prise en compte dans le droit de l'Union de l'objectif de lutte contre l'évasion est d'autant plus importante qu'il prime sur les conventions fiscales.....</i>	<i>91</i>
4.4. Les règles nationales anti-évasion sont également soumises à la contrainte constitutionnelle.....	92
<b>5. RAPPROCHER LA LOCALISATION DES BENEFICES DE CELLE DE L'ACTIVITE ECONOMIQUE SUPPOSE DE REVISER LES REGLES FISCALES INTERNATIONALES .....</b>	<b>94</b>
5.1. Les modifications de la loi nationale ne peuvent être que d'ampleur limitée du fait des contraintes européennes, internationales et constitutionnelles.....	95
5.1.1. <i>Passer à un principe de mondialité n'aurait en pratique que peu d'effets.....</i>	<i>95</i>
5.1.2. <i>...sauf à l'étendre aux filiales étrangères dans un système de mondialité consolidée, ce qui n'est pas envisageable de manière unilatérale.....</i>	<i>96</i>
5.1.3. <i>La création d'une cotisation minimale d'IS pour les groupes en fonction de la part du chiffre d'affaires réalisée en France se heurte aux normes supérieures.....</i>	<i>97</i>

5.1.4. <i>Si certaines évolutions des dispositions anti-évasion nationales peuvent être envisagées, leur ampleur est limitée par le respect des normes supérieures</i> .....	100
5.2. Parvenir à une juste répartition de l'imposition des bénéfices au sein de l'Union européenne.....	104
5.2.1. <i>Transposer le standard minimal européen anti-évasion fiscale</i> .....	104
5.2.2. <i>Eradiquer les pratiques d' « Etats-tunnel » au sein de l'UE</i> .....	106
5.2.3. <i>Parvenir à une assiette commune consolidée européenne de l'IS</i> .....	107
5.3. Mieux lutter contre les délocalisations artificielles de bénéfices dans les conventions fiscales .....	109
5.3.1. <i>Généraliser les clauses anti-« treaty shopping »</i> .....	109
5.3.2. <i>Généraliser la clause de bénéficiaire effectif et préciser sa définition</i> .....	110
5.3.3. <i>Poursuivre la sécurisation dans les conventions des dispositifs anti-évasion nationaux</i> .....	111
5.3.4. <i>Définir des références internationales en matière de prix de transferts</i> ..	112
5.4. Dépasser la logique de l'établissement stable.....	113
5.4.1. <i>Les outils qui peuvent être mobilisés par l'administration fiscale à droit constant ne doivent pas être négligés</i> .....	114
5.4.2. <i>Les évolutions de la notion d'établissement stable proposées dans le cadre des travaux sur le « BEPS » ne sont pas suffisantes</i> .....	115
5.4.3. <i>Une modification de la définition générale de l'établissement stable n'aurait pas forcément des conséquences positives sur les finances publiques françaises</i> .....	116
5.4.4. <i>Des évolutions propres à certaines activités peuvent être envisagées, en particulier s'agissant de l'économie numérique</i> .....	117
5.4.5. <i>L'élaboration d'un système d'ACCIS mondiale fondée sur une clé de répartition objective doit être initiée</i> .....	118
Annexe I - Liste des personnes auditionnées.....	121
Annexe II - Cartographie du réseau conventionnel français.....	122
Annexe III - Historique du principe de territorialité.....	125
Annexe IV – Modalités d'application de la réglementation française sur les prix de transfert (art. 57 du CGI).....	126
Annexe V – Modalités d'application de l'article 238 A du CGI.....	133
Annexe VI - L'imposition des résultats de la gestion d'actifs transférés hors de France à un trust ou un organisme chargé de les gérer (art. 238 bis-0 I du CGI).....	137
Annexe VII – L'application des règles générales anti-abus aux transferts de bénéfices à l'étranger .....	138
Annexe VIII - Territorialité et sécurité juridique : le rescrit établissement stable et les accords de prix de transfert.....	144
Annexe IX – La compatibilité des règles anti-évasion avec les conventions internationales et le droit de l'Union .....	147
Annexe X – Retenues à la source et libertés de circulation .....	153
Annexe XI – Analyse de la directive anti-évasion fiscale adoptée en juin 2016 .....	156



## SYNTHÈSE

### **1/ Le principe de territorialité de l'IS est une « exception française » à relativiser.**

Principe ancien, posé par le législateur dès 1917 pour l'imposition des bénéfices industriels et commerciaux à l'impôt sur le revenu, **le principe de territorialité implique la soumission à l'IS des seuls bénéfices réalisés par des « entreprises exploitées en France »**. Echappent ainsi à l'assiette de l'IS les bénéfices d'une activité effectuée certes par une société française, mais dans une entreprise exploitée à l'étranger ; symétriquement, les contribuables ne peuvent déduire du résultat imposable les pertes réalisées à l'étranger.

**Le principe est souvent qualifié d' « exception française »** : historiquement, la totalité des Etats de l'OCDE ainsi que de l'Union européenne, à l'exception de la Suisse et du Danemark, retiennent un **système de mondialité**, dans lequel les sociétés résidentes sont imposées sur leurs revenus mondiaux. L'imposition des sociétés non résidentes répond en revanche au même critère que dans un système de territorialité : celles-ci ne sont imposables que sur les résultats réalisés par leurs entreprises situées dans le pays, ainsi que, même en l'absence d'entreprise, sur certains revenus, essentiellement « passifs » (dividendes, redevances, parfois intérêts) qui leur sont payés par des résidents et font souvent l'objet de retenues à la source prévues par le droit national.

#### **Cette exception française doit être relativisée à plusieurs égards.**

D'abord, dans la période récente, certains de nos voisins, poursuivant l'objectif de favoriser l'expansion internationale de leurs entreprises, ont basculé vers un système d'exonération des résultats des établissements stables étrangers, soit de plein droit, comme les Pays-Bas depuis 2012, soit sur option exercée par l'entreprise, comme le Royaume-Uni (2011), le Portugal (2014) ou l'Italie (2015). Les Etats-Unis, depuis plus d'une décennie, s'interrogent régulièrement sur le passage à un système territorial.

Ensuite, les systèmes fiscaux étrangers arrivent à un résultat proche du système de territorialité en combinant un principe de mondialité en droit interne avec une politique conventionnelle, conforme au modèle de convention fiscale établi par l'OCDE, qui repose sur le principe selon lequel les bénéfices d'un établissement stable étranger ne sont imposables par l'Etat de résidence de la société qu'à condition d'éliminer la double imposition qui en résulte, soit en les exonérant (ce qui revient à une territorialité stricte), soit en accordant à la société un crédit d'impôt à hauteur des charges fiscales qu'elle a supportées à l'étranger.

Enfin, plusieurs règles du droit fiscal français prévoient la réintégration des bénéfices artificiellement transférés à l'étranger, que ce soit d'ailleurs dans des succursales ou des filiales, tantôt sans déroger au principe de territorialité (réintégration des prix de transfert et des intérêts excessifs versés à l'étranger notamment), tantôt en y dérogeant, à l'instar de l'article 209 B du CGI qui prévoit l'imposition à l'IS des bénéfices réalisés par des succursales ou filiales contrôlées établies, pour des motifs fiscaux, dans des Etats ou territoires à fiscalité privilégiée. Ce type de règle relative aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) est prévu dans les réglementations de la plupart de nos partenaires.

**Dans ces conditions, le passage à un système de mondialité n'aurait que peu d'effets.**

Certes, en théorie, il permettrait aux entreprises d'imputer leurs pertes de succursales étrangères et d'imposer leurs bénéfices (sous réserve des conventions fiscales, donc à condition d'éliminer la double imposition qui en résulte). Toutefois, dans la pratique, hormis dans le secteur financier, les entreprises françaises se développent à l'étranger plutôt sous forme de filiales et non de succursales, sauf durant les premières années d'implantation. En outre, pour les Etats et territoires à fiscalité privilégiée, l'article 209 B du code général des impôts (CGI) prévoit d'ores et déjà un principe de mondialité de l'imposition des bénéfices.

**2/ L'enjeu auquel doivent répondre aujourd'hui les règles d'imposition territoriale des sociétés n'est pas d'assurer une imposition mondiale, mais de garantir effectivement la soumission à l'IS de tout bénéfice émanant d'une activité réalisée en France.**

C'est l'objectif que se sont assignées aussi bien l'OCDE, dans le cadre du plan « BEPS »<sup>1</sup>, que la Commission européenne, et c'est manifestement une attente forte de l'opinion publique des pays industrialisés depuis la crise de 2009/2010. Les pratiques permettant aux entreprises de disjoindre la localisation de leurs bénéfices de celle de leurs activités économiques ont atteint une ampleur considérable : selon l'OCDE, les pertes de recettes au titre de l'impôt sur les sociétés imputables à ces pratiques représenteraient entre 4 % et 10 % des recettes de cet impôt au niveau mondial<sup>2</sup> soit, si l'on transpose cette hypothèse à la France, entre 2,4 et 6 Md€. Les travaux économiques les plus récents, menés aux Etats-Unis, indiquent des proportions plus significatives encore, de l'ordre du quart des recettes, y compris en France où le manque à gagner s'élèverait à 15,3 Md\$ (13,5 Md€)<sup>3</sup>.

Or, les règles actuelles, tant nationales, européennes que conventionnelles, ne permettent pas d'atteindre cet objectif.

**D'une part, certaines sociétés étrangères, qui réalisent pourtant une activité bénéficiaire auprès de clients établis en France, ne sont pas assujetties à l'IS faute d'y détenir un établissement stable.** C'est le cas en particulier des entreprises de l'économie numérique, qui par nature peuvent développer une activité sur un territoire sans s'y ancrer matériellement par une installation fixe d'affaire. **On touche alors aux limites de la notion conventionnelle d'établissement stable.**

**D'autre part, les normes supérieures peuvent s'opposer à l'application des dispositions législatives qui visent à garantir l'imposition des bénéfices issus d'une activité réalisée en France.**

C'est d'abord le cas de certaines règles anti-évasion : les jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne, qui limite la portée de ces règles à la remise en cause des « montages purement artificiels », et du Conseil constitutionnel qui n'admet l'institution par le législateur d'une présomption d'évasion fiscale qu'à condition que le contribuable puisse apporter la preuve qu'il ne poursuit pas un objectif fiscal, encadrent l'application de dispositifs tels que l'article 209 B du CGI ou le principe général de l'abus de droit.

---

<sup>1</sup> *Base erosion and profit shifting.*

<sup>2</sup> OCDE, *Collecter et analyser les données sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices ainsi que les mesures prises pour y remédier*, rapport sur l'action n° 11 de BEPS, 2015.

<sup>3</sup> Kim A. Clausing, *The Effect of Profit Shifting on the Corporate Tax Base in the United States and Beyond*, janvier 2016. L'évaluation est de 280 Md\$ au niveau mondial.

C'est également le cas des retenues à la source prévues par le droit national sur certains revenus de source française perçus par des sociétés étrangères. Le système OCDE, bâti par des pays industrialisés dont les résidents encaissent traditionnellement davantage de revenus passifs qu'ils n'en versent (logique d'« Etats du siège »), encadre fortement la possibilité pour l'Etat de la source de percevoir de telles retenues. Le droit de l'UE fait lui aussi obstacle à la perception de retenues à la source lorsque des dividendes ou redevances sont versées à une entreprise associée établie dans un autre Etat-membre.

Ces limitations ne posent pas par elles-mêmes problème. La France a consenti un abandon de souveraineté fiscale, qui n'a de sens que parce qu'il est réciproque : il permet d'imposer les revenus de source étrangère versés à des entreprises établies en France, sans avoir à imputer sur l'impôt perçu une retenue étrangère, ou du moins en limitant son montant. Toutefois, ces clauses favorables des conventions ou des directives européennes donnent lieu à des **pratiques dites de « chalandage fiscal »**, par lesquelles une société française, plutôt que de verser un revenu à une société établie dans un pays à fiscalité privilégié hors UE et non conventionné avec la France, le verse par l'intermédiaire d'une société établie dans un Etat-membre de l'UE ou conventionné dans le seul objectif de bénéficier de ces avantages.

### **3/ Pour remettre en cause ces pratiques de découplage entre lieu de réalisation du bénéficiaire et lieu où il est imposé, peu d'évolutions du droit national sont envisageables sans modifier le cadre conventionnel et européen.**

L'idée d'un **système mondial consolidé obligatoire** (en imposant les bénéfices des filiales étrangères détenues à plus de 50 %), ou celle d'un **« apportement » du bénéficiaire** imposable en fonction de la part du chiffre d'affaires réalisé en France, qui sont développées par plusieurs contributions académiques anglo-saxonnes récentes, se heurtent à plusieurs obstacles : la première serait de nature à entraîner des transferts de siège à l'étranger si elle était mise en œuvre de manière unilatérale, tandis que les principes conventionnels voire constitutionnels s'opposeraient à la seconde.

**Les rapports finaux du plan BEPS invitent les Etats à introduire dans leurs législations des modifications de moindre ampleur**, portant sur les dispositions anti-évasion, en particulier s'agissant des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées et à la déductibilité des intérêts versés à l'étranger. S'agissant des premières, le droit de l'Union et le droit constitutionnel font obstacle à la suppression proposée de la possibilité pour le contribuable de démontrer que la localisation de la filiale dans un Etat à fiscalité privilégiée ne répond pas à un motif fiscal. S'agissant des secondes en revanche, le plan BEPS conduit à envisager une simplification des règles françaises de déductibilité des intérêts, qui combinent plusieurs dispositifs de manière complexe.

**Dans ces conditions, il convient de rechercher des évolutions du cadre conventionnel et européen permettant de garantir l'imposition effective par les Etats des bénéfices générés par toute activité réalisée sur leur territoire.**

**S'agissant du droit de l'Union**, la directive mère-fille a été complétée en 2015 par une clause anti-abus afin de faciliter la remise en cause des pratiques de chalandage fiscal en matière de dividendes (la directive intérêts et redevances en prévoyait déjà une). En outre, à la suite du plan BEPS, une **directive relative à la lutte contre l'évasion fiscale**, proposée le 28 janvier dernier par la Commission européenne, a été adoptée dès le mois de juin. Il faut saluer cette initiative, qui garantira l'adoption par tous les Etats-membres d'un standard minimal commun en matière de règles anti-évasion, dans un contexte où certains d'entre eux, notamment les Etats du Benelux, s'y refusaient jusqu'alors.

Mais il faut aller plus loin. Afin d'annuler tout intérêt aux pratiques de chalandage fiscal au sein de l'Union, on peut envisager d'**assortir le principe de l'exonération des dividendes et redevances entre Etats-membres de l'obligation pour eux, lorsque ces revenus sortent de l'Union, de les soumettre à une retenue à la source**, sous réserve des conventions fiscales le cas échéant applicables. En outre, l'adoption du **projet d'assiette commune consolidée de l'IS (ACCIS)** porté par la Commission européenne, qui repose sur une répartition d'un bénéfice consolidé européen entre les Etats-membres selon une clé objective, rendrait sans objet les pratiques de transfert de bénéfices au sein de l'UE, sauf à jouer sur les différences de taux d'imposition, raison pour laquelle le projet pourrait être enrichi par un taux plancher.

**S'agissant des conventions fiscales**, le plan BEPS recommande l'adoption de nouvelles clauses visant à remettre en cause le bénéfice abusif des avantages conventionnels. Ces clauses sont intégrées dans un projet d'accord multilatéral en cours de négociation par 92 Etats, dont la France, qui devrait être adopté d'ici fin 2016. Le plan BEPS apporte également certaines précisions quant aux méthodes de détermination des prix de transfert, s'agissant notamment des redevances d'utilisation d'actifs incorporels, pour lesquels la fixation d'un prix est par hypothèse délicate.

D'autres enrichissements des conventions sont envisageables pour faciliter la remise en cause des transferts de bénéfices : il importe de **préciser la définition de la notion de « bénéficiaire effectif »** prévue par la majorité des conventions, ce qui apporterait une sécurité juridique tant aux entreprises qu'à l'administration, et de **poursuivre le travail de sécurisation de l'application des règles anti-évasion nationales** par l'insertion, dans les conventions conclues par la France, de stipulations permettant expressément de les appliquer.

**Sur l'inadaptation de la notion d'établissement stable, les évolutions proposées par le plan BEPS sont modestes.** Elles sont d'ampleur limitée et ne concernent que certaines règles ponctuelles (contrats de commissionnaire notamment). Il semble urgent d'**engager, à l'OCDE, une réflexion ambitieuse sur l'adaptation du critère de l'établissement stable** à certaines activités économiques nouvelles, dans le domaine numérique en particulier. En effet, les finances publiques françaises ne gagneraient pas nécessairement à une évolution générale de cette notion, applicable à tous les secteurs économiques : la France, traditionnellement « Etat du siège », n'a peut-être pas à gagner à une nouvelle notion qui déplacerait le pouvoir d'imposer vers l'activité économique, donc la source du revenu. Ce constat pragmatique n'a toutefois jusqu'alors jamais été objectivé ; il semble utile, à l'aide des données de la balance courante, en prenant en compte les flux de revenus sortants et entrants, de déterminer, secteur par secteur, où se situe notre intérêt à cet égard. En tout état de cause, s'agissant des activités de collecte de données numériques, une évolution de la notion d'établissement stable dans le modèle de convention de l'OCDE doit être recherchée dès lors qu'elle ne pourrait qu'être favorable à la France.

**Il est toutefois loin d'être certain que le renforcement des clauses anti-abus et l'aménagement du concept d'établissement stable suffisent à mettre fin aux pratiques visant au découplage de la localisation de l'activité économique et du lieu d'imposition des bénéfices qu'elle génère.** A terme, un dépassement du principe de pleine concurrence qui sous-tend le système OCDE ne doit pas être écarté. En effet, **l'avènement d'un système d'ACCIS mondiale, dans lequel le bénéfice mondial consolidé de tout groupe multinational serait réparti entre les Etats selon une clé objective, fondée sur le chiffre d'affaires, la masse salariale et les actifs, rendrait sans objet les pratiques de transfert de bénéfices que les Etats tentent aujourd'hui de combattre avec peine.**

\*  
\*   \*   \*

## 1. Le principe de territorialité de l'IS : une « exception française »

1. En application de l'article 209 du code général des impôts (CGI), **seuls les bénéficiaires « réalisés dans les entreprises exploitées en France » sont en principe imposés à l'impôt sur les sociétés** : c'est le principe de territorialité de l'IS.
2. Le principe est donc que le lieu d'exploitation des entreprises détermine l'imposition des bénéficiaires à l'impôt sur les sociétés : **les résultats (bénéficiaires ou déficitaires) réalisés par une société française<sup>4</sup> dans des entreprises exploitées à l'étranger, comme une succursale par exemple, ne sont pas soumis à l'IS français.**
3. **A l'inverse, les sociétés étrangères sont soumises à l'IS à raison des bénéfices tirés de leurs exploitations en France.** Encore faut-il toutefois que la personne morale étrangère en cause entre dans le champ de l'IS, tel que défini par l'article 206 du CGI, c'est-à-dire qu'elle soit assimilable à une société de capitaux ou, à défaut, qu'elle se livre à une activité lucrative<sup>5</sup>.
4. **Cette règle distingue nettement l'impôt sur les sociétés de l'impôt sur le revenu** puisqu'en application de l'article 4 A du CGI, les personnes qui ont leur domicile fiscal en France sont imposées sur l'ensemble de leurs revenus annuels, de source française comme étrangère (principe de l'obligation fiscale illimitée).
5. **Il ne faut pas pour autant en déduire trop hâtivement que sont soumis à l'IS l'ensemble des bénéfices de source française, ou l'ensemble des bénéfices générés par des activités exercées en France** : l'article 209 retient un critère plus restrictif, et des revenus de source française pourront échapper à l'IS si la société qui les réalise n'exploite pas d'entreprise en France (sous réserve de l'application des retenues à la source exposées au point 1.4). A l'inverse, une société française peut être imposée à l'IS à raison de bénéfices résultant d'une activité dans un Etat étranger si elle n'y exploite aucune entreprise.
6. Le principe de territorialité est ancien puisqu'avant même la création de l'impôt sur les sociétés par le décret du 9 décembre 1948<sup>6</sup>, la loi prévoyait, pour l'imposition des bénéfices industriels et commerciaux (BIC) à l'impôt sur le revenu, la prise en compte des seuls « *bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France* ». C'est en 1959 que cette règle a été modifiée pour prévoir que, comme pour l'ensemble de l'IR, les BIC de source étrangère sont également imposés. Le principe de territorialité est toutefois demeuré s'agissant de l'impôt sur les sociétés, à l'article 209 du CGI. Jusque 1959, le principe de territorialité de l'IS n'était donc que l'application des règles de détermination des bénéfices applicables aux BIC (voir l'historique détaillé du principe de territorialité en annexe III).
7. Cette règle de territorialité est souvent qualifiée d'« **exception française** », la plupart des pays développés ayant adopté un système de mondialité des bénéfices (cf. point 1.3), prenant en compte l'ensemble des profits et pertes réalisés par une même société, quel que soit le lieu de son exploitation (et donc y compris, par exemple, réalisés dans des succursales à l'étranger). Dans ce système, c'est seulement si une entreprise développe son activité à l'étranger par le biais d'une filiale que les bénéfices qui en sont issus échappent à l'IS.

---

<sup>4</sup> C'est-à-dire une société dont le siège social est situé sur le territoire français.

<sup>5</sup> Cf., pour les sociétés fiduciaires de droit liechtensteinois, CE 18 janvier 1984, *Entreprise fiduciaire Tulerb*, n° 24343, RJF 3/84 n° 283, conclusions Mme M.-A. Latournerie ; pour une fondation de droit liechtensteinois, CE 26 janvier 1990, *Fondation « Arts et industries »*, n° 64211, RJF 3/90 n° 264, conclusions O. Fouquet ; pour une société anonyme de droit monégasque, CE 24 mai 2006, *min. c. Sté immobilière Saint-Charles*, n° 278737, RJF 8-9/06 n° 996, concl. E. Glaser BDCF 8-9/06 n° 98.

<sup>6</sup> Décret n° 48-1986 du 9 décembre 1948 portant réforme fiscale des impôts directs, des impôts indirects, des droits d'enregistrement et des droits de mutation.

8. **Ces principes ne sont toutefois applicables qu'en l'absence de convention fiscale bilatérale.** Vu l'étendue de réseau de conventions conclues par la France, c'est donc, dans les faits, la notion d' « établissement stable », prévue par la grande majorité de ces conventions, selon le modèle de l'OCDE, qu'il faut le plus souvent appliquer (cf. partie 2). Ceci relativise la singularité de la France en la matière.

**Encadré 1 : La contribution additionnelle de 3 % sur les bénéfices distribués, ou quand le principe de mondialité rentre par la fenêtre**

Dans l'objectif d'inciter les entreprises à réinvestir leurs bénéfices plutôt qu'à les distribuer, la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 (art. 6) a prévu que les « sociétés ou organismes français ou étrangers passibles de l'impôt sur les sociétés en France » sont assujettis à une contribution additionnelle à l'IS au titre des montants qu'ils distribuent (article 235 *ter* ZCA du CGI). Elle est égale à 3 % des sommes distribuées.

Dès lors que la contribution est due sur l'ensemble des distributions effectuées par les sociétés passibles de l'IS en France<sup>7</sup>, elle taxe y compris les bénéfices réalisés par les sociétés françaises à l'étranger, alors que ceux-ci ne sont pas soumis à l'IS en application de l'article 209. En revanche, s'agissant des sociétés étrangères ayant une exploitation en France, la contribution n'est assise que sur les bénéfices réalisés en France et qui cessent d'être à la disposition de l'exploitation française.

Cette nouvelle contribution marque donc une entorse indirecte au principe de territorialité ; elle a d'ailleurs été présentée par le Gouvernement comme un nouvel outil pour lutter contre la sous-imposition des sociétés multinationales<sup>8</sup>.

Il faut noter que le Conseil d'Etat vient d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur la conformité de cette contribution avec la directive mère-fille<sup>9</sup> (sur cette directive, cf. l'encadré 19).

**1.1. Sont soumis à l'IS les bénéfices réalisés par une « entreprise exploitée en France », ce qui suppose l'exercice habituel d'une activité sur notre territoire**

9. La loi n'apportant aucune définition de la notion d' « exploitation » au sens de l'article 209 du CGI, il est revenu à la jurisprudence d'en préciser les contours. L'exploitation d'une entreprise s'entend de **l'exercice habituel d'une activité**, qui peut être assurée dans trois cadres différents<sup>10</sup> :
- ◆ par la présence d'un établissement autonome ;
  - ◆ en l'absence d'établissement, par l'intermédiaire de représentants permanents sans personnalité professionnelle indépendante ;
  - ◆ par le biais de la réalisation d'opérations formant un « cycle commercial complet ».
10. **Ces critères**, dégagés dès le milieu du XXe siècle pour l'application des règles en matière de BIC (cf. annexe III), **valent aussi bien pour la qualification d'exploitation en France qu'à l'étranger** : ils permettent donc, si l'un d'eux est rempli, d'attribuer à la France l'imposition de bénéfices d'une société étrangère ou, dans l'hypothèse inverse, d'attribuer à l'Etat tiers l'imposition du bénéfice réalisé par une société française dans cet Etat.

<sup>7</sup> La loi prévoit plusieurs exonérations, s'agissant des PME ainsi que des sommes distribuées à leur société mère par les filiales de groupes intégrés au sens de l'article 223 A du CGI.

<sup>8</sup> Cf. D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 6<sup>e</sup> édition, n° 306.

<sup>9</sup> CE 27 juin 2016, *AFEP et autres*, n° 399024, concl. N. Escaut.

<sup>10</sup> Cf. conclusions du commissaire du gouvernement P. Rivière sous une décision CE Sect. 23 juin 1978, *SA Compagnie européenne d'équipement industriel*, n° 99444, RJF 9/78 n° 343.

11. Il en résulte que **si une société française développe à l'étranger une activité qui ne remplit aucun de ces trois critères, c'est-à-dire qui n'est pas une activité habituelle hors de France, les bénéfices qu'elle génère seront soumis à l'IS français**, alors même qu'ils ne sont pas réalisés sur le territoire français : ainsi par exemple d'opérations d'achat-revente réalisées intégralement hors de France, mais décidées et gérées depuis la France<sup>11</sup> (cf. 1.1.3 ci-dessous). **Principe de territorialité ne signifie pas imposition en France des seuls bénéfices matériellement réalisés en France : des bénéfices réalisés hors de France sont soumis à l'IS lorsqu'ils l'ont été par une entreprise exploitée en France.**
12. C'est pourquoi le système français est présenté par certains auteurs<sup>12</sup>, non sans raison, comme un système de mondialité de l'imposition des sociétés françaises, tempéré par une exemption – certes de taille – des bénéfices liés à une activité exercée à titre habituel hors de France. En cela, il coïncide avec le système retenu par certains de nos partenaires tels que le Danemark et les Pays-Bas (cf. point 1.3.1).

### 1.1.1. Existence d'un établissement autonome

13. La qualification d'établissement suppose la réunion de deux critères : un certain **caractère de permanence** – l'activité devant être exercée de manière habituelle – et une **autonomie propre**. Il peut s'agir, concrètement, d'une succursale, d'une usine ou encore d'un bureau de vente, dotés de personnels et de services propres.

#### Encadré 2 : L'établissement autonome en droit fiscal français : illustrations jurisprudentielles

Ne sont pas imposables en France les résultats d'**opérations de forage** réalisées en Tunisie par une société française « eu égard à la continuité, à l'importance et à l'autonomie technique des opérations réalisées sur place » (l'arrêt relève que ces opérations nécessitaient la prise de décisions techniques par des responsables se trouvant sur le chantier), et alors même que des tâches de gestion et de direction étaient exécutées en France<sup>13</sup>.

De même pour un **chantier** de construction assuré par une société française à l'étranger lorsqu'en raison de sa durée (en l'espèce vingt mois), ce chantier doit être regardé comme une entreprise exploitée hors de France, alors même que certaines tâches de direction, de gestion ou d'approvisionnement sont assumées par des personnes travaillant en France<sup>14</sup>.

Doit aussi être qualifié d'établissement un **comptoir ou bureau d'achat** situé à l'étranger qui exerce une activité autonome<sup>15</sup>, c'est-à-dire qui n'est pas un simple bureau transmetteur d'ordres mais procède à l'achat de marchandises dont il négocie le prix.

A l'inverse, si une société étrangère a en France un bureau d'achat, doté de pouvoirs de décision, pour y exercer habituellement une activité commerciale (en achetant en France des marchandises qu'elle revend ensuite dans le pays du siège), les bénéfices qui en sont issus sont soumis à l'IS français<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> CE 14 mars 1979, n° 7098, RJF 5/79 n° 282, concl. P. Rivière Dr. Fisc. 9/79 c. 470 ; CE 4 juillet 1997, SA Marbrek, n° 146930, RJF 8-9/97 n° 770, concl. G. Goulard BDCF 4/97.

<sup>12</sup> Cf. Daniel Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 6<sup>e</sup> édition 2015, n° 741 ; N. Melot, *Territorialité et mondialité de l'impôt, Etude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Dalloz, 2004.

<sup>13</sup> CE 29 juin 1981, n° 16095, RJF 10/81 n° 857.

<sup>14</sup> CE 29 mars 1978, n° 4883, RJF 5/78 n° 230, concl. P. Rivière ; cf. aussi CE 18 février 1987, *min. c. Sté Nicoletti*, n° 44545, RJF 4/87 n° 383.

<sup>15</sup> CE 12 novembre 1969, n° 75410.

<sup>16</sup> CE 22 décembre 1982, n° 26338, RJF 2/83 n° 185. Cette solution, constante depuis une décision CE 14 février 1930, n° 12546, RO 5419, est économiquement justifiée par le fait que le bénéfice résulte pour partie des conditions d'achat des marchandises en cause.

Sont aussi imposables en France les bénéficiaires d'une société de droit suisse qui exerce des activités de maintenance d'avions et de formation de pilotes à partir d'installations permanentes, dotées d'un personnel propre, dont elle dispose dans l'aéroport de Bâle-Mulhouse, situé sur le territoire français<sup>17</sup>. Est aussi qualifié d'établissement autonome, imposable en France, l'établissement situé en Bretagne d'une société belge exerçant une activité de commerce de véhicules réalisée de manière habituelle en France, par l'emploi d'un salarié sur le site<sup>18</sup>.

### 1.1.2. Opérations réalisées par l'intermédiaire de représentants permanents

14. Si une société française réalise une activité à l'étranger par l'intermédiaire de ses représentants, les profits qui en sont issus échappent à l'IS, même en l'absence d'établissement sur place<sup>19</sup>. A l'inverse, une société, même si elle ne dispose pas d'établissement en France, y est imposée sur les bénéfices issus d'une activité habituelle en France lorsque les opérations en cause sont réalisées pour son compte par ses préposés.
15. **Les représentants doivent être présents dans le pays d'implantation de manière permanente**, et non pour une période de temps restreinte, pour les besoins de l'opération en cause. Ils doivent également bénéficier d'une certaine autonomie, par exemple en étant habilités à conclure des contrats au nom de la société (ainsi par exemple d'un agent chargé à l'étranger de gérer les immeubles d'une société française et, le cas échéant, de les céder<sup>20</sup>).
16. **Il en va toutefois différemment lorsque les représentants de la société ont une personnalité indépendante** (commissionnaires<sup>21</sup>, courtiers ou tous intermédiaires à statut indépendant) : dans ce cas, la société ne peut être réputée exercer personnellement une activité dans le pays d'implantation du représentant, et doit être regardée comme n'exploitant qu'une seule entreprise, dans son propre pays. L'agent indépendant constitue une entreprise propre et est personnellement imposable sur les profits qu'il réalise<sup>22</sup>.
17. Il faut donc que le représentant soit dépendant de la société qui l'envoie, soit du fait d'un lien de subordination juridique, soit économiquement, du fait notamment de ses modalités de rémunération<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> CE 31 juillet 2009, *min. c. Sté Swiss International Air Lines AG*, n° 297933 et 303818, RJF 11/09 n° 980, concl. E. Glaser BDCF 11/09 n° 133.

<sup>18</sup> CE 12 décembre 2014, *Sté Euro-Car SPRL*, n° 356871, RJF 3/15 n° 259, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon.

<sup>19</sup> CE 5 juin 1937, n° 42274, RO p. 351.

<sup>20</sup> Même décision : le gain résultant de ces cessions n'est pas imposable en France.

<sup>21</sup> CE 18 mars 1932, n° 16452, 21607, 24688, Dupont 1932 p. 572, s'agissant d'une entreprise française qui vend ses produits à l'étranger par l'intermédiaire d'un commissionnaire.

<sup>22</sup> Ainsi, une société française de courtage de réassurance qui mène une activité de courtage à l'étranger, où elle ne dispose d'aucun établissement, et qu'elle effectue soit par correspondance émanant de son bureau en France, soit par l'intermédiaire de sous-courtiers installés à l'étranger ayant une personnalité indépendante, est imposable à l'IS y compris sur les bénéfices issus de l'activité réalisée à l'étranger (CE 18 juin 1969, n° 68042, Dupont p. 318).

<sup>23</sup> Est qualifié de représentant l'agent d'une société panaméenne qui, bien qu'exerçant son activité en France dans le cadre d'un contrat de mandat, était en réalité placé dans une relation de subordination avec cette société, qui le rémunérait de façon forfaitaire : CAA Paris 2 mars 1995, *Sté Prestige Corporation Inc*, n° 92-1307, DF n° 28/95 comm. N° 1509.



### 1.1.3. Opérations formant un cycle commercial complet

18. Enfin, lorsque, même en l'absence d'établissement autonome sur place ou de représentants, une société française réalise à l'étranger des opérations formant un « cycle commercial complet », les bénéfices qui en sont issus échappent à l'impôt sur les sociétés.
19. Le cas classique est celui des opérations d'**achat de marchandises suivi de leur revente**. Ainsi, une société française ayant pour activité la vente de fruits et légumes qui, en plus de la vente en France, achetait des pommes de terre en Espagne puis les revendait directement en Angleterre (à chaque fois par l'intermédiaire d'associés qui se sont rendus sur place trop peu de temps pour être qualifiés de représentants permanents), n'est pas imposable à l'IS sur les bénéfices résultant de cette activité dès lors que ces opérations forment un tout détachable des opérations – pourtant de même nature – effectuées en France<sup>24</sup>.
20. En revanche, **les opérations réalisées à l'étranger sont jugées non détachables de l'activité réalisée en France lorsque le cycle commercial n'est pas réalisé intégralement à l'étranger**<sup>25</sup> : ainsi, par exemple, lorsqu'une société vend à l'étranger des produits achetés hors de France mais dirige et gère ces opérations commerciales de France, où elle a son siège<sup>26</sup>. Le critère du cycle commercial complet peut conduire à un découpage assez fin des différentes prestations assurées par l'entreprise pour une même opération<sup>27</sup>.
21. **Ce critère s'applique également à l'hypothèse d'une société étrangère réalisant en France, sans y avoir d'établissement, un cycle commercial complet** : dans ce cas, les profits issus de cette activité sont imposables à l'IS français<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> CE 14 février 1944, n° 67442, Dupont p. 38.

<sup>25</sup> Des opérations consistant à importer en Algérie des céréales en provenance des Etats-Unis sont jugées ne pas constituer un cycle commercial complet à l'étranger lorsqu'elles ont été réalisées grâce à des démarches faites en France et avec des subventions obtenues en France (CE 3 mars 1976, n° 98680, RJF 5/76 n° 222, concl. Mme Latournerie. Cf. aussi CE 4 juillet 1973, n° 78179, concl. D. Mandelkern). De même pour des opérations d'achat, stockage et vente en gros de vins réalisées intégralement hors de France par une société française lorsque toutes les décisions relatives à ces opérations sont prises en France, où la société a son seul établissement (CE 14 mars 1979, n° 7098, RJF 5/79 n° 282, concl. P. Rivière Dr. fisc. 9/79 c. 470).

<sup>26</sup> CE 14 mars 1979, n° 7098, RJF 5/79 n° 282, concl. P. Rivière Dr. Fisc. 9/79 c. 470 ; CE 4 juillet 1997, *SA Marbrek*, n° 146930, RJF 8-9/97 n° 770, concl. G. Goulard BDCF 4/97. Cf. aussi CE 5 février 1968, n° 62333, Dupont p. 180 : en l'espèce, des opérations de vente outre-mer de véhicules par un concessionnaire français d'une marque allemande sont jugées constituer le prolongement des opérations effectuées en France et ne pas constituer un cycle commercial distinct dès lors qu'elles demeurent organisées, contrôlées et gérées par les organismes du siège social à Paris.

<sup>27</sup> Ainsi, s'agissant des bénéfices résultant d'une vente d'une usine clés en main à l'étranger, sont imposables en France les opérations réalisées en France (études préalables, fabrication ou achat des matériels exportés, coordination de l'opération) ainsi que les opérations faites à l'étranger dans la mesure où elles ne sont que l'accessoire de ces études, tandis que les prestations réalisées complètement à l'étranger, telles que l'étude et les négociations du financement de l'ensemble du marché, les opérations relatives à l'exportation des matériels nécessaires la réalisation des installations sur le site, le montage des machines et la formation des personnels sur place, échappent à l'IS français (CE Sect. 23 juin 1978, *SA Compagnie européenne d'équipement industriel*, n° 99444, RJF 9/78 n° 343, concl. P. Rivière ; CE 17 mai 1989, *Procofrance*, n° 34380, RJF 7/89 n° 815, concl. M. Liébert-Champagne p. 399 ; CE 11 juillet 1991, *Sté française des techniques Lumnus*, n° 57391, RJF 10/91 n° 1208, concl. O. Fouquet).

<sup>28</sup> CE 15 juin 1942, n° 72013, p. 148, s'agissant d'une compagnie d'assurances étrangère qui, sans avoir d'établissement en France, y réalise des opérations de réassurance.

22. Certains auteurs<sup>29</sup> considèrent que la jurisprudence serait asymétrique, en ceci que, lorsque le cycle complet est réalisé en France par une société étrangère, elle n'exigerait pas que les opérations en cause soient détachables de l'activité à l'étranger. La jurisprudence est toutefois très rare sur ce point, et l'on trouve une décision en sens inverse, jugeant qu'une société monégasque ayant installé un chantier de longue durée en partie situé en France, ne réalise pas en France un cycle commercial complet dès lors que les opérations n'étaient pas « *détachables de son activité en territoire monégasque* »<sup>30</sup>. Mais il est exact que la jurisprudence se fonde surtout sur le lieu de réalisation de l'activité : ainsi, même si la société étrangère a en France son siège de direction effectif (et non son siège social), les bénéfices ne sont pas jugés imposables en France lorsqu'elle réalise l'ensemble de ses opérations commerciales dans l'Etat étranger<sup>31</sup>.

### Encadré 3 : Application du principe de territorialité de l'IS à certains revenus

Des **redevances d'exploitation de droits de propriété intellectuelle** (redevances d'exploitation de **brevets** par exemple) versées à une société française par une filiale établie à l'étranger sont comprises dans le bénéfice imposable à l'IS de la société française, sauf si ces produits sont versés non pas directement au siège de la société mère, mais à un établissement de cette société situé à l'étranger<sup>32</sup>. Il en va de même des redevances d'exploitation de **droits de propriété commerciale** (droit de fabriquer et de vendre des produits<sup>33</sup>, droit d'exploitation de gisement<sup>34</sup>, etc.).

Des **produits de placements financiers** (plus-values de cession de valeurs mobilières notamment) effectués à l'étranger par une société française sont imposables en France, sauf lorsqu'ils sont détachables des activités réalisées en France, par exemple lorsqu'ils sont liés à un établissement situé hors de France<sup>35</sup>. Dans l'hypothèse, assez rare, où une société qui a son siège en France se consacre exclusivement à l'exploitation d'établissements situés hors de France et où la gestion du portefeuille de valeurs mobilières qu'elle possède en France est liée à l'exploitation de ces établissements, les profits issus de cette gestion ne peuvent être regardés comme provenant d'une entreprise exploitée en France et échappent donc à l'IS<sup>36</sup>.

Des **plus-values de cession d'immeubles** détenus à l'étranger par une société française échappent à l'IS lorsque la société a dans cet Etat un établissement (à l'actif du bilan duquel figure l'immeuble) ou un représentant stable chargé par elle d'y gérer l'immeuble<sup>37</sup>. En revanche, si la gestion de l'immeuble n'est pas réalisée par un établissement autonome dans l'Etat tiers ni par un représentant stable disposant des pouvoirs pour conclure des contrats au nom de la société, la plus-value de cession est imposable en France<sup>38</sup>. Ceci vaut également pour les **gains de change liés à la cession de l'immeuble** situé à l'étranger<sup>39</sup>.

<sup>29</sup> Cf. notamment D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 6<sup>e</sup> édition, n° 753.

<sup>30</sup> CE 30 avril 1980, n° 5761, RJF 6/80 n° 479, concl. Fabre : le chantier avait pour objet la construction d'une digue édifée en majeure partie dans les eaux territoriales monégasques (les bénéfices ne sont donc pas imposables en France en l'espèce).

<sup>31</sup> CE 27 juin 2008, *Sté Progemo*, n° 282910, RJF 11/08 n° 1210, concl. L. Olléon BDCF 11/08 n° 128, s'agissant d'une SCI de droit monégasque dont l'objet est la réalisation à Monaco d'opérations immobilières.

<sup>32</sup> CE 3 novembre 1947, n° 77656, Dupont 1947 p. 285, s'agissant de redevances pour l'exploitation de brevets appartenant à la société française.

<sup>33</sup> CE 17 mai 1941, n° 61859, Dupont 1942 p. 16.

<sup>34</sup> CE 15 juin 1942, n° 69556, Dupont p. 156.

<sup>35</sup> Cf. par exemple CE 11 mai 1956, n° 30948, Dupont 1956 p. 429.

<sup>36</sup> CE 31 mai 1937, n° 55308, Dupont p. 328.

<sup>37</sup> CE 5 juin 1937, n° 42274, p. 351.

<sup>38</sup> CE 12 mars 2014, *Sté DGFP Zeta*, n° 352212, RJF 6/14 n° 550, concl. F. Aladjidi 6/14 n° 53.

<sup>39</sup> Même décision.

Enfin, dans l'hypothèse où une société étrangère exploite exclusivement des établissements en France, réalise toute son activité commerciale en France et n'a à l'étranger que son siège social, la jurisprudence rattache l'ensemble des bénéfices de cette société à l'activité imposable en France : ainsi par exemple des produits du portefeuille géré au lieu du siège social<sup>40</sup>, des profits issus des opérations de transport réalisées par une compagnie de navigation qui ne possède, dans l'Etat de son siège social, ni local spécial ni préposé, et n'y traite aucune affaire<sup>41</sup>, ou encore des dividendes versés par des filiales françaises à une société qui a son siège au Portugal mais réalise l'ensemble de son activité en France, où se situe son siège de direction effective<sup>42</sup>.

## 1.2. Il en résulte l'exonération des bénéfices d'établissements étrangers et l'impossibilité de prendre en charge les pertes étrangères

### 1.2.1. En exonérant les bénéfices des établissements étrangers, la territorialité favorise l'expansion internationale des entreprises

23. Un **système de mondialité** des bénéfices, en imposant y compris les résultats des exploitations directes à l'étranger des sociétés résidentes, induit en principe une double imposition : la société doit s'acquitter, pour un même bénéfice, de l'impôt local et de l'impôt réclamé par l'Etat de son siège. Même lorsque le droit national prévoit l'imputation d'un crédit d'impôt à raison de l'impôt acquitté à l'étranger, la société demeure soumise à une charge fiscale plus élevée que ce qui serait résulté d'un principe de territorialité lorsque le taux de l'impôt national est plus élevé que celui de l'impôt étranger (ce qui est le cas le plus souvent pour l'IS français)<sup>43</sup>.
24. A l'inverse, un **système de territorialité** exonère par hypothèse les bénéfices réalisés par des établissements étrangers d'une société résidente. En ce sens, il favorise la compétitivité des sociétés résidentes en allégeant leurs charges fiscales lorsqu'elles s'implantent à l'étranger, par rapport à ce qui résulte d'un système de mondialité.
25. Aux Etats-Unis, où le passage à un système de territorialité fait régulièrement débat (cf. point 1.3.2), la littérature scientifique est abondante quant aux implications du choix entre les deux systèmes<sup>44</sup>. Ces contributions analysent classiquement la différence entre les deux régimes comme suit : le système mondial (*worldwide taxation*) est conforme à un principe de *capital export neutrality*, en ce qu'un résident paie le même montant d'impôt quelle que soit la source du revenu ; un système territorial (*source principle* ou *exemption system*) se recommande d'un principe de *capital import neutrality*, en ce que les investisseurs résidents ou étrangers font face au même taux d'imposition.

<sup>40</sup> CE 1<sup>er</sup> février 1937, n° 46710, Dupont 1937 p. 394.

<sup>41</sup> CE 3 mars 1958, n° 41135, Dupont 1958 p. 226 : alors même qu'en l'espèce, les navires étaient immatriculés hors de France et effectuaient d'un port étranger à un autre port étranger des transports dont le prix est payé à l'étranger.

<sup>42</sup> CAA Bordeaux 10 mars 2008, *Sté Madrigal Servicos Limitada*, n° 05-1906, RJF 8-9/08 n° 936 : en l'espèce, les filiales françaises exploitaient en France un camping, et la société mère portugaise avait pour objet social « la prestation de services de conseil économique, financier et fiscal » au bénéfice des filiales.

<sup>43</sup> C'est seulement si la convention fiscale le cas échéant applicable prévoit l'élimination de la double imposition par la méthode de l'exonération du revenu étranger, et non par la méthode de l'imputation, ce qui est rare en pratique (cf. point 2.1), que le bénéfice réalisé à l'étranger pourra être exonéré d'impôt dans l'Etat de résidence.

<sup>44</sup> Cf., analysant cette littérature, IMF Working Paper, *Moving to Territoriality ? Implications for the United States and the Rest of the World*, juin 2006.

26. Ainsi, **au plan théorique, chaque principe a sa logique forte**. La territorialité repose sur une idée simple : chaque Etat impose les bénéfices réalisés sur son territoire. En évitant par principe la double imposition, elle se veut favorable à l'expansion internationale des entreprises. Le principe de mondialité repose lui sur l'idée d'une neutralité de l'impôt national quel que soit le lieu d'implantation de l'activité (quelle que soit la provenance géographique des revenus). En faisant fi des frontières, il semble à la fois plus conforme à la mondialisation, et sonne paradoxalement comme un défi lancé à la limitation de la souveraineté fiscale des Etats qu'induit la mobilité totale des biens, services et capitaux.

### **1.2.2. Le principe de territorialité s'oppose à la déduction par une entreprise française de pertes étrangères**

27. Symétriquement, le principe de territorialité implique que les résultats négatifs d'une exploitation directe à l'étranger ne peuvent pas être pris en compte dans l'assiette de l'IS.
28. Les entreprises françaises (sociétés résidentes ou établissements français de sociétés étrangères) ne peuvent donc pas prendre en charge des pertes étrangères, qu'elles soient réalisées par un établissement étranger ou par une société étrangère liée alors que, sous l'empire d'un système mondial, les pertes qu'une société résidente réalise dans des établissements étrangers (mais pas dans une filiale étrangère) sont imputables.
29. **C'est pourquoi le droit fiscal français refuse la déductibilité du résultat imposable à l'IS des aides apportées à des entreprises étrangères, y compris s'il s'agit de succursales.** Ainsi, sans même qu'il soit besoin de faire appel aux dispositifs anti-évasion examinés dans la partie 3, la simple application du principe de territorialité, couplé avec la théorie de l'acte anormal de gestion (cf. point 3.7.1), permet à l'administration de remettre en cause la déduction par une entreprise française soumise à l'IS d'aides accordées à des entreprises étrangères dans l'objectif de prendre en charge les pertes de ces dernières voire de faire remonter dans leurs résultats un bénéfice généré par l'entreprise française. Il faut noter que, pour remettre en cause la déduction de telles aides, l'administration peut aussi se fonder sur l'article 57 du CGI<sup>45</sup> (cf. encadré 6).
30. Il est en effet fréquent que les entreprises françaises accordent à des entreprises étrangères, en général avec lesquelles elles sont liées (filiales, succursales, société mère, société sœur), des aides (abandons de créance, avances sans intérêts, fourniture gratuite d'une caution, subventions, prise en charge par l'entreprise de frais ne leur incombant pas, etc.), notamment lorsque l'entreprise étrangère est en difficulté. Dans ce cas, **la jurisprudence refuse la prise en compte de telles opérations si elles sont étrangères à une gestion commerciale normale des intérêts propres de l'entreprise exploitée en France.**

---

<sup>45</sup> Cf. par exemple CE 11 avril 2008, *SA Guerlain*, n° 281033, RJF 7/08 n° 788, concl. C. Vérot BDCF 7/08 n° 85 et chr. J. Burguburu RJF 7/08 p. 667, s'agissant de la remise en cause de la déduction d'un abandon de créance consenti à une entreprise étrangère du même groupe.

#### Encadré 4 : La déductibilité des aides accordées aux entreprises étrangères

Pour apprécier le caractère normal de ces aides, la jurisprudence conduit à distinguer, d'une part, entre aides commerciales et aides à caractère purement financier<sup>46</sup> et, d'autre part, selon la nature du lien unissant les deux entreprises :

- ◆ si l'aide est **octroyée par une société mère à sa filiale étrangère**, la jurisprudence admet sa déductibilité à condition qu'elle soit conforme à une gestion normale des intérêts propres de la mère, soit que celle-ci en retire elle-même une contrepartie commerciale<sup>47</sup> (comme par exemple conserver un débouché commercial, s'agissant d'une filiale de distribution), soit même lorsque la contrepartie est purement financière<sup>48</sup> (maintenir la valeur de sa participation dans la filiale), à condition toutefois dans ce cas que la filiale soit en difficulté<sup>49</sup>. Ce n'est là que l'application des critères généraux, applicables y compris dans les relations entre deux entreprises françaises, pour l'appréciation du caractère normal de ces aides.

Les mêmes conditions s'appliquent aux aides accordées aux sous-filiales<sup>50</sup>.

Toutefois, depuis l'intervention de la **loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012** (art. 17), les aides à caractère non commercial ne sont plus déductibles que si elles sont consenties à une entreprise faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire (13 de l'article 39 du CGI). Cette restriction, applicable pour les exercices clos à compter de juillet 2012, vise à éviter la déduction par des sociétés françaises des pertes et déficits se rattachant à des filiales étrangères avec lesquelles elles n'ont pas de relations commerciales, que la jurisprudence antérieure permettait sous des conditions plus souples.

- ◆ si l'aide est **accordée par la société française à une succursale étrangère**, la déduction est également admise, à condition toutefois que l'aide soit apportée dans le cadre de « relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société »<sup>51</sup> : la contrepartie purement financière n'était donc, même avant l'intervention de la loi du 16 août 2012, pas admise par la jurisprudence, contrairement aux aides accordées aux filiales. Dans l'hypothèse où seule une fraction des avances consenties aux succursales étrangères a eu pour contrepartie le maintien ou le développement d'une activité imposable en France, seule cette fraction est déductible en cas d'abandon par le siège de ses créances<sup>52</sup>.

Il faut noter que, si l'aide est apportée à une succursale étrangère détenue par une filiale étrangère, le caractère normal de l'avantage doit être apprécié au regard des relations entre la société mère et sa filiale<sup>53</sup>.

<sup>46</sup> Comme l'indiquait le G. Goulard dans sa chronique sous une décision CE 11 février 1994, *SA Les Editions J.-C. Lattès*, n° 119726, RJF 4/94 n° 396, chr. p. 207, « l'objectif recherché est qualifié de commercial lorsque les difficultés de la filiale risquent de compromettre le volume des ventes de la société mère, de financier lorsque celle-ci cherche à maintenir la valeur de son portefeuille de participations. »

<sup>47</sup> CE Plén. 27 novembre 1981, n° 16814, RJF 1/82 n° 7, concl. J.-F. Verny p. 8.

<sup>48</sup> CE 11 février 1994, *SA Les Editions J.-C. Lattès*, n° 119726, RJF 4/94 n° 396, chr. G. Goulard p. 207, concl. G. Bachelier : il suffit que l'avantage financier soit justifié « par une gestion normale de l'ensemble des intérêts propres de l'entreprise exploitée en France ».

<sup>49</sup> L'aide doit être exceptionnelle, justifiée par une situation particulièrement difficile traversée par la filiale, et ne peut donc être continue : CE 14 mars 1984, *SA Synarome*, n° 33188, RJF 5/84 n° 590, concl. P.-F. Racine.

<sup>50</sup> CE 10 mars 2006, *Sté Sept*, n° 263183, RJF 6/06 n° 678, chr. Y. Bénard p. 499, concl. F. Séners BDCF 6/06 n° 72.

<sup>51</sup> CE Sect. 16 mai 2003, *Sté Télécoise*, n° 2229556, RJF 7/03 n° 823, chr. L. Olléon p. 571, concl. M.-H. Mitjaville BDCF 7/03 n° 91 et, avant cette décision, CE Plén. 20 novembre 1974, n° 85191, RJF 1/75 n° 10.

<sup>52</sup> CE 4 décembre 2013, *Sté Kepler Equities*, n° 355694, RJF 3/14 n° 228, concl. V. Daumas BDCF 3/14 n° 32.

<sup>53</sup> CE 11 avril 2008, *SA Guerlain*, n° 281033, RJF 7/08 n° 788, concl. C. Vérot BDCF 7/08 n° 85 et chr. J. Burguburu RJF 7/08 p. 667 (pour l'application de l'article 57 du CGI).

- ◆ s'agissant d'une aide **octroyée par une succursale française à son siège** situé à l'étranger, le caractère normal n'est là aussi admis que si la société démontre l'existence de contreparties pour le développement de l'activité de la succursale française<sup>54</sup>.
- ◆ **entre sociétés sœurs**, même lorsque la société sœur risque le dépôt de bilan en l'absence de l'avantage octroyé, la jurisprudence exige une contrepartie commerciale pour la société qui accorde l'aide<sup>55</sup> (par exemple préserver un débouché commercial).
- ◆ enfin, dans l'hypothèse où une **entreprise française adhérant à un réseau** (par exemple dans la grande distribution) consent des aides à des entreprises étrangères qui en sont également membres, ou à l'association tête de réseau chargée de les répartir (frais d'adhésion), la jurisprudence admet leur déduction si les avantages qu'elle consent sont la conséquence d'engagements qu'elle a souscrits pour adhérer au réseau (obligation de parrainer les nouveaux membres) et qui ont pour contrepartie des avantages procurés par l'appartenance au réseau (clientèle, etc.)<sup>56</sup>.

### 1.3. Le principe de territorialité constitue une « exception française »

31. La grande majorité de nos partenaires prévoit que les sociétés résidentes sont soumises à une obligation fiscale illimitée : elles sont imposées sur leurs bénéfices mondiaux. Afin d'éliminer la double imposition qui en résulte, elles peuvent avoir droit à un crédit d'impôt à raison de l'impôt acquitté dans l'autre Etat. On observe toutefois, dans les années récentes, plusieurs basculements en faveur d'un régime de territorialité au sein de l'UE, au moins à titre d'option.

#### 1.3.1. Au sein de l'Union européenne, un nombre croissant d'Etats prévoit, au moins à titre facultatif, l'exonération des succursales étrangères

32. **Les Etats-membres de l'UE appliquent traditionnellement presque tous un principe de mondialité des bénéficiaires, à l'exception du Danemark et de la France. Les années récentes ont toutefois vu les Pays-Bas et, de façon facultative, le Royaume-Uni, l'Italie et le Portugal, opter pour un système de territorialité.**
33. Le **Danemark** pratique un système de territorialité : les sociétés résidentes ne sont imposables que sur leurs bénéfices de source danoise.
34. Les **Pays-Bas** appliquaient traditionnellement un principe de mondialité. Toutefois, depuis 2012<sup>57</sup>, il est considérablement atténué par l'introduction d'une exemption pour établissements stables étrangers des sociétés néerlandaises : leurs bénéfices ou pertes ne sont donc plus pris en compte dans l'assiette imposable. L'objectif de cette réforme était de mettre fin à la déduction des pertes des succursales étrangères.

<sup>54</sup> Cf., CE 11 avril 2014, *min. c. Sté Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*, n° 344990, RJF 7/14 n° 667 et, pour l'application de l'article 57 du CGI, CE 9 novembre 2015, *Sté Sodirep Textiles SA-NV*, n° 370974, RJF 2/16 n° 121, concl. M.-A. de Barmon p. 226, s'agissant d'avances sans intérêts.

<sup>55</sup> Cf., pour l'application de l'article 57 du CGI, CE 8 juin 2005, *SA Vetter*, n° 255918, RJF 8-9/05 n° 893, concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108, s'agissant de ristournes sur un prix de vente accordées, selon la société française, pour « maintenir en survie » sa société sœur.

<sup>56</sup> CE 26 septembre 2001, *SA Rocardis*, n° 219825, RJF 12/01 n° 1491, concl. G. Bachelier BDCF 12/01 n° 145, pour les relations entre deux entreprises françaises (groupe Leclerc) ; pour une application aux relations avec une entreprise étrangère, cf. CE 6 mars 2006, *Sté Disvalor*, n° 281034, RJF 5/06 n° 502, et CE 21 novembre 2012, *min. c. PwC*, n° 348864, RJF 2/13 n° 131, concl. V. Daumas BDCF 2/13 n° 14, s'agissant du réseau mondial de PwC, qui, contrairement au réseau Leclerc, exerce différentes activités.

<sup>57</sup> En application du « tax plan 2012 » adopté par le Parlement hollandais le 20 décembre 2011. Cette disposition est couramment dénommée « *object exemption for foreign permanent establishments* ».

35. Le **Royaume-Uni** pratique un système de mondialité : les sociétés constituées au Royaume-Uni sont soumises à la *corporation tax* sur leurs bénéfices sur une base mondiale. Les sociétés résidentes d'un autre pays qui y exercent une activité industrielle ou commerciale au travers d'un établissement stable y sont soumises à raison des seuls bénéfices de cet établissement<sup>58</sup>.
36. Toutefois, le *Finance Act 2011* a introduit la possibilité pour les sociétés résidentes d'opter, à compter de juillet 2011, pour l'exemption des résultats de leurs établissements stables étrangers (*foreign branch exemption*). Contrairement aux Pays-Bas, il s'agit seulement d'une option offerte à l'entreprise. L'option est toutefois irrévocable et vaut pour tous les établissements étrangers (à condition qu'ils soient situés dans des Etats avec lesquels le Royaume-Uni a conclu une convention fiscale)<sup>59</sup>.
37. Le **Portugal** a suivi la même évolution : depuis 2014, les sociétés résidentes ont la possibilité de ne pas tenir compte des résultats de leurs établissements stables étrangers, à condition qu'ils aient été imposés à un taux au moins égal à 60 % de l'IRC portugais et que l'établissement ne soit pas situé dans un territoire figurant sur une « liste noire ». L'option est valable trois ans (donc révocable) et doit couvrir au moins la totalité des établissements stables d'un même Etat étranger (donc pas nécessairement toutes les succursales mondiales).
38. Il en va de même de l'**Italie**, qui applique un système mondial depuis 1974 (elle pratiquait auparavant un système de territorialité) : elle a, par un décret du 14 septembre 2015 sur l'« internationalisation »<sup>60</sup>, introduit la possibilité pour les sociétés résidentes d'opter pour l'exonération des revenus des établissements stables étrangers. L'option vaut pour tous les établissements stables, est irrévocable, et doit être formulée avant le 31 décembre 2016 (en outre elle n'est pas possible pour les succursales établies dans certains territoires sur liste « noire »). Par ailleurs il faut noter que l'Italie connaît un régime de bénéfice mondial consolidé optionnel proche de celui applicable en France jusque 2011 (cf. point 1.5.1).
39. **Les autres Etats-membres appliquent un principe de mondialité des bénéfices.** Le plus souvent, ils prévoient que sont imposées sur leurs revenus mondiaux les sociétés qui détiennent leur siège social ou leur siège de direction effective sur le territoire, voire leur principal établissement (cas de la Belgique, ou de l'Italie si l'activité principale y est exercée).
40. L'**Allemagne** prévoit une « obligation fiscale illimitée » (*unbeschränkte Steuerpflicht*) pour les sociétés qui y ont leur siège ou leur lieu de direction d'affaires (*Geschäftsleitung*)<sup>61</sup>. Les autres sociétés ne sont soumises au *Körperschaftsteuer* que sur leurs revenus de source allemande, énumérés au § 49 de la *Körperschaftsteuergesetz*, notamment les revenus commerciaux émanant d'une entreprise (*Betriebsstätte*) ou d'un représentant permanent en Allemagne.
41. L'**Espagne** prévoit un système de « *renta mundial* » pour ses résidents, dont la portée est large puisque sont considérés comme résidents non seulement les sociétés ayant leur siège en Espagne et celles constituées sous l'empire de la législation espagnole, mais aussi celles ayant leur siège de direction effective en Espagne et celles établies dans un paradis fiscal<sup>62</sup> et dont les principaux actifs sont des biens qui y sont situés ou qui y exerce sa principale activité. Il faut noter que les revenus des établissements stables étrangers des holdings de participations

---

<sup>58</sup> L'établissement stable est défini en droit britannique de manière identique à la définition du modèle de convention OCDE (cf. point 2.1).

<sup>59</sup> Il faut aussi noter que, depuis 2006, à la suite de l'arrêt *Marks & Spencer* de la Cour de justice de l'Union européenne (cf. point 4.3.4), la loi britannique autorise les sociétés résidentes à déduire les pertes réalisées par une filiale établie dans l'UE lorsque toutes les possibilités d'imputation de ces pertes par la filiale sont épuisées dans son Etat de résidence.

<sup>60</sup> *Decreto Crescita ed Internazionalizzazione* n° 147/2015.

<sup>61</sup> Art. 1 § 1 de la *KörperschaftsteuerGesetz*.

<sup>62</sup> La liste des paradis fiscaux est fixée par le décret 1080/1991.

étrangères sont exonérés d'impôt, tout comme les bénéficiaires de leurs filiales étrangères (système des *entidades de tenencia de valores extranjeros*).

42. Le **Luxembourg** retient également un système de mondialité. Il prévoit classiquement que les non-résidents ne sont imposés que sur leurs revenus de source luxembourgeoise, c'est-à-dire, s'agissant des bénéficiaires commerciaux, de ceux qui sont réalisés par un établissement stable au Luxembourg<sup>63</sup>.
43. **L'Irlande** applique un système de mondialité, particulièrement généreux puisque les sociétés résidentes ont non seulement droit à un crédit d'impôt à hauteur de l'impôt étranger, mais peuvent, sans limitation, reporter l'excès de crédit d'impôt non imputé sur l'impôt irlandais (ce qui est fréquent vu la faiblesse du taux d'IS irlandais) : c'est le *onshore pooling system*.
44. **L'Autriche présente la particularité de prévoir un système de mondialité étendu dans une certaine mesure aux filiales étrangères.** En effet, le régime d'intégration fiscale autrichien (*Organschaft*) a été révisé en 2005 afin de permettre la prise en compte immédiate des pertes réalisées par les filiales étrangères. Le régime est très favorable en ce qu'il ne s'étend pas aux bénéficiaires. Afin d'éviter une double déduction des pertes, elles sont réintégrées dans les résultats imposables en Autriche si elles viennent à être reportées sur les bénéficiaires ultérieurs de la filiale étrangère dans son Etat de résidence.
45. **En outre, treize Etats-membres prévoient dans leur législation fiscale une règle permettant d'imposer les bénéficiaires des sociétés étrangères contrôlées (SEC<sup>64</sup>).** C'est le cas, outre la France (cf. point 3.5 ci-dessous), de l'Allemagne, du Royaume-Uni, de l'Espagne et du Portugal, de l'Italie, du Danemark, de la Finlande, de la Suède, de l'Estonie, de la Hongrie, de la Lituanie, et, depuis 2014, de la Grèce<sup>65</sup>.

#### Encadré 5 : Les législations relatives aux sociétés étrangères contrôlées en Europe

En Allemagne, la loi sur l'imposition des relations internationales (*Aussensteuergesetz*, § 7 et s.) prévoit depuis 1972 une règle SEC, réformée en 2007, selon laquelle les sociétés résidentes qui détiennent à plus de 50 % une filiale étrangère<sup>66</sup> sont soumises au *Körperschaftsteuer* sur les revenus passifs de la filiale (appelés « revenus de *Zwischengesellschaft* ») lorsqu'ils sont imposés à un taux inférieur à 25 % dans l'autre Etat et que ces revenus représentent au moins 10 % des revenus de cette société. Néanmoins, si la société étrangère démontre qu'elle a une activité réelle dans le pays où elle est installée, ce mécanisme de correction n'est pas appliqué.

Au Royaume-Uni, l'*Income and Corporation Taxes Act* (ICTA) soumet depuis 1984 à la *corporation tax* les sociétés non résidentes contrôlées par un ou plusieurs résidents et soumises à une imposition inférieure d'au moins 25 % à l'imposition britannique. Les revenus de la SEC sont réputés constituer un dividende versé à la société mère britannique, à raison de sa participation dans la filiale (et en imputant l'impôt acquitté localement).

En Espagne, un régime dit de « transparence fiscale internationale » a été introduit en 1995. Il s'applique lorsque la filiale étrangère est détenue directement ou indirectement à plus de 50 % et a acquitté un impôt inférieur à 75 % de l'impôt espagnol. Il frappe toutefois seulement les revenus passifs (revenus de biens immobiliers, de participations, d'opérations financières et plus-values de cession), et non les bénéficiaires issus d'activités économiques.

<sup>63</sup> La définition de l'établissement stable donnée par l'article 16 de la loi d'adaptation fiscale de 1934 est toutefois légèrement plus large que celle retenue par l'OCDE, en intégrant par exemple y compris les dépôts de marchandises et les bureaux d'achat.

<sup>64</sup> « CFC » en anglais pour *controlled foreign companies*.

<sup>65</sup> Cf. *public discussion Draft* « BEPS action 3: strengthening CFC Rules », 12 mai 2015, annexe II et Deloitte, *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 2014.

<sup>66</sup> Une détention de 1 % suffit s'il s'agit d'une société qui a des revenus de placement de capitaux.



### 1.3.2. Parmi les autres Etats de l'OCDE, le principe reste la mondialité

46. Parmi les pays membres de l'OCDE, et mis à part ceux qui sont membres de l'UE, sauf erreur, **seule la Suisse retient un principe de territorialité**. Les sociétés qui ont leur siège ou leur administration effective en Suisse ne sont pas soumises à l'impôt fédéral sur le bénéfice à raison des résultats de leurs établissements stables à l'étranger (ni des revenus d'immeubles situés à l'étranger)<sup>67</sup>. Les législations cantonales comportent en général la même règle.
47. **Les Etats-Unis retiennent un principe de mondialité renforcée**. Toute société constituée aux Etats-Unis est soumise à l'impôt sur ses revenus mondiaux, un crédit d'impôt lui étant octroyé à hauteur de l'impôt acquitté à l'étranger. Mais la loi fédérale va plus loin en prévoyant que les sociétés étrangères sont imposables dans la même mesure qu'un résident des USA sur les revenus qui sont effectivement liés à l'exercice d'une activité professionnelle (« *trade or business* ») aux USA, qu'ils soient de source américaine ou non. Sous cette réserve, les bénéficiaires de filiales étrangères ne sont imposés à la *corporate tax* que lorsqu'ils sont distribués à la société mère américaine : c'est le *deferral system*<sup>68</sup>. Toutefois, **la filiale étrangère peut, sous certaines conditions, dans le cadre du système dit « *check the box* » introduit en 1996, choisir d'être traitée comme une succursale (*branch*) et non comme une *corporation*, et voir ainsi ses résultats intégrés dans les résultats dans la mère américaine**. L'option est irrévocable pour cinq ans. Enfin, les revenus de source américaine, autres que ceux provenant de l'exercice d'une activité professionnelle, peuvent être soumis à une retenue à la source sur leur montant brut, le plus souvent au taux de 30 %<sup>69</sup> (sous réserve des conventions fiscales).
48. **Le passage à un système de territorialité des bénéficiaires fait régulièrement débat aux Etats-Unis**, où un *tax reform panel* mandaté par le Président l'a recommandé en 2005<sup>70</sup>, à l'instar de plusieurs économistes<sup>71</sup>. D'ailleurs, entre 2001 et 2004, en application de l'*Extraterritorial Income Act* de 2000, les revenus provenant d'une activité commerciale à l'étranger n'étaient pas soumis à l'impôt (qu'ils soient bénéficiaires ou déficitaires), ce qui rapprochait les Etats-Unis du principe de territorialité.
49. **Parmi les membres de l'OCDE, outre ceux qui sont membres de l'UE, onze Etats prévoient une règle d'imposition des bénéficiaires des sociétés étrangères contrôlées** : l'Australie, le Canada, le Japon, la Corée du Sud, les Etats-Unis, l'Islande, Israël, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle Zélande et la Turquie.
50. Le champ de la règle SEC américaine, dite « *Subpart F* »<sup>72</sup>, introduite dès 1962, est large : lorsqu'une société étrangère est détenue à plus de 50 % par un ou plusieurs résidents américains, certains de ses revenus sont imposés entre les mains de ces derniers (du moins de ceux qui en détiennent au moins 10 % du capital). Les revenus en cause sont, en simplifiant, les revenus passifs (loyers, intérêts, redevances) et les revenus de ventes et de prestations de services (sauf s'ils sont consommés dans le pays d'établissement de la SEC). Toutefois, si plus de 70 % des revenus de la société étrangère sont des revenus « *subpart F* », la totalité de ses revenus est alors soumise à ce régime. Le résident américain peut échapper à cette règle s'il établit qu'un impôt étranger suffisamment élevé a été perçu sur ces revenus (ou si les revenus

---

<sup>67</sup> Art. 52 al. 1 de la loi sur l'impôt fédéral direct.

<sup>68</sup> Cf. Edward D. Kleinbard, "Stateless Income", *Florida Tax Review*, 2011.

<sup>69</sup> C'est le cas pour les « *fixed or determinable, annual or periodic income* » (FDAP), notion qui recouvre les intérêts, dividendes, redevances et loyers lorsqu'un immeuble n'est pas activement géré.

<sup>70</sup> President's Advisory Panel on Tax Reform, *Simple, Fair and Pro-Growth: Proposals to Fix America's Tax System*, 2005, p. 103 et s.

<sup>71</sup> Cf. par exemple James R. Hines, *Reconsidering the Taxation of Foreign Income*, *Tax. L. Rev.* 269, 280, 2008-2009.

<sup>72</sup> Elle est prévue par la *Subpart F* de l'*Internal Revenue Code*.

« *subpart F* » représentent moins de 5 % des revenus de la société étrangère, ou moins d'un million de dollars).

#### 1.4. Certains revenus de source française perçus par des sociétés étrangères sont soumis à l'IS même si elles n'exploitent pas d'entreprise en France

51. Par dérogation au principe de territorialité posé par l'article 209, plusieurs dispositions du CGI prévoient l'imposition en France de certains profits de source française réalisés par des sociétés étrangères qui n'exploitent pas d'« entreprise » en France et qui, par conséquent, échapperaient sinon à l'IS<sup>73</sup>. Ces dispositions, qui prennent le plus souvent la forme de retenues à la source et sont présentes également dans la législation fiscale de la plupart de nos voisins, ne poursuivent donc **pas un objectif de lutte contre les délocalisations abusives de bénéficiaires à l'étranger** (ce qui les distingue de celles étudiées dans la partie 3), **mais visent simplement à taxer en France les revenus de source française**.
52. Là encore, **ces dispositions ne sont applicables que si une convention fiscale ne fait pas obstacle à l'imposition par la France des sommes en cause** (cf. partie 2).

##### 1.4.1. Les revenus et plus-values immobiliers de source française

53. Comme indiqué au point 1.1.4, en application des règles de territorialité, les revenus et plus-values issus d'un immeuble situé en France et détenu par une société étrangère sont soumis à l'IS lorsqu'ils sont rattachables à une entreprise exploitée en France, comme une succursale. Les revenus immobiliers sont alors compris dans les résultats de l'activité française.
54. En revanche, l'application des règles de territorialité ne permet pas d'imposer en France de tels revenus en l'absence d'exploitation d'entreprise en France<sup>74</sup>. La doctrine administrative, d'abord suivie par la jurisprudence<sup>75</sup>, prévoyait certes le contraire, mais une décision du Conseil d'Etat rendue en 2009<sup>76</sup> est revenue à l'orthodoxie : en l'absence d'entreprise exploitée

---

<sup>73</sup> Dans ces hypothèses, la société étrangère, qui ne dispose pas d'établissement en France, est imposable au service des impôts des entreprises étrangères ou, si elle dispose en France de biens immobiliers et n'y exerce pas d'activités autres qu'immobilières, au lieu de situation de ces biens (art. 23 *ter* de l'annexe IV au CGI).

<sup>74</sup> Il faut noter, même si cela excède le champ du présent rapport, que les immeubles possédés en France par certaines personnes morales non résidentes de France font l'objet d'une taxe de 3 % de leur valeur vénale (art. 990 D à G du CGI). Cette taxe, introduite par la loi du 29 décembre 1982 de finances pour 1983, vise à remplacer l'ancien article 209 A du CGI, qui soumettait ces sociétés à l'IS sur une base au moins égale à trois fois la valeur locative des immeubles, et qui avait été jugé contraire aux clauses de non-discrimination des conventions fiscales (Cf. par exemple CAA Lyon 17 octobre 1990, *Corniche immobilière*, n° 271, RJF 12/90 n° 1453). La taxe n'est toutefois pas applicable aux sociétés établies dans des Etats de l'UE ou des pays ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative (art. 990 E).

<sup>75</sup> C'est la jurisprudence dite des Anstalt, jugeant que des Anstalt du Liechtenstein détenant des immeubles en France sont soumises à l'IS sur le seul fondement de l'article 206 du CGI, aux termes duquel est soumis à l'IS tout organisme se livrant à une exploitation lucrative : cf. par exemple CE 18 janvier 1984, *Entreprise fiduciaire Tulerb*, n° 24343, RJF 3/84 n° 283, conclusions Mme M.-A. Latournerie Dr. fisc. 27/84 c. 1307 ; CE 31 mars 1993, *Gioza Etablissement*, n° 82395, RJF 6/93 n° 792.

<sup>76</sup> CE 31 juillet 2009, *Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Ltd*, n° 296471, RJF 11/09 n° 979, concl. E. Glaser BDCF 11/09 n° 133, chr. V. Dumas p. 819 ; en l'espèce, le revenu immobilier est jugé imposable en France, mais seulement sur le fondement de la convention franco-britannique. D'où un paradoxe : les sociétés étrangères résidentes d'un Etat conventionné avec la France se trouvaient plus lourdement imposées que celles résidant dans un Etat non-conventionné.

en France (et sous réserve des stipulations des conventions fiscales examinées ci-après), un produit immobilier d'une société étrangère n'est pas soumis à l'IS.

55. C'est pourquoi la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 (art. 22) a complété le I de l'article 209 du CGI pour préciser que sont soumis à l'IS les bénéficiaires « mentionnés aux a, e, e bis et e ter du I de l'article 164 B », c'est-à-dire les revenus immobiliers et les plus-values immobilières. Ces dispositions revêtent un caractère interprétatif : elles s'appliquent donc de manière rétroactive.
56. Pour que les revenus ou plus-values immobiliers puissent être imposés à l'IS, encore faut-il que la société étrangère qui les perçoit puisse être assimilée, en droit français, à une société de capitaux (ou que l'activité immobilière en cause puisse être regardée comme commerciale et non purement civile). En effet, si ce n'est pas le cas, la société, du fait de sa forme, n'entre pas dans le champ de l'IS défini à l'article 206 du CGI<sup>77</sup>.
57. **En ce qui concerne les plus-values, le CGI prévoit l'application d'un prélèvement à la source**, acquitté par le cédant, non libératoire mais imputable sur l'IS dû :
  - ◆ en application de l'**article 244 bis A du CGI**<sup>78</sup> les plus-values<sup>79</sup> réalisées à titre occasionnel font l'objet d'une retenue à la source au taux de 33,33 % (ou 19 % lorsqu'elles sont réalisées par une société résidente de l'UE et qu'elles bénéficieraient du taux réduit applicable aux plus-values à long terme si elles étaient réalisées par une résidente de France) ; ce prélèvement n'est pas applicable aux cessions d'immeuble réalisées par des sociétés qui exploitent en France une entreprise, à laquelle l'immeuble est affecté (ces cessions demeurent soumises à l'IS selon les règles de droit commun) ;
  - ◆ en application de l'**article 244 bis du CGI** les profits immobiliers habituels (plus-values réalisées par des marchands de biens, profits des lotisseurs, etc.) sont soumis à une retenue là aussi de 33,33 % (auparavant de 50 %, ce taux a été abaissé par la loi du 30 décembre 2009).

#### 1.4.2. Les plus-values de cession de participations substantielles dans des sociétés françaises

58. En principe, conformément à l'article 244 bis C du CGI, l'imposition en France des plus-values de cession des valeurs mobilières et droits sociaux ne s'applique pas lorsque la plus-value est réalisée par une société dont le siège est situé hors de France (sauf si la cession porte sur des

---

<sup>77</sup> Ainsi, une société anonyme monégasque mettant un ensemble immobilier à disposition de ses associés, dès lors qu'elle doit être assimilée à une société civile en droit français, ne peut être imposée à l'IS (CE 24 mai 2006, *min. c. Sté immobilière Saint-Charles*, n° 278737, RJF 8-9/06 n° 996, concl. E. Glaser BDCF 8-9/06 n° 98). En revanche, une Anstalt du Liechtenstein détenant des immeubles en France est soumise à l'IS dès lors qu'elle a un objet commercial (CE 31 mars 1993, *Gioza Etablissement*, n° 82395, RJF 6/93 n° 792).

<sup>78</sup> Issu de la loi du 15 juillet 1976 portant imposition des plus-values (art. 8, III). Ce prélèvement n'est applicable aux sociétés et organismes passibles de l'IS que depuis la loi du 30 décembre 1993 de finances rectificative pour 1993, adoptée après qu'une décision du Conseil d'Etat avait jugé qu'il n'était applicable qu'aux personnes physiques et aux sociétés de personnes (CE 12 février 1992, *Sté Crovinvest Establishment*, n° 79523, RJF 4/92 n° 482, concl. M.-D. Hagelsteen Dr. fisc. 30/93 c. 1537, s'agissant d'un Anstalt du Liechtenstein ; la loi de 1976 ne concernait en effet que les plus-values réalisées par les personnes relevant de l'IR). Il constitue juridiquement une imposition distincte de l'IS (CE 26 décembre 2013, *min. c. CARTSM*, n° 354662, RJF 4/14 n° 340, concl. F. Aladjidi BDCF 4/14 n° 49).

<sup>79</sup> Plus-values résultant de la cession d'immeubles, mais aussi de droits immobiliers, d'actions et parts de sociétés non cotées dont l'actif est constitué principalement par de tels biens ou droits, de parts de fonds de placement immobilier (FPI) ainsi que, depuis le 1er janvier 2008, de certains titres de sociétés à prépondérance immobilière cotées.

parts ou actions d'une société à prépondérance immobilière, qui sont traitées comme des cessions d'immeubles). C'est donc seulement si cette plus-value peut être rattachée à une entreprise exploitée en France qu'elle est soumise à l'IS<sup>80</sup>.

59. Toutefois, par exception à ce principe, l'**article 244 bis B du CGI** prévoit que les plus-values de cession de droits sociaux émis par une société soumise à l'IS et ayant son siège en France, réalisées par des sociétés établies hors de France<sup>81</sup>, sont soumises à un **prélèvement de 45 %**<sup>82</sup> lorsque la société étrangère détient au moins 25 % des droits dans les bénéfices de la société française (ou en a détenu au moins 25 % au cours des cinq dernières années).

### 1.4.3. Les revenus de source française visés à l'article 182 B du CGI

60. Issu de la loi du 29 décembre 1976 modifiant les règles de territorialité et les conditions d'imposition des Français de l'étranger ainsi que des autres personnes non domiciliées en France (art. 10)<sup>83</sup>, l'article 182 B du CGI soumet à une **retenue à la source, au taux de 33,33 %**, différents revenus de source française<sup>84</sup> perçus par des sociétés qui n'ont pas d'« *installation professionnelle permanente* » en France :
- ◆ les sommes versées en rémunération d'une activité déployée en France dans l'exercice de l'une des professions mentionnées à l'article 92 du CGI (professions non commerciales) ;
  - ◆ les produits définis à l'article 92 et perçus par les inventeurs ou au titre de droits d'auteur, ainsi que tous produits tirés de la propriété industrielle ou commerciale et de droits assimilés ;
  - ◆ les « *sommes payées en rémunération des prestations de toute nature fournies ou utilisées en France* », qui constitue une catégorie-balai subsidiaire<sup>85</sup> ;
  - ◆ enfin, les sommes, y compris les salaires, correspondant à des prestations sportives fournies ou utilisées en France (mais à un taux réduit de 15 %).
61. L'application de cet article suppose toutefois que le bénéficiaire du revenu « *relève de l'impôt sur les sociétés* ». La jurisprudence a précisé cette condition : sont visées les personnes morales dont l'activité a un caractère lucratif, susceptible de les rendre passibles de cet impôt en

---

<sup>80</sup> CE 25 février 2004, *min. c. Sté Hallminster Ltd*, n° 250328, RJF 5/04 n° 463, concl. L. Vallée NDCF 5/04 n° 59 : une plus-value résultant de la cession d'un stock de vin n'est pas imposable en France en l'absence d'entreprise exploitée en France (et, pour l'application de la convention franco-britannique, en l'absence d'établissement stable).

<sup>81</sup> Comme pour l'article 244 bis A, l'article 244 bis B a été modifié par la loi du 30 décembre 1993 de finances rectificative pour 1993 afin de préciser que le prélèvement est applicable aux sociétés et organismes passibles de l'IS, et non seulement aux personnes physiques et sociétés de personnes (cf. ci-dessus). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs ensuite jugé qu'avant cette modification, le prélèvement n'était pas applicable aux personnes passibles de l'IS (CE 25 avril 2003, *min. c. Sté Eurofind Holding Ltd*, n° 241210, RJF 7/03 n° 846, concl. L. Vallée).

<sup>82</sup> Il faut noter qu'aucun aménagement n'est prévu pour corriger la différence entre ce taux de 45 % et le taux d'IS de droit commun de 33,33 %, alors que cette différence pourrait être regardée comme une discrimination contraire aux conventions internationales et aux libertés de circulation protégées par le droit de l'UE (cf. partie 4).

<sup>83</sup> Qui elle-même abroge l'ancienne retenue à la source autrefois prévue aux articles 182 et 4 bis du CGI.

<sup>84</sup> C'est-à-dire payés par un débiteur qui exerce une activité en France.

<sup>85</sup> CE 18 mars 2015, *Sté d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 366006, RJF 6/15 n° 471, concl. F. Aladjidi BDCF 6/15 n° 64.

application de l'article 206 du code<sup>86</sup>. Il s'agit donc de **personnes qui, si elles étaient établies en France, seraient soumises à l'IS à raison de l'activité en cause**. La retenue est donc exigible même si le bénéficiaire n'est pas effectivement imposable en France du fait des règles de territorialité.

62. Ainsi, sont par exemple soumises à cette retenue à la source des redevances d'exploitation d'œuvres perçues par une association établie au Liechtenstein passible de l'IS<sup>87</sup>, ou des redevances versées à une société américaine et rémunérant la technologie transférée pour la construction d'un navire ainsi que l'utilisation d'un brevet de fabrication<sup>88</sup>.
63. Par ailleurs, les sommes versées à des sociétés en rémunération de prestations artistiques, qui étaient également passibles de cette retenue à la source jusque 2012, sont depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013 soumises à la retenue prévue par l'article 182 A *bis* du CGI, au taux de 15 % après abattement de 10 % pour frais professionnels.
64. Ces retenues ne sont **pas libératoires de l'impôt** : elles ont vocation à s'imputer, le cas échéant, sur le montant de l'IS dû, en application de l'article 219 *quinquies* du CGI<sup>89</sup>.
65. Enfin, en vertu des dispositions de l'article 182 B *bis* du CGI, issu de la loi du 30 décembre 2003 de finances rectificative pour 2003 (art. 27) transposant la directive du 3 juin 2003 sur les intérêts et les redevances intragroupe<sup>90</sup>, la retenue à la source prévue à l'article 182 B n'est **pas applicable aux redevances versées aux sociétés résidentes de l'Union européenne et associées au moins à 25 %** (cf. point 4.3.2).

#### 1.4.4. Les bénéfices distribués par des sociétés établies en France, sauf exonération sur le fondement du régime mère-fille

66. En vertu de l'article 119 *bis*, 2, du CGI, les **produits des actions et des parts sociales (dividendes) et revenus assimilés**<sup>91</sup> bénéficiant à des personnes qui ont leur siège à

---

<sup>86</sup> CE 25 mai 2007, *GIE Compagnie industrielle des polyéthylènes de Normandie*, n° 288288, RJF 8-9/07 n° 896, concl. L. Olléon BDCF 8-9/07 n° 95, chr. J. Burguburu p. 703, précisant une décision CE 30 juin 1997, *Sté d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 169179, RJF 8-9/97 n° 771, concl. J. Arrighi de Casanova BDCF 4/97 n° 87.

<sup>87</sup> CE 30 juin 1997, *Sté d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 169179, RJF 8-9/97 n° 771, concl. J. Arrighi de Casanova BDCF 4/97 n° 87 et CE 18 mars 2015, *Sté d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 366006, RJF 6/15 n° 471, concl. F. Aladjidi BDCF 6/15 n° 64.

<sup>88</sup> CE 25 mai 2007, *GIE Compagnie industrielle des polyéthylènes de Normandie*, n° 288288, RJF 8-9/07 n° 896, concl. L. Olléon BDCF 8-9/07 n° 95, chr. J. Burguburu p. 703.

<sup>89</sup> Il en résulte qu'elles ont une double nature. D'une part, si le bénéficiaire des sommes en cause est soumis à l'IS, il sera redevable d'un complément d'IS si la retenue à la source est inférieure au montant de l'IS normalement dû : il s'agit en quelque sorte d'un acompte sur l'IS. Et à l'inverse, lorsque le montant de la retenue à la source est supérieur à l'impôt dû par le contribuable sur ses revenus de source française, il est en droit de réclamer la restitution de l'excédent de retenue qui ne peut être imputé sur le montant de l'impôt dû (CE 17 février 2015, *min. c. Fisichella*, n° 373230, RJF 5/15 n° 380, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 5/15 n° 51). C'est souvent le cas pour les produits de la propriété industrielle, qui font l'objet en France d'une imposition très favorable : l'article 39 *terdecies* du CGI les soumet au taux réduit de 15 % applicable aux plus-values à long terme. D'autre part, si le bénéficiaire des sommes n'est pas soumis à l'IS, mais en « relève » (c'est-à-dire qu'il y serait soumis s'il était établi en France), la retenue à la source a le caractère d'un prélèvement *sui generis*. Sa nature juridique change donc selon les circonstances : tantôt mode de prélèvement de l'IS, tantôt impôt autonome (Cf. les conclusions d'Emmanuelle Cortot-Boucher sous la décision *min. c. Fisichella*).

<sup>90</sup> Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents.

<sup>91</sup> Tels que par exemple le prix de rachat par une société, à ses associés ou actionnaires, des droits sociaux qu'ils détiennent (à concurrence de l'écart entre ce prix d'achat et le prix d'acquisition des

l'étranger donnent lieu à l'application d'une retenue à la source<sup>92</sup>. Cette disposition, dont le champ est très large, permet notamment d'imposer les revenus réputés distribués notamment aux associés (art. 109 du CGI) ainsi que les **distributions occultes de revenus**, visées par le c de l'article 111 du CGI, qui, sous couvert d'appellations diverses (« honoraires », etc.), sont en fait dénuées de contrepartie<sup>93</sup>. En revanche, la retenue à la source ne s'applique pas aux avances, prêts ou acomptes versés aux associés (sommes visées au premier alinéa du a de l'article 111 du code).

67. S'agissant des intérêts, le CGI prévoyait, jusque 2009, un prélèvement forfaitaire sur les intérêts payés à des personnes morales qui n'ont pas leur siège social en France (III de l'article 125 A), lequel s'opérait par voie de retenue à la source (1 de l'article 119 *bis*, au taux de 15 ou 17 % selon la date d'émission des titres), laquelle n'était maintenue que pour les titres émis avant le 1<sup>er</sup> janvier 1987. La loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 (art. 22) a toutefois supprimé ce prélèvement<sup>94</sup>, qui reste seulement applicable aux revenus payés dans un Etat ou territoire non coopératif (cf. point 3.6). Il en résulte que, sous cette réserve, **les intérêts versés à des sociétés non résidentes sont aujourd'hui exonérés de retenue à la source**.
68. Le paiement de la retenue est assuré par l'établissement payeur des revenus en cause (art. 1672 du CGI)<sup>95</sup>. Lorsqu'elle est due, la retenue sur les revenus distribués est libératoire de l'impôt sur les sociétés dû par le bénéficiaire (art. 199 *quater* A du CGI).
69. Son taux est, en application de l'article 187 du code, fixé en principe à **30 %** (25 % avant la loi du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011). Toutefois, un taux réduit de 15 % est prévu pour les dividendes versés à des organismes sans but lucratif ayant leur siège dans un Etat-membre de l'UE ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen (EEE)<sup>96</sup>.
70. La loi prévoit **plusieurs cas d'exonération** de la retenue à la source. La principale<sup>97</sup> résulte du **régime dit « mère-fille »**, en application duquel les dividendes distribués par une société française à une société mère ayant son siège dans un Etat de l'UE sont, sous certaines conditions, exonérés de retenue à la source. Ce régime est décrit au point 4.3.2. Surtout, **la plupart des conventions internationales réduisent le taux de la retenue**, en général à 15 % (cf. point 2.3.3), voire la suppriment lorsque la société non-résidente détient une participation substantielle dans le capital ou les droits de vote de la société distributrice.

---

titres) : CE 31 juillet 2009, *Sté Fiteco*, n° 296052, RJF 11/09 n° 939, concl. E. Glaser p. 825, s'agissant d'un associé personne physique et CE 26 juillet 2011, *min. c. Sté Pfizer Holding France*, n° 325464, RJF 11/11 n° 1150, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 11/11 n° 125 s'agissant d'un associé personne morale.

<sup>92</sup> Cette retenue à la source remonte, dans sa forme actuelle, à la loi n° 65-566 du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers.

<sup>93</sup> Cf., pour des « honoraires » versés à une société domiciliée sur l'île de Man : CE 5 avril 2013, *Sté Vivendi Telecom International*, n° 350316, RJF 7/13 n° 727, concl. V. Daumas BDCF 7/13 n° 79.

<sup>94</sup> Avant même 2009, la loi de finances pour 2003 (art. 27) avait exonéré les intérêts versés à une société associée résidant dans l'UE de ce prélèvement, conformément à la directive du Conseil du 3 juin 2003 dite « intérêts-redevances » (art. 119 *quater* du CGI).

<sup>95</sup> Toutefois, dans l'hypothèse où la retenue à la source frappe une somme regardée comme un revenu distribué, c'est la société qui a procédé à sa distribution qui en est redevable : CE 5 avril 2013, *Sté Vivendi Telecom International*, n° 350316, RJF 7/13 n° 727, concl. V. Daumas BDCF 7/13 n° 79.

<sup>96</sup> Un taux réduit de 21 % est également prévu pour les dividendes qui bénéficient à des personnes ayant leur domicile fiscal dans un Etat membre de l'UE de l'EEE, mais celui-ci ne concerne que les personnes physiques et n'entre donc pas dans le champ de ce rapport.

<sup>97</sup> Les autres exonérations concernent les distributions des sociétés de capital-risque et, depuis la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, les revenus distribués à certains organismes de placement collectif (OPC) étrangers.

71. Il faut noter que, **si les dividendes versés à une société étrangère ont été compris dans les résultats imposables de l'établissement qu'elle possède en France, et imposés à ce titre à l'IS, ils demeurent hors champ de la retenue à la source** : la jurisprudence retient en effet que la société étrangère doit dans ce cas être regardée comme possédant un siège en France pour l'application de l'article 119 *bis*<sup>98</sup>.

#### Encadré 6 : La retenue à la source de l'article 115 *quinquies* du CGI

Enfin, en application de l'article 115 *quinquies* du CGI, les **bénéfices réalisés en France par des sociétés étrangères**, que cet article **répute distribués à des associés établis à l'étranger**, sont soumis à la retenue à la source de l'article 119 *bis*. Il s'agit par exemple des bénéfices réalisés en France par l'intermédiaire de succursales<sup>99</sup>. L'existence de cette retenue est logique : si le bénéfice avait été réalisé par une filiale française puis distribué à sa mère, il aurait été soumis à la retenue de l'article 119 *bis*. Cela doit donc également être le cas lorsqu'ils sont réalisés par un établissement stable situé en France.

**L'article 115 *quinquies* institue seulement une présomption de distribution, qui peut être renversée** : comme le prévoit le 2 de l'article 115 *quinquies*, la société peut demander que la retenue à la source fasse l'objet d'un nouveau calcul lorsque les sommes auxquelles elle a été appliquée excèdent le montant total de ses distributions effectives ; l'excédent de perception lui est alors restitué. Il s'agit donc d'une liquidation provisoire de l'IS dû par la société étrangère. Dans l'hypothèse où la retenue à la source n'a pas été versée spontanément et où l'administration procède à son redressement, elle doit tenir compte, pour arrêter son assiette, des justifications apportées par la société pour combattre cette présomption<sup>100</sup>.

En outre, depuis la loi du 29 décembre 1997 de finances rectificatives pour 1997, cet article ne s'applique pas lorsque la société a son siège dans un Etat de l'UE ou de l'EEE et qu'elle y est passible de l'impôt sur les bénéfices.

#### 1.4.5. Les bénéfices des sociétés de personnes françaises distribués à leurs associés non-résidents

72. Les sociétés qui résident à l'étranger sont imposées en France, même lorsqu'elles n'y exercent aucune activité, sur leur quote-part des bénéfices des sociétés de personnes françaises (sociétés civiles notamment) et groupements assimilés (sociétés de fait, groupements d'intérêt économique, etc.).
73. En effet, en application de l'article 8 du CGI, les sociétés de personnes ont une **personnalité distincte de celle de leurs associés** et exercent une activité qui leur est propre : elles sont « **translucides** », et non « transparentes ». Il en résulte que leurs bénéfices sont en principe imposables en France entre les mains de leurs membres, y compris de ceux qui résident hors de France, à proportion des droits qu'ils détiennent dans la société<sup>101</sup>. Ils ne peuvent toutefois faire l'objet de la retenue source prévue par l'article 115 *quinquies* du CGI puisque ces bénéfices ne sont pas réalisés par une société étrangère, mais par une société française.

<sup>98</sup> CE Plén. 19 décembre 1975, n° 84774 et 91895, RJF 2/76 n° 77, concl. Fabre, chr. B. Martin-Laprade p. 41.

<sup>99</sup> CE 31 janvier 2001, *SA Bank Polska Kasa Opieki*, n° 199543, RJF 4/01 n° 489, concl. G. Bachelier BDCF 4/01 n° 54.

<sup>100</sup> Cf. CE 9 juillet 1997, *SARL Prominvest Immobilier*, n° 149918, RJF 9/97 n° 792, concl. F. Loloum p. 515.

<sup>101</sup> CE 4 avril 1997, *Sté Kingroup Inc.*, n° 144211, RJF 5/97 n° 424, concl. F. Loloum p. 293 ; CE 9 février 2000, *Sté suisse Hubertus AG*, n° 178389, RJF 3/00 n° 342, concl. J. Arrighi de Casanova BDCF 3/00 ; CE 1<sup>er</sup> octobre 2001, *de Solages*, n° 214463, RJF 12/01 n° 1588, concl. F. Sénors BDCF 12/01 n° 157 ; CE Plén. 11 juillet 2011, *Sté Quality Invest*, n° 317024, RJF 10/11 n° 1063, chr. C. Raquin p. 907, concl. L. Olléon BDCF 10/11 n° 117.

74. Il en résulte également que les stipulations des conventions fiscales relatives aux bénéfices perçus par les sociétés étrangères ne sont pas applicables, puisque sont en cause des bénéfices réalisés par la société de personnes, résidente de France, et non par ses associés établis hors de France<sup>102</sup>.
75. Cette règle distingue la France de la plupart de nos partenaires, notamment anglo-saxons, pour qui les associés, y compris non-résidents, sont les seuls véritables assujettis à l'impôt.

## 1.5. Les dérogations au principe de territorialité qui visaient à permettre aux sociétés françaises d'imputer leurs pertes subies à l'étranger ont été récemment supprimées

### 1.5.1. Les régimes du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé

76. Par exception au principe de territorialité, l'**article 209 quinquies** du CGI prévoyait jusque récemment que les sociétés françaises, sur agrément du ministre de l'économie et des finances, pouvaient retenir pour l'assiette de l'IS l'ensemble des résultats de leurs exploitations, qu'elles soient situées en France ou à l'étranger.
77. On distinguait le régime dit du bénéfice mondial, qui comprenait uniquement les résultats de la société agréée et de ses exploitations directes à l'étranger (succursales, bureaux et autres installations permanentes), du régime du bénéfice consolidé, qui comprenait l'ensemble des exploitations directes et indirectes de l'entreprise, y compris les filiales étrangères contrôlées, c'est-à-dire les sociétés de capitaux dans lesquelles la société française détenait directement ou indirectement au moins 50 % des droits de vote ainsi que les sociétés de personnes dont elle était associée (article 114, 2 de l'annexe II au CGI). Les résultats étaient alors consolidés à proportion des droits de la société mère dans ses filiales.
78. En permettant aux sociétés françaises de déduire de leur bénéfice imposable les pertes réalisées à l'étranger, ces deux régimes constituaient une incitation au développement à l'international. Pour éviter les stratégies d'optimisation, le périmètre de consolidation devait comprendre obligatoirement toutes les sociétés répondant aux critères d'inclusion.
79. Institués par la loi du 12 juillet 1965<sup>103</sup> (art. 22), ces régimes étaient critiqués notamment parce qu'ils ne bénéficiaient qu'à très peu de groupes (cinq à la fin des années 2000). Ils ont, à la suite notamment d'une proposition en ce sens du CPO<sup>104</sup>, été **supprimés par la loi du 19 septembre 2011 de finances rectificative pour 2011** (art. 3), qui ne les abroge certes pas mais prévoit qu'ils ne s'appliquent plus aux exercices clos à partir du 6 septembre 2011.

### 1.5.2. L'ancien système des provisions pour implantation à l'étranger

80. Il faut aussi mentionner, pour mémoire, la création par la loi de finances pour 1972 du système des provisions pour implantation à l'étranger qui permettait aux entreprises françaises de constituer des provisions afférentes à des implantations à l'étranger, ultérieurement

---

<sup>102</sup> Cf. CE Plén. 11 juillet 2011, *Sté Quality Invest*, n° 317024, RJF 10/11 n° 1063, chr. C. Raquin p. 907, concl. L. Olléon BDCF 10/11 n° 117.

<sup>103</sup> Loi n° 65-566 du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers.

<sup>104</sup> *Entreprises et « niches » fiscales et sociales. Des dispositifs dérogatoires nombreux*, octobre 2010, proposition 54.



réintégrées dans les résultats imposables selon des modalités dépendant de la réalisation de bénéfices à l'étranger et du temps écoulé (anciens articles 39 *octies*-A à 39 *octies*-D du CGI).

81. Ce régime a été **supprimé par la loi du 30 décembre 2003 de finances rectificative pour 2003** (art. 31) à la suite d'une décision de la Commission européenne du 21 novembre 2001 estimant qu'il constituait une aide d'Etat incompatible avec le marché intérieur.

### 1.5.3. L'imputation par les PME des pertes étrangères

82. Par dérogation là aussi aux règles de territorialité, la loi du 27 décembre 2008 de finances pour 2009 (art. 22) avait créé à l'**article 209 C du CGI** un régime autorisant les PME<sup>105</sup> à imputer sur leur résultat imposable les déficits de leurs succursales et filiales établies dans l'UE ou dans un Etat ayant conclu avec la France une convention fiscale qui contient une clause d'assistance administrative, à condition, s'agissant des filiales, qu'elles soient détenues directement à au moins 95 % et soumises dans cet Etat à un impôt sur les bénéfices.
83. Les déficits ainsi déduits devaient toutefois être rattachés aux résultats bénéficiaires des exercices suivants, au fur et à mesure des résultats bénéficiaires ultérieurs de la succursale ou de la filiale, et au plus tard au résultat imposable du cinquième exercice suivant celui de leur déduction. L'avantage découlant de ce régime ne pouvait excéder 200 000 € sur trois exercices fiscaux, en application de la réglementation en matière d'aides d'Etat (plafond « *de minimis* »).
84. Cette disposition a été **abrogée par la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014** (art. 26). Le régime n'est donc plus applicable aux exercices clos depuis le 31 décembre 2013.

---

<sup>105</sup> L'article vise les entreprises de moins de 2 000 salariés qui ne sont pas détenues à 25 % ou plus par une entreprise ne respectant pas ce seuil.

## 2. L'application des conventions fiscales bilatérales conduit à relativiser cette exception française

85. **Les règles de territorialité résultant de l'article 209 du CGI ne s'appliquent que sous réserve des conventions fiscales bilatérales** que la France a conclues dans l'objectif d'éviter la double imposition de bénéfices d'une même entreprise. Elles peuvent conduire :
- ◆ soit à faire échapper à l'IS un bénéficiaire qui, en application de la loi fiscale nationale, y aurait été soumis ;
  - ◆ soit, au contraire, à rendre imposable à l'IS un bénéficiaire qui, en application du principe de territorialité prévu par la loi française, y aurait échappé.
86. Or les conventions bilatérales, conformes pour l'immense majorité au modèle OCDE, conduisent de fait à l'application de critères communs à l'ensemble des Etats pour la détermination des règles de territorialité. Cela conduit à relativiser la spécificité française en la matière.

### Encadré 7 : Un réseau de conventions fiscales particulièrement développé

Depuis la conclusion de la première convention fiscale par la France en 1843 (convention franco-belge), le réseau conventionnel français s'est considérablement développé, notamment depuis l'adoption par le comité fiscal de l'OCDE du premier modèle de convention concernant le revenu et la fortune en 1963. L'**annexe II** recense l'ensemble des Etats conventionnés et non-conventionnés avec la France.

A la date de ce rapport, la France est partie à **120 conventions internationales** portant sur les revenus (qui régissent l'imposition des bénéfices). En dernier lieu, ont ainsi été adoptées une convention avec Hong-Kong (21 octobre 2010), le Panama (30 juin 2011), Andorre (2 avril 2013) et avec la Colombie (25 juin 2015) ; une nouvelle convention avec la Chine a été adoptée le 26 novembre 2013, qui prend la suite d'un ancien accord fiscal du 30 mai 1984.

Ce réseau conventionnel couvre l'immense majorité des échanges économiques des entreprises françaises. La quasi-totalité des Etats européens est couverte, à une exception notable : le Danemark, depuis qu'il a dénoncé la convention franco-danoise du 8 février 1957, par une note diplomatique du 10 juin 2008, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>106</sup>. Outre cette exception, en Europe seuls le Kosovo, le Liechtenstein, la Moldavie et le Vatican ne sont pas conventionnés avec la France. S'agissant de Monaco, il faut noter que la convention franco-monégasque du 18 mai 1963 est très particulière puisque, faisant suite au blocus du territoire, elle vise essentiellement, dans un objectif de lutte contre l'évasion fiscale plus que d'évitement des doubles impositions, à soumettre les Français résidant à Monaco à l'IR<sup>107</sup> et à obtenir de Monaco l'engagement d'instituer un IS pour les sociétés dont 25 % du chiffre d'affaires au moins provient d'opérations effectuées à l'étranger. Elle ne suit donc pas le modèle OCDE.

Quant aux autres Etats, les principales zones non-conventionnées se trouvent en Amérique latine (Guyana, Paraguay, Pérou, Suriname, Uruguay), avec lesquelles les échanges commerciaux restent toutefois peu développés (à l'exception du Pérou), ainsi qu'en Afrique centrale (Djibouti, RDC, Soudan, Tanzanie, Tchad) et subsaharienne (Angola, Mozambique), avec lesquelles le tissu conventionnel pourrait parfois être utilement étendu. En Asie, le réseau conventionnel français est dense (seuls 13 Etats font exception, dont notamment l'Afghanistan, la Birmanie, le Cambodge, l'Irak et le Yémen).

<sup>106</sup> Cf. sur cette convention G. Tar, « Bientôt sept ans sans convention fiscale bilatérale entre la France et le Danemark : bilan et perspectives à la lumière du droit fiscal de l'UE », DF 2015 n° 49.

<sup>107</sup> Cf. CE Plén. 11 avril 2014, *Giorgis*, n° 362237, RJF 7/14 n° 718, chr. E. Bokdam p. 635, concl. E. Crepey BDCF 7/14 n° 73 qui juge, au motif que les stipulations de la convention franco-monégasque doivent être interprétées conformément à leur objet et à leur but, qui est de lutter contre l'évasion fiscale, que les Français ayant constamment résidé à Monaco depuis leur naissance, sans y avoir transféré leur domicile, sont exclus du champ de l'article 7 de la convention prévoyant l'assujettissement des Français de Monaco à l'IR.

Une couverture de l'ensemble des Etats de la planète n'est toutefois pas nécessairement souhaitable dans la mesure où la négociation puis la ratification d'une convention fiscale est un exercice chronophage pour l'administration et donc coûteux pour les finances publiques : l'effort doit être proportionné aux enjeux économiques sous-jacents.

87. Les conventions fiscales peuvent conduire à faire obstacle à l'application d'une disposition nationale qui fonde l'imposition d'un bénéficiaire, mais aussi, plus rarement, à rendre au contraire imposable un produit qui ne l'aurait pas été en application du principe de territorialité.

#### Encadré 8 : L'articulation entre conventions fiscales et principe de territorialité

De manière générale, selon la jurisprudence, lorsqu'une convention fiscale est applicable, il convient d'abord de se placer au regard de la loi fiscale nationale pour rechercher si, à ce titre, l'imposition contestée a été valablement établie. C'est seulement dans un second temps qu'il faut déterminer, en fonction de la qualification donnée au revenu en cause en droit interne, si la convention fait ou non obstacle à l'application de la loi fiscale : c'est le **principe dit de « subsidiarité » des conventions fiscales** internationales, consacré par une décision *Schneider Electric*<sup>108</sup> rendue en 2002 par l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat. Ce n'est pas un principe de hiérarchie entre droit interne et droit international, mais bien un principe méthodologique.

Ainsi, **en principe, les conventions fiscales peuvent seulement conduire à écarter, sur tel ou tel point, la loi fiscale nationale**, mais ne peuvent pas, par elles-mêmes, directement servir de base légale à une décision relative à l'imposition.

**Il en va toutefois différemment lorsqu'est en cause la question de l'imposition en France des bénéficiaires d'une société étrangère** : dans ce cas, la convention peut non seulement faire obstacle à une imposition qui découlerait des règles de territorialité nationales, mais aussi fonder elle-même l'imposition en France. En effet, la loi elle-même, au I de l'article 209 du CGI, après avoir disposé que « *les bénéficiaires passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés (...) en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France* », ajoute « *ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions* ».

Il en résulte qu'une société étrangère non imposable en France en application des règles de territorialité peut néanmoins être assujettie à l'IS sur le fondement des stipulations d'une convention bilatérale qui attribue à la France le droit d'imposer ses bénéfices<sup>109</sup>.

Pour autant, le principe méthodologique de priorité du droit national reste en principe applicable<sup>110</sup> : il convient d'abord de se placer au regard des règles nationales de territorialité pour rechercher si l'impôt a

<sup>108</sup> CE Ass. 28 juin 2002, *min. c. Sté Schneider Electric*, n° 232276, RJF 10/02 n° 1080, concl. S. Austray BDCF 10/02 n° 120, chr. L. Olléon p. 755. Ce principe était toutefois déjà présent, de manière moins explicite, dans la jurisprudence antérieure (cf. par exemple CE 13 juillet 1968, n° 66503 ; CE Plén. 19 décembre 1975, n° 84774 et 91895, RJF 2/76 n° 77, concl. Fabre, chr. B. Martin-Laprade p. 41 ; CE 17 mars 1993, *Memmi*, n° 85894, RJF 5/93 n° 612, concl. J. Arrighi de Casanova p. 359).

<sup>109</sup> CE 31 juillet 2009, *Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Ltd.*, n° 296471, RJF 11/09 n° 979, concl. E. Glaser BDCF 11/09 n° 133, chr. V. Daumas p. 819.

<sup>110</sup> Un codicille à la jurisprudence *Schneider Electric* a été récemment apporté par une décision *Sté Céline* (CE 12 mars 2014, n° 362528, RJF 6/14 n° 602, concl. F. Aladjidi p. 531) : lorsque les impositions qu'une entreprise a supportées dans un autre Etat du fait des opérations qu'elle y a réalisées seraient normalement déductibles de son bénéfice imposable en France en vertu de la loi fiscale nationale, mais que cette possibilité de déduction est exclue par les stipulations claires d'une convention, il appartient au juge de faire directement application, pour la détermination de l'assiette de l'IS dû par cette entreprise, de ces stipulations. En l'espèce, les impôts acquittés par la société requérante en Italie et au Japon auraient été déductibles de son revenu imposable sur le fondement de l'article 39 du CGI, mais cette déduction a été exclue du fait des conventions fiscales conclues avec ces Etats.

été valablement établi ; dans la négative, il faut déterminer si la société étrangère peut être assujettie à l'IS français sur le fondement des stipulations de la convention internationale<sup>111</sup>.

Ainsi, dans l'hypothèse où la convention fiscale ne stipule aucune dérogation à la règle de territorialité fixée par l'article 209 du CGI<sup>112</sup>, il y a lieu d'appliquer cette règle<sup>113</sup>.

## 2.1. Les conventions fiscales reposent sur la notion d'établissement stable pour l'attribution du droit d'imposer les bénéfices

88. Les conventions conclues par la France suivent quasiment toutes le **modèle établi par l'OCDE**<sup>114</sup>, qui retient la notion d'établissement stable comme critère de rattachement territorial des bénéfices. Son article 7 prévoit en effet que « *Les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéfices qui sont attribuables à l'établissement stable conformément aux dispositions du paragraphe 2 sont imposables dans l'autre État.* » Rares sont les conventions qui ne font pas référence à la notion d'établissement stable (sauf erreur, c'est seulement le cas de la convention franco-saoudienne du 18 février 1982, qui se réfère, en son article 14, à l'exercice d'une activité dans l'autre Etat<sup>115</sup>).
89. **Dans cette formulation, la mondialité de principe cède rapidement le pas à un système de territorialité** dès lors que le bénéfice est rattachable à un établissement stable étranger. L'article 7 § 1 prévoit que les bénéfices rattachables à l'établissement stable « sont imposables » dans l'Etat où il est situé, et non qu'ils ne sont imposables *que* dans cet Etat. L'Etat du siège de la société conserve donc la faculté d'imposer (sauf pour les rares conventions, antérieures au modèle OCDE, qui prévoient l'exclusivité du droit d'imposer de l'Etat de l'établissement stable<sup>116</sup>). Pour éviter la double imposition de ces bénéfices, le modèle OCDE prévoit **deux méthodes possibles d'élimination de la double imposition** : soit l'Etat du siège exempte la société d'impôt sur ces bénéfices (article 23 A : méthode de l'exemption), soit il accorde à la société, sur l'impôt qu'il perçoit sur ces bénéfices, un crédit d'impôt égal au

<sup>111</sup> CE 31 juillet 2009, *Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Ltd.*, n° 296471, RJF 11/09 n° 979, concl. E. Glaser BDCF 11/09 n° 133, chr. V. Daumas p. 819, adoptant une méthodologie différente d'une décision CE Sect. 20 juin 2003, *min. c. Sté Interhome AG*, n° 224407, RJF 10/03 n° 1147, concl. S. Austray BDCF 10/03 n° 130, chr. L. Olléon p. 751, dans laquelle le Conseil d'Etat, sans examiner la question du bien-fondé de l'imposition au regard de la première partie de l'article 209-I du CGI, avait directement recherché l'existence d'un établissement stable sur le fondement de la deuxième partie de l'article 209-I du CGI qui reprend les dispositions de la loi de 1959 (cf. aussi CE 5 avril 2006, *min. c. Sté Midex*, n° 281098, RJF 7/06 n° 909, concl. L. Vallée BDCF 7/06 n° 92 et, postérieurement à la décision *Sté Overseas*, CE 31 mars 2010, *Sté Zimmer Ltd*, n° 304715 et 308525, RJF 6/10 n° 568, concl. J. Burguburu BDCF 6/10 n° 64).

<sup>112</sup> C'est le cas par exemple de la convention franco-monégasque du 18 mai 1963, qui est très particulière, ou d'autres conventions pour certains revenus particuliers (par exemple la convention franco-brésilienne pour les revenus « non dénommés » : cf. point 2.4.5).

<sup>113</sup> CE 18 février 1987, *min. c. Sté Nicoletti*, n° 44545, RJF 4/87 n° 383, concl. de Guillenchmidt.

<sup>114</sup> Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : <http://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/modeleocdedifferentesversions.htm>.

<sup>115</sup> « *Les bénéfices d'une entreprise d'un Etat contractant ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'exerce des activités industrielles ou commerciales dans l'autre Etat contractant (...)* ».

<sup>116</sup> Il s'agit notamment de la convention franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958 (art. 4) et de la convention franco-belge du 10 mars 1964 (art. 4).

montant d'impôt acquitté dans l'autre Etat (article 23 B : méthode de l'imputation). La majorité des conventions conclues par la France retiennent la méthode du crédit d'impôt<sup>117</sup>.

90. Ceci rapproche considérablement les systèmes de mondialité de la territorialité puisqu'en pratique, **un Etat pratiquant un système de mondialité ne peut imposer les bénéficiaires d'établissements stables situés dans des Etats conventionnés qu'à condition d'éliminer la double imposition qui en résulte**. La différence entre mondialité et territorialité retrouve toute sa vigueur lorsque l'autre Etat n'est pas conventionné.
91. **Les conventions peuvent également restreindre le pouvoir d'imposer des pays qui, comme la France, pratiquent un système de territorialité**. Certes, l'exonération des établissements stables étrangers est déjà prévue par le droit national. En revanche, lorsqu'une convention est applicable, les entreprises étrangères sont imposables en France seulement sur les bénéficiaires provenant d'opérations effectuées dans des établissements stables situés en France : **la convention conduit à écarter l'imposition en France lorsqu'une société étrangère, même si elle exploite une « entreprise » en France au sens de l'article 209 du CGI, n'y détient pas d'établissement stable**. L'hypothèse n'est pas que théorique car la notion d'entreprise exploitée en France est plus large que celle d'établissement stable (cf. point 2.2).
92. **Encore faut-il bien sûr, pour que la société étrangère puisse invoquer la convention internationale, qu'elle entre dans son champ d'application, et notamment qu'elle ait été effectivement soumise à l'impôt dans l'Etat tiers**. En effet, le modèle OCDE prévoit que la convention ne s'applique qu'aux personnes qui sont résidents d'un Etat contractant (art. 1<sup>er</sup>) et que seuls les personnes qui sont assujetties à l'impôt dans un Etat en sont résidents (art. 4). Le Conseil d'Etat a retenu une interprétation stricte de ces stipulations, en jugeant, en l'espèce pour l'application de la convention franco-allemande, qu'une personne exonérée d'impôt dans un Etat contractant à raison de son statut ou de son activité ne peut être regardée comme assujettie à cet impôt ni, par voie de conséquence, comme résident de cet Etat pour l'application de la convention<sup>118</sup>. Il en résulte que lorsqu'une société étrangère exploite une entreprise en France au sens de l'article 209 sans y détenir d'établissement stable, et qu'elle est exonérée d'impôt sur les bénéficiaires dans l'Etat tiers, la convention bilatérale ne peut faire obstacle à l'imposition en France du bénéfice.
93. Il faut noter que les sociétés étrangères peuvent s'assurer auprès de l'administration fiscale qu'elles ne peuvent être considérées comme disposant d'un établissement stable en France : c'est le rescrit « établissement stable » (cf. annexe VIII).

---

<sup>117</sup> A l'exception, pour certains revenus autres que les revenus passifs, des conventions conclues avec les 46 Etats suivants : Arabie Saoudite, Bangladesh, Belgique, Bénin, Biélorussie, Bosnie-Herzégovine, Brésil, Burkina Faso, Chypre, Finlande, Grèce, Hongrie, Indonésie, Iran, Irlande, Jordanie, Kirghizistan, Kosovo, Liban, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Malawi, Mali, Maroc, Maurice, Mauritanie, Monténégro, Niger, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal, République Centrafricaine, Roumanie, Serbie, Singapour, Slovaquie, Sri Lanka, Thaïlande, Togo, Trinité et Tobago, Tunisie, Turkménistan et Zambie.

<sup>118</sup> CE 9 novembre 2015, *min. c. Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk*, n° 370054, RJF 1/16 n° 178, concl. M.-A. de Barmon p. 253. Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil d'Etat a recherché le sens de ces stipulations à la lumière de leur objet principal, qui est d'éviter les doubles impositions. *A priori*, cette interprétation s'applique donc à l'ensemble des conventions fiscales qui, suivant le modèle de l'OCDE, définissent leur champ d'application en fonction de l'assujettissement à l'impôt.

### 2.1.1. Définition générale : une installation fixe d'affaires

94. La notion d'établissement stable est définie, à l'article 5 du modèle OCDE, comme « *une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité* ».
95. L'interprétation de cette notion, comme de l'ensemble des stipulations du modèle OCDE, est guidée par les **commentaires** du modèle, régulièrement révisés par le comité des affaires fiscales de l'OCDE. Comme le rappelait J. Arrighi de Casanova en concluant sous une décision *Banque française de l'Orient*<sup>119</sup>, ces commentaires ne lient pas le juge, en particulier lorsqu'ils sont postérieurs à l'adoption de la convention à interpréter<sup>120</sup>. Pour autant, le juge ne s'interdit bien sûr pas de s'y référer.
96. Pour détenir un établissement stable dans un Etat, une société doit donc réunir les **trois critères** suivants (il est très rare que les conventions conclues par la France s'éloignent du modèle OCDE sur ce point) :
- ◆ l'existence d'une **installation d'affaires**, c'est-à-dire d'une installation telle que des locaux, des machines ou un outillage, dont l'entreprise a la disposition (sans en être nécessairement propriétaire) ;  
Ces locaux ne sont pas nécessairement propres à l'entreprise : il peut s'agir du domicile d'un salarié ou associé résident à l'étranger<sup>121</sup>, ou même des locaux d'une filiale : ainsi, dans l'hypothèse où une société étrangère utilise les locaux de sa filiale française pour exercer son activité propre (en facturant des prestations en son nom à partir de ces locaux), elle dispose en France d'un établissement stable<sup>122</sup>.
  - ◆ un caractère de **fixité** : selon les commentaires OCDE, l'installation doit être établie en un lieu précis avec un certain degré de **permanence** (elle ne doit pas être créée à des fins purement temporaires) ;
  - ◆ l'exercice d'**activités propres** par l'intermédiaire de cette installation fixe, ce qui suppose normalement la présence sur place de personnels de l'entreprise.  
Ainsi, le seul fait de disposer d'un immeuble en France ne suffit pas à établir l'existence d'un établissement stable<sup>123</sup> (mais si les revenus immobiliers peuvent être qualifiés de revenus fonciers et non de bénéfices industriels et commerciaux, ils seront imposés dans l'Etat de la source, même en l'absence d'établissement stable, en application de stipulations spécifiques des conventions : cf. point 2.3). En revanche, si l'immeuble accueille du personnel de la société qui exerce une activité propre, l'existence de l'établissement stable est caractérisée<sup>124</sup>.

---

<sup>119</sup> CE 13 octobre 1999, *Banque française de l'Orient*, n° 190083, RJF 12/99 n° 1587, concl. publiées p. 938, chr. E. Mignon p. 931.

<sup>120</sup> CE Sect. 30 décembre 2003, *SA Andritz*, n° 233894, RJF 3/04 n° 238 avec concl. G. Bachelier p. 166 et chr. L. Olléon RJF 2/04 p. 83.

<sup>121</sup> CAA Lyon 29 décembre 2009, *Sté Sofrato*, n° 07-1942, RJF 6/10 n° 569, concl. G. Gimenez BDCF 6/10 n° 65, qui juge qu'une société togolaise dispose d'un établissement stable en France dès lors que son dirigeant, principal associé et salarié, effectue depuis son domicile en France des commandes et des achats de véhicules pour le compte de la société.

<sup>122</sup> CE 12 mars 2010, *Sté Imagin'action Luxembourg*, n° 307235, RJF 5/10 n° 465, concl. L. Olléon BDCF 5/10 n° 53. Cf. la fin du point 2.2.5.

<sup>123</sup> Cf., pour l'application de la convention franco-suisse, CE 27 février 1984, *Sté Valmag AG*, n° 37377 et 37378, RJF 4/84 n° 533, concl. Ph. Bissara DF 42/84 c. 1777, CE 3 mai 1989, *sté Quadriga*, n° 78223, RJF 6/89 n° 751, concl. O. Fouquet DF 46-47/89 c. 2198 et CE 20 octobre 2000, *SA New Building Promotion Ltd*, n° 182165, RJF 1/01 n° 30, concl. J. Courtial BDCF 1/01 n° 16 ; et, pour l'application de la convention franco-italienne, CE 22 mai 1992, *SPA Rafaella*, n° 63266, RJF 7/92 n° 960.

<sup>124</sup> CE 7 septembre 2009, *Sté Stamping international*, n° 308751, RJF 12/09 n° 1063.

97. L'existence d'un établissement stable n'est **pas liée à une condition d'indépendance** de l'installation fixe d'affaires par rapport au siège. Ainsi, il a été jugé qu'une société libanaise disposant de locaux en France dans lesquels travaillaient seulement quatre salariés ainsi que du personnel intérimaire, a en France un établissement stable, sans qu'il y ait lieu de rechercher s'ils disposaient d'une indépendance suffisante<sup>125</sup>.

#### Encadré 9 : Exemples non limitatifs d'établissements stables donnés par les conventions

Suivant les § 2 et 3 de l'article 5 du modèle OCDE, la plupart des conventions donnent certains exemples d'établissements stables. Le modèle précise ainsi que constituent notamment des établissements stables :

- ◆ un **siège de direction** : cette mention permet notamment d'imposer les sociétés n'ayant à l'étranger qu'une domiciliation fictive. Ainsi, il a été jugé qu'une société luxembourgeoise dont la dirigeante et unique salariée effectue en France tous les actes de gestion courante de la société (correspondance commerciale, opérations bancaires, suivi des paiements et encaissements et gestion financière et comptable) dispose d'un établissement stable en France dès lors que cette salariée assure de fait la direction de la société<sup>126</sup> ;  
La jurisprudence a précisé que le siège de direction s'entend du « lieu où les personnes exerçant les fonctions les plus élevées prennent les décisions stratégiques qui déterminent la conduite des affaires de cette entreprise dans son ensemble ». Si le lieu où se tiennent les conseils d'administration d'une société peut constituer un indice pour l'identification d'un siège de direction, ce seul élément ne saurait, confronté aux autres éléments du dossier, suffire à le déterminer<sup>127</sup>.
- ◆ une **succursale**<sup>128</sup> ;
- ◆ un **bureau** : ainsi par exemple du bureau parisien d'une association suisse ayant une activité lucrative, employant trois personnes en France<sup>129</sup>. La notion de bureau peut rejoindre celle de représentants (cf. point 2.1.3) lorsqu'une société envoie à l'étranger un salarié, où il occupe un bureau (au sens commun du terme), et qui peut conclure des contrats au nom de celle-ci<sup>130</sup> ;
- ◆ une **usine** ou un **atelier** ;
- ◆ une **mine**, un **puits de pétrole ou de gaz**, une **carrière** ou tout autre **lieu d'extraction de ressources naturelles** ;

<sup>125</sup> CE 5 avril 2006, *min. c. Sté Midex*, n° 281098, RJF 7/06 n° 909, concl. L. Vallée BDCF 7/06 n° 92, qui retient que le fait que les contrats avec les clients soient conclus au siège, et que les salariés français soient seulement chargés du suivi de leur exécution, ne fait pas obstacle à la qualification d'établissement stable.

<sup>126</sup> CE 7 septembre 2009, *Sté Stamping international*, n° 308751, RJF 12/09 n° 1063, concl. L. Olléon.

<sup>127</sup> CE 7 mars 2016, *Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme*, n° 371435, concl. A. Bretonneau : sont imposés en France les bénéfices correspondant à l'activité de holding exercée par une société ayant son siège à Bruxelles, où elle a tenu des réunions de son conseil d'administration, dès lors que les services nécessaires à l'activité de holding étaient tous situés en France et que les décisions étaient préparées et décidées dans leur principe à Paris.

<sup>128</sup> Cf. par exemple CE 19 octobre 1992, *Floating through France Ltd*, n° 94137, RJF 12/92, n°1707, concl. Ph. Martin, pour une succursale d'une société britannique disposant en France de péniches utilisées pour des excursions.

<sup>129</sup> CE 6 juillet 1983, n° 37410, RJF 10/83 n° 1122.

<sup>130</sup> Cf. CAA Nancy 30 octobre 1990, *SARL Vanrobaeys*, n° 1323, RJF 3/91 n° 353 ; CAA Paris 19 décembre 1995, *Sté Tour Développement*, n° 89-1685, DF 14/96 n° 466 ; CAA Bordeaux 5 janvier 1999, *Sté Amibu Inc*, n° 97.2300, RJF 10/99 n° 1148, concl. D. Peano BDCF 10/99 p. 8. L'exigence du pouvoir de conclure des contrats ne semble toutefois pas très orthodoxe dès lors qu'en principe, en présence d'une installation fixe d'affaires, il n'y a pas lieu de rechercher si les critères propres au représentant sont remplis (cf. point 2.2.4).

- ◆ un **chantier** de construction ou de montage ne constitue un établissement stable que si sa durée dépasse douze mois. Selon le modèle de convention de l'ONU, un délai de six mois suffit et des activités de supervision d'un chantier exécuté par une autre entreprise sont également qualifiées d'établissement stable<sup>131</sup>. Même si le texte du modèle OCDE n'a pas été modifié, les commentaires (n° 17 sous l'art. 5) considèrent depuis 2003 que la supervision d'un chantier constitue un établissement stable.

S'agissant du **critère de durée**, les conventions conclues par la France prévoient en pratique des durées variables, allant de l'absence de plancher (convention franco-malgache) à 22 mois (convention franco-roumaine) ; mais en général, le délai est de 6 ou 12 mois. La jurisprudence du Conseil d'Etat considère que plusieurs chantiers distincts successifs peuvent être pris en compte pour apprécier le respect de la condition de durée<sup>132</sup> ; elle s'éloigne sur ce point des commentaires OCDE, qui exigent pour cela l'existence d'un lien entre les chantiers.

**Cette énumération n'est toutefois pas limitative** : la jurisprudence retient que constitue un établissement stable « *tout établissement d'une nature et d'une consistance semblables à celle des exemples énumérés* »<sup>133</sup>. Constitue ainsi un établissement stable un forage à l'air d'une durée de deux mois, qui a nécessité le maintien sur place de moyens d'exploitation pendant un an<sup>134</sup>. C'est donc avant tout la définition générale de l'établissement stable (« installation fixe d'affaires ») qu'il faut appliquer.

98. Ainsi, **la notion d'établissement stable est plus large que la simple succursale**. Elle reste toutefois bornée par la définition générale, dont la précision est un gage de sécurité juridique pour les entreprises : il s'agit d'éviter qu'une société ait créé un établissement stable sans s'en rendre compte, ce qui peut constituer une **activité occulte** entraînant une majoration de 80 % (cf. annexe VIII).

### 2.1.2. Exception : les activités à caractère préparatoire ou auxiliaire

99. Suivant le modèle de l'OCDE (§ 4 de l'article 5), les conventions ajoutent en général que certaines installations ne sont pas considérées comme des établissements stables, même lorsqu'elles remplissent les trois critères de la définition générale. Le modèle prévoit ainsi qu'**il n'y a pas établissement stable lorsque l'installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, une « activité de caractère préparatoire ou auxiliaire »**. Selon les commentaires OCDE, tel est le cas lorsque les activités de l'installation ne constituent pas en elles-mêmes une part essentielle ou notable des activités de l'ensemble de l'entreprise<sup>135</sup>.
100. C'est notamment le cas, selon le modèle OCDE<sup>136</sup>, des installations utilisées aux seules fins de **stockage**, d'**exposition** (stands, pavillons, etc.) ou de **livraison** de marchandises appartenant à l'entreprise, ou aux seules fins d'acheter des marchandises (**bureau d'achat**<sup>137</sup>), ou encore

<sup>131</sup> Alors qu'en l'absence de cette stipulation expresse, des activités de supervision ou de surveillance de chantiers ne révèlent pas l'existence d'un établissement stable (CE 30 décembre 2002, *Chupin*, n° 229072, RJF 3/03 n° 261).

<sup>132</sup> CE 29 juin 1981, n° 16095, RJF 10/81 n° 857, concl. Schricke

<sup>133</sup> Même décision.

<sup>134</sup> Même décision.

<sup>135</sup> Le modèle ajoute que le cumul de différentes activités préparatoires ou auxiliaires ne fait pas de l'installation un établissement stable ; certaines conventions s'en distancient toutefois sur ce point : cf. par exemple la convention franco-italienne du 5 octobre 1989.

<sup>136</sup> On retrouve les mêmes stipulations, avec peu de différences (pas de référence à la livraison), dans le modèle de convention de l'ONU (sur ce modèle, cf. point 2.2.6).

<sup>137</sup> Encore faut-il que le bureau d'achat ne se livre pas à d'autres activités, telles que le tri, l'emballage ou encore la vente en France des marchandises achetées : cf. CAA Nantes 26 juin 2003, *min. c. Sté Mermaid BV*, n° 99-2686, RJF 12/03 n° 1427. Par ailleurs, certaines conventions ne reprennent pas l'exclusion des bureaux d'achat.



de **réunir des informations**<sup>138</sup> pour l'entreprise (dans ce dernier cas, l'installation est alors souvent qualifiée de simple « bureau de liaison »).

101. Il en résulte qu'une succursale établie en France qui se borne à stocker des marchandises en vue de leur vente dans un autre Etat ne constitue pas un établissement stable en France. En revanche, si cette succursale les stocke en vue de leur vente en France, l'existence d'un tel établissement est caractérisée<sup>139</sup>.
102. Dans l'hypothèse où une installation fixe d'affaires exerce à la fois des activités entrant dans le champ de ces exceptions et d'autres activités, les commentaires OCDE (n° 30 sous l'art. 5) indiquent qu'elle constitue un établissement stable imposable sur l'ensemble de ces activités.

### 2.1.3. L'hypothèse de représentants dépendant de la société

103. A l'instar de la notion d'entreprise exploitée en France pour l'application de l'article 209 du CGI, celle d'établissement stable comprend le cas où l'activité est exercée par l'intermédiaire de représentants : le § 5 de l'article 5 du modèle OCDE stipule que, même en l'absence d'installation fixe d'affaires, une entreprise est considérée comme ayant un établissement stable dans un Etat lorsqu'une personne y agit pour son compte, à **deux conditions cumulatives** :

- ◆ le représentant **ne jouit pas d'un statut indépendant de l'entreprise**, comme c'est le cas des courtiers ou commissionnaires<sup>140</sup> (§ 6 de l'article 5) : il doit y avoir un lien de subordination entre l'agent et la société, soit juridique, soit économique. Le modèle OCDE prévoit toutefois qu'un agent indépendant peut tout de même être qualifié d'établissement stable s'il n'agit pas « dans le cadre ordinaire de son activité », c'est-à-dire s'il accomplit des actes qui relèvent de l'activité de l'entreprise ;
- ◆ il est **habilité à conclure des contrats au nom de l'entreprise et exerce habituellement ces pouvoirs** (ce qui exclut les cas où le représentant n'est qu'en mission temporaire, ou n'utilise qu'occasionnellement ces pouvoirs<sup>141</sup>) : selon un important arrêt *Zimmer Ltd*, le représentant doit détenir ce pouvoir en droit, et non seulement en fait<sup>142</sup> (sur ce point, la jurisprudence s'attache davantage à l'apparence juridique qu'à la réalité économique, en dépit de la plus grande souplesse autorisée par

---

<sup>138</sup> Cf. par exemple, s'agissant du bureau parisien d'un journal britannique : CE 28 mai 2014, *min. c. Sté Al Hayat Publishing Cie Ltd*, n° 360890, RJF 8-9/14 n° 839, concl. C. Legras BDCF 8-9/14 n° 86.

<sup>139</sup> CE 3 juillet 2009, *min. c. Sté Uluslararası Haliclik Gelkistirme Ve Instaat Yatirmi Sanayi Ve Tic*, n° 294227, RJF 11/09 n° 968, concl. E. Glaser BDCF 11/09 n° 132 ; CE 25 juillet 1980, *Sadok*, n° 11535, RJF 10/80 n° 761, concl. Lobry.

<sup>140</sup> Encore faut-il, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, qu'il s'agisse d'un véritable contrat de commission, c'est-à-dire, aux termes de l'art. L. 132-1 du code de commerce, que les contrats conclus par le commissionnaire, alors même qu'ils sont conclus pour le compte de son commettant, n'engagent pas directement ce dernier vis-à-vis des cocontractants du commissionnaire : CE 31 mars 2010, *Sté Zimmer Ltd*, n° 304715 et 308525, RJF 6/10 n° 568, concl. J. Burguburu BDCF 6/10 n° 64, s'agissant d'une société française ayant conclu un contrat de commission (art. L. 132-1 c. commerce) avec un commettant britannique qui la contrôlait.

<sup>141</sup> CE 1<sup>er</sup> juin 2005, *Nouvelle Calédonie c. Sté Eagle Star Vie*, n° 259618, RJF 10/05 n° 1087, concl. P. Collin NDCF 10/05 n° 121, qui juge que « l'établissement stable n'est constitué que si cette personne utilise effectivement, de façon non occasionnelle, le pouvoir qui lui est ainsi dévolu ».

<sup>142</sup> CE 31 mars 2010, *Sté Zimmer Ltd*, n° 304715 et 308525, RJF 6/10 n° 568, concl. J. Burguburu BDCF 6/10 n° 64, revenant sur ce point sur CE Sect. 20 juin 2003, *min. c. Sté Interhome AG*, n° 224407, RJF 10/03 n° 1147, chr. L. Olléon p. 751, concl. S. Austry BDCF 10/03 n° 130, qui permettait une appréciation « en droit ou en fait ». Cf., faisant application de la jurisprudence *Zimmer*, CE 6 octobre 2010, *Sté Iota*, n° 307680, RJF 2/11 n° 143.

les commentaires OCDE<sup>143</sup>), et les contrats doivent avoir trait aux opérations constituant les activités propres de l'entreprise<sup>144</sup>. Selon les commentaires, les termes « au nom de l'entreprise » n'excluent pas les agents qui concluent des contrats engageant l'entreprise sans être pour autant libellés au nom de celle-ci.

104. Par ailleurs, les activités du représentant ne doivent pas être limitées aux différentes activités préparatoires ou auxiliaires énumérées par le § 4 (achat, stockage, fourniture d'informations, etc.).
105. **Ces exigences ne s'appliquent évidemment que si l'implantation ne peut être qualifiée d'installation fixe d'affaires** : ainsi, s'agissant d'une société suisse qui exerce des activités de prestation de services de maintenance d'avions au moyen de locaux et d'équipements dont elle dispose dans un aéroport situé en France et d'un personnel affecté à l'exécution de ces tâches, et qui y dispose donc d'une installation fixe d'affaires, il n'y a pas lieu de rechercher si ce personnel est doté des pouvoirs d'engager la société<sup>145</sup>.
106. Il faut noter que certaines conventions, qui suivent sur ce point le modèle de l'ONU, comportent une stipulation spécifique permettant de qualifier d'établissement stable les agents d'assurance, qui échappent souvent aux critères du représentant<sup>146</sup>.

#### Encadré 10 : Un cas particulier : la filiale qualifiée d'établissement stable

Le § 7 de l'article 5 du modèle OCDE précise que le fait qu'une société résidente d'un Etat contrôle ou est contrôlée par une société résidente de l'autre Etat (ou qui y exerce son activité) n'est pas en lui-même suffisant pour faire de l'une d'entre elles un établissement stable de l'autre.

*A contrario*, une filiale établie à l'étranger peut donc constituer un établissement stable de la société mère, même si cette qualification s'applique en principe plutôt à des démembrements non dotés de la personnalité juridique, mais à condition, comme l'a précisé le Conseil d'Etat dans une décision *Interhome* rendue par la Section du contentieux en 2003<sup>147</sup>, que la filiale puisse être regardée comme un représentant de la mère, c'est-à-dire, d'une part, qu'elle ne puisse être considérée comme un agent indépendant de la mère et, d'autre part, qu'elle exerce habituellement en France des pouvoirs lui permettant de l'engager dans une relation commerciale ayant trait aux opérations constituant ses activités propres. En effet, alors que le § 1 de l'article 5 emploie la notion matérielle d'« installation fixe », qui semble exclure les personnes juridiquement distinctes, le § 5 sur les représentants emploie la notion juridique de « personne », qui peut être appliquée à une société tierce.

**Ainsi, le principe reste qu'une filiale n'est pas un établissement stable (à l'inverse d'une succursale) ; c'est seulement par exception, que, parce qu'elle entre dans la définition de la personne représentant une autre société (§ 5), la filiale peut être qualifiée d'établissement stable.**

<sup>143</sup> Commentaire n° 32.1 sous l'article 5.

<sup>144</sup> CE Sect. 20 juin 2003, *min. c. Sté Interhome AG*, n° 224407, RJF 10/03 n° 1147, chr. L. Olléon p. 751, concl. S. Austray BDCF 10/03 n° 130 et CE 31 mars 2010, *Sté Zimmer Ltd*, n° 304715 et 308525, RJF 6/10 n° 568, concl. J. Burguburu BDCF 6/10 n° 64. Ainsi par exemple, n'ont pas trait aux activités propres d'une agence britannique de voyage les contrats conclus par un représentant en France visant non pas à commercialiser des voyages, mais à avoir la disposition de résidences de vacances (les contrats étaient conclus avec les propriétaires de ces résidences) : CAA Bordeaux 5 février 2004, *Sté Something Special*, n° 00-833, RJF 6/04 n° 632.

<sup>145</sup> CE 31 juillet 2009, *min. c. Sté Swiss International Air Lines AG*, n° 297933, RJF 11/09 n° 980, concl. E. Glaser BDCF 11/09 n° 133, chr. V. Daumas p. 819.

<sup>146</sup> Cf. par exemple les conventions conclues avec le Niger et le Sénégal, mais aussi avec des pays d'Europe occidentale tels que l'Allemagne et le Luxembourg (cf. B. Gouthière, op. cit., n° 17750).

<sup>147</sup> CE Sect. 20 juin 2003, *min. c. Sté Interhome AG*, n° 224407, RJF 10/03 n° 1147, chr. L. Olléon p. 751, concl. S. Austray BDCF 10/03 n° 130, précisé par CE 31 mars 2010, *Sté Zimmer Ltd*, n° 304715 et 308525, RJF 6/10 n° 568, concl. J. Burguburu BDCF 6/10 n° 64.

Cette solution permettrait en théorie à l'administration française d'imposer, concurremment et sur la même matière imposable, la filiale française, passible de l'IS en tant que société française, et la société mère étrangère, en tant que disposant d'un établissement stable en France. En pratique, elle permet surtout à l'administration de choisir entre l'imposition d'un même bénéficiaire soit au nom de la filiale en tant que société française, soit au nom de l'établissement stable qu'elle constitue, ce qui présente pour l'administration l'avantage notamment d'échapper aux règles normales de prescription du droit de reprise et de dévolution de la charge de la preuve<sup>148</sup>.

Pour finir, **il faut bien distinguer cette qualification d'établissement stable de la filiale elle-même de l'hypothèse où la société mère dispose d'un établissement stable dans les locaux d'une filiale**, où elle exerce une partie de son activité. Ainsi, dans le cas d'une société luxembourgeoise qui avait une activité de commerce de parfums et utilisait pour cela les locaux de sa filiale française (en adressant des factures à des clients français au nom de la mère luxembourgeoise, et non de la filiale française), il a été jugé<sup>149</sup> que la mère disposait en France d'une installation fixe d'affaires dans les locaux de sa filiale (où d'ailleurs elle exerçait la plus grande partie de son activité, puisqu'elle n'employait au Luxembourg qu'un comptable à mi-temps). Les commentaires de l'OCDE sont en ce sens et précisent que ceci vaut aussi pour l'utilisation de locaux d'une société sœur ou de toute société faisant partie du même groupe international (n° 41 et 42 sous l'art. 5).

#### 2.1.4. Une intéressante extension du modèle ONU : la fourniture de services

107. En principe, si une société étrangère se borne à fournir des services dans un autre Etat sans y disposer de locaux, elle n'a pas d'établissement stable dans cet Etat : les bénéfices générés par cette activité ne sont donc pas imposables dans l'Etat de la prestation des services.
108. Néanmoins, certaines conventions fiscales, suivant le modèle de convention établi par l'ONU<sup>150</sup>, retiennent une définition plus large de l'établissement stable que celle prévue par le modèle OCDE, en incluant, même en l'absence d'installation fixe ou de représentants, la « *fourniture, par une entreprise, de services, y compris de services conseils, par l'intermédiaire d'employés ou autre personnel engagés par l'entreprise à cette fin, mais seulement si des activités de cette nature se poursuivent (pour le même projet ou un projet connexe) dans un Etat contractant pour une période ou des périodes totalisant plus de 183 jours d'une période de 12 mois* » (art. 5 § 3 b du modèle de l'ONU).
109. Cette stipulation traduit l'objectif des **pays en développement**, qui ont inspiré ce modèle, de conserver le pouvoir d'imposer les sommes rémunérant de telles prestations de services rendues par des sociétés occidentales dans leur pays durant une période prolongée.

---

<sup>148</sup> En effet, le redressement de la filiale française, à supposer que celle-ci ait régulièrement déposé ses déclarations de résultat, s'inscrit dans le délai normal de prescription (en principe trois ans) ; par ailleurs, si ce redressement se fonde sur le caractère anormal des relations commerciales entre la filiale et la société mère, il appartient au fisc d'en apporter la preuve. A l'inverse, si l'administration choisit de taxer la société mère étrangère qui, estimant que sa filiale ne constituait pas un établissement stable en France, n'a pas souscrit de déclaration, cette absence de déclaration permettra à l'administration de bénéficier d'un délai de reprise de dix ans (art. L. 169 du LPF), et placera la société mère en situation de taxation d'office, ce qui fera peser sur elle la charge de démontrer le caractère exagéré des redressements qui lui auront été notifiés (Cf. les conclusions de S. Austray et la chronique de L. Olléon sous la décision *Interhome AG*).

<sup>149</sup> CE 12 mars 2010, *Sté Imagin'action Luxembourg*, n° 307235, RJF 5/10 n° 465, concl. L. Olléon BDCF 5/10 n° 53. Cf. aussi CAA Paris 12 juillet 2011, *Sté Cintra Liban*, n° 09PA06458, RJF 1/12 n° 58, s'agissant d'une société libanaise utilisant les locaux de sa filiale française.

<sup>150</sup> A l'initiative des pays en développement, un groupe de travail spécial a été constitué à la fin des années 1960 dans le cadre du comité économique et social des Nations unies afin de parvenir à un modèle de convention concurrent du modèle OCDE ; il a été adopté en 1980 puis révisé en 2001, 2003 et 2011.

110. **On la trouve (avec parfois quelques modifications) dans un nombre non négligeable (11) de conventions conclues par la France**<sup>151</sup>. Les contours exacts des activités susceptibles d'être regardées comme établissement stable restent encore incertains dès lors que la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de faire application de ces stipulations.
111. Cette extension ne figure pas dans le modèle de l'OCDE, où elle ne fait clairement pas l'unanimité. Toutefois, le comité des affaires fiscales de l'OCDE a convenu d'une **révision des commentaires, en juillet 2008** (n° 42.11 à 42.48 sous l'article 5), afin d'autoriser les Etats à s'entendre sur l'imposition des services dans l'Etat de la source. Les commentaires ne vont toutefois pas aussi loin que le modèle ONU puisqu'ils exigent la présence physique de la personne assurant les services dans l'autre Etat, alors que le modèle ONU exige seulement que les activités soient exercées « par l'intermédiaire d'employés » (sans prendre position sur leur localisation) et se poursuivent pendant une durée minimale.
112. La position de la France<sup>152</sup> est de ne pas demander l'insertion de cette clause dans les conventions en cours de négociation ; c'est seulement si le pays tiers le demande que, parfois, elle est insérée.

### 2.1.5. Le calcul du bénéfice attribuable à l'établissement stable

113. L'établissement stable n'ayant pas de personnalité juridique, la détermination de son bénéfice imposable à l'IS obéit à des règles particulières par rapport à celles applicables aux sociétés, dans l'objectif de **faire le départ entre les bénéfices qu'il a effectués et ceux attribués à son siège**. L'enjeu de cette distinction pour les finances publiques est considérable : identifier un établissement stable en France n'a que peu d'intérêt si une large part des bénéfices réalisés grâce à l'activité française ne lui est pas attribuée.
114. **L'article 7 du modèle OCDE** pose deux règles en la matière<sup>153</sup>.
115. D'une part, les bénéfices ne sont imposables dans l'Etat de l'établissement stable que dans la mesure où ils sont « imputables » à cet établissement. Ainsi, dans l'hypothèse où une société détient un établissement stable dans un Etat et tire par ailleurs des revenus de cet Etat (dividendes, revenus immobiliers, etc.), les seconds ne sont pas inclus dans le bénéfice imposable de l'établissement (à moins que les actifs en cause soient inscrits à son bilan), mais suivront les règles prévues par la convention pour chaque catégorie de revenus<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> A l'exception de la République tchèque (convention conclue en 2003, qui exige que le service soit fourni pendant une durée de 9 mois), il s'agit exclusivement de pays émergents ou en voie de développement : Chine (convention de 1985 puis de 2013), Hong-Kong (2010), Philippines (1976), Corée du Sud (1979, limité aux services rendus à un chantier), Indonésie (1979, limité aux services rendus à une entreprise de l'autre Etat), Kazakhstan (1998, qui exige une durée d'au moins 12 mois), Azerbaïdjan (2001), Chili (2004), Colombie (2015) et Botswana (1999).

<sup>152</sup> Cette position est partagée notamment par les Etats-Unis, la Suisse, l'Espagne et la Suède (cf. Bruno Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, n° 22140).

<sup>153</sup> Il faut préciser que les établissements stables situés en France ne sont pas soumis à l'obligation de tenir une comptabilité selon les modalités prévues par le code de commerce ; toutefois, ils doivent présenter à l'administration, sur sa demande, les documents comptables et pièces mentionnés à l'article 54 du CGI, de nature à justifier l'exactitude des résultats indiqués dans les déclarations qu'ils ont souscrites (CE 13 juillet 2011, *Sté Stanford Research Institute International*, n° 313440, RJF 11/11 n° 1133, concl. C. Legras BDCF 11/11 n° 124).

<sup>154</sup> Il faut noter que le modèle ONU fait une place plus grande à ce qu'il est convenu d'appeler la « force attractive » de l'établissement stable, en prévoyant en son article 7 que les bénéfices sont imposables dans l'Etat de l'établissement stable dans la mesure non seulement où ils lui sont imputables, mais aussi où ils sont imputables « *aux ventes, dans cet autre Etat, de marchandises de même nature que celles qui*

116. D'autre part, se pose également la question de la répartition des dépenses communes exposées par le siège dans l'intérêt de l'ensemble de la société (gestion du personnel, comptabilité, etc.), ainsi que de la prise en compte de l'utilisation par l'établissement d'actifs – notamment incorporels – détenus par le siège (marques et brevets). L'article 7 § 2 du modèle OCDE prévoit à cet égard que le bénéfice est calculé comme si l'établissement stable était une entreprise indépendante ayant des relations concurrentielles avec son siège : c'est le **principe de pleine concurrence** (*arm's length method*). Par exemple, si l'établissement stable utilise un brevet appartenant au siège, il pourra déduire de son résultat imposable une redevance fictive versée au siège, comme l'aurait fait une entreprise tierce. De même, une quote-part de frais généraux du siège doit être considérée comme charge exposée par l'établissement. En pratique, un rapport de l'OCDE sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables, publié en juillet 2008, permet de guider les entreprises et administrations dans l'application de cette règle.

## 2.2. La notion d'établissement stable est parfois distincte de celle d'« entreprise » au sens de l'article 209 du CGI

117. Cette différence de périmètres a deux conséquences. D'une part, la France exonère des exploitations à l'étranger de sociétés françaises que les règles conventionnelles l'autoriseraient à imposer, parce qu'elles ne peuvent être qualifiées d'établissement stable. D'autre part, symétriquement, les conventions font obstacle à l'imposition d'exploitations françaises de sociétés étrangères entrant dans le champ de l'article 209 mais qui ne constituent pas un établissement stable. Néanmoins, dès lors que ces différences sont mineures, de tels cas sont rares en pratique.

### 2.2.1. La différence principale tient à ce que la notion de cycle commercial complet est une notion particulière du droit fiscal français

118. On ne retrouve la notion de cycle commercial complet ni dans les modèles OCDE et ONU, ni dans aucune convention conclue par la France. Ainsi, la jurisprudence a pu retenir dans un même arrêt qu'une société étrangère exploite en France une entreprise, dès lors qu'elle y réalise un cycle commercial complet (en l'espèce d'achat-revente de produits diététiques), mais qu'elle ne détient pas d'établissement stable en France au sens de la convention applicable, dès lors que son représentant en France ne pouvait être qualifié d'agent dépendant<sup>155</sup>.
119. **A l'heure où un nombre croissant d'entreprises développent leur activité internationale sans présence physique, notamment via internet, cette différence n'est pas neutre** (cf. point 4.1). En effet, les opérations de commerce électronique, qui à elles seules ne caractérisent pas un établissement stable, pourraient être regardées comme constituant un cycle commercial complet. En ce sens, dans une décision ancienne, le Conseil d'Etat a jugé, pour l'application de l'article 209 du CGI, que dispose d'une entreprise exploitée en France une société étrangère qui recueille des ordres d'annonces publicitaires émanant de clients français et destinées à être diffusées en France par radio à destination d'auditeurs français<sup>156</sup>. Il n'est toutefois pas évident que de telles opérations soient toujours regardées comme détachables de l'activité réalisée au siège de la société (cf. point 1.1.3).

---

*sont vendues par l'établissement stable, ou de nature analogue ; ou à d'autres activités industrielles ou commerciales exercées dans cet autre État et de même nature que celles qui sont exercées par l'établissement (...)* ».

<sup>155</sup> CAA Paris 2 octobre 2013, *M. Stassart*, n° 12PA01844, DF 2014 n° 13 comm. 246, concl. E. Ygloff, pour l'application de la convention franco-britannique.

<sup>156</sup> CE 13 juillet 1968, n° 66503.

120. A cet égard, les conventions qui, suivant le modèle de l'ONU, prévoient que la fourniture de services suffit à caractériser un établissement stable, se rapprochent partiellement de la notion de cycle commercial complet (cf. point 2.1.4). Mais ce n'est que partiellement le cas puisque ces stipulations exigent que la prestation de services dure au moins six mois sur une période d'un an, alors qu'il n'y a pas de condition de durée pour la caractérisation d'un cycle commercial complet<sup>157</sup>.

### 2.2.2. Les notions de « représentant » sont proches en droit interne et en droit international

121. Même si elle ne couvre pas l'hypothèse du cycle commercial complet, la notion d'établissement stable ne se réduit pas seulement à celle d'« établissement autonome » dégagée par la jurisprudence pour l'application de l'article 209 du CGI, puisqu'elle comprend l'hypothèse de représentants.

122. **La définition des représentants dans les conventions fiscales comporte globalement les mêmes restrictions qu'en droit interne** : en sont exclus les représentants jouissant d'un statut indépendant (commissionnaires notamment), ceux qui ne disposent pas d'une autonomie suffisante (pouvoir de conclure des contrats), ainsi que ceux qui ne sont pas présents de façon permanente dans le pays d'implantation.

123. Quelques différences doivent toutefois être notées :

- ◆ la notion de représentant pour l'application des conventions internationales peut s'avérer légèrement moins accueillante en ce qu'elle exclut les représentants dont les activités sont purement préparatoires ou auxiliaires, ce qui n'est pas le cas pour l'application du CGI : ainsi, *a priori*, un représentant chargé de collecter des informations sera qualifié d'entreprise exploitée en France au sens de l'art. 209 du CGI, si les autres critères, notamment de dépendance et d'autonomie, sont remplis ;
- ◆ si les courtiers en assurance sont toujours, du fait de leur statut indépendant, exclus de la notion de représentant en droit interne, on a vu que certaines conventions comportaient une stipulation spécifique afin de les qualifier d'établissement stable.

### 2.2.3. La notion d'installation fixe d'affaires diffère en revanche sur certains points de celle d'établissement autonome au sens du droit interne

124. Si les deux notions exigent un certain caractère de permanence (notamment s'agissant des chantiers), il semble que la condition d'autonomie trouve essentiellement à s'appliquer pour la qualification d'établissement autonome (art. 209 du CGI), alors que s'agissant de celle d'installation fixe d'affaires, la jurisprudence n'exige pas d'indépendance suffisante<sup>158</sup>.

125. En revanche, la notion d'installation fixe d'affaires s'avère plus étroite en ceci qu'elle exclut les installations qui ne réalisent que des activités auxiliaires ou préparatoires, et notamment les **bureaux d'achats** (sauf pour les conventions qui se séparent du modèle OCDE sur ce point), alors que ceux-ci sont jugés constituer un établissement autonome pour l'application du droit interne, du moins lorsqu'ils disposent de pouvoirs de décision<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> CE 14 février 1944, n° 67442, Dupont p. 38.

<sup>158</sup> CE 5 avril 2006, *min. c. Sté Midex*, n° 281098, RJF 7/06 n° 909, concl. L. Vallée BDCF 7/06 n° 92.

<sup>159</sup> CE 22 décembre 1982, n° 26338, RJF 2/83 n° 185, concl. Rivière, s'agissant du bureau parisien d'une société étrangère, qui procède à l'achat en France de marchandises dont il négocie le prix réglé sur des disponibilités procurées par le siège social, puis les livre dans le pays où est situé ce siège en vue de leur

## 2.3. Les conventions fiscales prévoient des règles spécifiques à certains revenus, indépendamment de l'existence d'un établissement stable

### 2.3.1. Les revenus immobiliers sont imposables dans l'Etat où se situe l'immeuble

126. L'article 6 du modèle de convention OCDE (ainsi que du modèle ONU) prévoit que les revenus provenant de biens immobiliers sont imposables par l'Etat dans lequel ces biens sont situés (art. 6 § 1). **Le droit d'imposer donné à l'Etat de situation des immeubles** (que les conventions n'encadrent par aucun plafonnement du taux d'imposition) **n'est pas nécessairement exclusif de celui de l'Etat de résidence de la société qui perçoit les revenus en cause**. Tout dépend de l'article relatif à l'élimination des doubles impositions dans la convention applicable : si celui-ci retient la méthode de l'exonération, le revenu ne sera pas imposé par l'Etat de résidence ; en revanche, s'il retient la méthode du crédit d'impôt, un reliquat d'impôt pourra le cas échéant être dû dans l'Etat de résidence.
127. **Ces stipulations permettent donc d'établir l'imposition en France d'une société étrangère qui y détient des biens immobiliers alors même qu'elle n'y dispose pas d'un établissement stable**<sup>160</sup>. A l'inverse, l'imposition des revenus tirés par une société française d'immeubles qu'elle détient à l'étranger n'est possible, lorsque nous sommes liés avec le pays tiers par une convention fiscale, qu'à condition d'éliminer la double imposition<sup>161</sup>.
128. Le § 4 de l'article 6 du modèle précise que cet article s'applique aux revenus provenant des biens immobiliers des entreprises<sup>162</sup>. Les « biens immobiliers » sont définis de manière large<sup>163</sup>.

---

revente. La décision relève que ce bureau avait le caractère de centre de décision et ne constituait pas un simple bureau transmetteur d'ordres.

<sup>160</sup> CE 27 février 1984, *Sté Valmag AG*, n° 37377 et 37378, RJF 4/84 n° 533, concl. Ph. Bissara DF 42/84 c. 1777 ; CE 3 mai 1989, *Sté Quadriga*, n° 78223, RJF 6/89 n° 751, concl. O. Fouquet DF 46-47/89 c. 2198 ; CE 12 novembre 1990, *SA Trèbe*, n° 71047, RJF 1/91 n° 107, concl. Ph. Martin ; CE 5 avril 2013, *Sté Mercurio SPA*, n° 349741, RJF 7/13 n° 751, concl. V. Daumas BDCF 7/13 n° 83.

<sup>161</sup> Alors qu'en l'absence de convention, si la société française se borne à louer l'immeuble sans exploiter d'entreprise à l'étranger, remplissant les critères précisés au 1.1, ces revenus sont soumis à l'IS.

<sup>162</sup> Quelques conventions conclues par la France ne reprenaient pas cette précision (cf. par exemple la convention franco-italienne du 29 octobre 1958, avant son remplacement par la convention du 5 octobre 1989, conforme au modèle OCDE). Dans ce cas, en l'absence de définition autonome donnée par la convention, la jurisprudence applique les qualifications du droit fiscal français. Ainsi, si les revenus ont été perçus par une entreprise industrielle et commerciale, ils sont qualifiés de bénéfices industriels et commerciaux, et non de revenus fonciers ; il faut donc rechercher si l'entreprise dispose d'un établissement stable en France pour pouvoir les y imposer (Cf., pour l'application de la convention franco-italienne du 29 octobre 1958, CE 22 mai 1992, *SPA Rafaella*, n° 63266, RJF 7/92 n° 960, concl. Arrighi de Casanova ; pour l'application de la convention franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958, depuis lors modifiée par un avenant du 24 novembre 2006 conforme au modèle OCDE, CE 18 mars 1994, *SARL « Sté d'investissement agricole et forestier »*, n° 79971, RJF 5/94 n° 530, concl. Ph. Martin). La plupart de ces conventions ont toutefois été modifiées pour être alignées sur le modèle de l'OCDE.

<sup>163</sup> Selon le § 3 de l'art. 6, peu importe leur mode d'exploitation (location nue, meublée, affermage, etc.). Le § 2 précise que cette notion a, sous réserve des précisions fournies par la convention, le sens que lui attribue le droit de l'Etat de situation des biens. S'agissant de la France, cette notion est largement entendue : peu importe notamment l'origine des revenus (immeubles proprement dit, droits immobiliers tels que l'usufruit, actions ou parts de sociétés immobilières, sauf les sociétés civiles immobilières, qui sont des sociétés de personnes, donc non transparentes en droit fiscal français). En revanche, cette notion ne vise que les immeubles « par nature », et ne saurait donc couvrir les immeubles « par destination » (au sens de l'article 524 du code civil) tels que des matériels et outillages qui feraient

129. Dans tous les cas, lorsque les revenus immobiliers sont réalisés par l'intermédiaire d'un établissement stable qui exerce une activité productive de revenus autres que ceux qui proviennent des biens immobiliers, les revenus immobiliers sont compris dans les résultats de cet établissement stable : ils ne sont donc pas imposés de manière séparée<sup>164</sup>.

### 2.3.2. Les plus-values autres qu'immobilières réalisées par une société à l'étranger sont en principe imposables dans l'Etat de résidence

130. L'article 13 du modèle OCDE, consacré aux « **gains en capital** », prévoit que les plus-values provenant de la cession de biens mobiliers qui font partie de l'actif d'un établissement stable d'une entreprise étrangère sont imposable dans l'Etat de l'établissement stable (§ 2 de l'art. 13). En revanche, **en l'absence d'établissement stable, les plus-values ne sont imposables que dans l'Etat de résidence de l'entreprise étrangère** (§ 5).
131. Il n'est fait exception à cette règle, dans le modèle OCDE, que pour les **plus-values immobilières** (§ 1 de l'art. 13)<sup>165</sup> ainsi que pour les plus-values de cession d'actions qui tirent plus de 50 % de leur valeur d'immeubles détenus dans l'autre Etat (i.e. de sociétés à prépondérance immobilière : § 4 de l'art. 13) : dans ce cas, les plus-values sont imposables dans l'Etat de situation des biens immobiliers<sup>166</sup>.
132. Il faut noter que la jurisprudence traite comme plus-value immobilière le gain de change résultant du produit de la cession de l'immeuble<sup>167</sup>, mais non le gain de change résultant de l'emprunt souscrit en vue du financement de l'achat de l'immeuble<sup>168</sup>.
133. Au total, le principe est donc que l'Etat habilité à imposer les revenus d'un bien a également le droit d'imposer les plus-values réalisées lors de la cession de ce bien<sup>169</sup>.
134. **La France a toutefois émis une réserve sur l'article 13 du modèle OCDE, afin de conserver la possibilité d'imposer les plus-values de cession « d'actions ou parts faisant partie d'une participation substantielle dans le capital d'une société qui est un résident de France »** (cf. commentaires, n° 36 sous l'art. 13). Cette réserve vise à permettre l'application du prélèvement prévu à l'article 244 bis B du CGI (cf. point 1.4.2 ci-dessus).
135. Plusieurs conventions fiscales conclues par la France comportent une stipulation qui met en œuvre cette réserve<sup>170</sup>. Elles prévoient le plus souvent qu'une société détient une participation « substantielle » lorsque celle-ci s'élève au moins à 25 % du capital de la société détenue. Symétriquement, la France se voit alors retirer le pouvoir d'imposer les plus-values réalisées

---

l'objet d'un prêt rémunéré (27 mai 2002, *Sté Superseal Corporation*, n° 125959, RJF 8-9/02 n° 900, concl. G. Goulard BDCF 8-9/02 n° 104).

<sup>164</sup> CE 5 avril 2013, *Sté Mercurio SPA*, n° 349741, RJF 7/13 n° 751, concl. V. Daumas BDCF 7/13 n° 83.

<sup>165</sup> Le modèle de convention comporte une seconde exception de moindre ampleur, s'agissant de la cession de navires ou aéronefs.

<sup>166</sup> Comme indiqué au point 1.4.1, l'imposition des plus-values de cession d'immeubles situés en France réalisées par des non-résidents fait l'objet d'un prélèvement à la source (art. 244 bis et 244 bis A du CGI).

<sup>167</sup> CE 12 mars 2014, *Sté DGFP Zeta*, n° 352212, RJF 6/14 n° 550, concl. F. Aladjidi 6/14 n° 53, pour l'application de la convention franco-japonaise.

<sup>168</sup> CE 1<sup>er</sup> octobre 2013, *Sté BNP Paribas*, n° 351982, RJF 12/13 n° 1123, concl. V. Daumas BDCF 12/13 n° 129.

<sup>169</sup> Cf. B. Gouthière, op. cit., n° 65620.

<sup>170</sup> Cf. B. Gouthière, op. cit., n° 65945 : il s'agit notamment des pays suivants : Italie, Pays-Bas, Espagne, Argentine, Nouvelle-Zélande, Norvège, Russie, Chine.



par une société française du fait de la cession d'une participation substantielle dans le capital d'une société résidant dans l'autre Etat<sup>171</sup>.

### 2.3.3. L'imposition des dividendes et intérêts est partagée entre l'Etat de la source et l'Etat de la résidence

136. Les dividendes et intérêts font l'objet respectivement des **articles 10 et 11 du modèle de convention de l'OCDE**, qui **attribuent tous deux le droit d'imposer à l'Etat de résidence du bénéficiaire des revenus en cause**.
137. **Toutefois, ces deux articles prévoient que l'Etat de la source<sup>172</sup> peut également les imposer, sans que l'impôt ainsi établi puisse excéder 15 % du montant des dividendes ou 10 % s'agissant des intérêts.** Le modèle de convention prévoit même, s'agissant des dividendes, que ce plafond est ramené à 5 % si la société bénéficiaire détient directement au moins 25 % du capital de la société distributrice. De nombreuses conventions conclues par la France vont plus loin, en prévoyant une exonération totale dans l'Etat de la source, avec un seuil de détention fixé le plus souvent à 10 % du capital de la société distributrice. Ces exonérations s'appliquent sans condition de durée de détention des titres. Sous ces réserves, ces stipulations permettent à la France d'appliquer la retenue à la source prévue par l'article 119 bis, 2 du CGI (cf. point 1.4.4), tout en diminuant son taux.
138. S'agissant des intérêts, un grand nombre de conventions<sup>173</sup> prévoit également l'exonération de toute imposition à la source. Comme indiqué au point 1.4.4, le droit fiscal français ne prévoit plus de retenue sur les intérêts.
139. **Il incombe alors à l'Etat de la résidence d'éliminer la double imposition, en général par l'imputation** de l'impôt payé dans l'Etat de la source sur le montant d'impôt dû dans l'Etat de résidence (art. 23 B du modèle OCDE).
140. **Toutefois, ces stipulations ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire détient un établissement stable dans l'Etat de la source** (et que la participation génératrice des dividendes se rattache à cet établissement) : dans ce cas, les dividendes et intérêts sont intégrés dans les résultats de cet établissement stable et par suite imposables dans l'Etat de la source selon les conditions de droit commun (§ 4 des articles 10 et 11 du modèle OCDE)<sup>174</sup>. Comme indiqué au point 1.4.4, la jurisprudence avait de toutes façons jugé que la retenue à la source de l'article 119 bis, 2 n'était pas applicable lorsque la société étrangère possède en France un établissement<sup>175</sup>.

---

<sup>171</sup> Cf. CE 12 juin 2013, *Sté BNP Paribas*, n° 351702, RJF 10/13 n° 911, chr. E. Bokdam p. 787 et concl. E. Cortot-Boucher BDCF 10/13 n° 100.

<sup>172</sup> I.e. l'Etat de résidence de la société distributrice des dividendes ou du débiteur des intérêts (ou, lorsque le débiteur des intérêts a contracté la dette en cause à travers un établissement stable, l'Etat où cet établissement est situé : cf. § 5 de l'article 11 du modèle OCDE).

<sup>173</sup> Cf. par exemple les conventions conclues avec l'Allemagne, les Etats-Unis ou le Royaume-Uni.

<sup>174</sup> A noter que, selon le Conseil d'Etat, le rattachement des actions ouvrant droit à dividende à l'actif d'un établissement stable en France d'une société étrangère constitue une décision de gestion : CE 20 avril 2005, *SA Figesbal*, n° 251568, RJF 7/05 n° 743, concl. L. Olléon BDCF 7/05 n° 93.

<sup>175</sup> CE Plén. 19 décembre 1975, n° 84774 et 91895, RJF 2/76 n° 77.

## Encadré 11 : La notion de dividendes dans les conventions fiscales

**Dans le modèle OCDE, les dividendes sont définis par référence au droit fiscal interne des Etats** (art. 10 § 3). L'article comporte certes une énumération (revenus provenant d'actions, bons de jouissances, etc.), mais la jurisprudence<sup>176</sup> considère que cette simple énumération ne constitue pas une définition. C'est donc la définition du droit interne qui est appliquée : sont des dividendes tous « *produits distribués par une société à ses associés en vertu d'une décision prise par l'assemblée générale de ses actionnaires ou porteurs de parts (...)* ».

Certaines conventions complètent l'énumération du modèle OCDE par des notions spécifiques au droit national ; c'est le cas notamment de la convention franco-allemande, qui qualifie de dividendes les revenus qu'un « *stiller Gesellschafter* » tire de sa participation ainsi que les revenus tirés de « *Genussscheine* »<sup>177</sup>.

**Il en résulte que, lorsque la convention est conforme au modèle OCDE, les revenus réputés distribués aux associés au sens de l'article 109 du CGI (distributions occultes) n'entrent pas dans le champ de ses stipulations relatives aux dividendes, puisqu'ils n'entrent pas dans cette définition**<sup>178</sup>. De tels revenus entrent en principe seulement dans le champ de la « clause balai » de l'article 21<sup>179</sup> (« autres revenus », cf. point 2.3.5), qui ne permet l'imposition que dans l'Etat de résidence du bénéficiaire<sup>180</sup>. Ceci fait donc obstacle à l'application de la retenue à la source de l'article 119 *bis*, 2 du CGI lorsque les revenus sont distribués à une société résident d'un Etat qui a conclu une convention fiscale avec la France. La jurisprudence est sur ce point contraire aux commentaires de l'OCDE, qui regardent les distributions occultes comme des dividendes (n° 28 sous l'art. 10).

Toutefois, un nombre significatif de conventions ne suit pas le modèle OCDE sur ce point.

D'une part, les conventions conclues avec plusieurs pays africains<sup>181</sup> mentionnent non pas les « dividendes », mais les « *revenus de valeurs mobilières et les revenus assimilés* », notion qui *a priori* peut accueillir les distributions occultes.

D'autre part, certaines conventions<sup>182</sup> mentionnent explicitement les « *revenus soumis au régime des distributions par la législation fiscale de l'Etat* » de la source, ce qui rend leurs stipulations applicables aux revenus réputés distribués<sup>183</sup>. D'autres conventions sont peu à peu modifiées afin d'ajuster en ce sens la définition des dividendes<sup>184</sup>.

Les conventions conformes au modèle OCDE sur ce point restent toutefois nombreuses<sup>185</sup>.

<sup>176</sup> CE 13 octobre 1999, *min. c. SA Banque française de l'Orient*, n° 190083, RJF 12/99 n° 1587, concl. J. Arrighi de Casanova p. 938, chr. E. Mignon p. 931 ; CE 30 décembre 2002, *Hanna*, n° 236096, RJF 3/03 n° 298, concl. S. Austry BDCF 3/03 n° 36 et, avant même la décision *Banque française de l'Orient*, CE Plén. 30 mars 1987, *SA Labo Industries*, n° 52754, RJF 5/87 n° 489, concl. B. Martin-Laprade p. 262.

<sup>177</sup> Cf. CE 10 octobre 2014, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel du Finistère*, n° 356878, RJF 1/15 n° 51, concl. F. Aladjidi BDCF 1/15 n° 10.

<sup>178</sup> CE 13 octobre 1999, *min. c. SA Banque française de l'Orient*, n° 190083 et CE 30 décembre 2002, *Hanna*, n° 236096.

<sup>179</sup> Cf. CAA Versailles 17 novembre 2015, *SARL Foncière PI*, n° 13VE03679, RJF 3/16 n° 245, pour l'application de la convention franco-luxembourgeoise.

<sup>180</sup> Il faut toutefois noter que certaines conventions conclues par la France, non conformes au modèle OCDE sur ce point, prévoient, dans la « clause balai », l'imposition par l'Etat de la source. C'est par exemple le cas de la convention franco-libanaise (cf. CE 30 décembre 2002, *Hanna*, n° 236096, RJF 3/03 n° 298, concl. S. Austry BDCF 3/03 n° 36).

<sup>181</sup> Bénin, Burkina-Faso, République centre-africaine, Gabon, Mali, Mauritanie, Niger, Togo. C'était le cas également de la convention conclue avec le Danemark jusqu'à sa dénonciation.

<sup>182</sup> Etats-Unis, Canada, Royaume-Uni, Autriche, Chine, Turquie, Australie, Bulgarie, Nouvelle-Zélande, Congo, Algérie notamment.

<sup>183</sup> CE 14 octobre 1985, *Association de l'étude de la nouvelle foi*, n° 37583, 37585, 42516 et 42564, RJF 12/85 n° 1506, pour l'application de l'ancienne convention franco-britannique du 22 mai 1968.

<sup>184</sup> Cf. la convention franco-allemande du 21 juillet 1959 modifiée par un avenant du 28 septembre 1989, ainsi que la nouvelle convention franco-italienne du 5 octobre 1989.

<sup>185</sup> Cf. par exemple les conventions conclues avec le Luxembourg, l'Irlande, le Portugal ou la Hongrie.

Il faut préciser pour finir que la définition des « intérêts » pose bien moins de difficultés. Le modèle de l'OCDE comporte cette fois une définition et ne renvoie pas au droit interne. Toutefois, cette définition emploie des termes très généraux (« revenus des créances de toute nature »), si bien qu'il reste nécessaire de se référer au droit interne<sup>186</sup>.

#### 2.3.4. L'imposition des redevances est, selon les conventions, partagée ou exclusivement attribuée à l'Etat de la résidence

141. Les redevances (*royalties*) font l'objet de l'article 12 du modèle OCDE, qui les définit comme les « rémunérations de toute nature payées pour l'usage ou la concession de l'usage »<sup>187</sup> :
- ◆ d'un **droit d'auteur** sur une œuvre littéraire, artistique ou scientifique, y compris les films cinématographiques ;
  - ◆ d'une **marque** de fabrique ou de commerce ;
  - ◆ d'un **brevet**, d'un **dessin** ou d'un **modèle**, d'un plan, d'une formule ou d'un procédé secrets ainsi que des **informations** ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique<sup>188</sup>.
142. **Dans le modèle de l'OCDE, le principe est que ces redevances ne sont imposables que dans l'Etat de la résidence de leur bénéficiaire** (§ 1 de l'art. 12). C'est seulement si le bénéficiaire détient un établissement stable dans l'Etat de la source des redevances (et que le droit ou le bien générateur des redevances se rattache effectivement à cet établissement) que les redevances sont imposées avec les bénéfices de l'établissement stable (§ 3 de l'art. 12).
143. **Les conventions qui suivent le modèle OCDE sur ce point sont toutefois minoritaires (sans être rares)**<sup>189</sup>. **Le plus souvent, les Etats, mêmes membres de l'OCDE, préfèrent, afin de préserver le pouvoir d'imposer de l'Etat de la source, suivre le modèle de l'ONU**<sup>190</sup>, qui prévoit un partage d'imposition entre l'Etat de la résidence et l'Etat de la source : le § 2 de l'art. 12 de ce modèle permet en effet à l'Etat de la source de maintenir un impôt, dont le taux ne peut toutefois être supérieur à un plafond à définir par les cocontractants. Dans ce cas, il incombe à l'Etat de la résidence d'éliminer la double imposition, le plus souvent par l'imputation d'un crédit d'impôt.
144. Le plus souvent, le plafond conventionnel de retenue à la source est fixé à 5 %<sup>191</sup> ou 10 %<sup>192</sup>. Ce plafond constitue un enjeu fort dans la négociation des conventions bilatérales, la France s'efforçant de maintenir un taux bas lorsque, comme c'est le cas le plus souvent, les relations

<sup>186</sup> CE 27 juillet 2001, *SA Golay Buchel France*, n° 215124, RJF 11/01 n° 1428, concl. G. Goulard BDCF 11/01 n° 140.

<sup>187</sup> Quelques conventions (notamment la convention franco-américaine) ne mentionnent pas seulement l'usage ou la concession de l'usage, mais également la cession (laquelle est, en général, traitée par l'article relatif aux gains en capital).

<sup>188</sup> La mention des « informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique » conduit à regarder comme des redevances, et non comme des bénéfices, les rémunérations de certaines prestations de services techniques, ce qui peut permettre l'imposition par l'Etat de la source même en l'absence d'établissement stable.

<sup>189</sup> C'est le cas de 37 conventions conclues par la France, notamment avec l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Russie ou encore la Suède.

<sup>190</sup> C'est le cas de 44 conventions conclues par la France, par exemple avec la Suisse, l'Algérie, l'Australie, l'Argentine, le Brésil, le Chili, la Chine, la Corée du Sud, la Grèce, le Japon, le Portugal ou encore la Turquie.

<sup>191</sup> Australie, Espagne, Grèce, Panama, Portugal, Suisse, Venezuela, Albanie, etc.

<sup>192</sup> Chili, Chine, Corée du Sud, Côte d'Ivoire, Hong-Kong, Indonésie, Kenya, Lettonie, Lituanie, etc.

économiques avec l'Etat tiers impliquent que cet Etat sera le plus souvent l'Etat de la source des redevances, versées à un bénéficiaire français.

145. Certaines conventions retiennent une solution intermédiaire, en permettant en principe l'application d'une retenue à la source, mais en excluant son application pour certaines catégories de redevances<sup>193</sup> ; le plus souvent, ce sont les redevances en matière de droit d'auteur qui sont exclues de la retenue à la source.

### 2.3.5. Les conventions comportent une « clause balai » qui attribue généralement au seul Etat de la résidence l'imposition des autres revenus

146. Lorsqu'un revenu n'est pas mentionné dans la convention fiscale, il suit la règle d'imposition des **revenus « non dénommés »** (article 21 du modèle OCDE) : ils ne sont imposables que dans l'Etat de la résidence du bénéficiaire du revenu.
147. Toutefois, le § 2 de l'article 21 prévoit que, lorsque le bien générateur du revenu en cause se rattache à un établissement stable détenu dans l'autre Etat, ils sont imposables dans cet Etat, suivant le régime général des bénéfices (art. 7 du modèle OCDE).
148. En outre, certaines conventions conclues par la France, non conformes au modèle OCDE sur ce point, prévoient, dans cette « clause balai », l'imposition par l'Etat de la source du revenu. C'est par exemple le cas des conventions conclues avec le Liban<sup>194</sup> et le Kenya<sup>195</sup> ; c'était également le cas de la convention franco-américaine du 28 juillet 1967 avant sa modification par un avenant du 17 janvier 1984<sup>196</sup>. Quelques conventions, comme la convention franco-brésilienne, ne comportent pas d'article-balai ; dans ce cas, les Etats restent libres d'appliquer leur législation interne<sup>197</sup>.
149. Entrent, par exemple, dans le champ de cette clause-balai, les revenus réputés distribués aux associés en application de l'article 109 du CGI, qui sont jugés ne pas entrer dans le champ des stipulations conventionnelles sur les dividendes<sup>198</sup>, sauf bien sûr si la convention comporte des stipulations spécifiques sur ces revenus (cf. encadré 11).

---

<sup>193</sup> C'est le cas de 28 conventions conclues par la France (cf. Documentation Francis Lefebvre INT-GEN-16420), notamment avec le Canada, l'Espagne, les USA, Israël, l'Italie, Mexique, Pologne, Singapour.

<sup>194</sup> Cf. CE 30 décembre 2002, *Hanna*, n° 236096, RJF 3/03 n° 298, concl. S. Austray BDCF 3/03 n° 36, s'agissant de revenus réputés distribués aux associés.

<sup>195</sup> La convention franco-kenyane du 4 décembre 2007 prévoit certes en principe l'imposition des revenus non dénommés par l'Etat de la résidence, mais ajoute que « *Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les éléments du revenu d'un résident d'un Etat contractant qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la présente Convention et qui proviennent de l'autre Etat sont aussi imposables dans cet autre Etat* », ce qui vide le principe d'une bonne part de sa substance.

<sup>196</sup> Cf. CE 26 février 1992, *Malet*, n° 83461, RJF 4/92 n° 534, concl. O. Fouquet, s'agissant de jetons de présence ; CE 5 mars 1999, *SA Domaine Clarence Dillon*, n° 135287, RJF 4/99 n° 386, concl. F. Loloum, s'agissant de frais et amortissements non déductibles, qualifiés de revenus réputés distribués.

<sup>197</sup> Cf. B. Gouthière, op. cit., n° 10235.

<sup>198</sup> CE 13 octobre 1999, *min. c. SA Banque française de l'Orient*, n° 190083, RJF 12/99 n° 1587, concl. J. Arrighi de Casanova p. 938, chr. E. Mignon p. 931 ; CE 30 décembre 2002, *Hanna*, n° 236096, RJF 3/03 n° 298, concl. S. Austray BDCF 3/03 n° 36.

### 3. Afin de prévenir la délocalisation de bénéfices à l'étranger, la territorialité de l'IS connaît certains aménagements

150. **Certaines dispositions législatives, dérogeant parfois au principe de territorialité, réintègrent dans l'assiette de l'IS les bénéfices délocalisés hors de France.**
151. Comme indiqué au point 1.2.2, l'application du principe de territorialité permet de saisir certains montages d'évasion des bénéfices, lorsqu'une entreprise exploitée en France, en apportant une aide à une entreprise étrangère, supporte une charge qui ne saurait lui incomber dans une gestion commerciale normale de ses intérêts propres.
152. Néanmoins, la simple application du principe de territorialité ne permet évidemment pas de réintégrer dans l'assiette de l'IS français les bénéfices transférés à l'étranger dans toutes les hypothèses. Or, les pratiques permettant aux entreprises de disjoindre la localisation de leurs bénéfices de celle de leurs activités économiques ont atteint une ampleur considérable : selon l'OCDE, les pertes de recettes au titre de l'impôt sur les sociétés imputables à ces pratiques représenteraient entre 4 % et 10 % des recettes de cet impôt au niveau mondial, soit un manque à gagner d'environ 100 à 240 Md\$<sup>199</sup> et, si l'on transpose cette hypothèse à la France, entre 2,4 et 6 Md€. Les travaux économiques les plus récents, menés aux Etats-Unis, indiquent des taux plus significatifs encore, de l'ordre du quart des recettes (280 Md\$ au niveau mondial), y compris en France où le manque à gagner serait estimé à 13,5 Md€<sup>200</sup>. Ces évaluations doivent néanmoins être considérées avec prudence tant elles sont par construction difficiles à établir.
153. C'est pourquoi le droit fiscal français comporte des règles spécifiques « anti-évasion », qui sont de trois types :
- ◆ un premier groupe de dispositions, sans déroger réellement au principe de territorialité, vise à réintégrer dans le résultat imposable d'entreprises exploitées en France des sommes versées à l'étranger qui ont été déduites de ce résultat et qui auraient été normalement taxables en France. C'est l'objet des articles 57, 238 A, 212 et 155 A du CGI (points 3.1 à 3.4) ;
  - ◆ un deuxième groupe de dispositions, qui dérogent cette fois à la territorialité de l'IS, intègrent dans le résultat imposable d'entreprises exploitées en France des bénéfices d'entreprises établies à l'étranger, dans l'objectif d'éviter le non-rapatriement de revenus provenant d'activités menées à l'étranger et thésaurisés dans des structures contrôlées par des résidents français mais situées dans un paradis fiscal. C'est le cas de l'article 209 B (point 3.5) et de l'article 238 0-bis I du CGI (cette disposition, qui ne trouve plus d'application, est exposée en annexe VI) ;
  - ◆ enfin, plusieurs dispositions plus récentes, introduites en 2009, visent à dissuader les entreprises soumises à l'IS de faire verser certains produits de source française (dividendes, revenus immobiliers, redevances, etc.) à des structures établies dans un Etat ou territoire non coopératif (ETNC), qui répondent à certains critères de refus d'échange d'informations prévus par la loi (point 3.6).

---

<sup>199</sup> OCDE, *Collecter et analyser les données sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices ainsi que les mesures prises pour y remédier*, rapport sur l'action n° 11 de BEPS, 2015.

<sup>200</sup> Kim A. Clausing, *The Effect of Profit Shifting on the Corporate Tax Base in the United States and Beyond*, janvier 2016, qui chiffre à 77 à 111 Md\$ le manque à gagner en termes de *corporate tax* du fait de l'évasion fiscale aux Etats-Unis (sur 320 Md\$ de recettes au total) et à 15,3 Md\$ en France. L'évaluation est de 280 Md\$ au niveau mondial.

154. Il faut noter enfin que certains principes généraux du droit fiscal, d'application transversale, permettent également de soumettre à l'IS des sommes anormalement transférées hors de France : il s'agit de l'acte anormal de gestion et de l'abus de droit (point 3.7).

### 3.1. La réintégration des prix de transfert (art. 57 du CGI)

155. L'une des principales techniques d'évasion des bénéfices des sociétés consiste en la manipulation des prix intra-groupes. Certaines prestations entre deux entreprises associées d'un même groupe sont alors facturées à un prix supérieur à ce qu'il aurait été si les entreprises n'étaient pas liées, ce qui permet à l'entreprise débitrice, située dans un Etat à fiscalité élevée, de déduire de son résultat la charge correspondant à ce prix.
156. Ce peut être le cas de n'importe quelle prestation, mais **l'importance prise par les actifs immatériels dans l'économie renforce les possibilités de manipulations des prix de transfert**, d'une part parce que ces actifs sont mobiles par nature et peuvent facilement être localisés dans n'importe quelle filiale d'un groupe, d'autre part du fait de l'absence de valeurs de référence pour le montant des redevances d'utilisation de ces actifs.
157. Issu d'une **loi du 31 mai 1933**<sup>201</sup>, l'**article 57 du CGI** permet à l'administration fiscale de réintégrer dans les résultats des « *entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France* » les « *bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen* »<sup>202</sup>. Cette disposition fonde de nombreux redressements<sup>203</sup>.
158. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>204</sup>, cet article institue ainsi une **présomption de transfert indirect de bénéfice à l'étranger**<sup>205</sup>, mais à la double condition que l'administration établisse, d'une part, un lien de dépendance ou de contrôle entre l'entreprise située en France et celle établie à l'étranger et, d'autre part, l'existence d'un avantage consenti par la première à la seconde. L'avantage est établi dès que le prix diffère de celui qui serait pratiqué vis-à-vis d'une entreprise autonome : c'est le **principe de pleine concurrence**. Si l'administration apporte cette double preuve, le contribuable peut combattre la présomption instaurée par l'article 57 en prouvant l'existence de contreparties normales à l'avantage ainsi accordé (et

---

<sup>201</sup> Loi du 31 mai 1933 portant fixation du budget général de l'exercice 1933. Cette disposition était initialement codifiée à l'article 20 du code général des impôts directs et taxes assimilées.

<sup>202</sup> Les sommes réintégrées dans le bénéfice imposable sur le fondement de l'article 57 doivent être considérées comme des revenus distribués à leur bénéficiaire (art. 109 du CGI). Elles sont donc soumises à la retenue à la source prévue par le 2 de l'article 119 *bis* du CGI (CAA Versailles 12 juin 2007, *Sté Dormeuil*, n° 06-799, RJF 11/07 n° 1252), sauf, en vertu d'une dérogation introduite à l'article L. 62 A du LPF par la loi du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014 (art. 79), si l'entreprise accepte, avant la mise en recouvrement, les rehaussements et pénalités mis à sa charge et rapatrié dans un délai de 60 jours les sommes qualifiées de revenus distribués.

<sup>203</sup> Les redressements fondés sur cet article s'élèvent à 2,2 Md€ en 2013, 3,6 Md€ en 2014 et 2,8 Md€ en 2015. Les montants effectivement recouverts sont toutefois susceptibles d'être inférieurs.

<sup>204</sup> Cf. par exemple CE 19 juin 1970, n° 76270, concl. Schmeltz ; CE Plén. 27 juillet 1988, *SARL Boutique 2M*, n° 50020, RJF 10/88 n° 1139, concl. O. Fouquet p. 577 ; CE 2 mars 2011, *Sté Soutiran et Cie*, n° 342099, RJF 6/11 n° 733, concl. E. Geffray BDCF 6/11 n° 73.

<sup>205</sup> Cette présomption a été jugée conforme au principe constitutionnel d'égalité au motif qu'il ne s'agit que d'une présomption simple et que les sociétés consentant des avantages à des entreprises étrangères liées se trouvent dans une situation différente des autres sociétés au regard de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale : CE 2 mars 2011, *Sté Soutiran et Cie*, n° 342099, RJF 6/11 n° 733, concl. E. Geffray BDCF 6/11 n° 73.

démontrant ainsi qu'il ne s'agit pas d'un transfert de bénéfices)<sup>206</sup>. C'est donc l'administration qui supporte la charge initiale de la preuve ; si elle s'en acquitte, il appartient au contribuable de renverser la présomption.

159. **Les conditions d'application de l'article 57 sont exposées en détail à l'annexe IV.** Le **lien de dépendance** entre l'entreprise française et étrangère peut être un lien juridique (filiale, succursale, société mère, société sœur, etc.) mais aussi un lien de fait (la capacité dans les faits de dicter des conditions économiques à l'autre entreprise, telles que les tarifs qu'elle pratique). Cette condition n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec une entreprise établie dans un Etat ou territoire dont le régime fiscal est privilégié au sens de l'article 238 A du CGI (c'est-à-dire où elle n'est assujettie à un impôt sur les bénéfices dont le montant est inférieur à la moitié de celui qui serait dû en France, cf. point 3.2), ou dans un Etat ou territoire non coopératif (sur cette notion, cf. point 3.6).
160. **L'avantage consenti à l'autre entreprise** peut consister en un prix d'achat majoré, un prix de vente minoré, une facturation de prestations de services à un prix minoré par rapport à celui pratiqué à l'égard des autres clients, des commissions excessives versées au titre de prestations de services assurées par une entreprise étrangère, des redevances de propriété intellectuelle d'un montant excessif, l'absence de facturation de redevances par une entreprise française titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, la prise en charge de frais d'exploitation (rémunération d'un salarié détaché, frais d'études, etc.) d'une société étrangère, un prêt sans intérêts ou encore des abandons de créance au profit de filiales étrangères (cf. annexe IV). Pour prouver la manipulation du prix pratiqué, le Conseil d'Etat a précisé que l'administration doit en priorité se livrer à une comparaison avec les pratiques des entreprises similaires qui sont dépourvues de lien de dépendance avec l'entreprise en cause<sup>207</sup>. A défaut d'avoir procédé à une telle comparaison, l'administration peut mettre en lumière un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur réelle du service rendu ; mais dans ce cas, elle ne peut invoquer la présomption de transfert de bénéfice créée par l'article 57.
161. La **contrepartie commerciale à l'avantage octroyé**, qu'il appartient au contribuable d'établir, peut résider par exemple dans la conservation ou le développement des débouchés de l'entreprise française à l'étranger, des services effectivement rendus par l'entreprise étrangère à l'entreprise française, ou encore dans l'octroi de conditions commerciales avantageuses (vente à prix coûtant) pour l'achat par l'entreprise française de marchandises vendues par l'entreprise étrangère, en vue de leur revente en France.
162. Il faut noter que, dans un objectif de sécurité juridique, les entreprises ont la possibilité de solliciter de l'administration un **accord préalable de prix de transfert**, qui peut être soit « bilatéral » (conclu avec les deux Etats concernés), soit unilatéral (conclu avec le fisc français) ; cette possibilité est exposée en **annexe VIII**.
163. L'article 57 du CGI ne déroge pas réellement au principe de territorialité. D'ailleurs, comme indiqué au point 1.2.2, l'administration peut remettre en cause les montages de ce type sans faire appel à l'article 57, par la simple application de l'article 209 et de la théorie de l'acte anormal de gestion. Toutefois, les règles de preuve ne sont pas tout à fait identiques (cf. encadré à la fin de l'annexe IV).

---

<sup>206</sup> Cf. par exemple CE Plén. 27 juillet 1988, *SARL Boutique 2M*, n° 50020, RJF 10/88 n° 1139, concl. O. Fouquet p. 577.

<sup>207</sup> CE 7 novembre 2005, *min. c. Sté Cap Gemini*, n° 266436, RJF 1/06 n° 17, concl. E. Glaser BDCF 1/06 n° 5. Cf. aussi CE 22 février 1991, *SARL d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 48780, RJF 4/91 n° 401, concl. O. Fouquet, qui, s'agissant d'une redevance d'édition, se réfère aux « taux habituellement pratiqués par les éditeurs ».

## Encadré 12 : Les obligations d'information en matière de prix de transfert

Afin de faciliter le contrôle par l'administration fiscale des prix de transfert, le livre des procédures fiscales (LPF) met à la charge des entreprises certaines obligations, dont l'ampleur est variable selon la taille de l'entreprise.

Depuis 1996<sup>208</sup>, en application de l'**article L. 13 B du LPF**, toutes les entreprises ont l'obligation, lorsqu'elles font l'objet d'une vérification de comptabilité et que l'administration a réuni des éléments faisant présumer qu'elles ont opéré un transfert indirect de bénéfices au sens de l'article 57, de fournir au vérificateur sur sa demande des informations et documents justifiant la méthode de détermination des prix. Une obligation de coopération est donc en quelque sorte mise à la charge des entreprises.

La loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 (art. 22) a substantiellement renforcé les outils dont dispose l'administration en prévoyant, à l'**article L. 13 AA du LPF**, que les **entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 400 M€**<sup>209</sup>, doivent tenir à la disposition de l'administration, dès l'engagement d'une vérification de comptabilité, une documentation permettant de justifier sa politique de prix de transfert. L'obligation pèse sur les « *personnes morales établies en France* », et s'applique donc y compris aux sociétés étrangères qui disposent en France d'un établissement.

Le contenu de cette documentation est normalisé (II de l'art. L. 13 AA)<sup>210</sup>. La documentation comporte deux parties, l'une générale sur le groupe (description de sa structure, de ses actifs incorporels et de sa politique de prix de transfert) et l'autre spécifique à l'entreprise vérifiée (opérations réalisées avec les entreprises associées et méthode de détermination des prix de transferts)<sup>211</sup>.

Ce contenu a été enrichi par la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 (art. 98), qui y a ajouté les prises de position opposables<sup>212</sup> prises par les administrations fiscales étrangères à l'égard d'entreprises associées (« **rulings** » **étrangers**). Toutefois, le Conseil constitutionnel, saisi du grief tiré de ce que le législateur aurait créé une formalité impossible à remplir, a précisé que cette disposition ne peut avoir pour effet, sans méconnaître la Constitution, « *d'imposer aux entreprises intéressées de tenir à la disposition de l'administration des documents émanant d'administration étrangères que ces entreprises n'auraient pas en leur possession* »<sup>213</sup>, ce qui réduit sensiblement la portée de l'obligation.

L'obligation pour les grandes entreprises, également introduite par la loi de finances pour 2014 (art. 99), de présenter dès le début de la vérification de comptabilité une **comptabilité analytique** lorsqu'elles en tiennent une (II de l'article L. 13 du LPF), ainsi que des **comptes consolidés** lorsqu'elles en établissent (III de l'article L. 13), vise notamment à permettre un contrôle plus efficace des prix de transfert. Cette obligation a été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>214</sup>.

<sup>208</sup> Loi du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 39.

<sup>209</sup> Ou dont l'actif brut est supérieur à 400 M€, ou qui appartiennent à un groupe dont au moins une société remplit l'une de ces conditions.

<sup>210</sup> Il reprend pour l'essentiel le modèle proposé par le code de conduite adopté au sein de l'Union européenne le 27 juin 2006 (*EU transfer pricing documentation*), visant à harmoniser la documentation que les grands groupes doivent fournir aux administrations fiscales européennes.

<sup>211</sup> En outre, l'article L. 13 AB du LPF prévoit que, lorsque l'entreprise réalise des transactions avec des entreprises associées établies dans un ETNC, la documentation doit comprendre, pour chacune de ces entreprises, l'ensemble des documents comptables (bilan, compte de résultat, etc.) qui seraient exigés si elle était passible de l'IS.

<sup>212</sup> La loi mentionne les « *décisions de même nature que les interprétations, instructions et circulaires mentionnées à l'article L. 80 A* ».

<sup>213</sup> CC 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *LFI pour 2014*, RJF 3/14 n° 267 et 268, cons. 102.

<sup>214</sup> CC 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *LFI pour 2014*, RJF 3/14 n° 267 et 268, cons. 111.



Si l'entreprise vérifiée ne produit pas la documentation exigée, ou ne produit qu'une documentation partielle, elle est passible d'une **amende** (art. 1735 *ter* du CGI) d'un montant, par exercice concerné, d'au moins 10 000 € et plafonnée à 0,5 % du montant des transactions concernées ou, si ce montant est plus élevé, 5 % des rectifications opérées sur le fondement de l'article 57<sup>215</sup>.

Enfin, depuis l'intervention de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (art. 45), les grandes entreprises mentionnées par l'article L. 13 AA sont tenues, en application de l'**article 223 quinquies B du CGI**, de fournir annuellement, **en dehors de tout contrôle fiscal**, au plus tard 6 mois après la date limite de dépôt de la déclaration de résultat, une **documentation allégée**, comprenant là aussi à la fois des informations générales sur le groupe et des informations spécifiques à l'entreprises. Depuis 2016 (loi du 29 décembre 2015 de finances pour 2016, art. 85), cette déclaration complémentaire doit indiquer également l'Etat ou territoire d'implantation des entreprises associées.

### 3.2. La réintégration de certains paiements faits à des résidents de « paradis fiscaux » (art. 238 A du CGI)

164. Lorsqu'une société établie en France effectue certains types de versements au profit d'une personne établie dans un Etat ou territoire où cette dernière bénéficie d'un régime fiscal privilégié, la remise en cause par l'administration de sa déduction du bénéfice imposable en France est plus facile que si elle faisait usage de l'article 57 du CGI ou de l'acte anormal de gestion. En effet, l'article 238 A du CGI, issu de la loi du 27 décembre 1973 de finances pour 1974 (art. 14), renverse la charge de la preuve en prévoyant que ces versements « *ne sont admis comme charges déductibles pour l'établissement de l'impôt que si le débiteur apporte la preuve que les dépenses correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré* ».
165. **En quelque sorte, ces paiements aux paradis fiscaux sont présumés fictifs ; contrairement à l'article 57, l'administration n'a pas à démontrer ici que l'opération permet l'octroi d'un avantage à l'entreprise tierce : la charge de la preuve pèse entièrement sur le contribuable**<sup>216</sup>.
166. **Les modalités d'application de cette disposition sont détaillées à l'annexe V.** L'article 238 A porte sur trois catégories de charges : les intérêts, les redevances et les rémunérations de services (commissions versées au titre de prestations fictives). La condition tenant au caractère privilégié du régime fiscal de l'autre Etat est remplie si l'entreprise y est soumise à un **impôt sur les bénéfices au moins deux fois plus faible que l'IS français qu'elle acquitterait si elle était établie en France** : il s'agit donc d'une appréciation au cas par cas, pour chaque implantation à l'étranger. Si ces critères sont remplis, le versement n'est déductible que si le débiteur prouve qu'il correspond à des opérations réelles et normales. La preuve mise à la charge du contribuable est plus exigeante que dans le droit commun de la charge de la preuve : ainsi, s'agissant d'une société qui avait déduit des dépenses rémunérant des prestations fournies par une société étrangère, le contribuable doit produire non seulement la facture émise par la société étrangère (ce qui, dans le droit commun, crée une

<sup>215</sup> Avant l'intervention de la loi du 29 décembre 2014 de finances pour 2015 (art. 78), son plafond était de 5 % des bénéfices transférés. Le législateur avait tenté en 2013 (loi de finances pour 2014, art. 97), de remplacer ce plafond par une référence à 0,5 % du chiffre d'affaires, mais le Conseil constitutionnel avait censuré cette disposition pour méconnaissance du principe de proportionnalité des peines, en relevant qu'il ne s'agissait que d'une obligation documentaire (CC 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *LFI pour 2014*, RJF 3/14 n° 267 et 268, cons. 97).

<sup>216</sup> Les redressements fondés sur cet article s'élèvent à 124 M€ en 2013, 53 M€ en 2014 et 9,9 M€ en 2015. Les montants effectivement recouverts sont toutefois susceptibles d'être inférieurs.

présomption suffisante), mais aussi apporter d'autres indices concordants permettant de justifier de la réalité de la prestation<sup>217</sup>.

### 3.3. La déductibilité des intérêts et la lutte contre la sous-capitalisation

167. De nombreux montages mis en œuvre par les groupes internationaux dans l'objectif de réduire le bénéfice imposable dans un Etat comme la France reposent sur la déductibilité des intérêts versés entre les entités du groupe. Il faut alors distinguer deux types de pratiques<sup>218</sup>.

#### 3.3.1. Le plafonnement du taux d'intérêt pratiqué

168. Le premier consiste à surévaluer le taux d'intérêt contractuellement convenu par rapport aux conditions normales de marché, afin de maximiser le montant d'intérêts servis à l'entité établie hors de France. Il ne s'agit alors que d'un cas particulier de prix de transfert (comme d'ailleurs d'acte anormal de gestion) : ces deux fondements permettent à l'administration de remettre en cause la déduction d'intérêts pour des motifs tirés du caractère excessif de leur montant<sup>219</sup>. En outre, comme indiqué au point 3.2, si les intérêts sont payés à une société établie dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée, l'article 238 A du CGI les réintègre par principe dans le bénéfice imposable, à charge pour leur débiteur de prouver qu'ils ne sont pas anormaux ou exagérés.
169. Outre ces dispositions générales, le CGI prévoit un plafonnement du taux d'intérêt pratiqué entre entreprises liées.
170. Lorsque la société bénéficiaire des intérêts est une **associée** de la société débitrice, l'administration peut faire application de la limitation générale prévue au **3° du 1 de l'article 39 du CGI**, qui limite leur déductibilité du résultat imposable à un **taux plafond**<sup>220</sup> (le taux de référence applicable au 1<sup>er</sup> janvier 2016 est ainsi de 2,15 %).
171. En outre, le I de l'article 212 plafonne le taux d'intérêt pratiqué entre entreprises liées au taux de référence fixé par le 3 du 1 de l'article 39 ou, s'il est supérieur, au « *taux que cette entreprise emprunteuse aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues* »<sup>221</sup>.
172. Depuis la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014 (art. 22), il ajoute que la déductibilité des intérêts versés n'est admise que si « *l'entreprise débitrice démontre, à la demande de l'administration, que l'entreprise qui a mis les sommes à sa disposition est, au titre de l'exercice en cours, assujettie à raison de ces mêmes intérêts à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices*

---

<sup>217</sup> CE 24 juin 2009, *Maréchal*, n° 298582, RJF 10/09 n° 820, concl. L. Olléon BDCF 10/09 n° 111.

<sup>218</sup> Les redressements fondés sur la remise en cause de la déductibilité d'intérêts sur le fondement de l'article 212 (le plus souvent de son I) s'élevèrent à 98 M€ en 2013, 125 M€ en 2014 et 148 M€ en 2015. Les montants effectivement recouverts sont toutefois susceptibles d'être inférieurs.

<sup>219</sup> CE 11 avril 2014, *min. c. Sté Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*, n° 344990, RJF 7/14 n° 667, s'agissant de succursales françaises de banques étrangères.

<sup>220</sup> « *Les intérêts servis aux associés à raison des sommes qu'ils laissent ou mettent à la disposition de la société, en sus de leur part du capital* » ne sont déductibles que « *dans la limite de ceux calculés à un taux égal à la moyenne annuelle des taux effectifs moyens pratiqués par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des prêts à taux variable aux entreprises, d'une durée initiale supérieure à deux ans* ».

<sup>221</sup> Cf. par exemple, pour la réintégration d'une partie des intérêts versés, au taux de 6 %, à une société mère établie aux îles Vierges britanniques, en rémunération d'un prêt visant à financer une acquisition immobilière : CAA Paris 4 novembre 2014, *SAS Immobilière du 20 rue Monsieur*, RJF 10/15 n° 762.

dont le montant est au moins égal au quart de l'impôt sur les bénéfices déterminé dans les conditions de droit commun ». Cette disposition vise à lutter contre les « instruments financiers hybrides », dont les intérêts sont parfois déductibles du bénéfice dans l'Etat du débiteur, sans être soumis à l'impôt dans l'Etat du créancier. Elle ne s'applique toutefois que s'il existe des liens de dépendance entre la société prêteuse et un ou plusieurs détenteurs de parts de cette société (sauf si elle est établie dans un Etat ou territoire non coopératif).

### 3.3.2. La limitation du montant global d'intérêts déductibles

173. La seconde hypothèse, dénommée sous-capitalisation, consiste, au sein d'un groupe, à financer par l'emprunt, plutôt que par des apports en capital, l'activité des filiales implantées dans les Etats à fiscalité élevée comme la France (ces filiales sont dites « sous-capitalisées »), si bien qu'elles doivent s'acquitter d'un volume d'intérêts élevé auprès d'entités du groupe établies dans un « paradis fiscal ». Ces intérêts sont en principe déductibles du bénéfice imposable en France, qu'ils viennent donc réduire voire annuler, et ne sont pas soumis à une retenue à la source, qui n'est plus applicable qu'aux dividendes (art. 119 *bis*, cf. point 1.4.4). Les bénéfices sont ainsi remontés dans les comptes de l'entité qui assure le financement du groupe, établie dans un territoire où ils seront peu ou pas imposés.
174. Les outils anti-évasion examinés ci-dessus ne permettent pas de faire échec aux montages de sous-capitalisation dans lesquels le taux d'intérêt pratiqué n'est pas excessif, la pratique abusive résultant seulement du caractère disproportionné de la part de l'emprunt par rapport aux fonds propres dans le financement de l'entreprise. En effet, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'article 57<sup>222</sup>, pas plus que la théorie de l'acte anormal de gestion<sup>223</sup>, ne permettent à l'administration d'apprécier le caractère normal du choix d'une société étrangère de financer une entreprise française qu'elle détient (société ou succursale) par l'octroi d'un prêt plutôt que par l'apport de fonds propres.
175. C'est pourquoi l'article 212 du CGI ajoute une seconde limite à la déduction des intérêts, portant non plus sur le taux pratiqué, mais sur le **volume global des intérêts versés**.
176. A l'origine, cette disposition, introduite en 1941<sup>224</sup>, prévoyait que, en ce qui concerne les associés ou actionnaires possédant la direction de l'entreprise (ou détenant plus de 50 % des droits sociaux), le montant total des intérêts versés à l'ensemble de ces associés ou actionnaires ne pouvait excéder celui du capital social de l'entreprise. Ce ratio a évolué (abaissé à 0,5 fois le capital social en 1948, puis rétabli à 1 en 1967) pour être porté à 1,5 par la loi du 29 décembre 1976 de finances pour 1977.
177. Cette limite n'était toutefois pas applicable lorsque l'avance a été consentie à sa fille par une société mère au sens du régime mère-fille (prévu à l'article 145 du CGI). Le Conseil d'Etat ayant jugé que, sauf à créer une différence de traitement contraire aux conventions fiscales<sup>225</sup> et à la liberté d'établissement protégée par le droit de l'Union<sup>226</sup> (cf. partie 4 ci-dessous), cette inapplicabilité devait valoir y compris pour les filiales françaises de sociétés mères étrangères,

---

<sup>222</sup> CE Sect. 30 décembre 2003, *SA Andritz*, n° 233894, RJF 3/04 n° 238, concl. G. Bachelier p. 166 et chr. L. Olléon RJF 2/04 p. 83.

<sup>223</sup> CE 11 avril 2014, *min. c. Sté Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*, n° 344990, RJF 7/14 n° 667.

<sup>224</sup> Cette limite apparaît pour la première fois à l'article 7, 3° du code général des impôts directs annexé à l'acte dit loi du 13 janvier 1941 portant simplification, coordination et renforcement des dispositions de ce code.

<sup>225</sup> CE Sect. 30 décembre 2003, *SA Andritz*, n° 233894, RJF 3/04 n° 238, concl. G. Bachelier p. 166 et chr. L. Olléon RJF 2/04 p. 83, s'agissant de la filiale d'une société mère autrichienne.

<sup>226</sup> CE Sect. 30 décembre 2003, *min. c. SARL Coréal de Gestion*, n° 249047, RJF 3/04 n° 233, concl. G. Goulard p. 175, chr. L. Olléon RJF 2/04 p. 83, s'agissant d'une filiale d'une société mère allemande.

même lorsque cette société mère ne détient pas d'établissement stable en France, le dispositif a perdu une large part de sa portée.

178. Il a donc été **profondément réformé par la loi du 30 décembre 2005 de finances pour 2006** (art. 113). Le nouveau régime est applicable non seulement aux entreprises qui constituent des associées ou actionnaires de la société débitrice des intérêts, mais à **toute entreprise liée**, non seulement lorsque l'une des deux entreprises détient directement ou par personne interposée la majorité du capital social de l'autre ou y exerce en fait le pouvoir de décision, mais également lorsqu'elles sont placées l'une et l'autre sous le contrôle d'une même tierce entreprise<sup>227</sup>. Sont donc visés non seulement les intérêts versés aux sociétés mères, mais aussi aux sociétés sœurs, « grand-mères » ou autres sociétés d'un même groupe.
179. Issu de cette réforme, le II de l'article 212 plafonne, à l'instar de l'ancien dispositif, le montant global des intérêts déductibles versés à l'ensemble des entreprises liées, le plafond étant égal au plus élevé des trois montants suivants :
- ◆ le montant des intérêts en cause multiplié par le rapport existant entre une fois et demie le montant des capitaux propres et le montant moyen des sommes laissées ou mises à disposition par l'ensemble des entreprises liées (limite d'endettement global) ;
  - ◆ 25 % du résultat courant avant impôts préalablement majoré des intérêts en cause et des amortissements (limite de couverture d'intérêts) ;
  - ◆ le montant des intérêts servis à cette entreprise par des entreprises liées.
180. La fraction d'intérêts non déductible immédiatement peut être déduite au titre des exercices suivants. Le plafonnement global prévu au II de l'article 212 ne s'applique toutefois pas si l'entreprise apporte la preuve que le ratio d'endettement du groupe auquel elle appartient est supérieur ou égal à son propre ratio d'endettement (III de l'article 212).
181. Depuis la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 (art. 12), les intérêts versés à des entreprises autonomes, mais en exécution d'un prêt garanti par une entreprise liée, sont assimilés à des intérêts servis à une entreprise liée (3 du II de l'article 212).

#### **Encadré 13 : Deux encadrements récents de la déductibilité des intérêts : l' « amendement Carrez » et l'article 212 bis du CGI**

##### **Deux dispositions récentes, adoptées en 2011 et 2013, ont renforcé les limites à la déductibilité des intérêts versés à l'étranger.**

D'une part, la loi du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011 a restreint les conditions de déduction d'une catégorie particulière d'intérêts : ceux rémunérant un emprunt souscrit pour acquérir des titres de participation de sociétés non contrôlées depuis la France. Le **IX de l'article 209 du CGI** (dit « amendement Carrez »), issu de cette loi, refuse la déduction de ces charges financières lorsque l'entreprise n'est pas en mesure de démontrer que les décisions relatives à ces titres sont effectivement prises par elle, par sa société mère ou par une société sœur établies en France<sup>228</sup>.

<sup>227</sup> Conditions posées par le 12 de l'article 39 du CGI.

<sup>228</sup> Ce dispositif n'est pas applicable lorsque la valeur totale des titres de participation détenus est inférieure à 1 M€. Enfin, comme pour le II de l'article 212, il n'est pas non plus applicable si l'entreprise apporte la preuve que le ratio d'endettement du groupe auquel elle appartient est supérieur ou égal à son propre ratio d'endettement.

Cette mesure vise à **éviter que les sociétés françaises de groupes internationaux ne soient utilisées comme de simples véhicules permettant de localiser la dette en France** afin de bénéficier des règles favorables en la matière (possibilité de déduire les intérêts d'emprunt même si les produits de participation sont quasiment exonérés sur le fondement du régime mère-fille, qu'il s'agisse de dividendes ou de plus-values).

D'autre part, **depuis 2013, une limitation générale de la déductibilité des charges financières est prévue à l'article 212 bis du CGI, même s'agissant des intérêts versés à des entreprises non liées** : selon cette disposition, issue de la loi du 29 décembre 2012 de finances pour 2013 (art. 23), lorsqu'elles atteignent 3 M€, les charges financières nettes des entreprises non membres d'un groupe fiscalement intégré (au sens de l'article 223 A du CGI) doivent être réintégrées au bénéfice imposable à hauteur de 25 % de leur montant<sup>229</sup>. Initialement fixé à 15 %, ce taux a été porté à 25 % à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014<sup>230</sup>. Même si cette disposition a une portée générale, elle s'applique en particulier aux sociétés établies hors de France dès lors que celles-ci ne peuvent être incluses dans un groupe fiscalement intégré (cf. point 4.3.4 ci-dessous).

### 3.4. L'imposition du prestataire de services sur les sommes perçues par une société interposée établie hors de France en rémunération des prestations qu'il a fournies (art. 155 A du CGI)

182. Introduit par la loi du 20 décembre 1972 de finances pour 1973 (art. 18), l'**article 155 A** du CGI a été créé dans l'objectif de contrer le modèle d'évasion dit « *rent a star* », dans lequel la rémunération due en contrepartie d'une performance artistique ou sportive n'est pas versée au prestataire, mais à une société interposée, située dans un Etat dont le taux d'imposition est inférieur à celui subi par le prestataire.
183. **Si elle est le plus souvent appliquée à des personnes physiques, cette disposition est toutefois applicable à tout prestataire de service, y compris personne morale soumise à l'IS<sup>231</sup>**. Elle permet d'imposer directement le prestataire sur les sommes qui ont été perçues par la société interposée établie hors de France en rémunération des services rendus, et non seulement sur les sommes que le prestataire réel a effectivement perçues<sup>232</sup>.

<sup>229</sup> Initialement fixé à 15 %, ce taux a été porté à 25 % par la loi du 29 décembre 2013 de finances rectificative pour 2013 (art. 37).

<sup>230</sup> Cette augmentation était prévue par la loi du 29 décembre 2012 elle-même (art. 23).

<sup>231</sup> Toutefois, s'agissant des entreprises, l'administration dispose également d'autres outils : dès lors que la société prestataire de service ne perçoit pas elle-même de rémunération pour le service qu'elle a rendu, cette pratique est susceptible de constituer un acte anormal de gestion (cf. par exemple une décision CE 9 mars 2007, *min. c. Sté Cie internationale de services*, n° 284053, RJF 6/07 n° 730, concl. F. Sénors BDCF 6/07 n° 76, s'agissant de commissions versées au principal actionnaire d'une société en rémunération de prestation d'intermédiaire commercial réalisées en fait par la société). C'est probablement ce qui explique que l'article 155 A soit rarement opposé aux entreprises en pratique ; il arrive d'ailleurs que l'administration substitue le terrain de l'acte anormal de gestion à celui de l'article 155 A en cours de procédure contentieuse (même décision). En outre, même si de tels montages peuvent également être combattus sur le terrain de l'abus de droit, qui offre davantage de garanties au contribuable (cf. point 3.7.1), l'administration n'est pas tenue de se fonder sur ce terrain (CE 18 octobre 2002, *Cambay*, n° 224459, RJF 1/03 n° 10, concl. S. Austry 1/03 n° 2).

<sup>232</sup> D'abord limité aux prestataires domiciliés en France, le champ d'application de cet article a été étendu aux personnes domiciliées hors de France par la loi du 18 janvier 1980 de finances pour 1980 (II de l'art. 155 A) ; dans ce cas, l'impôt n'est dû que sur les sommes rémunérant les prestations exécutées en France (ainsi d'un artiste domicilié en Suisse effectuant des concerts en France). Toutefois, cette extension, qui ne s'applique qu'aux personnes « domiciliées » hors de France, et non « établies » hors de France, ne peut *a priori* pas s'appliquer aux sociétés.

184. L'article 155 A est applicable à tous types de prestations de services : en dehors des services rendus par les artistes et sportifs, il a par exemple été appliqué à une activité d'intermédiaire dans la vente de textiles<sup>233</sup>, à des prestations de conseil en informatique<sup>234</sup>, de conseil en gestion d'entreprise<sup>235</sup>, ou encore de gestion commerciale d'un programme immobilier<sup>236</sup>.
185. Cette disposition est applicable lorsque la société interposée remplit l'un des trois critères suivants (outre le fait d'être établie hors de France) :
- ◆ soit lorsque le prestataire de services contrôle directement ou indirectement la société interposée (filiale, sous-filiale, dépendance de fait, etc.) ;
  - ◆ soit, en l'absence d'un tel contrôle, si le prestataire n'établit pas que la société interposée « *exerce, de manière prépondérante, une activité industrielle ou commerciale, autre que la prestation de services* », la jurisprudence exigeant que ces activités autres soient exercées de manière effective et habituelle<sup>237</sup> ;
  - ◆ soit enfin, depuis la loi du 18 janvier 1980 de finances pour 1980 (art. 71), lorsque la société interposée est établie dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée, au sens de l'article 238 A du CGI.
186. Si l'un de ces trois critères est rempli, l'article 155 A est applicable, et ce même si la société interposée dispose en France d'un établissement stable<sup>238</sup>.
187. Le Conseil constitutionnel a jugé l'article 155 A conforme à la Constitution<sup>239</sup> (cf. point 4.4), en émettant une réserve d'interprétation : dans le cas où la société établie à l'étranger reverse en France au contribuable tout ou partie des sommes rémunérant les prestations réalisées par ce dernier, cette disposition ne saurait conduire à ce que ce contribuable soit assujéti à une double imposition au titre d'un même impôt.
188. Enfin, le Conseil d'Etat a introduit une clause de sauvegarde jurisprudentielle, afin de rendre le texte conforme aux libertés de circulation (cf. point 4.3.3) : le contribuable peut échapper à l'application de l'article 155 A lorsque la société interposée réalise une intervention propre.

### 3.5. L'imposition des bénéfiques des filiales et succursales établies dans un « paradis fiscal » (art. 209 B)

189. Afin de dissuader les sociétés françaises de localiser leurs bénéfiques dans des entités établies dans des « paradis fiscaux », l'article 209 B du CGI, issu de la loi du 18 janvier 1980 de finances pour 1980 (art. 70), prévoit, par **dérogation au principe de territorialité de l'IS**, que les sociétés françaises sont soumises à l'IS sur les bénéfiques de leurs filiales et succursales établies

---

<sup>233</sup> CAA Paris 9 avril 2002, *Deiss*, n° 97-1288, RJF 11/02 n° 1200, concl. D. Kimmerlin BDCF 11/02 n° 131.

<sup>234</sup> CE 30 juillet 2010, *Pasco*, n° 306319, RJF 11/10 n° 979, concl. P. Collin, s'agissant en l'espèce de prestations rendues par une personne physique, ingénieur-conseil en informatique.

<sup>235</sup> CAA Versailles 10 mai 2012, *Sierra*, n° 09VE02775, RJF 10/12 n° 890.

<sup>236</sup> CE (na) 30 mars 2016, *Vidalinc*, n° 392392.

<sup>237</sup> Cf. par exemple CE 25 janvier 1989, n° 44787, RJF 3/89 n° 253, concl. Ph. Martin : l'article 155 A est jugé inapplicable en l'espèce dès lors que la société suisse qui encaissait les cachets d'un artiste français exerçait aussi, de façon effective et habituelle, des activités d'enregistrement de disques.

<sup>238</sup> CE 30 juillet 2010, *Pasco*, n° 306319, RJF 11/10 n° 979, concl. P. Collin.

<sup>239</sup> CC 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *Moreau*, RJF 2/11 n° 210.

dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée (à proportion des droits sociaux détenus dans la filiale)<sup>240</sup>. Il institue donc en quelque sorte une présomption d'évasion fiscale<sup>241</sup>.

190. **Ainsi, s'agissant des bénéfices réalisés dans des paradis fiscaux, la France fait le choix d'un système de mondialité**, y compris lorsque ces bénéfices sont réalisés par l'intermédiaire de filiales, qui ont une personnalité juridique propre. Il s'agit toutefois d'une mondialité asymétrique dans la mesure où les pertes étrangères ne sont pas déductibles<sup>242</sup> : l'article 209 B ne mentionne en effet que les « *bénéfices ou revenus positifs* ».
191. Cette disposition se rattache à la catégorie des dispositifs dits « SEC », qui sont présents dans le droit fiscal de nos principaux partenaires (cf. point 1.3). L'OCDE a recommandé leur mise en place dans un rapport du 9 avril 1998 sur la concurrence fiscale dommageable<sup>243</sup>.
192. Il faut préciser que, lorsque la succursale ou filiale a acquitté dans le paradis fiscal un impôt sur ses bénéfices comparable à l'IS français, cet impôt est imputable sur l'IS dû (à proportion des droits détenus dans la filiale)<sup>244</sup>.

### 3.5.1. Sont concernées l'ensemble des succursales et filiales détenues à plus de 50 % établies dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée

193. L'article 209 B s'applique à **toute « personne morale établie en France et passible de l'impôt sur les sociétés »**, ce qui recouvre non seulement les sociétés françaises, mais aussi les sociétés étrangères exploitant un établissement stable en France, à l'actif duquel figurent des participations dans une filiale établie dans un paradis fiscal.
194. L'appréciation du caractère privilégié du régime fiscal du territoire d'implantation s'effectue selon les mêmes modalités que pour l'article 238 A : l'administration doit démontrer, *in concreto*, pour l'entreprise en cause, que la charge fiscale en matière d'impôts sur les bénéfices aurait été au moins deux fois plus lourde en France<sup>245</sup>.

---

<sup>240</sup> Les redressements fondés sur cet article s'élèvent à 94,5 M€ en 2013, 62,7 M€ en 2014 et 73,5 M€ en 2015. Les montants effectivement recouverts sont toutefois susceptibles d'être inférieurs.

<sup>241</sup> Même si les travaux préparatoires de l'art. 70 de la LFI pour 1980 révèlent que le législateur n'entendait pas lutter contre l'évasion, mais éviter la double exonération des bénéfices réalisés par des filiales situées à l'étranger lorsque, d'une part, ces filiales sont implantées dans un paradis fiscal et donc peu ou pas taxées à l'étranger et, d'autre part, les produits distribués par ces filiales à la société mère française bénéficient d'une exonération (à l'exception de la quote-part de 5 %) en application du régime des sociétés mères (cf. les conclusions de S. Austry sous la décision *Schneider Electric*).

<sup>242</sup> Ces pertes sont toutefois reportables sur des bénéfices ultérieurs de l'entité établie dans un paradis fiscal puisque les bénéfices réintégrés en application de l'article 209 B doivent être calculés selon les règles de droit commun de détermination des bénéfices, comme le prévoit le 3 du I de l'article 209 B.

<sup>243</sup> Ces dispositifs visent à contrer le type de schéma d'optimisation suivant (Cf. Conclusions de S. Austry sous la décision *Schneider Electric*) : une société mère située dans un Etat A reçoit des produits de sa participation dans une filiale située dans un Etat B, où cette filiale exerce une activité industrielle et commerciale traditionnelle. Pour éluder l'imposition dans l'Etat A des produits de cette participation, la société mère crée dans un Etat C, qui applique aux holdings un régime fiscal privilégié, une société-écran qu'elle contrôle également, et apporte à cette société sa participation dans sa filiale B (dans d'autres schémas, elle peut également apporter à la société-écran des actifs immatériels, ce qui permet de thésauriser dans l'Etat C les redevances rémunérant leur utilisation). Normalement, la société-écran située dans l'Etat C devrait distribuer à sa société mère les produits de son activité, ce qui conduirait donc, de même que dans la situation initiale, à la taxation de ces produits dans l'Etat A, mais elle ne le fera pas et la société mère pourra ainsi échapper à l'impôt qu'elle aurait dû acquitter.

<sup>244</sup> 4 du I de l'article 209 B.

<sup>245</sup> CE 21 novembre 2011, *min. c. Sifa et min. c. Sté Compagnie des Glénans*, n° 325214 et 327207, RJF 2/12 n° 102, concl. P. Collin BDCF 2/12 n° 16.

195. S'agissant du lien de dépendance entre la personne établie en France et l'entité établie à l'étranger, l'article 209 B ne concernait à l'origine que les filiales, avec un seuil de détention fixé à 25 % (y compris en prenant en compte la détention indirecte, ce qui couvre donc les sous-filiales). La loi du 31 décembre 1992 de finances pour 1993 (art. 107) a élargi son champ d'application, en ajoutant, d'une part, les entreprises exploitées hors de France, ce qui recouvre les **succursales** et, d'autre part, en abaissant le seuil de détention à 10 %<sup>246</sup>. Elle a également prévu, au titre de la détention indirecte, la prise en compte des droits détenus notamment par les salariés et dirigeants de la société établie en France, par une société tierce ayant un actionnaire en commun avec elle ou encore par tout partenaire commercial lorsque leurs relations sont telles qu'il existe un lien de dépendance entre elles. La loi du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 (art. 104) a, s'agissant des **filiales**<sup>247</sup>, rehaussé le **seuil de détention à 50 %**<sup>248</sup>.
196. Afin de lutter contre des montages consistant à diluer la participation dans plusieurs sociétés françaises d'un même groupe, la loi de finances pour 2005 a également précisé que ce seuil est ramené à **5 % lorsque plus de 50 % des droits de l'entité juridique établie à l'étranger sont détenus par des entreprises d'un même groupe** (i.e. placées dans une situation de contrôle ou de dépendance à l'égard de la personne morale établie en France)<sup>249</sup> : c'est la clause « anti-fractionnement ».

### 3.5.2. L'entreprise bénéficie d'une « clause de sauvegarde » lorsque l'installation à l'étranger n'a pas pour but d'échapper à l'IS

197. L'article 209 B a toujours comporté, en son paragraphe II, une clause de sauvegarde permettant au contribuable de faire échec à son application.
198. A l'origine, l'entreprise pouvait en bénéficier si elle établissait « *que les opérations de la société étrangère n'ont pas principalement pour effet de permettre la localisation de bénéfices dans un pays à régime fiscal privilégié* » ; la loi précisait que cette condition était réputée remplie, notamment, « *lorsque la société étrangère a principalement une activité industrielle ou commerciale effective et qu'elle réalise ses opérations de façon prépondérante sur le marché local* »<sup>250</sup>.
199. Le Conseil d'Etat avait réinterprété cette clause de sauvegarde, afin de juger l'article 209 B conforme à la Constitution, en considérant que l'entreprise peut échapper à son application si elle démontre que les opérations du tiers en cause n'ont pas principalement *pour objet* (et non *pour effet*) d'échapper à l'impôt français<sup>251</sup> : c'est en effet parce que l'entreprise n'avait pas une *intention* principalement fiscale qu'elle peut échapper à l'application d'un dispositif justifié par l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale.

<sup>246</sup> Un seuil en valeur absolue, correspondant à une participation d'un prix de revient au moins égal à 150 M de francs (22,8 M€), a également été instauré, puis supprimé par la loi de finances pour 2005.

<sup>247</sup> La loi mentionne plus largement toute « *entité juridique : personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable* ».

<sup>248</sup> Des actions, parts, droits financiers ou droits de vote.

<sup>249</sup> Ou par des « *entreprises établies en France qui, dans le cas où l'entité étrangère est cotée sur un marché réglementé, agissent de concert* ».

<sup>250</sup> Jusque 1990 (loi du 29 décembre 1990 de finances rectificative pour 1990, art. 20), cette sous-condition recouvrait également l'hypothèse où la société étrangère réalise ses opérations de façon prépondérante non sur le marché local, mais avec des entreprises avec lesquelles il n'existe pas de lien de dépendance.

<sup>251</sup> CE 2 février 2012, *Sté Sonepar*, n° 351600, RJF 5/12 n° 505, concl. P. Collin BDCF 5/12 n° 63, refusant de renvoyer une QPC dirigée contre l'article 209 B.



200. La clause de sauvegarde a toutefois été profondément modifiée par la loi de finances pour 2005, qui conduit à distinguer selon que le pays d'implantation se situe dans l'UE ou non.

◆ **au sein de l'Union européenne :**

201. Afin d'assurer la conformité de l'article 209 B à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui considère qu'une mesure anti-abus de type « SEC », qui restreint la liberté d'établissement (en dissuadant les sociétés d'établir une filiale dans un autre Etat-membre), n'est proportionnée à l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale qu'à la condition qu'elle « *visé spécifiquement les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation de l'Etat-membre concerné* »<sup>252</sup> (cf. point 4.3.3 ci-dessous), la loi de finances pour 2005 a prévu que l'article 209 B n'est pas applicable lorsque l'entreprise ou l'entité est établie dans un Etat de l'UE et que l'exploitation de cette entreprise ou la détention de cette entité « *ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française* ». Cette rédaction est toujours applicable.

202. Fort logiquement, le Conseil d'Etat a jugé que l'article 209 B, dans sa rédaction antérieure à cette loi de finances, ne pouvait être appliqué au sein de l'UE, sans méconnaître la liberté d'établissement, que dans les hypothèses de montage purement artificiel<sup>253</sup>.

203. Il en résulte qu'une société française qui implante une filiale ou succursale dans un Etat à fiscalité privilégiée membre de l'UE peut faire échec à l'application de l'article 209 B, même si cette localisation a principalement pour but d'échapper à l'IS français : il suffit que cette implantation ne constitue pas un montage purement artificiel, ce qui, selon la Cour de justice, est le cas si une activité économique est effectivement exercée, à l'aide de locaux et de personnels<sup>254</sup>. La Cour de justice indique sans ambiguïté que « *la circonstance que les activités correspondant aux bénéficiaires de la SEC auraient tout aussi bien pu être effectuées par une société établie sur le territoire de l'Etat-membre où se trouve implantée la société résidente ne saurait permettre de conclure à l'existence d'un montage purement artificiel* »<sup>255</sup>.

204. L'article 209 B reste donc applicable dans l'UE dans l'hypothèse par exemple où la filiale ou succursale étrangère n'a aucune activité dans son pays d'implantation et n'y emploie pas ou très peu de personnel<sup>256</sup>.

◆ **en dehors de l'Union européenne :**

205. Lorsque l'entreprise ou l'entité est implantée dans un pays tiers à l'UE, l'article 209 B conserve un champ plus large.

206. En vertu du III de l'article 209 B, dans sa rédaction applicable depuis la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 (art. 14), la société bénéficie de la clause de sauvegarde si elle démontre que les opérations de l'entreprise ou entité établie à l'étranger « *ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de bénéficiaires dans un Etat ou territoire où elle est soumise à un régime fiscal privilégié* ». Cette condition est réputée

---

<sup>252</sup> CJCE 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc*, aff. C-196/04, RJF 12/06 n° 1644, concl. P. Léger BDCF 12/06 n° 146, s'agissant de l'équivalent britannique de l'article 209 B.

<sup>253</sup> CE Plén. 4 juillet 2014, *Sté Bolloré*, n° 357264, RJF 10/14 n° 880, concl. M.-A. de Barmon p. 842, s'agissant de filiales établies au Luxembourg.

<sup>254</sup> La Cour a précisé, dans l'arrêt *Cadbury Schweppes*, que l'existence d'un montage purement artificiel s'apprécie en fonction d'« *éléments objectifs et vérifiables par des tiers, relatifs, notamment, au degré d'existence physique de la SEC en termes de locaux, de personnel et d'équipements* » (point 67).

<sup>255</sup> Arrêt *Cadbury Schweppes*, point 69.

<sup>256</sup> Cf. en ce sens TA Cergy-Pontoise 25 octobre 2007, *Sté Pinault Bois et Matériaux*, n° 03-2725, RJF 4/08 n° 525, concl. T. Paris BDCF 4/08 n° 55, s'agissant d'une filiale irlandaise qui ne disposait en fait en Irlande que d'une boîte aux lettres et d'un numéro d'immatriculation national.

remplie notamment lorsqu'elle « *a principalement une activité industrielle ou commerciale effective exercée sur le territoire de l'Etat de son établissement ou de son siège* »<sup>257</sup>.

207. Le Conseil d'Etat a précisé que cette clause de sauvegarde était remplie dès lors que la société établit que l'implantation à l'étranger n'a pas, pour la société mère, principalement pour objet d'échapper à l'impôt *français*<sup>258</sup>. L'article 209 B n'est donc pas applicable, même dans une hypothèse d'objectif principalement fiscal, si l'objectif était d'échapper à l'imposition dans un pays tiers à la France (par exemple s'agissant d'une sous-filiale) : il faut qu'il y ait évasion fiscale depuis la France.
208. **La jurisprudence ajuste le degré de justifications exigé des contribuables à la nature de l'activité en cause et aux caractéristiques du paradis fiscal d'implantation.** Ainsi, elle a récemment fait application de ces dispositions à l'hypothèse de l'implantation d'activités de banque privée dans un paradis fiscal, dans l'objectif d'attirer une clientèle désirant elle-même bénéficier des possibilités d'évasion fiscale propres à ce type de territoire (secret bancaire, entités juridiques de type trust, etc.). Le Conseil d'Etat a jugé que, « *eu égard, d'une part, à l'activité en cause et, d'autre part, aux particularités du territoire d'implantation, dont la réglementation bancaire et fiscale ainsi que le système juridique étaient en effet susceptibles d'attirer les clients de la banque* », la société apportait la preuve que l'implantation, en l'espèce à Guernesey, n'avait pas principalement pour objectif d'échapper à l'impôt français en justifiant de l'effectivité de l'activité en cause et en faisant valoir que cette implantation avait pour finalité le développement de l'activité de banque privée auprès d'une clientèle internationale<sup>259</sup>. Ainsi, la circonstance que l'implantation de la banque dans un paradis fiscal est motivée par une stratégie reposant sur la facilitation de l'évasion fiscale des clients, même français, ne fait pas obstacle au bénéfice de la clause de sauvegarde puisque l'objectif reste, pour la banque, un objectif économique.
209. S'agissant de la « sous-condition » à laquelle la clause de sauvegarde est réputée remplie, la notion d'« activité industrielle ou commerciale » est relativement large : ont été regardées comme telles une activité de gestion de trésorerie, exercées par une filiale implantée à Hongkong et consistant à placer dans des titres obligataires coréens des devises locales détenues par d'autres entités du groupe implantées en Asie du Sud-Est<sup>260</sup>, ainsi qu'une activité de banque privée internationale d'une sous-filiale d'une banque française établie à Guernesey consistant en la collecte de fonds de clients particuliers internationaux<sup>261</sup>.
210. Il faut noter que, contrairement au texte antérieur à 2005, la « sous-condition » n'exige plus que les opérations soient réalisées de façon prépondérante sur le marché local<sup>262</sup> : elle est donc

---

<sup>257</sup> Entre 2005 et 2012, la loi de finances pour 2005 avait prévu une rédaction plus complexe, dans laquelle le contribuable devait démontrer que les bénéficiaires étrangers « *proviennent d'une activité industrielle ou commerciale effective exercée sur le territoire de l'Etat* » étranger ou, mais dans certains cas seulement, que l'implantation a principalement un effet autre que fiscal.

<sup>258</sup> CE 2 février 2012, *Sté Sonepar*, n° 351600, RJF 5/12 n° 505, concl. P. Collin BDCF 5/12 n° 63 ; CE 28 novembre 2012, *Sté BNP Paribas et min. c. BNP Paribas*, n° 338682, RJF 2/13 n° 138, chr. E. Bokdam p. 107, concl. F. Aladjidi BDCF 2/13 n° 17.

<sup>259</sup> CE 30 décembre 2015, *min. c. Sté Paribas International*, n° 372522, RJF 3/16 n° 225, chr. N. Labrune p. 269, concl. E. Bokdam p. 370.

<sup>260</sup> CE 28 novembre 2012, *Sté BNP Paribas et min. c. BNP Paribas*, n° 338682, RJF 2/13 n° 138, chr. E. Bokdam p. 107, concl. F. Aladjidi BDCF 2/13 n° 17.

<sup>261</sup> CE 28 novembre 2012, *min. c. Sté BNP Paribas*, n° 341127, RJF 2/13 n° 138, chr. E. Bokdam p. 107, concl. F. Aladjidi BDCF 2/13 n° 17.

<sup>262</sup> Le Conseil d'Etat avait jugé que, en tant qu'elle autorise une dérogation à la règle de droit commun, la notion de « marché local » devait être interprétée strictement : CE 28 novembre 2012, *Sté BNP Paribas et min. c. BNP Paribas*, n° 338682, RJF 2/13 n° 138, chr. E. Bokdam p. 107, concl. F. Aladjidi BDCF 2/13 n° 17.

applicable même si les clients ne sont pas établis dans le pays d'implantation et, en particulier, s'ils sont français. Seule compte la réalité de l'activité sur place.

211. L'article 209 B reste donc applicable même en l'absence de montage artificiel, dès lors que l'implantation à l'étranger répond à un objet principalement fiscal (et non exclusivement fiscal).

### 3.6. La dissuasion des investissements et opérations financières dans un Etat ou territoire non coopératif (ETNC)

212. Dans le cadre de l'offensive lancée par le G20 et l'OCDE en 2008-2009 contre les paradis fiscaux, et dans l'objectif de **dissuader les entreprises soumises à l'IS de faire verser certains produits de source française (dividendes, revenus immobiliers, redevances, etc.) à des structures établies dans de tels Etats**, la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 (art. 22) a créé, à l'**article 238-0 A du CGI**, une nouvelle notion, celle d'« Etats et territoires non coopératifs ».

#### 3.6.1. Les Etats et territoires concernés sont aujourd'hui très peu nombreux

213. En vertu de cet article, figurent sur cette « liste » les Etats et territoires qui remplissent, au 1<sup>er</sup> janvier 2010, quatre conditions cumulatives :

- ◆ ne pas être membre de l'UE ;
- ◆ faire l'objet d'un examen par l'OCDE au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale ;
- ◆ ne pas avoir conclu avec la France une convention fiscale d'assistance administrative permettant l'échange de renseignements ;
- ◆ ne pas avoir signé avec au moins douze Etats ou territoires une telle convention.

214. Cette liste, fixée par un arrêté ministériel du 12 février 2010, est mise à jour chaque année pour prendre en compte les nouvelles conclusions de conventions internationales ainsi que les conclusions de l'examen réalisé par l'OCDE, mais aussi afin d'y ajouter les Etats et territoires ayant certes conclu avec la France une convention d'assistance administrative mais dont les stipulations ou la mise en œuvre n'ont pas permis à l'administration fiscale d'obtenir les renseignements nécessaires à l'application de la législation fiscale française.

215. **La liste, qui comprenait à l'origine 18 Etats et territoires, n'en compte aujourd'hui plus que 7 : le Botswana, Brunei, le Guatemala, les îles Marshall, Nauru et Niue** (île du Pacifique Sud associé à la Nouvelle Zélande) et, depuis un arrêté du 8 avril 2016, **Panama**<sup>263</sup>.

216. Ainsi, **cette liste, vu ses critères restrictifs, n'épuise pas l'ensemble des « paradis fiscaux »** : un Etat ou territoire est susceptible d'être regardé comme un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée au sens de l'article 238 A, et donc de se voir appliquer par exemple l'article 209 B, alors qu'il n'est pas un ETNC. Cette liste peut néanmoins comprendre des Etats ayant conclu une convention fiscale avec la France, mais qui n'appliquent pas suffisamment ses stipulations en matière d'assistance administrative : c'est le cas du Botswana.

217. Le législateur avait entendu, par la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (art. 57) élargir la définition figurant à l'article 238-0 A afin d'y inclure les Etats non membres de l'UE qui refusent de mettre en place

---

<sup>263</sup> Cet ajout sera applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017 en application du 3 de l'article 238-0 A du CGI.

un échange automatique d'informations avec la France, mais le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition pour rupture d'égalité devant les charges publiques, au motif qu'elle était susceptible de s'appliquer à un grand nombre d'Etats et de territoires et qu'en l'état, les conséquences qui résultent des nouveaux critères revêtaient, pour les entreprises qui y ont une activité, un caractère disproportionné<sup>264</sup>.

### 3.6.2. Les revenus versés vers ou depuis ces territoires font l'objet d'une imposition dissuasive

218. La qualification d'ETNC emporte plusieurs conséquences fiscales.
219. En premier lieu, les taux des différentes **retenues à la source** examinées au point 1.4 sont majorés lorsque le bénéficiaire des revenus de source française en cause est établi dans un ETNC. Sont ainsi **portés à 75 %** :
- ◆ la retenue à la source du **2 de l'article 119 bis** du CGI sur les **bénéfices distribués** par des sociétés établies en France et payés dans un ETNC (2 de l'article 187 du CGI) ;
  - ◆ la retenue à la source prévue à l'**article 182 B** du CGI (**redevances de propriété intellectuelle et rémunérations de prestations** notamment<sup>265</sup>) sauf, s'agissant des rémunérations de prestations fournies en France, si le débiteur apporte la preuve que ces sommes correspondent à des opérations réelles qui ont principalement un objet et un effet autres que de permettre leur localisation dans un ETNC ;
  - ◆ la retenue prévue à l'**article 244 bis** du CGI sur les **profits immobiliers habituels** (plus-values réalisées par les marchands de biens et lotisseurs : cf. point 1.4.1) ;  
En revanche, la majoration de la retenue à la source sur les autres plus-values immobilières, prévue à l'article 244 bis A, s'est heurtée à la censure du Conseil constitutionnel, au motif que le taux forfaitaire de 75 % avait pour effet, une fois pris en compte les contributions sociales applicables, à 90,5 % le taux d'imposition des plus-values en cause, soit une charge excessive au regard de la capacité contributive<sup>266</sup>.
  - ◆ la retenue prévue à l'**article 244 bis B** du CGI sur les **plus-values de cession de droits sociaux** de sociétés françaises (cf. point 1.4.2) : contrairement au régime de droit commun, qui exige que les droits sociaux dans les bénéfices de la société française représentent au moins 25 % de ces bénéfices pour que la retenue à la source s'applique, aucun seuil de détention ne s'applique lorsque la plus-value est réalisée par une personne établie dans un ETNC.
220. De surcroît, comme indiqué au point 1.4.4, une retenue à la source au taux de 75 % est applicable aux **intérêts** payés à un bénéficiaire établi dans un ETNC (**III de l'article 125 A** du CGI), alors qu'aucune retenue n'est plus appliquée depuis 2009 lorsque le bénéficiaire est établi dans un Etat autre qu'un ETNC. Néanmoins, le débiteur peut y échapper s'il démontre que les opérations auxquelles correspondent ces intérêts ont principalement un objet et un effet autres que de permettre leur localisation dans un ETNC.
221. En deuxième lieu, pour dissuader les entreprises françaises de prendre des participations dans des sociétés établies dans des ETNC, la loi du 30 décembre 2009 a prévu que :

---

<sup>264</sup> CC 2013-679 DC du 4 décembre 2013, RJF 2/14 n° 173, point 51.

<sup>265</sup> S'agissant des prestations artistiques visées à l'article 182 A bis du CGI, le taux de la retenue est majoré à 50 %, contre 15 % en principe.

<sup>266</sup> CC 2014-708 DC du 29 décembre 2014, *LFR pour 2014*, RJF 3/15 n° 244, cons. 37 à 40.

- ◆ **le régime des sociétés mères est inapplicable aux dividendes provenant d'une filiale établie dans un ETNC** (en application du 6, d) de l'article 145 du CGI) ;
  - ◆ **l'application du régime favorable d'imposition des plus-values à long terme, prévu à l'article 39 *duodecies* du CGI, est exclue lorsque les plus-values résultent de la cession de titres de sociétés établies dans un ETNC** (2, c de l'article 39 *duodecies* et a *sexies-0 ter* de l'article 219).
222. Toutefois, l'inapplicabilité tant du régime des sociétés mères que de celui des plus-values à long terme peut être combattue par le contribuable s'il apporte la preuve que la prise de participation dans une société établie dans un ETNC correspond à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices dans un tel Etat ou territoire. C'est en effet à cette condition que le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions conformes au principe d'égalité devant les charges publiques<sup>267</sup>. Cette **clause de sauvegarde** a d'ailleurs été explicitement reprise dans le texte de l'article 145 s'agissant du régime mère-fille par la loi du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015 (art. 29). Le Conseil d'Etat a jugé illégale les dispositions d'une instruction qui ne rappelaient pas l'existence de cette clause de sauvegarde en ce qui concerne l'exonération des plus-values de cession sur titres de participation<sup>268</sup>.
223. Même s'il ne l'a pas encore jugé, il paraît logique que cette même clause de sauvegarde doive également s'appliquer s'agissant des retenues à la source qui ne la prévoient pas encore explicitement (119 bis 2, 244 bis, 244 bis B).
224. Enfin, certaines dispositions anti-évasion s'appliquent dans des conditions plus strictes<sup>269</sup>.

### 3.7. L'application des règles anti-abus transversales

#### 3.7.1. Certains transferts de bénéfices sont qualifiables d'acte anormal de gestion

225. D'origine jurisprudentielle, la théorie de l'acte anormal de gestion permet à l'administration de remettre en cause les conséquences tirées par une entreprise, sur son résultat imposable, d'actes qui sont dépourvus de contreparties utiles pour l'exploitation. Il s'agit donc d'actes qui sont, en raison de leur objet ou de leurs modalités, étrangers à une gestion commerciale normale.
226. Sur ce fondement, peuvent être remis en cause non seulement la déduction de charges anormales, mais aussi un renoncement à percevoir une recette (cas de l'abandon de créance ou de l'avance sans intérêts notamment).

---

<sup>267</sup> CC 2014-437 QPC du 20 janvier 2015, *Afep et autres*, RJF 4/15 n° 346.

<sup>268</sup> CE 8 juin 2016, *AFEP et autres*, n° 383259, concl. E. Crepey.

<sup>269</sup> En premier lieu, pour l'application de l'article 57 du CGI, depuis la loi du 8 août 2014 de finances rectificative pour 2014 (art. 19), la condition de dépendance n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies ou constituées dans un ETNC. En second lieu, l'article L. 13 AB du LPF prévoit que, lorsque l'entreprise réalise des transactions avec des entreprises liées établies dans un ETNC, la documentation sur les prix de transfert doit comprendre, pour chacune de ces entreprises, l'ensemble des documents comptables qui seraient exigés si elle était passible de l'IS. En dernier lieu, pour l'application de l'article 238 A, la preuve mise à la charge du contribuable pour admettre la déduction du paiement acquitté dans un paradis fiscal est durcie si le bénéficiaire du versement est établi dans un ETNC : dans ce cas, il doit, en plus de la preuve de la réalité et du caractère normal des opérations en cause, démontrer que celles-ci « *ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans* » un tel Etat ou territoire.

227. Comme indiqué dans les développements précédents de ce rapport (cf. notamment point 1.2.2), la théorie de l'acte anormal de gestion permet de contrer certains transferts de bénéfices à l'étranger, même si son objet est plus large puisqu'elle s'applique y compris aux relations purement internes. L'**annexe VII** présente les différentes hypothèses où il est susceptible de s'appliquer : il s'agit par exemple des **prêts sans intérêts ou abandons de créance** accordés à une société établie à l'étranger (sauf s'il apparaît qu'en consentant de tels avantages, l'entreprise a agi dans son intérêt), de la **prise en charge de frais n'incombant pas à l'entreprise française** lorsqu'elle n'est pas dans l'intérêt de cette entreprise, de **prix d'achat anormalement élevés ou de prix de vente anormalement bas** ou encore de la renonciation à percevoir des redevances.

### 3.7.2. La répression de l'abus de droit permet d'écarter montages purement artificiels dont l'unique but est d'échapper à l'impôt français

228. D'origine jurisprudentielle également<sup>270</sup>, la théorie de l'abus de droit est l'autre règle générale à laquelle l'administration peut avoir recours pour réintégrer un transfert abusif de bénéfices à l'étranger. Elle a trouvé un fondement législatif avec une loi du 13 janvier 1941, aujourd'hui codifiée à l'article L. 64 du LPF.

229. En application de cet article, la théorie de l'abus de droit permet à l'administration d'écarter deux types d'opérations, dont elle refuse alors de tirer des conséquences fiscales :

- ◆ les actes ayant un caractère fictif (**abus de droit par fictivité**) ;
- ◆ les opérations qui, « *recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, [] n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* » (**abus de droit par fraude à la loi**)<sup>271</sup>.

230. Si l'administration se fonde sur cette seconde branche, deux critères doivent donc être réunis : l'**objectif exclusivement fiscal** poursuivi par le contribuable et l'**application littérale des textes à l'encontre de leur esprit**<sup>272</sup>.

231. L'**annexe VII** présente les cas d'application, dans la jurisprudence, de l'abus de droit à des montages visant au transfert de bénéfices à l'étranger.

232. Les rectifications fondées sur l'article L. 64 du LPF sont assorties d'une **majoration de 80 %** du montant de l'impôt éludé en application de l'article 1729 du CGI (40 % lorsque le contribuable n'a pas eu l'initiative principale de l'acte constitutif d'un abus de droit).

---

<sup>270</sup> Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour de cassation, sans dénier aux contribuables le droit de choisir la voie la moins onéreuse sur le plan fiscal, autorisait l'administration à procéder à des requalifications « *lorsque la substance d'un acte aussi bien que ses conséquences nécessaires et immédiates protestent contre la qualification que les contractants lui ont donnée, et qu'il ressort de l'économie de ses dispositions qu'elles ont été combinées en vue de dissimuler une autre nature de contrat qu'on voulait soustraire au droit déterminé par la loi fiscale* » (Cass. civ. 20 août 1867, D.P. 1867, 1, 337). De même, le Conseil d'Etat a adopté dans l'entre-deux-guerres, sans aucun texte, la même attitude que la Cour de cassation (CE 12 décembre 1930, Lebon p. 1063).

<sup>271</sup> Cette branche de l'abus de droit, par fraude à la loi, ne figure dans le texte de l'article L. 64 que depuis l'intervention de la loi du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 (art. 35), qui codifie la jurisprudence issue en particulier d'une décision CE Sect. 27 septembre 2006, *Sté Janfin*, n° 260050, RJF 12/06 n° 1583, chr. Y Bénard p. 1083, concl. L. Olléon BDCF 12/06 n° 156.

<sup>272</sup> Cf. par exemple CE 28 février 2007, *min. c. Persicot*, n° 284565, RJF 5/07 n° 599, concl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61.

233. **Le législateur avait tenté, en loi de finances pour 2014 (art. 100), d'assouplir la définition de l'abus de droit par fraude à la loi** en substituant l'exigence d'un motif *principalement* fiscal à celle de l'objectif *exclusivement* fiscal. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel, au motif que, compte tenu des conséquences attachées à la procédure de l'abus de droit fiscal (majoration de 80 %), le législateur ne pouvait prévoir un tel élargissement de la définition de l'abus de droit sans méconnaître le principe de légalité des délits, qui lui fait obligation de fixer le champ d'application de la loi pénale en des termes suffisamment clairs et précis, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui lui impose d'adopter des formules non équivoques<sup>273</sup>.

---

<sup>273</sup> CC 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *LFI pour 2014*, RJF 3/14 n° 267.

#### **4. L'application des règles nationales et conventionnelles ne permet pas d'imposer l'ensemble des bénéfices issus d'une activité en France ainsi que les revenus passifs de source française**

234. L'imposition à l'IS de l'ensemble des bénéfices taxables en France se heurte à trois limites :
- ◆ pour certaines activités, liées notamment à l'économie numérique, il n'est pas possible d'identifier un établissement stable auquel rattacher des bénéfices qui, pourtant, ont été réalisés au moins en partie en France (au sens où une part de la chaîne de valeur fait intervenir des acteurs situés en France) ;
  - ◆ même lorsqu'ils détiennent un établissement stable, voire une filiale, implantés en France, les groupes internationaux parviennent à minorer artificiellement leurs bénéfices imposés en France car les règles anti-évasion décrites dans la partie 3 voient leur efficacité limitée par les conventions fiscales, le droit de l'Union et la Constitution ;
  - ◆ enfin, les conventions fiscales ainsi que les directives européennes font souvent obstacle au prélèvement par la France de retenues à la source sur les revenus passifs de source française perçus par des sociétés étrangères, même si l'effet de ces règles sur les finances publiques doit être relativisé puisque la France en bénéficie lorsqu'elles limitent les retenues à la source prélevées par les autres Etats sur les revenus de source étrangère perçus par les sociétés françaises.

#### **4.1. L'apparition de nouvelles formes d'activité économique, liées notamment à l'économie numérique, rend très difficile le rattachement de certains bénéfices issus d'une activité en France à un établissement stable français**

235. On a vu que l'importance prise par l'immatériel dans l'économie rend plus aisée la manipulation des prix de transfert par les groupes internationaux, en l'absence de valeurs de références quant aux redevances d'utilisation d'actifs tels qu'une marque ou un brevet.
236. Mais la montée en puissance de l'économie de l'immatériel a une conséquence plus radicale encore. Le **rapport sur la fiscalité de l'économie numérique établi en janvier 2013 par Pierre Collin et Nicolas Colin<sup>274</sup>** a montré que, dans ce nouveau pan de l'économie qui est apparu, couramment dénommé « économie numérique », les sociétés peuvent exercer une activité économique auprès de millions de clients, ou du moins d'utilisateurs, d'un territoire donné, sans y détenir aucune installation matérielle ni y employer de salariés. Leur modèle économique repose en effet sur la création de valeur à partir de l'exploitation de données, qui sont collectées via un « travail gratuit » des utilisateurs où qu'ils soient situés. Cela rend possible un découplage entre le lieu d'établissement de l'entreprise et le lieu de la consommation ou, plus globalement, de la réalisation de valeur.
237. **Cette évolution rend inadaptés les concepts du droit fiscal, tant national qu'international.**
238. D'une part, il n'est pas certain que le principe de territorialité du droit français permette d'identifier une « entreprise exploitée en France » par une société qui se borne à collecter des données sans disposer en France d'établissement autonome ni de représentants. Certes, la notion inclut également l'hypothèse du « cycle complet d'activité », qui pourrait s'appliquer aux opérations de commerce électronique. Comme indiqué au point 2.2.1, en ce sens, dans une

---

<sup>274</sup> Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, rapport au ministre de l'économie et des finances, au ministre du redressement productif, au ministre délégué chargé du budget et à la ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique.



décision ancienne, le Conseil d'Etat a jugé que dispose d'une entreprise exploitée en France une société étrangère qui recueille des ordres d'annonces publicitaires émanant de clients français et destinées à être diffusées en France par radio à destination d'auditeurs français<sup>275</sup>. Néanmoins la jurisprudence pourrait exiger, comme le font certains arrêts (cf. ci-dessus), que de telles opérations puissent être regardées comme détachables de l'activité réalisée au siège de la société, ce qui ne sera pas nécessairement le cas pour les entreprises de l'économie numérique.

239. D'autre part et surtout, **le concept d'établissement stable sur lequel repose le modèle de convention OCDE est inadapté**. La définition de l'établissement stable comme « installation fixe d'affaires », qui suppose la présence de locaux et de personnels, a été pensée dans l'après-guerre pour une économie matérielle.
240. Ces limites éclairent d'un jour nouveau l'extension de la définition stable aux prestations de services défendue par les pays en développement et traditionnellement rejetée par les pays développés, qui sont le plus souvent exportateurs nets de prestation de services. En effet, on peut se demander si cette stipulation du modèle ONU, qui porte de manière générale sur toute « *fourniture, par une entreprise, de service (...) par l'intermédiaire d'employés ou autre personnel engagés par l'entreprise à cette fin, mais seulement si des activités de cette nature se poursuivent (pour le même projet ou un projet connexe) dans un Etat contractant pour une période [de plus de 6 mois par an]* » (art. 5 § 3 b du modèle de l'ONU) ne pourrait s'appliquer à l'activité de certaines entreprises numériques. La référence à un « *même projet ou un projet connexe* », clairement pensée pour une prestation de services ponctuelle, pose toutefois problème. En outre, la formulation retenue par les commentaires OCDE, qui exige la présence de personnels dans l'autre Etat, est encore plus limitée.
241. **Il est donc indispensable de mener une réflexion sur le concept même d'établissement stable**, réflexion qu'engageait le rapport rendu par P. Collin et N. Colin, mais **qui n'a pas été réellement approfondie par les travaux menés par l'OCDE dans le cadre du plan « BEPS »** (cf. point 5.4). C'est d'autant plus urgent que, comme le montre ce rapport, cette transformation ne se cantonne pas à certains secteurs de l'économie mais gagne tous les secteurs de l'économie, les entreprises de l'économie numérique s'insérant dans certains maillons des chaînes de valeur en captant une partie des marges des grandes industries.

#### **4.2. Les conventions fiscales peuvent faire obstacle à la soumission à l'IS de bénéficiaires qui auraient été imposables en France, en particulier des revenus de source française**

242. Les conventions fiscales peuvent retirer à la France le pouvoir aussi bien d'imposer certains revenus, en particulier l'imposition par la voie de retenue à la source (4.2.1), que d'appliquer les différentes dispositions anti-évasion (4.2.2). Cela ne poserait pas réellement problème si cela ne donnait pas lieu à des pratiques de « *treaty shopping* », consistant, pour un groupe international, à faire remonter des bénéficiaires réalisés en France à une société établie dans un paradis fiscal via une société intermédiaire établie dans un Etat conventionné avec la France dans le seul objectif de bénéficier des stipulations de la convention applicable (4.2.3). Or les conventions fiscales n'y remédient encore qu'imparfaitement (4.2.4).

---

<sup>275</sup> CE 13 juillet 1968, n° 66503.

#### 4.2.1. Les conventions retirent à la France son pouvoir d'imposer certains revenus, et en particulier d'appliquer les retenues à la source prévues par la loi

243. Comme indiqué dans l'encadré 8, si les conventions peuvent rendre imposable en France un revenu qui aurait échappé à l'IS en application du principe de territorialité, il est toutefois plus fréquent qu'elles aient pour effet de retirer à la France (comme à l'autre Etat partie) le pouvoir d'imposer certains revenus, dans l'objectif d'éviter une double imposition. En particulier, les différentes retenues à la source examinées au point 1.4, qui visent à imposer en France certains revenus de source française même en l'absence d'entreprise exploitée en France, peuvent être rendues inapplicables par la convention fiscale applicable.
244. Tout dépend alors des stipulations applicables au type de revenu en cause : le pouvoir d'imposer de la France peut être plus ou moins affecté, selon **trois cas de figure**.
- ◆ **Dans le premier cas, la France peut conserver intégralement son pouvoir d'imposer le revenu de source française en cause.**
245. C'est bien sûr le cas des **bénéfices** au sens de l'article 7 du modèle de l'OCDE réalisés en France par l'intermédiaire d'un établissement stable, auquel ils sont imputables.
246. S'agissant des revenus qui ne sont pas imputables à un établissement stable, c'est le cas des **revenus immobiliers** soumis à l'IS en application des articles 209 et 164 B combinés du CGI (cf. point 1.4.1) et de la **retenue à la source sur les plus-values immobilières** (art. 244 *bis* et 244 *bis* A du CGI) : les conventions fiscales, si elles suivent le modèle OCDE (respectivement art. 6 et art. 13 § 1) prévoient que ces revenus et plus-values sont imposables dans l'Etat où se situe l'immeuble (cf. points 2.3.1 et 2.3.2).
- ◆ **A l'extrême inverse, la France peut perdre intégralement son pouvoir d'imposer le revenu de source française.**
247. C'est d'abord le cas lorsqu'un bénéfice est réalisé par une entreprise exploitée en France qui ne peut pas être qualifiée d'établissement stable au sens conventionnel (cas notamment du cycle commercial complet).
248. C'est aussi le cas en principe des **plus-values autres qu'immobilières** (art. 13 du modèle OCDE sur les gains en capital), et notamment de la **retenue à la source de 45 % sur les plus-values de cession de droits sociaux** réalisés par une société étrangère détenant au moins 25 % du capital de la société française (art. 244 *bis* B du CGI : cf. point 1.4.2), sauf lorsque la convention fiscale ne respecte pas l'article 13 du modèle OCDE et prévoit, comme l'exige la France dans sa politique conventionnelle<sup>276</sup>, une stipulation conservant la possibilité d'appliquer cette retenue.
- ◆ **Dans l'hypothèse intermédiaire, le pouvoir d'imposer de la France se voit limité, le taux de retenue à la source étant plafonné par la convention.**
249. C'est le cas des **dividendes** (à moins que la participation génératrice des dividendes se rattache à un établissement stable situé en France) : la **retenue à la source prévue par l'article 119 bis, 2**, en principe au taux de 30 %, est plafonnée à 15 % (si la convention est conforme à l'article 10 du modèle OCDE), voire à 5 % si la société étrangère détient directement au moins 25 % du capital de la société distributrice. En outre, comme indiqué au point 2.3.3, de nombreuses conventions conclues par la France vont plus loin, en prévoyant une exonération totale dans l'Etat de la source, avec un seuil de détention fixé le plus souvent à 10 % du capital de la société distributrice.

---

<sup>276</sup> Cf. conventions conclues notamment avec les pays suivants : Italie, Pays-Bas, Espagne, Argentine, Nouvelle-Zélande, Norvège, Russie, Chine.

250. C'est aussi le cas des **revenus réputés distribués** lorsque la convention applicable les assimile explicitement aux dividendes ; dans le cas contraire, la jurisprudence les rattache aux « autres revenus » qui, en application de la clause-balai généralement stipulée dans la convention, ne sont pas imposables dans l'Etat de la source (cf. encadré 11). C'est en particulier le cas de la **retenue à la source prévue par l'article 115 quinquies du CGI** sur les bénéfices réalisés en France par des sociétés étrangères et réputés distribués à des associés établis à l'étranger<sup>277</sup>.
251. Enfin, c'est le cas des **redevances** lorsque la convention applicable suit non pas le modèle OCDE, qui exclut l'imposition dans l'Etat de la source, mais le modèle ONU, qui prévoit un partage d'imposition (cf. point 2.3.4) : la **retenue à la source de l'article 182 B** s'applique mais se voit plafonnée par la convention, le plus souvent à 5 ou 10 %<sup>278</sup>.
252. S'agissant des intérêts, on a vu (point 1.4.4) que le CGI ne prévoit plus de prélèvement à la source que pour les Etats et territoires non coopératifs, lesquels, en général ne sont pas conventionnés avec la France (à l'exception du Botswana).

#### **Encadré 14 : L'incidence des clauses de non-discrimination sur la soumission à l'IS des organismes étrangers sans but lucratif**

Les conventions fiscales comprennent en général une **clause de non-discrimination**, comme le prévoit l'article 24 du modèle OCDE, en application de laquelle les « nationaux » d'un Etat cocontractant ne peuvent être soumis dans l'autre Etat à une imposition plus lourde que celle à laquelle seraient assujettis les nationaux de cet autre Etat qui se trouvent dans la même situation.

Cette clause est fréquemment invoquée pour faire obstacle à l'imposition en France, même lorsque les autres stipulations de la convention donnent à la France le pouvoir d'imposer, dans l'hypothèse où la société étrangère bénéficiaire du revenu serait exonérée d'IS à raison de ce revenu si elle avait son siège en France.

La jurisprudence ne fait toutefois droit à cette argumentation que lorsque la disposition nationale contestée induit une discrimination en fonction de la nationalité, seule prohibée par ces clauses. Ainsi, s'agissant de la retenue à la source applicable aux marchands de biens, qui pèse sur les personnes « *qui n'ont pas d'établissement en France* » (art. 244 bis du CGI), la clause de non-discrimination ne fait pas obstacle à son application à une personne morale puisque la différence de traitement ainsi instaurée n'est pas fondée sur la nationalité, qui dépend du seul siège social<sup>279</sup>.

En revanche, lorsque la disposition nationale ne s'applique qu'aux personnes ayant leur siège social à l'étranger, la jurisprudence retient l'existence d'une discrimination fondée sur la nationalité. Ainsi, il a été jugé<sup>280</sup> qu'un fonds de pension étranger à but non lucratif ne peut être soumis à la retenue à la source prévue à l'article 244 bis A, sur les plus-values immobilières réalisées à titre occasionnel par les sociétés « *dont le siège social est situé hors de France* », sans méconnaître cette clause de non-discrimination, dès lors qu'un organisme français sans but lucratif gérant un régime de retraite ne serait pas assujetti à l'IS sur cette plus-value (en application des 1° et 5° de l'article 206 du CGI).

<sup>277</sup> Cf., pour l'application de la convention franco-polonaise : CE 31 janvier 2001, *SA Bank Polska Kasa Opieki*, n° 199543, RJF 4/01 n° 489, concl. G. Bachelier BDCF 4/01 n° 54.

<sup>278</sup> Si les conventions conformes au modèle ONU sur ce point sont majoritaires, elles prévoient toutefois fréquemment une exception s'agissant des redevances de droit d'auteur, qui ne peuvent être imposées que dans l'Etat du bénéficiaire (cf. 2.3.4).

<sup>279</sup> CE 15 décembre 2004, *min. c. Sté de promotion écologique*, n° 257337, RJF 3/05 n° 261, concl. L. Olléon p. 147, pour l'application de la convention franco-suisse. De même, la retenue à la source prévue par l'article 182 B n'est pas contraire à la clause de non-discrimination dès lors qu'elle s'applique aux sommes versées à des personnes « *qui n'ont pas [en France] d'installation professionnelle permanente* » et qu'une société française pourrait ne disposer en France d'aucune installation professionnelle permanente et exercer ses activités par l'intermédiaire d'installations implantées à l'étranger, la retenue s'appliquant alors aux sommes versées à ces installations (CE 28 mars 2008, *SARL TBF*, n° 281405, RJF 6/08 n° 714, concl. C. Landais BDCF 6/08 n° 79).

<sup>280</sup> CAA Paris 6 décembre 2007, *min. c. Fondation Stichting Unilever Pensioenfond Progress*, n° 06-3370, RJF 6/08 n° 409 ; Cf. aussi, s'agissant d'un musée, CE 5 juillet 2010, *Pinacothèque d'Athènes*, n° 309693,

Cette jurisprudence a été contestée<sup>281</sup> dans la mesure où elle revient de fait à prohiber une discrimination fondée sur la résidence. Mais le Conseil d'Etat, comme la Cour de cassation avant lui<sup>282</sup>, juge que pour les personnes morales, siège et résidence se confondent.

Toutefois, certaines conventions récemment négociées ou renégociées excluent l'application des clauses de non-discrimination aux personnes morales<sup>283</sup> et précisent souvent, dans la clause de non-discrimination, qu'une personne résidente d'un Etat contractant ne se trouve pas dans la même situation qu'une personne qui n'en est pas résidente, et ce quelle que soit la définition de la nationalité<sup>284</sup>.

#### 4.2.2. Les règles anti-évasion ayant été souvent réformées, il est rare que les conventions s'opposent encore à leur application

253. Les conventions fiscales sont également susceptibles de faire obstacle à l'application des dispositions « anti-évasion » décrites dans la partie 3. Pour déterminer si c'est le cas, **tout dépend non seulement des stipulations conventionnelles applicables, mais aussi de la rédaction de la disposition nationale** puisque, conformément au principe dit de « subsidiarité » des conventions fiscales, c'est en fonction de la qualification donnée par le droit interne aux revenus en cause qu'il faut rechercher si les stipulations pertinentes de la convention font obstacle à l'imposition (cf. encadré 8).
254. Ce point essentiel est illustré par les solutions opposées retenues par le Conseil d'Etat sur la contrariété avec les conventions fiscales de l'article 209 B et de l'article 155 A du CGI.
255. L'article 209 B, dans sa rédaction antérieure à 2006, frappait les « *résultats bénéficiaires de la société étrangère* » détenue par une entreprise française<sup>285</sup>. Dans l'affaire *Schneider Electric*<sup>286</sup>, le commissaire du gouvernement S. Austray proposait au Conseil d'Etat dans ses conclusions, en se fondant sur les travaux préparatoires de la loi de finances pour 1980 dont elle est issue, de considérer que cette disposition imposait non pas des bénéfices de la société étrangère, qui relèveraient dès lors de l'article 7 de la convention (modèle OCDE), mais la non-distribution délibérée de bénéfices à la société mère française. Dès lors que la qualification de distribution était retenue, seule la clause-balai de la convention franco-suisse était selon lui applicable (son article 11 sur les dividendes n'assimilant pas les bénéfices distribués aux dividendes). Or cette clause balai prévoit bien l'imposition dans l'Etat de résidence de la société percevant les revenus distribués : elle ne faisait donc pas obstacle à l'application de l'article 209 B. Cette

---

RJF 11/10 n° 1092, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 11/10 n° 122 ; et, s'agissant d'une association de droit anglais, CE 24 janvier 2014, *Association SIL*, n° 331071, RJF 4/14 n° 341, concl. C. Legras BDCF 4/14 n° 44.

<sup>281</sup> Cf. les conclusions de C. Legras sous la décision *Association SIL* mentionnée ci-dessus. Cette solution tient pour dépourvus d'incidence les commentaires de l'OCDE qui précisent pourtant que la clause de non-discrimination n'implique pas « *qu'un Etat accordant des avantages fiscaux spéciaux à des établissements privés n'ayant pas un but lucratif et dont l'activité s'exerce pour des fins d'utilité publique qui lui sont propres, soit tenu de faire bénéficier des mêmes avantages les établissements similaires dont l'activité n'est pas appelée à lui bénéficier.* »

<sup>282</sup> Cf. Cass. com. 28 février 1989 n° 87-12015 (n° 328 P), *Anglo Swiss Land and Building*, et Cass. ass. plén. 21 décembre 1990 n° 88-15744 (n° 322 P), *SA Roval*, RJF 1/91 n° 106.

<sup>283</sup> Cf. par exemple la convention franco-américaine du 31 août 1994, art. 25.

<sup>284</sup> Cf. par exemple la convention franco-kenyane du 4 décembre 2007, ou la convention franco-américaine du 31 août 1994 (cf. TA Cergy-Pontoise 9 décembre 2010, *Colombus Extension Company*, n° 0700580).

<sup>285</sup> Entre 1993 et 2006, dans une version du texte postérieure à celle examinée dans l'affaire *Schneider Electric*, le I bis de l'article 209 précisait même que le résultat bénéficiaire de l'entreprise étrangère « *est réputé constituer un résultat de* » la personne morale soumise à l'IS.

<sup>286</sup> CE Ass. 28 juin 2002, *min. c. Sté Schneider Electric*, n° 232276, RJF 10/02 n° 1080, concl. S. Austray BDCF 10/02 n° 120, chr. L. Olléon p. 755.

conclusion rejoignait celle de l'OCDE, qui considère que les dispositifs de type SEC « n'ont pour effet que de taxer un dividende présumé » et que dès lors, « cette imposition reste parfaitement dans les limites des droits d'imposition reconnus au pays de résidence du contribuable »<sup>287</sup>.

256. Le Conseil d'Etat, statuant dans sa plus haute formation, n'a pas suivi ce raisonnement. Se fondant sur la lettre de l'article 209 B, il a jugé « *qu'il ressort des termes mêmes [de ces] dispositions qu'elles ont pour objet de permettre l'imposition en France des bénéfices résultant de l'exploitation d'une société établie à l'étranger et non (...) des distributions de bénéfices réputées opérées par cette société étrangère à son actionnaire résidant en France* ». Dès lors que la qualification de bénéfices de la société étrangère est retenue, l'article 7 de la convention s'opposait à l'application de l'article 209 B.
257. Dans une autre affaire<sup>288</sup> où était en cause l'article 155 A du CGI, le Conseil d'Etat s'est là aussi fondé sur la qualification donnée par le texte même de l'article, pour aboutir toutefois au résultat inverse. Après avoir rappelé qu'en application de cet article, « *Les sommes perçues par une personne domiciliée ou établie hors de France en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France sont imposables au nom de ces dernières* », il juge que cette disposition impose non pas les bénéfices réalisés par la société étrangère interposée, mais les sommes versées en rémunération des services rendus par le prestataire. Il en résulte que le prestataire de services imposé sur ce fondement ne peut pas invoquer la convention fiscale conclue entre la France et l'Etat de résidence de la société interposée (en l'espèce britannique).
258. **L'annexe IX analyse la compatibilité des différentes règles anti-évasion prévues par le CGI avec les conventions**, à l'exception de l'article 209 B examiné dans l'encadré ci-après<sup>289</sup>. Elles se répartissent en **trois groupes** : celles que les conventions permettent depuis toujours d'appliquer (art. 57, art. 238 A, art. 155 A), celles qui ont été modifiées dans l'objectif de les rendre compatibles – l'atteinte de cet objectif étant encore incertaine (art. 209 B, art. 212, II), celles qui paraissent *a priori* incompatibles avec les conventions (art. 238 bis-0 I<sup>290</sup>).

---

<sup>287</sup> Rapport adopté le 27 novembre 1986, « Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran », § 45.

<sup>288</sup> CE 28 mars 2008, *Aznavour*, n° 271366, RJF 6/08 n° 629, concl. C. Landais BDCF 6/08 n° 69.

<sup>289</sup> La question de la compatibilité des dispositions spécifiques aux ETNC avec les conventions fiscales ne sera pas étudiée car, à l'exception du Botswana, ces Etats et territoires ne sont pas conventionnés avec la France. Sur la question de la compatibilité de l'application de la théorie de l'abus de droit avec les conventions fiscales, cf. point 4.2.4.

<sup>290</sup> La question de la compatibilité de cet article, qui est d'application très rare en pratique, avec les conventions fiscales ne s'est pas encore posée en jurisprudence. En première analyse, cette disposition, dès lors qu'elle prévoit que l'entreprise soumise à l'IS « *comprend dans son résultat imposable les résultats qui proviennent de la gestion ou de la disposition* » des actifs transférés à l'étranger, doit être confrontée avec l'article conventionnel relatif aux bénéfices. Comme dans l'affaire *Schneider Electric*, c'est la qualification de bénéfice de l'entité juridique étrangère qui est retenue par la loi. Il en résulte qu'en l'absence d'établissement stable français auquel ces bénéfices seraient imputables, la convention fiscale ne permet *a priori* pas d'appliquer cet article.

## Encadré 15 : L'articulation de l'article 209 B du CGI avec les conventions fiscales

A la suite de la décision *Schneider Electric*, l'article 209 B a été modifié, par la loi du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 (art. 104), pour prévoir que, lorsque les bénéfices étrangers sont réalisés par une entité juridique, « ils sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers imposable de la personne morale établie en France »<sup>291</sup>. Le Conseil d'Etat n'a pas encore eu l'occasion de juger si cette nouvelle qualification donnée par la loi remettait en cause la solution *Schneider Electric*. Selon l'administration<sup>292</sup>, par une interprétation qui se réclame d'une stricte application des principes posés par la décision *Schneider*<sup>293</sup>, les revenus imposés par l'article 209 B ne peuvent plus être qualifiés de bénéfices de la société étrangère, mais sont désormais régis par la clause-balai des conventions internationales. Si cette clause est conforme au modèle OCDE, la France conservera le pouvoir d'imposer<sup>294</sup>. Il faut toutefois noter que, comme indiqué dans l'encadré 11, ce ne sera pas toujours le cas puisque plusieurs conventions qualifient désormais expressément les revenus distribués de dividendes. Dans ce cas, si la convention suit le modèle OCDE (art. 10), le dividende présumé est en principe imposable dans l'Etat de résidence du bénéficiaire – donc la France –, qui a la charge de supprimer le cas échéant la double imposition (ce que l'article 209 B prévoit depuis l'origine).

L'article 209 B peut toutefois aussi être appliqué à des bénéfices réalisés non pas par une société étrangère, mais par l'établissement stable étranger d'une société française. La jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la conformité de l'article 209 B aux conventions dans ce cas mais, comme l'indiquait S. Austray dans ses conclusions et comme l'admet d'ailleurs l'administration elle-même<sup>295</sup>, les bénéfices de l'établissement stable ne peuvent être analysés comme une distribution de bénéfices à la société française, et ne peuvent dès lors relever que de l'article 7 du modèle OCDE sur les bénéfices. Cet article prévoyant que les bénéfices d'un établissement stable « sont imposables » dans l'Etat où il est situé (et non qu'ils ne sont imposables que dans cet Etat), la France ne peut les imposer, concurremment avec l'autre Etat, qu'à la condition d'éliminer la double imposition qui en résulte<sup>296</sup>. Quelques conventions, antérieures au modèle OCDE, prévoient toutefois que ces bénéfices ne sont imposables que dans l'Etat de situation de l'établissement stable<sup>297</sup>.

C'est l'une des raisons pour lesquelles la France a engagé, depuis les années 1990, un travail de sécurisation de l'application de l'article 209 B<sup>298</sup> par l'insertion dans les conventions fiscales de stipulations réservant expressément le droit à la France, par dérogation aux autres stipulations, de l'appliquer. Ces clauses figurent le plus souvent dans l'article relatif à l'élimination des doubles impositions<sup>299</sup>, parfois dans un

<sup>291</sup> Cette rédaction est directement inspirée de l'article 123 bis du CGI, qui constitue le pendant de l'article 209 B pour les personnes physiques, et qui prévoit depuis sa création par la loi du 30 décembre 1998 de finances pour 1999 que les bénéfices ou revenus étrangers « sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique » domiciliée en France. Le Conseil d'Etat n'a pas eu l'occasion d'examiner la conformité de cet article avec les conventions fiscales.

<sup>292</sup> BOI-IS-BASE-60-10-10.

<sup>293</sup> Même si l'on pourrait discuter de sa conformité au principe d'application de bonne foi des conventions internationales.

<sup>294</sup> Nous avons vu toutefois que quelques rares conventions, comme la franco-libanaise, ne donnent pas à l'Etat de résidence du bénéficiaire le droit d'imposer les revenus non dénommés.

<sup>295</sup> Même instruction fiscale.

<sup>296</sup> Cf. en ce sens D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 6<sup>e</sup> édition, n° 823.

<sup>297</sup> Il s'agit notamment de la convention franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958 (art. 4) et de la convention franco-belge du 10 mars 1964 (art. 4).

<sup>298</sup> Quelques rares conventions, allant au-delà de la seule réserve de l'article 209 B, prévoient directement que les bénéfices des filiales contrôlées par une société française sont imposables en France, sans même prévoir de clause de sauvegarde : cf. l'article 19, B de la convention conclue avec les Emirats arabes unis le 13 juillet 1990.

<sup>299</sup> Cf. l'article 22 § 1 de la convention conclue avec Hong-Kong le 21 octobre 2010, l'article 23 § 1 a de la nouvelle convention franco-chinoise, ou encore l'article 25, A-1-b de la convention franco-suisse, issu d'un avenant du 22 juillet 1997 (cf. jugeant qu'elle ne fait dès lors plus obstacle à l'application de l'article 209 B : CAA Paris 23 décembre 2010, *SA Nord-Est*, n° 09-497, RJF 4/11 n° 493). En outre, 51 conventions, recensées par une instruction référencée BOI-ANX-000157-20150805, permettent d'imposer les

protocole annexé à la convention. Deux types de stipulations existent : soit la mention expresse de l'application de l'article 209 B du CGI, soit une clause plus générale selon laquelle « *Nonobstant toute autre disposition de la présente Convention les revenus qui sont imposables ou ne sont imposables qu'au Kenya conformément aux dispositions de la Convention sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français lorsqu'ils ne sont pas exemptés de l'impôt sur les sociétés en application de la législation interne française. Dans ce cas, l'impôt kenyan n'est pas déductible de ces revenus, mais le résident de France a droit, sous réserve des conditions et limites prévues aux i) et ii), à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français* » (art. 22 § 1 de la convention franco-kenyane).

Au total, et sous ces différentes réserves, les cas dans lesquels les conventions continuent de s'opposer à l'application de l'article 209 B sont rares.

#### 4.2.3. L'obstacle conventionnel, par nature réciproque, ne poserait pas problème s'il ne donnait lieu à des pratiques de « *treaty shopping* »...

259. La privation par les conventions fiscales du droit de soumettre à l'IS certains bénéficiaires résultant pourtant d'une activité réalisée en France ou anormalement transférés à l'étranger ne constitue pas en principe pas un problème en soi : **c'est l'expression d'un abandon de souveraineté que la France n'a consenti que parce qu'il est réciproque**. D'ailleurs, dans la plupart des négociations conventionnelles, où la France est placée dans un rapport d'Etat du siège par rapport à l'autre partie, les pouvoirs publics s'efforcent de maintenir à un niveau bas le plafond des retenues à la source qui peuvent être appliquées par l'Etat de la source (cf. point 2.3.4). C'est bien qu'ils considèrent que les finances publiques françaises sont globalement gagnantes à abandonner à l'autre Etat l'imposition de revenus de source française, avec en contrepartie l'imposition par la France, au moins en partie, de revenus payés à des sociétés françaises par des résidents de l'autre Etat (redevances, dividendes, etc.).
260. Toutefois, **cette vision de l'équilibre conventionnel est fondamentalement remise en cause par la pratique du *treaty shopping*, ou « chalandage fiscal »**. Cette pratique consiste, pour une entreprise établie dans un Etat non conventionné avec la France, souvent un paradis fiscal, où l'application de la loi française conduit à permettre la soumission à l'IS de certains de ses bénéficiaires, à implanter dans un Etat conventionné avec la France une société-écran<sup>300</sup> dans l'unique objectif de bénéficier des stipulations de la convention conclue avec cet Etat et, ainsi, d'échapper à l'IS. L'Etat-tunnel a une législation fiscale qui permet le transfert des sommes en cause dans le paradis fiscal sans taxation. Il peut aussi s'agir d'entreprises établies dans un Etat conventionné avec la France, mais cherchant à échapper à l'application de clauses défavorables prévues par cette convention.
261. De nombreuses hypothèses de « *treaty shopping* » sont envisageables. En tentant une typologie, on peut les regrouper en deux catégories.
262. Dans le premier cas, qui est le plus courant, le montage porte sur des revenus de source française qui seraient soumis à une retenue à la source s'ils étaient directement payés à une société établie dans un Etat non-conventionné. Les revenus transitent alors par un « **Etat-tunnel** » pour être ensuite reversés à l'entreprise établie dans un paradis fiscal en franchise d'impôt. Dans cette hypothèse, le « point de fuite » exploité par le montage tient non seulement à l'exonération de retenue à la source prévue par la convention (ou au taux réduit de retenue qu'elle prévoit), mais aussi et surtout à l'absence de retenue à la source dans la législation fiscale de l'Etat-tunnel. Une illustration fameuse, largement pratiquée par les grands groupes, est donnée par le montage du « sandwich hollandais ».

---

bénéficiaires des établissements stables situés dans l'autre Etat (là encore, c'est notamment le cas de la franco-suisse).

<sup>300</sup> Couramment dénommée par l'OCDE « *conduit company* ».

### Encadré 16 : Le « sandwich hollandais »

Soit un grand groupe multinational comprenant notamment une filiale française, qui commercialise les produits du groupe en France. Les droits d'utilisation des actifs immatériels du groupe (marque, etc.) sont détenus par une société établie aux Pays-Bas (classiquement dénommée XXX Holding BV).

Les redevances d'utilisation de ces actifs versés par la société française à la société hollandaise, à supposer qu'elles soient conformes au principe de pleine concurrence, échappent à la retenue à la source prévue par l'article 182 B du CGI puisque l'article 12 de la convention franco-hollandaise sur les redevances prévoit qu'elles ne sont imposables que dans l'Etat de résidence du bénéficiaire du paiement. Cette convention fait en effet partie des conventions conformes au modèle OCDE sur ce point : elle ne prévoit même pas, comme le font les conventions qui suivent le modèle ONU, la possibilité d'une retenue à la source.

Aux Pays-Bas, les redevances perçues par la société hollandaise sont ensuite transférées à une société établie dans un paradis fiscal sans être taxées, la loi néerlandaise ne prévoyant pas de retenue à la source analogue à l'article 182 B ou de disposition analogue à l'article 238 A permettant leur réintégration dans le bénéfice imposable aux Pays-Bas.

Ainsi, alors que le paiement de la redevance directement dans un paradis fiscal non conventionné avec la France aurait fait l'objet de la retenue à la source au taux de 33,33 % prévue par l'article 182 B, l'interposition de la société hollandaise permet d'échapper à cette imposition en bénéficiant de la convention franco-hollandaise.

Le « point de fuite » exploité par ce montage ne réside pas seulement dans les clauses avantageuses de la convention franco-hollandaise<sup>301</sup>, mais aussi dans la législation des Pays-Bas, qui ne comporte pas de retenue à la source de type 182 B.

En outre, même lorsqu'elles ne sont pas transférées à l'étranger, les redevances bénéficient du régime dit « innovation box » qui, depuis 2007, prévoit leur imposition à un taux réduit de 5 %, au lieu du taux normal d'IS de 25 %.

Ce type de montage est très courant<sup>302</sup>.

263. Le même type de montage peut être mis en œuvre pour le versement non plus d'une redevance, mais d'un **dividende**, qui échappera à la retenue à la source prévue par l'article 119 *bis*, 2 du CGI (ou bénéficiera d'un taux de retenue réduit par la convention fiscale conclue entre la France et l'Etat-tunnel)<sup>303</sup>.
264. Dans le second cas, qui constitue une extension du premier, les revenus exonérés de retenue à la source grâce à la convention (redevances notamment) ne sont ensuite pas transférés tels quels de l'Etat-tunnel au paradis fiscal, mais sont distribués sous forme de dividendes à une société mère établie dans le paradis fiscal. Ces stratégies sont alors qualifiées non plus de tunnel, mais de « **tremplin** »<sup>304</sup>. Le point de fuite tient alors toujours à l'absence de retenue à la source, dans la législation de l'Etat tremplin, sur les dividendes versés à la société mère établie dans le paradis fiscal.

---

<sup>301</sup> Il faut signaler que, même dans l'hypothèse où la convention permettait l'application d'une retenue à la source par la France, la directive 2003/49/CE du 3 juin 2003 dite « intérêts redevances », transposée sur ce point à l'article 182 B *bis* du CGI, s'opposerait tout de même à l'application de l'article 182 B lorsque l'entreprise française et l'entreprise hollandaise sont liées à au moins 25 %. C'est pourquoi le « sandwich hollandais » illustre également le « droit de l'Union-shopping » (cf. point 4.3.5).

<sup>302</sup> Cf. par exemple Marc Auerbach, *Ikea : Flat pack tax avoidance*, 2016.

<sup>303</sup> Là encore, cet exemple illustre également le « droit de l'Union-shopping » puisque l'exonération de retenue à la source peut également résulter de la directive mère-fille.

<sup>304</sup> « *Stepping stone devices* » dans la terminologie OCDE.



#### 4.2.4. ... pratiques auxquelles les conventions fiscales ne remédient encore qu'imparfaitement...

##### ◆ Pour répondre aux pratiques de *treaty shopping*, le modèle OCDE a intégré dès 1977 une clause dite de bénéficiaire effectif

265. Les articles 10, 11 et 12 du modèle OCDE prévoient que les avantages conventionnels qu'ils accordent en matière de revenus passifs (limitation du taux de retenue à la source s'agissant des dividendes et intérêts et exonération de retenue pour les redevances) ne s'appliquent que si le résident de l'autre Etat est le bénéficiaire effectif des sommes en cause.
266. Cette clause est reprise dans quasiment toutes les conventions conclues par la France après 1977 ; en revanche, les conventions conclues avant cette date qui n'ont pas été révisées ne la prévoient pas, comme notamment la convention franco-néerlandaise du 16 mars 1973<sup>305</sup>. Toutefois, même lorsque la convention ne se réfère pas à la notion de bénéficiaire effectif, la jurisprudence retient (du moins pour les conventions conclues avant 1977), par une construction audacieuse issue d'un arrêt *Sté Diebold Courtage* de 1999, que l'administration est en droit d'établir que le résident de l'autre Etat destinataire des paiements (redevances par exemple) n'en est pas le « bénéficiaire réel », de sorte que la condition de paiement à un résident de l'autre Etat ne peut être regardée comme remplie<sup>306</sup>.

#### Encadré 17 : Les clauses de bénéficiaire effectif, une définition encore incertaine

Les commentaires du modèle OCDE, modifiés dès 1977 pour préciser la notion de bénéficiaire effectif (et donc antérieurs sur ce point à l'ensemble des conventions ou avenants faisant référence à cette notion), en donnent une définition large en indiquant (§ 12.1 sous l'art. 10) qu'il serait contraire à l'objet et au but de la convention que l'Etat de la source accorde une exonération ou réduction d'impôt lorsqu'un revenu est perçu par un résident de l'autre Etat « *agissant en qualité d'agent ou autre mandataire* » ou « *autrement que dans le cadre d'une relation d'agent ou autre mandataire, comme un simple relais pour le compte d'une personne qui bénéficie réellement du revenu en cause* »<sup>307</sup>. On voit là deux conceptions différentes : une conception civiliste selon laquelle le bénéficiaire effectif est celui qui reçoit le revenu en vertu d'un contrat (c'est le concept de *beneficial owner* en Common Law), et une conception plus large selon laquelle il est le bénéficiaire « en bout de chaîne », même si celle-ci ne repose pas sur des contrats.

La décision *Diebold Courtage* semble toutefois donner à la notion de « bénéficiaire réel » une portée moins étendue que la définition prévue par les commentaires OCDE : l'administration doit démontrer non seulement l'existence d'un reversement à une autre entité, mais également que ce reversement n'était pas

<sup>305</sup> Selon un décompte effectué par S. Austry, S. Gelin et D. Sorel (« Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile ? », RfP 12/08 p. 1087), 81 conventions sur 113 faisaient référence à cette notion en 2008, les 32 autres étant pour l'essentiel toutes antérieures à 1977 (à l'exception de celles conclues avec les Etats de la péninsule arabique et avec le Sri Lanka).

<sup>306</sup> CE 13 octobre 1999, *min. c. SA Diebold Courtage*, n° 191191, RfP 12/99 n° 1492, chr. E. Mignon p. 931, concl. G. Bachelier BDCF 12/99, pour l'application de la convention franco-néerlandaise : des redevances avaient été versées à une société en commandite néerlandaise, qui les avait ensuite reversés à une société suisse appartenant au même groupe. La décision juge qu'en l'espèce l'administration ne démontre pas que les associés de la société néerlandaise ne sont pas les bénéficiaires réels des redevances en se fondant sur l'importance des sommes reversées à la société suisse alors qu'elle n'établit pas le caractère excessif des sommes reversées au regard des prestations fournies par la société suisse. A noter que, dans cette affaire, l'administration avait à l'origine invoqué la fictivité de la société hollandaise sur le terrain de l'abus de droit. Dans la décision du Conseil d'Etat, la remise en cause du caractère de bénéficiaire effectif du paiement s'opère sans qu'il soit besoin de recourir à la théorie de l'abus de droit.

<sup>307</sup> L'OCDE a proposé en 2011 une révision des commentaires sur la notion de bénéficiaire effectif, qui a été intégrée aux commentaires en 2014.

justifié par des prestations fournies par l'autre entité<sup>308</sup>. Il n'est pas certain que la jurisprudence retiendrait la même interprétation stricte de la notion de bénéficiaire effectif au sens des conventions, puisque celle-ci est éclairée par les commentaires de l'OCDE qui vont dans le sens d'une conception plus large<sup>309</sup>. Des incertitudes demeurent donc sur la portée de la notion de bénéficiaire effectif.

◆ **Par ailleurs, quelques conventions récemment conclues par la France comportent une clause anti-abus, dont le champ recoupe en partie celui des clauses de bénéficiaire effectif**

267. **Vingt conventions**<sup>310</sup> prévoient ainsi que les stipulations relatives aux dividendes, intérêts, redevances, aux revenus non dénommés et parfois aux gains en capital « *ne sont pas applicables si le principal objectif ou l'un des principaux objectifs de toute personne intervenant dans la création ou la cession d'un droit ou d'une créance au titre duquel sont payés les dividendes, les intérêts, les redevances ou les autres revenus consiste à tirer avantage de ces articles au moyen de cette création ou de cette cession* »<sup>311</sup>. Cette clause, qui repose sur l'objectif principal, donc sur l'intention, de la société, est dite « **principal purpose test** » (PPT) : il suffit que la société-écran soit interposée dans l'objectif principal de bénéficier de la convention conclue avec l'Etat-tunnel pour que cette clause soit applicable, sans qu'il soit nécessaire de prouver que cette société n'a pas d'activité propre.
268. Les conventions conclues avec les Etats-Unis (1994) et le Japon (depuis un avenant de 2007) comportent une clause anti-abus d'une logique différente, dite de « **limitation of benefits** » (LOB), qui, inspirée de la pratique conventionnelle américaine, repose non sur l'intention mais sur certains critères objectifs d'application des stipulations conventionnelles. En substance<sup>312</sup>, cette clause n'octroie le bénéfice des avantages offerts par la convention qu'à certaines sociétés et « personnes qualifiées » (il s'agit, de manière non exhaustive, des sociétés dont les actions ou parts sont cotées et régulièrement négociées sur un marché boursier réglementé, des sociétés non contrôlées par des personnes qualifiées et dont moins de 50 % des revenus servent à effectuer des paiements déductibles qui ne sont pas des personnes qualifiées, des sociétés exerçant une activité industrielle ou commerciale effective, dont les revenus se rattachent à cette activité, si cette activité est importante par rapport à celle effectuée dans l'autre Etat). Paradoxalement, cette stipulation semble à la fois très restrictive et plus large que

---

<sup>308</sup> Même décision. Il faut noter que la société néerlandaise n'avait ni activité, ni direction effective aux Pays-Bas.

<sup>309</sup> Il est vrai toutefois qu'une décision *Bank of Scotland*, analysée ci-dessous, va dans le sens d'une interprétation qui ne soit pas trop extensive de la notion conventionnelle de bénéficiaire effectif, puisqu'en l'espèce c'est seulement grâce au soutien de la fraude à la loi que la banque britannique n'est pas jugée constituer le bénéficiaire effectif des dividendes qu'elle a perçus (et n'a pas reversés). Cf. dans le sens d'une interprétation unifiée (et stricte) des notions de bénéficiaire effectif et de bénéficiaire réel, S. Austray, S. Gelin et D. Sorel, « Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile ? », RJF 12/08 p. 1087.

<sup>310</sup> Il, s'agit, selon le décompte effectué par S. Austray, S. Gelin et D. Sorel en 2008 (art. précit.), des conventions conclues avec les Etats suivants : Albanie, Azerbaïdjan, Chili, Croatie, Ethiopie, Géorgie, Royaume-Uni, Kazakhstan, Koweït, Macédoine, Mexique, Nigeria, Ouzbékistan, Qatar (avenant) et Slovénie. Il faut y ajouter Hong-Kong (2010), Panama (2011), Andorre (2013), la Chine (2013) et la Colombie (2015).

<sup>311</sup> Plusieurs conventions, dont par exemple la franco-chinoise, vont même plus loin en prévoyant de façon générale que « *les avantages résultant de toute réduction ou d'exonération d'impôt prévue par le présent accord ne sont pas accordés lorsque le principal objectif de certaines transactions ou opérations ou d'accords est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes du présent accord* ».

<sup>312</sup> Cf. l'article 30 de la convention franco-américaine et l'article 22 A de la convention franco-japonaise pour leur articulation exacte.

la clause PPT puisque les pratiques de *treaty shopping* sont susceptibles d'émaner de sociétés pourtant regardées comme « personnes qualifiées », notamment les sociétés cotées.

269. Quoi qu'il en soit, ces clauses, dont l'insertion dans les conventions conclues par la France a débuté dans les années 1990, restent encore **très minoritaires** : elles ne concernent que 22 conventions sur 120.

#### 4.2.5. ... mais qui peuvent être remises en cause sur le fondement de la fraude à la loi

270. **Surtout, indépendamment des clauses conventionnelles anti-abus, l'administration peut recourir à la répression de l'abus de droit par fraude à la loi pour remettre en cause des pratiques de *treaty shopping***, même si cette épineuse question agite d'autant plus la doctrine que les précédents jurisprudentiels sont rares<sup>313</sup>. L'**annexe VII** (point 3) analyse en détail ces précédents.
271. Par un important arrêt *Bank of Scotland* rendu en 2006<sup>314</sup>, le Conseil d'Etat a reconnu qu'un montage de *treaty shopping*, en tant qu'abus de convention fiscale, peut être écarté sur le fondement de l'abus de droit par fraude à la loi. Evidemment, il faut pour cela que les deux critères de la fraude à la loi soient réunis (cf. point 3.7.2) : objectif *exclusivement* fiscal et application littérale de la convention à l'encontre de son esprit. Ces conditions sont donc plus strictes que celles prévues par la clause conventionnelle PPT, pour laquelle un objectif *principalement* fiscal suffit. La fraude à la loi s'analyse comme une règle de protection de la norme et de l'intention de ceux qui l'ont édictée : c'est pourquoi elle peut s'appliquer non seulement à une norme législative, mais aussi conventionnelle.
272. Cette affaire illustre que **l'abus de droit fiscal peut être utilisé même lorsque la convention ne comporte pas de disposition spécifique anti-abus de type PPT**<sup>315</sup> (était en cause la convention franco-britannique du 22 mai 1968, antérieure à celle du 19 juin 2008 qui a pour la première fois inséré une clause PPT). L'absence de clause PPT n'est pas interprétée comme révélant l'intention des parties de ne pas permettre la remise en cause du bénéfice des stipulations conventionnelles lorsque le but de l'opération est fiscal.
273. On pourrait objecter que, dans cette affaire, l'application de la fraude à la loi trouvait un « relais conventionnel » dans la notion de bénéficiaire effectif. Mais même si la question n'a pas encore été soumise au Conseil d'Etat statuant au contentieux<sup>316</sup>, la jurisprudence récente des juges du

---

<sup>313</sup> La France n'est pas le seul Etat à appliquer les principes anti-abus nationaux aux hypothèses de *treaty shopping* ; c'est le cas également du Luxembourg, de la Pologne, de l'Irlande, de l'Afrique du Sud ou encore de la Chine : cf. IFA, *Tax treaties and tax avoidance : application of anti-avoidance provisions*, Cahiers de droit fiscal international, volume 95a, 2010. Dans d'autres Etats la question n'est pas clairement tranchée (Allemagne, Etats-Unis, Canada notamment).

<sup>314</sup> CE 29 décembre 2006, *Sté Bank of Scotland*, n° 283314, RJF 3/07 n° 322, concl. F. Sénors BDCF 3/07 n° 33, chr. Y. Bénard RJF 4/07. Cf. aussi, s'agissant du même montage, CE 24 avril 2012, *Sté Abbey National Treasury Services*, n° 343709, RJF 7/12 n° 735, concl. L. Olléon BDCF 7/12 n° 89.

<sup>315</sup> Cf., plutôt en ce sens, les commentaires de l'OCDE sous l'article 1<sup>er</sup> du modèle, aux points 9.1 et suivants. En ce sens également, voir l'avis de la section des finances du Conseil d'Etat n° 382545, publié au Rapport public 2010 du Conseil d'Etat p. 376, DF 2010 n° 22 comm. 330.

<sup>316</sup> La section des finances du Conseil d'Etat a estimé, dans un avis n° 382545, publié au Rapport public 2010 du Conseil d'Etat p. 376, DF 2010 n° 22 comm. 330, que de manière générale l'abus de droit pouvait être mobilisé indépendamment des stipulations des conventions fiscales.

fond semble admettre le manquement de la fraude à la loi même en l'absence de référence à cette notion dans la convention applicable (cf. annexe VII)<sup>317</sup>.

274. On voit, pour conclure, que si les précédents jurisprudentiels restent encore peu nombreux<sup>318</sup>, la possibilité de recourir à la fraude à la loi pour combattre les montages de *treaty shopping* ne fait guère de doutes.

### 4.3. Le droit de l'Union restreint également l'application des dispositions nationales

275. L'incidence du droit de l'Union sur la fiscalité des bénéficiaires a deux sources différentes. D'une part, les **directives adoptées en matière fiscale** – directive mère-fille et directive intérêts-redevance en particulier – conduisent à accorder aux entreprises établies dans les autres Etats membres un régime fiscal privilégié. D'autre part, les **grandes libertés du marché intérieur** (liberté d'établissement, libre prestation de services et liberté de circulation des capitaux) sont susceptibles de faire obstacle à l'application des dispositions fiscales nationales. En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour de justice, alors même que l'IS est un impôt direct relevant en principe de la compétence des Etats-membres, ceux-ci doivent exercer leurs compétences dans ce domaine dans le respect du droit de l'Union, c'est-à-dire en s'abstenant de toute discrimination<sup>319</sup>.
276. Le droit de l'Union ne s'oppose pas, sur le principe, à l'application d'un principe de territorialité des bénéficiaires, même si cela implique l'impossibilité de déduire les pertes étrangères (4.3.1). En revanche, il a des incidences fortes sur les retenues à la source et les dispositifs anti-abus prévus par le CGI, ainsi que sur le périmètre de l'intégration fiscale des groupes (4.3.2 à 4.3.4). Par conséquent, comme pour les conventions, on assiste à des pratiques visant, à l'instar du *treaty shopping*, à bénéficier abusivement du droit de l'Union, que ce droit commence à prendre en compte (4.3.5). La prise en compte de l'impératif de lutte contre l'évasion est d'autant plus importante que le droit de l'Union prime sur les conventions bilatérales qui comporteraient des clauses anti-abus plus exigeantes (4.3.6).

#### 4.3.1. Le droit de l'Union ne fait certes pas obstacle sur le principe à l'application d'un principe de territorialité des bénéficiaires

277. Tout d'abord, même si la question n'a pas été tranchée au cas de la France par la Cour de justice de Luxembourg, le droit de l'Union ne semble pas faire par lui-même obstacle à l'application d'un principe de territorialité.
278. **Cette affirmation n'est pas évidente puisque découle de ce principe l'impossibilité pour les sociétés résidentes de déduire les pertes liées à un établissement situé dans un autre Etat-membre, alors qu'elles peuvent déduire les pertes liées à leurs établissements nationaux.** Or, la Cour de justice juge de manière constante, notamment dans un arrêt *Lidl Belgium GmbH*<sup>320</sup> (2008), que cette impossibilité constitue une restriction à la liberté

---

<sup>317</sup> Il faut certainement réserver le cas des rares conventions postérieures à 1974 qui ne comportent pas cette référence puisque, dans ce cas, on pourrait déduire de l'absence de clause de bénéficiaire effectif que les Etats parties n'ont pas entendu poursuivre un but de lutte contre l'évasion fiscale.

<sup>318</sup> En revanche de nombreuses hypothèses d'abus de traité ont été portées devant le comité de l'abus de droit fiscal : cf. par ex. aff. n° 2013-30 du 22 mai 2014, SARL A.

<sup>319</sup> CJCE Plén. 14 février 1995, *Schumacker*, aff. 279/93, RJF 3/95 n° 425, concl. Ph. Léger p. 166 ; CJCE Plén. 15 mai 1997, *Futura Participations SA*, aff. 250/95, RJF 7/97 n° 757.

<sup>320</sup> CJCE 15 mai 2008, *Lidl Belgium GmbH*, C-414/06, RJF 8-9/08 n° 1030, point 25 : en l'espèce, l'Allemagne refusait l'imputation du déficit sur les résultats imposables en Allemagne car la convention

d'établissement, puisque la situation fiscale de la société résidente est moins favorable lorsqu'elle décide d'implanter un établissement dans un autre Etat-membre. La jurisprudence récente de la Cour admet toutefois cette restriction lorsque, du fait de l'application d'un principe de territorialité, les établissements stables situés dans un autre Etat-membre et ceux situés dans l'Etat de résidence ne se trouvent pas dans une situation comparable (cf. encadré ci-dessous).

279. Il faut noter en outre que, selon une jurisprudence ancienne de la Cour<sup>321</sup>, la règle – qui est d'ailleurs commune aux systèmes de territorialité et de mondialité des bénéfices – selon laquelle, pour l'imposition des sociétés non-résidentes détenant un établissement stable dans un Etat, seuls les bénéfices et pertes liés à l'activité dans cet Etat peuvent être pris en compte, n'induit aucune discrimination contraire au droit de l'Union.

#### Encadré 18 : Territorialité de l'IS et liberté d'établissement

On a pu penser que la territorialité à la française était contraire au droit de l'Union en tant qu'elle interdit l'imputation des pertes des succursales étrangères. En effet, dans cet arrêt *Lidl Belgium* (2008), la Cour juge que cette restriction à la liberté d'établissement ne peut être justifiée que par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elle ne doit pas aller au-delà de l'objectif poursuivi. En l'espèce, elle juge certes que la restriction peut être justifiée par deux motifs d'intérêt général : d'une part, la nécessité de préserver la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats-membres (ne pas donner aux sociétés la possibilité de choisir librement l'Etat dans lequel elle impute les pertes de sa succursale : Etat de son siège ou Etat de l'implantation) et, d'autre part, le risque d'une double prise en compte des pertes (d'abord dans l'Etat du siège, puis une seconde fois dans l'Etat d'implantation à travers le report en avant du déficit sur un bénéfice ultérieur de la succursale). Mais restait à savoir si la restriction ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis. Or la Cour juge classiquement que cette condition de proportionnalité n'est pas respectée si, alors que la société a épuisé les possibilités de prise en compte des pertes étrangères dans l'Etat étranger, elle n'a toujours pas la possibilité de les imputer dans son Etat de résidence<sup>322</sup>. Et, dans l'affaire *Lidl Belgium*, elle n'estime la condition de proportionnalité satisfaite que parce qu'en l'espèce, la société a pu imputer les pertes de l'établissement luxembourgeois sur des bénéfices ultérieurs de ce même établissement, en application des règles luxembourgeoises de report en avant. *A contrario*, dans l'hypothèse où la société n'avait pas bénéficié de cette possibilité, on pouvait penser que la restriction aurait été contraire au droit de l'Union.

Toutefois, dans un arrêt récent *Nordea Bank Danmark* (2014)<sup>323</sup>, rendu en formation de grande chambre, la Cour a précisé que le raisonnement *Lidl Belgium* ne valait que lorsque les établissements stables situés dans un autre Etat-membre et ceux situés dans l'Etat de résidence se trouvent dans une situation comparable (la restriction à la liberté d'établissement « *ne saurait être admise que si elle concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou si elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général* »). Or en l'espèce, elle ne conclut à la comparabilité des situations que parce que le droit national et la convention fiscale applicable accordaient un pouvoir d'imposition au Danemark à l'égard des établissements stables situés en Finlande, en Suède et en Norvège<sup>324</sup>. En revanche, lorsqu'un principe de

germano-luxembourgeoise appliquait aux bénéfices la méthode de l'exonération, si bien que les bénéfices comme les pertes d'un établissement stable situé dans l'autre Etat ne pouvaient être pris en compte pour la détermination du résultat imposable en Allemagne. Cf. aussi CJCE 23 octobre 2008, *Finanzamt für Körperschaften III in Berlin*, C-157/07, RJF 1/09 n° 98.

<sup>321</sup> CJCE Plén. 15 mai 1997, *Futura Participations SA*, aff. 250/95, RJF 7/97 n° 757, point 22 ; cf. aussi CJCE 15 février 2007, *Centro Equestre da Leziria Grande*, C-345/04, point 22.

<sup>322</sup> Cf. CJCE 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, RJF 2/06 n° 227, concl. P. Maduro BDCF 2/06 n° 13, point 55.

<sup>323</sup> CJUE gr. Ch. 17 juillet 2014, *Nordea Bank Danmark*, C-48/13, RJF 11/14 n° 1057, concl. J. Kokott, s'agissant d'une disposition de la loi danoise prévoyant que, en cas de cession par une société résidente à une société non résidente d'un établissement stable situé dans un autre Etat membre, les pertes précédemment déduites étaient réintégréées dans le bénéfice imposable de la société cédante.

<sup>324</sup> Cf. points 23 et 24 de l'arrêt. La convention fiscale applicable en l'espèce était la convention dite nordique conclue en 1996 entre le Danemark, les Îles Féroé, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède.

territorialité est appliqué, les établissements stables situés à l'étranger ne se trouvent pas dans une situation comparable aux établissements situés dans l'Etat de résidence, comme l'a expressément jugé la Cour dans un arrêt *Timac Agro Deutschland GmbH* du 17 décembre 2015<sup>325</sup>.

La France ayant retenu un principe de territorialité, et ayant une politique conventionnelle conforme au modèle OCDE, il s'en déduit que, même si l'impossibilité d'imputer les pertes d'établissements stables situés dans d'autres Etats-membres induit une restriction à la liberté d'établissement, celle-ci n'est pas contraire au droit de l'Union dès lors que les établissements français et étrangers ne sont pas dans une situation comparable.

#### 4.3.2. Les directives et les libertés de circulation conduisent souvent à écarter l'application des retenues à la source, ce qui n'est d'ailleurs pas nécessairement défavorable à la France

##### ♦ Tout d'abord, l'existence de retenues à la source n'est pas en soi contraire aux libertés de circulation protégées par le traité

280. Même si les retenues à la source induisent une différence de traitement entre les sociétés résidentes, imposées à l'IS dans les conditions de droit commun, et les non-résidentes, pour lesquelles l'impôt est perçu immédiatement (d'où un désavantage de trésorerie), la Cour de Luxembourg a jugé, dans un arrêt *Truck Center* de 2008<sup>326</sup>, que cette différence de technique d'imposition est justifiée, notamment parce que ces sociétés ne sont pas soumises au même contrôle de l'administration fiscale de l'Etat de la source.

281. S'agissant plus spécifiquement des retenues à la source sur les sommes rémunérant une prestation de services (telle que celle de l'article 182 B), la Cour a jugé que l'obligation pour le prestataire de services de prélever cette retenue constitue certes une restriction à la libre prestation de services, mais qu'elle peut être justifiée par la nécessité d'assurer le recouvrement efficace de l'impôt<sup>327</sup>.

##### ♦ Néanmoins, deux directives conduisent à écarter assez souvent l'application au sein de l'UE des retenues à la source prévues par le CGI : la directive « mère-fille » et la directive « intérêts et redevances »

282. Adoptée le 23 juillet 1990<sup>328</sup>, révisée notamment en 2003, puis refondue en 2011<sup>329</sup>, la **directive mère-fille** permet l'exonération des distributions de dividendes intra-groupe au

---

<sup>325</sup> CJUE 17 décembre 2015, *Timac Agro Deutschland GmbH*, C-388/14, RJF 3/16 n° 305, point 65 (2<sup>e</sup> question), étude H. Cassagnabère RJF 3/16, qui juge que la liberté d'établissement ne s'oppose pas à un régime fiscal allemand qui, en cas de cession par une société résidente d'un établissement stable situé dans un autre Etat membre à une société non résidente relevant du même groupe que la première société, exclut la possibilité pour la société résidente de prendre en compte des pertes de l'établissement cédé dans sa base imposable lorsque, en vertu d'une convention fiscale, la compétence exclusive d'imposer les résultats de cet établissement revient à l'Etat membre où il est situé.

<sup>326</sup> CJCE 22 décembre 2008, *Truck Center SA*, aff. C-282/07, RJF 3/09 n° 302, concl. J. Kokott BDCF 3/09 n° 40, s'agissant de la retenue belge sur les intérêts. Le Conseil d'Etat en a déduit que le mécanisme de la retenue à la source n'est pas susceptible de constituer, par lui-même, une entrave à la liberté de circulation des capitaux (CE 29 octobre 2012, *min. c. SA Kermadec*, n° 352209, RJF 1/13 n° 45, s'agissant de la retenue sur les dividendes ; CE 25 novembre 2015, *Sté Kermadec*, n° 373128, RJF 2/16 n° 139, concl. E. Cortot-Boucher n° C139).

<sup>327</sup> CJUE 18 octobre 2012, *X NV*, aff. 498/10.

<sup>328</sup> Directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents.

<sup>329</sup> Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents.

sein de l'Union. Inspirée des régimes mère-fille existant dans certains Etats-membres, dont la France depuis 1920<sup>330</sup>, et transposée à l'article 119 *ter* du CGI<sup>331</sup>, cette directive fait obstacle à l'application de la retenue à la source prévue à l'article 119 *bis*, 2 du CGI lorsque la société non-résidente détient une certaine part du capital de la filiale française distributrice.

#### Encadré 19 : La directive mère-fille

Pour avoir la qualité de société mère et bénéficier de l'exonération de retenue à la source prévue par la directive, la société non-résidente doit détenir directement, de façon ininterrompue depuis au moins deux ans, **10 %** au moins du capital de la personne morale qui distribue les dividendes. A l'origine fixé à 25 %, ce seuil de détention a été progressivement abaissé, en application de la directive 2003/123/CE du 22 décembre 2003 modifiant la directive mère-fille et transposée par la loi du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, à 20 % à partir de 2005, 15 % à partir de 2007 et 10 % depuis 2009.

La CJUE ayant jugé en 1996<sup>332</sup> que le délai minimal de conservation s'appréciait *a posteriori*, et non à la date de distribution des dividendes, l'article 119 *ter* a été modifié par la loi du 30 décembre 1996 de finances rectificative pour 1996 pour prévoir que la société non-résidente peut bénéficier de l'exonération, lorsqu'elle prend l'engagement de conserver les titres pendant deux ans, même si elle ne les détient pas depuis deux ans.

Pour éviter la double exonération des dividendes, l'article 119 *ter* exige que la société mère soit passible de l'impôt sur les bénéfices dans son Etat de résidence et n'en soit pas exonérée. On peut douter de la conformité de cette disposition avec la directive, qui n'exige pas l'imposition effective des dividendes.

Conformément au 2 *bis* de l'article 119 *ter* du CGI, issu de la loi du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004, l'exonération de retenue à la source est applicable lorsque les bénéfices sont distribués non pas directement à la société mère, mais à un établissement stable de celle-ci, qu'il soit situé dans un autre Etat de l'Union européenne ou même en France.

Enfin, **la directive n'a pas que des conséquences sur la retenue à la source : elle prévoit que l'Etat de la société mère doit s'abstenir d'imposer le dividende reçu de la filiale, soit l'imposer mais en accordant un crédit d'impôt correspondant à l'IS acquitté par la filiale.** La France a choisi l'exonération, dans le cadre du régime mère-fille de droit commun (art. 145 et 216 du CGI) : les dividendes perçus de filiales résident dans un autre Etat-membre ne sont donc pas pris en compte pour le calcul du résultat imposable (comme d'ailleurs pour les dividendes perçus de filiales d'Etats tiers à l'UE).

Afin toutefois de prévenir les situations de double exonération des bénéfices résultant de la disparité de traitement fiscal des distributions entre les différents Etats-membres (certains Etats permettant la déductibilité des dividendes par la filiale), la directive mère-fille a été modifiée en 2014 pour prévoir que les Etats-membres qui choisissent l'exonération des dividendes au niveau de la mère ne peuvent s'abstenir de les imposer que « *dans la mesure où ces derniers ne sont pas déductibles par la filiale* » (directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014). Cette directive a été transposée par la loi du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014 (art. 72), à l'article 145, 6-b du CGI.

Cette loi avait également prévu de subordonner le bénéfice du régime des sociétés mères à la condition que les bénéfices sur lesquels sont prélevés les produits des titres perçus par la société mère soient « *afférents à une activité soumise à l'impôt sur les sociétés ou à un impôt équivalent* ». Le Conseil constitutionnel a toutefois censuré cette disposition au motif de son imprécision, dès lors qu'elle ne permettait pas de savoir si l'appréciation des activités soumises à l'impôt s'effectue pour les activités de la filiale, y compris lorsque cette dernière a été exonérée de l'impôt en application du régime fiscal des sociétés mères, ou si elle s'effectue aussi pour les activités des filiales de cette filiale<sup>333</sup>.

<sup>330</sup> Loi du 31 juillet 1920 portant fixation du budget général de l'exercice 1920 (art. 27).

<sup>331</sup> Issu de la loi de finances rectificative du 30 décembre 1991.

<sup>332</sup> CJCE 17 octobre 1996, *Denkavit, VITIC et Voormeer*, aff. 283/94, 291/94 et 292/94, RJF 12/96 n° 1500.

<sup>333</sup> CC 2014-708 DC du 29 décembre 2014, *LFR pour 2014*, cons. 31, RJF 3/15 n° 244.

283. Adoptée en 2003, la **directive sur les intérêts et les redevances intragroupe**<sup>334</sup> impose la suppression des retenues à la source sur les paiements au sein de l'UE de redevances et d'intérêts. L'article 119 *quater* du CGI qui la transpose s'agissant des intérêts est désormais sans objet puisque la retenue à la source sur les intérêts prévue au III de l'article 125 A n'est plus applicable que pour les ETNC qui, par hypothèse, ne peuvent être situés au sein de l'UE. S'agissant des redevances, la directive, transposée à l'article 182 B *bis* du CGI<sup>335</sup>, exonère de la retenue à la source prévue à l'article 182 B les sommes versées aux sociétés résidentes de l'UE et **associées au moins à 25 %**. Comme pour le régime mère-fille, la participation de 25 % doit être détenue de façon ininterrompue pendant au moins deux ans, ou faire l'objet d'un engagement de conservation de deux ans. De même, les redevances doivent être effectivement imposées dans l'Etat de résidence de la société bénéficiaire.
284. L'exonération s'applique non seulement lorsque les redevances sont versées par une société établie en France, mais aussi par un établissement stable français ; symétriquement, elles peuvent être versées à une société associée ou à l'établissement stable dépendant d'une société associée.
285. La Commission a présenté le 11 novembre 2011 une proposition de refonte de la directive intérêts et redevances visant élargir son champ d'application<sup>336</sup>. Sans aller jusqu'à abandonner toute condition de lien capitalistique entre débiteur et créancier, elle propose d'abaisser à 10 % le seuil de détention, l'alignant ainsi sur la directive mère-fille. Elle prévoit également d'établir clairement que l'Etat de la source peut refuser l'exonération lorsque les redevances ou intérêts sont exonérés d'impôt dans l'Etat de résidence de la société qui les perçoit, ce qui rendrait compatible le droit français qui prévoit déjà cette condition. Cette proposition de directive n'a toujours pas été adoptée.

◆ **Indépendamment des directives, le prélèvement des retenues à la source induit dans certains cas une discrimination contraire aux libertés de circulation**

286. Les libertés d'établissement et de circulation des capitaux conduisent à écarter l'application des retenues à la source toutes les fois où la personne non-résidente, si elle était établie en France, serait exonérée d'impôts sur les revenus en cause. Elles ont donc le même effet que les clauses conventionnelles de non-discrimination (cf. encadré 14).
287. L'**annexe X** analyse en détail les conséquences des libertés de circulation sur les retenues à la source. La principale d'entre elles est d'**aligner les conditions d'application de l'exonération de retenue à la source sur les dividendes de filiales européennes sur celles du régime mère-fille interne**. En effet, dans un important arrêt *Denkavit* rendu en 2006<sup>337</sup>, la Cour de Luxembourg a jugé que la France ne pouvait, sans méconnaître la liberté d'établissement, prélever une retenue à la source sur les dividendes perçus par une société mère non-résidente lorsque ces dividendes seraient exonérés d'impôt s'ils étaient perçus par une société résidente (en application du régime mère-fille interne prévu aux articles 145 et 216 du CGI) et que la société mère ne peut pas imputer cette retenue dans son Etat de résidence. **Le seuil de détention pour bénéficier de l'exonération de retenue a donc été abaissé à 5 %**, comme prévu à l'article 145 du CGI pour les dividendes versés par des filiales françaises, lorsque la mère ne peut pas imputer la retenue dans son Etat de résidence. Est aussi

---

<sup>334</sup> Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents.

<sup>335</sup> Issu de la loi du 30 décembre 2003 de finances rectificative pour 2003 (art. 27).

<sup>336</sup> Proposition COM/2011/714 du 11 novembre 2011.

<sup>337</sup> CJCE 14 décembre 2006, *Sté Denkavit International BV et SARL Denkavit France*, aff. 170/05, RJF 3/07 n° 374, concl. L. A. Geelhøed BDCF 3/07 n° 39. Cf. aussi CJCE 8 novembre 2007, *Amurta SGPS*, aff. 379/05, RJF 2/08 n° 247 ; CJCE 18 juin 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, aff. 303/07, RJF 10/09 n° 898.



discriminatoire l'application d'une retenue à la source sur des revenus perçus par un **organisme sans but lucratif étranger** alors que, s'il avait été établi en France, il aurait été exonéré d'impôt sur ces revenus<sup>338</sup>.

288. L'impact budgétaire de ces limitations du droit des Etats-membres de prélever des retenues à la source doit cependant être relativisé : il est en effet au contraire favorable à la France lorsque des entreprises soumises à l'IS en France perçoivent des revenus trouvant leur source dans un autre Etat-membre. L'interdiction faite à l'autre Etat de prélever une retenue à la source conduit à préserver l'intégralité du droit d'imposer de la France, alors que, si une retenue à la source avait été prélevée, la France aurait dû accorder un crédit d'impôt qui aurait réduit son droit d'imposer.

#### **4.3.3. Les libertés de circulation limitent la portée des règles anti-évasion à la seule remise en cause des « montages purement artificiels »**

289. Les libertés de circulation peuvent s'opposer à l'application des règles anti-évasion décrites dans la partie 3 lorsque celles-ci restreignent leur exercice sans que cette restriction soit justifiée par un motif d'intérêt général et proportionnée.

290. **La compatibilité de chacune de ces règles avec les libertés du marché intérieur est examinée à l'annexe IX.** Elles se répartissent en **trois groupes** : les dispositions pleinement compatibles (art. 57, art. 212), celles dont on peut douter de la compatibilité (art. 238 A, art. 212 *bis*), et enfin celles dont la portée est amoindrie du fait de l'introduction d'une clause de sauvegarde permettant au contribuable de prouver qu'il ne poursuit pas un objectif fiscal (article 209 B, article 155 A).

291. **De manière générale, la Cour juge que les règles anti-évasion ne peuvent restreindre l'exercice des libertés du marché intérieur qu'à condition d'être limitées dans leur champ aux « montages purement artificiel » : elles ne peuvent faire échec à une opération dont l'objectif n'est qu'en partie fiscal.** Par un arrêt *Imperial Chemical Industries* rendu en 1998<sup>339</sup>, la Cour de justice a ainsi jugé que l'implantation d'une filiale dans un autre Etat-membre, même dans un objectif en partie fiscal, correspond à l'exercice normal de la liberté d'établissement. Elle ajoute que, si les Etats-membres peuvent, dans un objectif de lutte contre l'évasion fiscale, refuser l'octroi d'un avantage fiscal aux filiales implantées dans un autre Etat-membre, c'est seulement en excluant les « *montages purement artificiels dont le but serait de contourner la loi fiscale* » de l'Etat en cause. En l'espèce, elle invalide donc une disposition britannique qui visait, de manière générale, toute situation dans laquelle la majorité des filiales d'un groupement se trouvent établies, pour quelque raison que ce soit, en dehors du Royaume-Uni.

292. Dans un arrêt de Grande Chambre *Cadbury Schweppes* de 2006<sup>340</sup>, qui portait sur la règle SEC britannique, la Cour a précisé cette jurisprudence en jugeant que la disposition en cause devait être écartée « *lorsqu'il s'avère, sur la base d'éléments objectifs et vérifiables par des tiers, que, nonobstant l'existence de motivations de nature fiscale, la société contrôlée est réellement implantée dans l'Etat-membre d'accueil et y exerce des activités économiques effectives* ». L'« *implantation réelle* » et l'« *exercice d'une activité effective* », destinés à attester d'une participation « *stable et continue* » à la vie économique de l'Etat-membre hôte, doivent être

---

<sup>338</sup> CJCE 14 septembre 2006, *Centro di musicologia Walter Stauffer*, aff. 386/04, RJF 12/06 n° 1645, s'agissant de revenus locatifs perçus par une fondation étrangère reconnue d'intérêt général.

<sup>339</sup> CJCE Plén. 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries Plc*, aff. 264/96, RJF 11/98 n° 1382, chr. J. Turot RJF 12/98 p. 940, concl. G. Tesauo BDCF 6/98 n° 137.

<sup>340</sup> CJCE Gr. Ch. 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, aff. 196/04, RJF 12/06 n° 1644, concl. P. Léger BDCF 12/06 n° 146.

vérifiés en particulier au moyen d'« éléments objectifs et vérifiables par des tiers, relatifs, notamment, au degré d'existence physique de la SEC en termes de locaux, de personnel et d'équipements ».

293. C'est pourquoi, comme indiqué au point 3.5.2, la loi de finances pour 2005 a prévu que l'article 209 B n'est pas applicable lorsque l'entreprise ou l'entité est établie dans un Etat de l'UE et que l'exploitation de cette entreprise ou la détention de cette entité « ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française ». S'agissant de l'article 155 A, c'est la jurisprudence qui a en quelque sorte introduit une clause de sauvegarde analogue, en jugeant, par une interprétation neutralisante, qu'il permet au contribuable d'échapper à l'imposition sur les rémunérations de services versées à la société écran lorsque cette société réalise une intervention propre, et donc, en substance, qu'il ne s'agit pas d'un montage purement artificiel<sup>341</sup> (cf. annexe IX).
294. Cette jurisprudence n'est pas sans conséquences sur l'**abus de droit**. Il a été jugé compatible avec la liberté d'établissement dès lors qu'il consiste précisément à exclure du bénéfice de dispositions fiscales favorables les montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française<sup>342</sup> : il correspond donc à l'exception prévue par les arrêts *Imperial Chemical Industries* et *Cadbury Schweppes*. La question de savoir si le droit de l'Union exige que l'abus de droit soit limité aux hypothèses où le contribuable poursuit un but *exclusivement* fiscal ne semble pas pour autant tranchée de manière définitive par la jurisprudence de la Cour. En effet, **la Cour, qui juge que la prohibition de l'abus de droit constitue un principe général du droit de l'Union, se réfère tantôt aux opérations qui ont « pour but essentiel l'obtention d'un avantage fiscal »<sup>343</sup>, tantôt aux opérations effectuées « seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages » fiscaux<sup>344</sup>, parfois dans le même arrêt<sup>345</sup>**. Au total, davantage que les motivations du contribuable, semblent avant tout déterminants les critères objectifs posés par l'arrêt *Cadbury Schweppes* : absence d'implantation réelle (locaux, personnels et équipements) et d'activité économique effective<sup>346</sup>.
295. Enfin, il faut noter que la question de la compatibilité de l'article 212 *bis* avec les libertés de circulation reste ouverte dès lors que la limitation de la déductibilité des intérêts qu'il prévoit ne s'applique pas aux entreprises membres d'un groupe fiscalement intégré, lesquelles, en application de l'article 223 A du CGI, doivent être soumises à l'IS (cf. point suivant).

---

<sup>341</sup> CE 20 mars 2013, *Piazza*, n° 346642, RJF 6/13 n° 578, concl. F. Aladjidi BDCF 6/3 n° 63.

<sup>342</sup> CE 18 mai 2005, *min. c. Sté Sagal*, n° 267087, RJF 8-9/05 n° 910, concl. P. Collin BDCF 8-9/05 n° 110. D'ailleurs l'abus de droit n'est pas propre au droit français : cf. par exemple le *Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten* en Allemagne (§ 42 de la Abgabenordnung) ou la *fraus legis* aux Pays-Bas.

<sup>343</sup> CJCE 21 février 2008, *Part Service Srl*, aff. 425/06, RJF 6/08 n° 765 ; CJUE 22 décembre 2010, *Weald Leasing Ltd*, aff. 103/09, RJF 3/11 n° 397.

<sup>344</sup> CJCE 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed*, aff. 321/05, RJF 10/07 n° 1185 ; CJCE 22 mai 2008, *Amplificativa Srl et Amplifin SpA*, aff. 162/07, RJF 8-9/08 n° 1031 ; CJUE 20 juin 2013, *Paul Newey*, aff. 653/11, RJF 11/13 n° 1102.

<sup>345</sup> CJCE Gr. Ch. 21 février 2006, *Halifax plc*, aff. 255/02, RJF 5/06 n° 648, concl. L. M. P. Maduro BDCF 5/06 n° 68, qui juge à la fois que l'avantage fiscal doit être le but « essentiel » de l'opération et que que l'abus de droit s'efface lorsque « les opérations en cause sont susceptibles d'avoir une justification autre que la simple obtention d'avantages fiscaux ».

<sup>346</sup> Cf. O. Fouquet, « La réforme de l'abus de droit : pour quoi faire ? », FR 39/13 n° 12.

#### 4.3.4. Le droit de l'Union, sans aller jusqu'à exiger la prise en compte des filiales étrangères dans les groupes fiscalement intégrés, n'est pas sans incidence sur le périmètre et les règles de l'intégration fiscale

296. Créé par la loi du 30 décembre 1987 de finances pour 1988 (art. 68), le régime de l'intégration fiscale (art. 223 A du CGI) permet d'établir l'IS sur l'ensemble des résultats d'un groupe de sociétés détenues, directement ou indirectement, au moins à 95 % par la société tête de groupe. Outre cette condition de détention, le texte exige depuis l'origine que toutes les sociétés membres du groupe fiscalement intégré soient soumises à l'IS. Cela fait donc obstacle à l'intégration de filiales étrangères (ce qui permettrait l'imputation de leurs éventuelles pertes), à moins qu'elles détiennent en France un établissement (à l'actif duquel sont inscrits les titres des sociétés françaises intégrées).

◆ **Le droit de l'Union ne remet certes pas frontalement en cause le principe de non intégration des filiales étrangères**

297. Cette question a donné lieu à d'intenses débats. En effet, par un arrêt *Marks & Spencer* du 13 décembre 2005<sup>347</sup>, la Cour de justice a jugé contraire à la liberté d'établissement une réglementation britannique dite *groupe relief*, autorisant les cessions intragroupes de pertes, qui était réservée aux sociétés ayant un établissement au Royaume-Uni. Elle a estimé qu'il était disproportionné d'exclure la possibilité de telles cessions s'agissant de filiales établies dans un autre Etat-membre et n'exerçant pas d'activité au Royaume-Uni lorsque celles-ci ont épuisé les possibilités de prise en compte des pertes qui existent dans cet Etat<sup>348</sup>. On aurait pu en déduire que l'interdiction de prise en compte des pertes étrangères dans l'intégration fiscale française était contraire au droit de l'Union lorsque les pertes en cause ont un caractère définitif dans l'autre Etat-membre.

298. Toutefois, par un arrêt *X Holding BV* du 25 février 2010<sup>349</sup>, la Cour a dit pour droit que la liberté d'établissement ne s'oppose pas au régime d'intégration fiscale néerlandais qui exclut la constitution d'un groupe intégré avec une filiale étrangère, dès lors que les bénéfices de cette dernière ne sont pas soumis à la loi fiscale de l'Etat-membre. La Cour considère en effet que l'extension aux situations frontalières de la compensation des profits et des pertes aurait pour effet de permettre aux sociétés mères de choisir librement l'Etat-membre où elles font valoir les pertes de leur filiale non résidente. Dans cet arrêt, dont la portée est générale, la Cour n'a pas énoncé la moindre réserve relative à la prise en compte des pertes définitives de la filiale étrangère. Le Conseil d'Etat en a déduit que la limitation du champ de l'intégration fiscale prévue par l'article 223 A du CGI aux seules sociétés soumises à l'IS n'est pas contraire au droit de l'Union<sup>350</sup>.

◆ **Néanmoins, la liberté d'établissement est loin d'être sans effets sur le périmètre et les règles de l'intégration fiscale**

---

<sup>347</sup> CJCE 13 décembre 2005, aff. 446/03, RJF 2/06 n° 227, concl. L. M. P. Maduro BDCF 2/06 n° 13.

<sup>348</sup> Cette jurisprudence a été confirmée notamment par un arrêt de Grande chambre du 3 février 2015, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 172/13, RJF 4/15 n° 373, qui précise que le caractère définitif des pertes au sens de l'arrêt *Marks & Spencer* ne peut être constaté que si la filiale ne perçoit plus de recettes dans l'Etat-membre de sa résidence, par exemple en cas de cessation de l'activité et de liquidation.

<sup>349</sup> CJUE 25 février 2010, *X Holding BV*, aff. 337/08, RJF 5/10 n° 552.

<sup>350</sup> CE 15 avril 2015, *Sté Agapes*, n° 368135, RJF 7/15 n° 660, concl. E. Bokdam BDCF 7/15 n° 97. E. Bokdam indique dans ses conclusions que la réserve *Marks & Spencer* ne paraît adaptée que pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'établissement de systèmes se bornant à autoriser les cessions intragroupes de pertes, mais n'est pas transposable aux régimes d'intégration fiscale, pour lesquels la non-prise en compte des pertes n'est que la symétrie de la non-imposition des bénéfices étrangers. Pour une lecture (très) critique de cet arrêt, cf. D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 6<sup>e</sup> édition, n° 800.

299. **Si le droit de l'Union n'exige pas l'extension de la compensation des profits et des pertes au-delà des sociétés résidentes, la limitation aux situations internes des avantages autres que cette compensation soulève en revanche des difficultés au regard des libertés de circulation**<sup>351</sup>. Le droit de l'Union a ainsi conduit à admettre l'intégration des sous-filiales françaises détenues par l'intermédiaire d'une filiale étrangère, celle des sociétés sœurs françaises détenues par une société mère établie dans un autre Etat-membre (intégration horizontale) et, plus récemment, à condamner le prélèvement d'une quote-part pour frais et charges de 5 % sur les dividendes versés par des filiales étrangères alors que l'exonération était totale pour les filiales françaises intégrées.

#### Encadré 20 : Intégration fiscale et libertés de circulation

En premier lieu, l'administration refusait à l'origine l'**intégration des sous-filiales françaises détenues par l'intermédiaire d'une filiale étrangère**, au motif qu'il en résultait un risque de double déduction des pertes de la sous-filiale. En effet, si elle constate une perte de sa sous-filiale, la filiale étrangère procède à des provisions pour dépréciation de sa participation dans celle-ci, de sorte que la société mère constitue des provisions pour dépréciation de sa participation dans sa filiale ; or, la neutralisation de ces opérations internes au groupe n'est possible que la filiale est également intégrée. Par un arrêt *Papillon* du 27 novembre 2008<sup>352</sup>, la Cour de justice a certes admis que cette restriction soit justifiée par l'objectif de garantir la cohérence du régime de l'intégration fiscale, mais considéré qu'elle était disproportionnée dès lors qu'elle s'oppose à ce que les sociétés concernées prouvent l'absence de double emploi des pertes. Elle a donc jugé la restriction contraire à la liberté d'établissement. La loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 (art. 33) en a tiré les conséquences en autorisant l'intégration des sous-filiales françaises détenues par l'intermédiaire d'une filiale établie dans un autre Etat-membre de l'UE (ou de l'espace économique européen).

Il en va de même s'agissant de l'**intégration de sociétés sœurs françaises détenues par une société mère établie dans un autre Etat-membre** (et qui n'a pas d'établissement en France). La CJUE juge en effet que la liberté d'établissement s'oppose à un système d'intégration fiscale (en l'espèce néerlandais) en vertu duquel un régime d'entité fiscale unique est accordé à une société mère résidente qui détient des filiales résidentes, mais est exclu pour des sociétés sœurs résidentes dont la société mère commune n'a pas son siège dans cet Etat-membre et n'y dispose pas d'un établissement stable<sup>353</sup>. La loi du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014 (art. 63) a donc permis aux sociétés sœurs filiales d'une société mère européenne de constituer entre elles un groupe intégré dit « groupe horizontal ».

En dernier lieu, la Cour a également, par un récent arrêt *Steria*, jugé contraire à la liberté d'établissement la discrimination résultant de ce que, lorsqu'une société mère française perçoit des dividendes de filiales étrangères, y compris détenues à plus de 95 %, ceux-ci sont imposés à hauteur d'une **quote-part pour frais et charges** fixée à 5 % de leur montant net, alors que lorsque les dividendes sont distribués par une filiale française fiscalement intégrée, ils sont totalement exonérés<sup>354</sup>. A la suite de cet arrêt, la loi du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015 (art. 40) a prévu que les dividendes perçus par une société membre d'un groupe fiscalement intégré font l'objet d'une imposition à hauteur d'une quote-part fixée à 1 %, qu'ils soient distribués par une filiale française membre du groupe intégré ou par une filiale établie dans un Etat-membre de l'UE et qui, si elle était établie en France, remplirait les critères de l'intégration fiscale (art. 216 du CGI).

<sup>351</sup> Cf. S. Austry, « La robustesse des régimes de groupe à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *Feuillet rapide fiscal Francis Lefebvre* n° 48/15, 26 novembre 2015. Selon la jurisprudence récente de la Cour en effet, la différence de traitement induite par d'un tel avantage ne peut être justifiée par la nécessité de garantir la cohérence du système fiscal qu'il soit en « *lien direct avec la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé* » (CJUE 6 octobre 2015, *Finanzamt Linz*, aff. 66/14, RJF 1/16 n° 100).

<sup>352</sup> CJCE 27 novembre 2008, *Sté Papillon*, aff. 418/07, RJF 2/09 n° 180, concl. J. Kokott BDCF 2/09 n° 16.

<sup>353</sup> CJUE 12 juin 2014, *SCA Group Holding BV et autres*, aff. 39/13, 40/13 et 41/13, RJF 10/14 n° 962. Cf. CAA Versailles 2 décembre 2014, *Sté Zambon France*, n° 12VE03684, RJF 3/15 n° 194, jugeant l'article 223 A contraire à la liberté d'établissement sur ce point.

<sup>354</sup> CJUE 2 septembre 2015, *Groupe Steria SCA*, aff. 386/14, RJF 11/15 n° 972.

#### 4.3.5. Les pratiques de chalandage fiscal n'ont été que récemment prises en compte de manière efficace par le droit de l'Union

300. A l'instar des pratiques de *treaty shopping*, les avantages fiscaux induits par le droit de l'Union, notamment les exonérations ou réductions de retenues par la source résultant des directives et des libertés de circulation, donnent lieu à des pratiques de « chalandage fiscal », que l'on pourrait qualifier de « *directive shopping* ».
301. Ainsi, dans l'exemple du « sandwich hollandais » analysé dans l'encadré 16, l'exonération de la retenue à la source sur les redevances peut résulter non pas seulement de la convention franco-néerlandaise, mais aussi de la directive « intérêts et redevances », lorsque les deux sociétés sont liées au moins à 25 % (et que cette participation est détenue pendant au moins deux ans).
- ◆ **Jusque récemment, seule la directive intérêts et redevances comportait des dispositions spécifiques visant à prévenir ces pratiques**
302. Les directives mère-fille et intérêts et redevances comportent depuis l'origine une disposition aux termes de laquelle « *La présente directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus* » (art. 1<sup>er</sup> § 2 de la directive mère-fille et art. 5 § 1 de la directive intérêts et redevances).
303. Le législateur français a exigé, lors de leur transposition, que la société recevant les dividendes ou les redevances en soit le « *bénéficiaire effectif* » et qu'elle ait son « *siège de direction effective* » dans un Etat-membre de l'Union (2 de l'article 119 *ter* et 2 de l'article 119 *quater* du CGI), cette seconde condition permettant d'exclure les sociétés qui n'auraient dans l'Union qu'une domiciliation fictive.
304. **La directive mère-fille ne comportait, jusque récemment, aucune autre disposition anti-abus. En revanche, la directive intérêts et redevances allait plus loin** en prévoyant qu'« *une société d'un État membre n'est considérée comme bénéficiaire des intérêts ou des redevances que si elle les perçoit pour son compte propre et non comme représentant, par exemple comme administrateur fiduciaire ou signataire autorisé, d'une autre personne* » (art. 1<sup>er</sup> § 4) et qu'« *un établissement stable n'est considéré comme bénéficiaire des intérêts ou des redevances que (...) si la créance, le droit ou l'utilisation d'informations générateurs d'intérêts ou de redevances se rattachent effectivement à cet établissement (...)* » (art. 1<sup>er</sup> § 5). Surtout, cette directive comporte depuis l'origine, en son article 5 § 2, une clause anti-abus générale aux termes de laquelle : « *Les États membres peuvent, dans le cas d'opérations dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est la fraude ou l'évasion fiscales ou les abus, retirer le bénéfice de la présente directive ou refuser d'appliquer celle-ci.* » Le législateur a transposé cette disposition au 3 de l'article 182 B *bis*<sup>355</sup>.
305. **Malgré l'absence de disposition-miroir dans la directive mère-fille, le législateur a prévu, dès 1991, au 3 de l'article 119 *ter*, une disposition analogue**<sup>356</sup>. Elle a ainsi été appliquée par exemple à des dividendes distribués par une filiale française à une mère

---

<sup>355</sup> Cet alinéa prévoit que l'exonération de retenue à la source ne s'applique pas « *lorsque les redevances payées bénéficient à une personne morale ou à un établissement stable d'une personne morale contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'Etats qui ne sont pas membres de la Communauté européenne et si la chaîne de participations a comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage* » de cette exonération.

<sup>356</sup> « *Les dispositions du 1 ne s'appliquent pas lorsque les dividendes distribués bénéficient à une personne morale contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'Etats qui ne sont pas membres de la Communauté, sauf si cette personne morale justifie que la chaîne de participations n'a pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage des dispositions du 1.* »

luxembourgeoise elle-même contrôlée par une société suisse<sup>357</sup>, ou à une mère luxembourgeoise détenue par une société des îles Vierges britanniques, alors même qu'en l'espèce, les dividendes n'avaient pas été reversés par la mère à son actionnaire des îles Vierges<sup>358</sup>.

306. La conformité au droit de l'Union de cette disposition, applicable jusque 2015, est toutefois loin d'être certaine, et ce à deux égards. D'une part, on peut s'interroger sur sa conformité avec la directive, dès lors que celle-ci comporte seulement une disposition, certes formulée de manière très générale, permettant l'application des dispositions nationales anti-abus (art. 1<sup>er</sup> § 2). D'autre part, dans l'hypothèse où sa conformité avec les libertés de circulation protégées par le traité devait également être examinée, il est possible que celles-ci fassent obstacle à une telle disposition puisque, comme indiqué au point 4.3.3, la Cour de justice retient que des restrictions à ces libertés ne sont proportionnées à l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale qu'à condition de faire seulement obstacle aux montages purement artificiels ; or, l'emploi du terme « objet principal » par le 3 de l'article 119 *ter* lui donne un champ plus vaste. C'est pourquoi, par des arrêts *Sté Cameron France*, *Sté Holcim* et *Sté Enka* du 30 décembre 2015<sup>359</sup>, le Conseil d'Etat a renvoyé à la Cour de justice une question préjudicielle portant sur ces deux points<sup>360</sup>.

◆ **La directive mère-fille a été complétée en 2015 par une disposition anti-abus**

307. Afin de mettre un terme à l'utilisation détournée de la directive mère-fille par certains groupes, la directive 2015/121/UE du Conseil du 27 janvier 2015 a complété son article 1<sup>er</sup> pour prévoir que « *Les États membres n'accordent pas les avantages de la présente directive à un montage ou à une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la présente directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents* » et qu'au sens de cette disposition, « *un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* ». Procédant à la transposition de cette nouvelle directive, la loi du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015 (art. 29) a aligné la rédaction de la clause anti-abus du 3 de l'article 119 *ter* sur celle-ci.

308. Dans sa décision sur cette loi, **le Conseil constitutionnel a eu à connaître indirectement de la conformité de cette disposition à la Constitution**. Certes, sauf atteinte à un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », il se refuse à contrôler la constitutionnalité d'une loi de transposition d'une directive. Toutefois, parallèlement à la transposition de la directive 2015/121, le législateur a choisi de prévoir la même disposition anti-abus à l'article 145 du CGI, lequel est relatif aux distributions de dividendes purement internes, et qu'il lui appartenait dès lors de contrôler.

---

<sup>357</sup> TA Montreuil 28 avril 2011, *Sté Euro Stockage*, n° 0913878, RJF 2/12 n° 122, concl. E. Toutain BDCF 2/12 n° 19.

<sup>358</sup> CAA Paris 26 avril 2012, *Sté Euronutrisanté*, n° 10PA04267.

<sup>359</sup> CE 30 décembre 2015, *Sté Cameron France*, *Sté Holcim* et *Sté Enka*, n° 366268, 374836, 374841, RJF 3/16 n° 246, concl. E. Bokdam C246.

<sup>360</sup> Est également posée à la Cour la question de savoir si cette disposition doit être confrontée avec la liberté d'établissement ou avec la liberté de circulation des capitaux, dans la mesure où la chaîne de participations remonte jusqu'à un résident d'un Etat tiers à l'Union, lequel, en principe, ne peut invoquer la liberté d'établissement.

309. **En dépit de la formulation imprécise de cette disposition, s'agissant notamment des références à l'« objectif principal » du montage, le Conseil constitutionnel l'a jugée conforme à la Constitution<sup>361</sup>.** Cette décision a pu surprendre dans la mesure où il avait censuré comme trop équivoque l'assouplissement de la définition de l'abus de droit prévu par la loi de finances pour 2014, qui substituait l'exigence d'un motif *principalement* fiscal à celle de l'objectif exclusivement fiscal (cf. point 3.7.2). A la différence toutefois de ce précédent, la disposition anti-abus introduite dans le régime mère-fille n'était pas sanctionnée par une pénalité fiscale (alors que l'abus de droit commande l'application d'une sanction de 80 % des droits élundés), mais ne constituait qu'une règle d'assiette. C'est sur cette différence que se fonde le Conseil pour juger la disposition conforme : l'exigence en termes de précision apparaît plus importante en présence d'une sanction. Ce raisonnement a été critiqué dans la mesure où la méconnaissance de l'article 119 *ter* peut donner lieu, en cas de manquement délibéré, à l'application d'une pénalité de 40 % ou même, lorsque le contribuable a créé des apparences de nature à égarer l'administration dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, à l'application de la pénalité pour manœuvres frauduleuses, dont le taux est identique à celui de la pénalité pour abus de droit (80 %) <sup>362</sup>.
310. **La question de la conformité de la clause anti-abus prévue par la directive de 2015 aux libertés de circulation reste toutefois entière** puisque, même si la définition du montage non authentique se rapproche de celle du « montage purement artificiel », la référence à l'objectif principal du montage est plus large que celle de l'objectif exclusif ou même « essentiel » retenue par la jurisprudence de la CJUE. L'arrêt que rendra la Cour de justice en réponse à la question préjudicielle adressée par le Conseil d'Etat sur l'ancienne rédaction du 3 de l'article 119 *ter* du CGI sera probablement riche d'enseignements sur ce point également.

#### **4.3.6. La prise en compte dans le droit de l'Union de l'objectif de lutte contre l'évasion est d'autant plus importante qu'il prime sur les conventions fiscales**

311. Comme on l'a vu, les conséquences à tirer des conventions fiscales et du droit de l'Union sur l'application du droit interne, notamment en matière de retenues à la source, sont rarement les mêmes. En particulier, il est fréquent que le droit de l'Union impose une exonération de retenue là où certaines conventions conclues entre deux Etats-membres ne prévoient que le plafonnement de son taux. Dans ce contexte, la question de leur articulation se pose.
312. La Cour de justice, dans un arrêt *Gilly* rendu en 1998 par sa formation plénière<sup>363</sup>, s'est estimée compétente pour apprécier la compatibilité de stipulations d'une convention fiscale conclue entre deux Etats-membres avec une liberté protégée par le traité des communautés européennes. Il en résulte que les conventions fiscales conclues entre les Etats-membres doivent respecter le droit de l'Union<sup>364</sup>.

---

<sup>361</sup> CC 2015-726 DC du 29 décembre 2015, *LFR pour 2015*, RJF 3/16 n° 274.

<sup>362</sup> Cf. O. Fouquet, « Dispositif anti-abus et poursuite d'un but principalement fiscal, à propos de CC 2015-726 DC du 29 décembre 2015 », *DF* 2015 n° 4, act. 50.

<sup>363</sup> CJCE Plén. 12 mai 1998, *Gilly*, aff. 336/96, RJF 7/98 n° 890, concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer BDCF 4/98. Cf. aussi CJCE Plén. 21 septembre 1999, *Cie de Saint-Gobain ZN*, aff. 307/97, RJF 12/99 n° 1629.

<sup>364</sup> La Cour juge toutefois dans cet arrêt que « les Etats membres sont libres, dans le cadre de conventions bilatérales tendant à éviter les doubles impositions, de fixer les facteurs de rattachement aux fins de la répartition de la compétence fiscale, mais sont tenus, dans l'exercice du pouvoir d'imposition ainsi réparti, de respecter ce principe et ces libertés ». Ainsi, lorsque, dans une convention conclue entre des Etats membres, le critère de la nationalité apparaît dans une stipulation qui a pour objet de répartir la compétence fiscale, cette différenciation fondée sur la nationalité ne saurait être considérée comme constitutive d'une discrimination interdite par le droit de l'Union ; en revanche, dans l'exercice de la compétence fiscale octroyée par une telle stipulation, l'Etat membre titulaire de cette compétence doit

313. Le Conseil d'Etat fait application de ces principes ; par une décision *Regazzacci* du 27 juillet 2012<sup>365</sup>, il a ainsi contrôlé la compatibilité des stipulations de la convention franco-britannique relatives aux dividendes avec la liberté de circulation des capitaux.
314. **Dans ces conditions, il est permis de s'interroger sur la compatibilité avec les libertés de circulation des clauses anti-abus dites « PPT » prévues par certaines conventions fiscales**<sup>366</sup>. En effet, comme indiqué au point 4.2.4, ces clauses prévoient d'écarter l'application des stipulations relatives aux revenus passifs lorsque « *le principal objectif ou l'un des principaux objectifs* » de la société interposée dans l'autre Etat consiste à en tirer avantage. Une telle stipulation paraît, à l'instar d'ailleurs de la nouvelle clause anti-abus prévue par la directive mère-fille, plus large dans son champ que les seuls « montages purement artificiels » traditionnellement visés par la Cour de justice, même si sa jurisprudence sur les dispositions anti-abus semble encore hésiter entre une référence à un objectif « essentiellement » ou « seulement » fiscal.

#### 4.4. Les règles nationales anti-évasion sont également soumises à la contrainte constitutionnelle

315. Les développements qui précèdent ont montré à plusieurs reprises que l'application de la Constitution pouvait faire obstacle, au moins en partie, à l'application de dispositions législatives anti-abus.
316. Plusieurs principes constitutionnels doivent ainsi être pris en compte et conciliés avec les objectifs de lutte contre la fraude fiscale<sup>367</sup> et contre l'évasion fiscale<sup>368</sup>, dont le Conseil constitutionnel juge qu'ils ont valeur constitutionnelle.
317. En premier lieu, le **principe d'égalité** induit plusieurs contraintes différentes.
318. D'abord, il commande au législateur de se fonder sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif qu'il poursuit. C'est pourquoi le Conseil d'Etat avait réinterprété la clause de sauvegarde de l'article 209 B du CGI, en considérant que l'entreprise peut échapper à son application si elle démontre que les opérations de la filiale étrangère n'ont pas principalement *pour objet* (et non *pour effet*) d'échapper à l'impôt français<sup>369</sup> : c'est en effet parce que l'entreprise ne poursuivait pas un *but* fiscal qu'elle peut échapper à l'application d'un dispositif justifié par l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale.

---

respecter le principe d'égalité de traitement. La Cour l'a récemment réaffirmé par un arrêt *Bukovansky* du 19 novembre 2015 (CJUE 19 novembre 2015, *Bukovansky*, aff. 241/14, RJF 2/16 n° 213, chr. H. Cassagnabère RJF 3/16 p. 273).

<sup>365</sup> CE 27 juillet 2012, *min. c. Regazzacci*, n° 337656 et 337810, RJF 11/12 n° 1012, concl. F. Aladjidi BDCF 11/12 n° 126. Cf. aussi CE 30 mars 2005, *min. c. Villatte*, n° 230053, RJF 7/05 n° 751, concl. M.-H. Mitjavile BDCF 7/05 n° 96.

<sup>366</sup> Cf. sur ce point S. Austry, S. Gelin et D. Sorel, « Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile ? », RJF 12/08 p. 1087.

<sup>367</sup> CC 99-424 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, cons. 52, RJF 2/00 n° 248.

<sup>368</sup> CC 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *Moreau*, RJF 2/11 n° 210.

<sup>369</sup> CE 2 février 2012, *Sté Sonepar*, n° 351600, RJF 5/12 n° 505, concl. P. Collin BDCF 5/12 n° 63, refusant de renvoyer une QPC dirigée contre l'article 209 B.



319. Cette exigence ne fait toutefois pas obstacle à ce que le législateur crée des présomptions, du moins réfragables (cas de l'article 57 du CGI<sup>370</sup>). S'agissant des présomptions irréfragables, le Conseil jugeait à l'origine qu'elles n'étaient pas par elles-mêmes inconstitutionnelles à condition que le contribuable ne soit pas assujéti à une double imposition (cas de l'article 155 A<sup>371</sup>). La jurisprudence la plus récente du Conseil constitutionnel exige toutefois, dans l'objectif que les opérations non-abusives ne soient pas remises en cause, que le contribuable puisse apporter la preuve que le montage en cause « *correspond à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices* » dans un paradis fiscal, comme il l'a jugé s'agissant de l'inapplicabilité du régime des sociétés mères et de celui des plus-values à long terme pour les sociétés établies dans un Etat ou territoire non coopératif<sup>372</sup>.
320. Le principe d'égalité implique également que la loi ne puisse faire peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs capacités contributives ; c'est ce qui a motivé la censure de la majoration à 75 % de la retenue à la source sur les plus-values immobilières réalisées à titre occasionnel par une personne établie dans un ETNC<sup>373</sup>.
321. En deuxième lieu, **l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi** conduit à censurer les règles anti-abus dont la formulation est jugée trop imprécise ou équivoque. Le degré d'exigence du Conseil constitutionnel varie toutefois selon que la disposition en cause commande directement l'application d'une sanction fiscale (c'est en effet dans ce cas aussi le **principe de légalité des délits et des peines** qui est touché) ou constitue une simple règle d'assiette : comme on l'a vu, cela a conduit le Conseil constitutionnel à censurer la redéfinition de l'abus de droit prévue par la loi de finances pour 2014, par référence à un motif *principalement* fiscal<sup>374</sup>, alors que la nouvelle rédaction de la clause anti-abus du régime mère-fille a été regardée comme suffisamment précise, bien qu'elle repose sur des termes analogues, parce qu'elle ne constitue qu'une règle d'assiette<sup>375</sup>.
322. Enfin, les principes constitutionnels de droit pénal, comme la **présomption d'innocence** ou le **principe de nécessité des peines**, ne peuvent quant à eux être invoqués qu'en présence d'une sanction à caractère répressif. La jurisprudence refuse de manière constante d'assimiler la simple application des dispositions anti-abus, lorsqu'elles ne sont pas assorties d'une sanction spécifique, à une sanction, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel s'agissant de l'article 155 A<sup>376</sup>, ou le Conseil d'Etat s'agissant de l'article 209 B<sup>377</sup>.

---

<sup>370</sup> CE 2 mars 2011, *Sté Soutiran et Cie*, n° 342099, RJF 6/11 n° 733, concl. E. Geffray BDCF 6/11 n° 73, refusant de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 57.

<sup>371</sup> CC 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *Moreau*, RJF 2/11 n° 210, qui juge l'article 155 A conforme à la Constitution en émettant une réserve d'interprétation : dans le cas où la société établie à l'étranger reverse en France au contribuable tout ou partie des sommes rémunérant les prestations réalisées par ce dernier, cette disposition ne saurait conduire à ce que ce contribuable soit assujéti à une double imposition au titre d'un même impôt.

<sup>372</sup> CC 2014-437 QPC du 20 janvier 2015, *Afep et autres*, RJF 4/15 n° 346.

<sup>373</sup> CC 2014-708 DC du 29 décembre 2014, *LFR pour 2014*, RJF 3/15 n° 244, cons. 37 à 40.

<sup>374</sup> CC 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *LFI pour 2014*, RJF 3/14 n° 267.

<sup>375</sup> CC 2015-726 DC du 29 décembre 2015, *LFR pour 2015*, RJF 3/16 n° 274.

<sup>376</sup> CC 2010-70 QPC du 26 novembre 2010, *Moreau*, RJF 2/11 n° 210.

<sup>377</sup> CE 2 février 2012, *Sté Sonepar*, n° 351600, RJF 5/12 n° 505, concl. P. Collin BDCF 5/12 n° 63, refusant de renvoyer une QPC dirigée contre l'article 209 B.

## 5. Rapprocher la localisation des bénéficiaires de celle de l'activité économique suppose de réviser les règles fiscales internationales

323. Les développements qui précèdent montrent que les règles territoriales d'imposition des bénéficiaires, tant françaises qu'internationales, doivent aujourd'hui répondre à **deux défis** :
- ◆ **permettre de manière effective la réintégration des bénéficiaires artificiellement transférés à l'étranger**, que ce soit par le biais de prix de transfert, de la déduction excessive d'intérêts ou de montages consistant à créer des sociétés interposées dans un Etat-membre de l'UE ou conventionné avec la France, et dont la réglementation permet facilement le transfert de bénéfices vers des paradis fiscaux (chalandage fiscal) ;
  - ◆ **dépasser la logique de l'établissement stable** pour se rapprocher d'une logique de création de valeur, afin de permettre l'imposition en France des bénéfices issus d'activités réalisées dans notre pays en l'absence d'installation physique.
324. Les conséquences pour les finances publiques des pratiques visant à disjoindre la localisation du bénéfice de celle de l'activité économique ont fait l'objet d'une prise de conscience récente au niveau mondial, conduisant l'OCDE à établir, à la demande du G20 réuni à Saint-Pétersbourg en septembre 2013, un **plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices (« BEPS »)**.
325. L'OCDE a présenté en octobre 2015 les rapports finaux sur les 15 actions prévues par ce plan, qui ont été approuvés par les dirigeants du G20 les 15 et 16 novembre 2015 à Antalya<sup>378</sup>. Ceux-ci recommandent des modifications à la fois dans le droit fiscal interne des Etats, mais aussi dans les conventions fiscales applicables. Comme on l'a vu en effet, toute réforme du droit national se voit contrainte dans sa portée par les conventions fiscales applicables, en particulier pour les Etats qui, comme la France, disposent d'un réseau conventionnel très étendu.
326. Cette dernière partie tente de dessiner des orientations de nature à répondre à ces deux défis, en examinant l'intérêt mais aussi les limites des recommandations du plan BEPS.
327. S'agissant d'abord du droit fiscal national, elle examine bien sûr les mérites et inconvénients du passage à un système de bénéfice mondial<sup>379</sup>. Par ailleurs certaines modifications des dispositions nationales anti-évasion pourraient, dans le sillage de BEPS, être envisagées, mais les contraintes européennes, internationales et constitutionnelles limitent leur ampleur.
328. S'agissant du droit européen, la Commission a présenté, en janvier dernier, une proposition législative visant à créer un standard commun anti-évasion dans les droits fiscaux des Etats-membres, ce qu'il faut saluer. Mais il faut aller plus loin, d'une part en assortissant le principe d'exonération des redevances et dividendes versés au sein de l'UE de leur taxation à la source lorsqu'ils sortent du territoire européen, et d'autre part en faisant aboutir le projet d'assiette commune consolidée de l'IS, qui rendrait sans intérêt les transferts de bénéfices au sein de l'UE, sauf à jouer sur les différences de taux d'imposition entre les Etats.
329. Seule une évolution du droit fiscal international permettrait toutefois de répondre au second défi identifié ci-dessus, qui nécessite de repenser la notion d'établissement stable sur laquelle repose le modèle de convention OCDE.

---

<sup>378</sup> Cf. Pascal Saint-Amans et Eric Robert, « Le projet BEPS et la longue marche en direction d'une fiscalité globale pour l'économie du XXI<sup>e</sup> siècle », *Droit fiscal* 2015 n° 49 comm. 709.

<sup>379</sup> A noter que le MEDEF a constitué en son sein un groupe de travail sur ce sujet, qui n'a toutefois pas rendu ses conclusions à ce jour.

## 5.1. Les modifications de la loi nationale ne peuvent être que d'ampleur limitée du fait des contraintes européennes, internationales et constitutionnelles

### 5.1.1. Passer à un principe de mondialité n'aurait en pratique que peu d'effets...

330. **Le passage à un principe de mondialité des bénéfices présenterait théoriquement un intérêt pour les entreprises : celui de permettre la déduction des pertes des succursales étrangères.** C'est pourquoi le principe de territorialité est considéré comme participant au déficit d'attractivité du système fiscal français. Les conventions fiscales le cas échéant applicables n'y feraient pas obstacle, même lorsque les pertes étrangères ont déjà été déduites dans l'autre Etat<sup>380</sup>, puisqu'elles exigent seulement l'élimination des doubles impositions, sans faire obstacle à la double déduction de pertes.
331. Il faut noter à cet égard que la déductibilité des pertes étrangères n'est clairement pas l'intention récente exprimée par le législateur, qui, depuis la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 (art. 17), a au contraire exclu en principe la déduction des aides à caractère financier (cf. point 1.2.2). Or, ces aides (abandons de créance notamment) permettaient jusqu'alors la déduction des pertes d'entreprises étrangères.
332. **Symétriquement, les sociétés françaises seraient soumises à l'IS sur les bénéfices de leurs succursales étrangères. Il en résulterait donc une double imposition,** plus ou moins importante selon la fiscalité de l'autre Etat. Même si cette double imposition est éliminée dans le cas, le plus courant, où l'autre Etat est conventionné, cette élimination peut représenter une complexité supplémentaire par rapport à l'exonération qui prévaut dans un système de territorialité (et, concrètement, induire un décalage de trésorerie pour l'entreprise qui doit attendre l'imputation de l'impôt étranger sur l'impôt français). En outre et surtout, dès lors que la majorité des conventions conclues par la France retiennent la méthode du crédit d'impôt et non de l'exonération pour éviter la double imposition<sup>381</sup>, et que le taux de l'IS est le plus souvent supérieur en France à celui de l'autre Etat, l'entreprise devra, même après élimination de la double imposition, s'acquitter d'une charge fiscale plus élevée que ce qui aurait été le cas avec un principe de territorialité. Au demeurant, la double imposition demeure pour les Etats non-conventionnés, qui ne sont pas tous nécessairement des Etats à fiscalité privilégiée (cf. annexe II), sauf si le droit interne prévoyait la possibilité d'imputer l'impôt étranger.
333. **Dans les faits néanmoins, mis à part dans les secteurs bancaire et assurantiel, il est peu courant que l'activité étrangère soit succursalisée**<sup>382</sup>. Les entreprises françaises se développent à l'international le plus souvent par le biais de filiales, sauf dans les premières années de l'implantation, durant lesquelles la forme souple de la succursale est utilisée. **Dès lors, le passage à un système mondial aurait une incidence surtout sur le secteur financier,** étant précisé qu'il est peu probable que les entreprises de ce secteur contournent l'imposition française en filialisant leurs activités bénéficiaires étrangères, dès lors que l'obligation de respecter certains ratios prudentiels est susceptible de les en empêcher.
334. Il faut noter en outre que, pour les Etats ou territoires à fiscalité privilégiée, l'article 209 B du CGI prévoit déjà aujourd'hui la soumission à l'IS du bénéfice mondial des succursales (et même des filiales).

---

<sup>380</sup> Par exemple si la perte est reportée, ou dans l'hypothèse où la succursale étrangère bénéficie d'un régime d'intégration fiscale avec une autre société étrangère du même groupe.

<sup>381</sup> A l'exception des conventions conclues avec 46 pays dont la Belgique, le Brésil, la Grèce, l'Irlande, le Luxembourg, le Maroc, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal et la Tunisie et; cf. point 2.2.

<sup>382</sup> D'ailleurs, le Trésor britannique estime que l'option pour la *foreign branch exemption* introduite en 2011 devrait s'appliquer surtout dans les secteurs bancaire et assurantiel, et coûter 100 M€ par an.

335. **Enfin, de manière générale, le passage à un principe de mondialité ne résout absolument pas le problème des transferts de bénéfices intra-groupe.**

**5.1.2. ...sauf à l'étendre aux filiales étrangères dans un système de mondialité consolidée, ce qui n'est pas envisageable de manière unilatérale**

336. **Passer à un système de mondialité qui, à l'instar de l'ancien bénéficiaire consolidé supprimé en 2011, consoliderait de manière obligatoire les résultats y compris des filiales étrangères contrôlées par la société française, présente bien plus d'intérêt.** C'est ce que proposait dès 1981 Pierre Uri, l'un des pères du traité de Rome, dans son ouvrage *Changer l'impôt pour changer la France*<sup>383</sup>, et ce que recommandent certains économistes aux Etats-Unis sous le terme de *worldwide consolidation*<sup>384</sup>. A rendement fiscal constant, l'élargissement de l'assiette liée à l'imposition des bénéfices des filiales étrangères permettrait une baisse du taux de l'IS.

337. *A priori*, la mondialité consolidée rendrait sans intérêt les transferts de bénéfices intra-groupe, puisque le résultat est calculé au niveau de l'ensemble du groupe. Cela suppose toutefois que l'administration fiscale ait les moyens de contrôler le bénéfice mondial déclaré.

338. Un tel système aurait des effets économiques différents selon la maturité de l'implantation du groupe à l'étranger : il serait *a priori* avantageux pour les groupes en développement à l'étranger, qui par construction enregistrent souvent des pertes dans leurs implantations étrangères durant les premières années de leur expansion. S'agissant des groupes déjà bien implantés à l'étranger en revanche, le principe de territorialité a des effets positifs en évitant la double imposition. Le passage à la mondialité aurait certainement un effet défavorable sur la compétitivité de ces groupes, sauf à l'assortir d'une baisse du taux de l'IS. **Une étude d'impact préalable devrait être conduite**, permettant d'évaluer l'ampleur de l'élargissement de l'assiette qui résulterait de cette réforme.

339. Surtout, sauf à l'assortir d'une très forte baisse du taux d'IS, **ce système inciterait les sociétés à transférer leur siège dans un Etat dont le taux d'imposition est faible**, si bien que les Etats à fiscalité élevée comme la France seraient *in fine* perdants<sup>385</sup>. Certes, le droit fiscal français (2 de l'article 221 du CGI) prévoit l'imposition immédiate des bénéfices non taxés en cas de transfert de siège à l'étranger (avec la possibilité d'étaler le paiement de l'impôt sur cinq ans en cas de transfert au sein de l'UE). En revanche, aller plus loin en imposant les bénéfices de la société après le transfert lorsque celui-ci répond à un objectif purement fiscal se heurterait *a priori* aux conventions fiscales, qui empêchent un Etat d'imposer une société qui n'est pas résidente et n'a pas d'établissement stable sur son territoire (alors même que le dispositif ne viserait que les opérations à but exclusivement fiscal et serait conforme à la liberté d'établissement).

340. **Au total, c'est donc seulement si un tel système était adopté par l'ensemble des Etats dans lesquels les groupes internationaux sont susceptibles d'établir leur siège de direction effective (i.e. principalement les Etats de l'OCDE), et à condition que les taux**

---

<sup>383</sup> Cf. p. 157 et s.

<sup>384</sup> Edward D. Kleinbard, "The Lessons of Stateless Income" 65 *Tax L. Rev.* 99, 2011; Reuven S. Avi-Yonah, "Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals," U. Mich. Public Law research paper no. 364, 2015.

<sup>385</sup> Cf. Kim A. Clausing, *The Effect of Profit Shifting on the Corporate Tax Base in the United States and Beyond*, janvier 2016.

**d'imposition soient assez uniformes parmi ces Etats, que le risque de transfert de siège serait évité<sup>386</sup>.** C'est pourquoi ce système n'est envisageable que par un accord multilatéral.

341. D'ailleurs, les conventions fiscales pourraient y faire obstacle puisqu'elles reposent sur le principe selon lequel les bénéfices d'une société ne sont imposables *que* dans l'Etat dans lequel elle réside (sauf établissement stable à l'étranger). La question n'est toutefois pas évidente et les conventions fiscales pourraient être interprétées comme ne faisant pas obstacle à l'imposition du bénéfice consolidé, à condition d'octroyer un crédit d'impôt pour éliminer la double imposition, sauf lorsqu'elles retiennent l'imposition exclusive par l'Etat de la source<sup>387</sup>. En tout état de cause, la clause dite « nonobstant » insérée par la France dans certaines conventions fiscales pour permettre d'appliquer l'article 209 B du CGI (cf. point 4.2.2) permettrait *a priori*, vu sa rédaction<sup>388</sup>, d'appliquer un principe de mondialité consolidée, avec élimination de la double imposition par l'octroi d'un crédit d'impôt. Cette clause est à ce stade prévue par 24 conventions conclues par la France<sup>389</sup>. Les autres conventions devraient être renégociées<sup>390</sup>.
342. Enfin, sauf à créer une discrimination (qui d'ailleurs, si la filiale est en pertes, serait une discrimination à rebours<sup>391</sup>), une mondialité consolidée rétroagirait sur l'intégration fiscale : l'obligation d'intégration des filiales détenues à plus de 50 % devrait s'étendre aux filiales françaises, alors que l'article 223 A ne prévoit aujourd'hui qu'une faculté d'intégration, qui plus est seulement à partir d'un seuil de détention de 95 %. Cette évolution ne pourrait donc s'inscrire que dans le cadre d'une réforme plus globale du régime d'intégration fiscale.

### **5.1.3. La création d'une cotisation minimale d'IS pour les groupes en fonction de la part du chiffre d'affaires réalisée en France se heurte aux normes supérieures**

343. Pour rapprocher l'assiette taxable du bénéfice effectivement réalisé en France, une évolution des règles fiscales nationales resterait en théorie envisageable : la création d'un plancher au bénéfice imposable, en fonction de la part du chiffre d'affaires réalisée en France.

---

<sup>386</sup> Cf. en ce sens Reuven S. Avi-Yonah (2015) précit., qui recommande que ce système soit adopté via un accord multilatéral. Les *corporate inversions* récentes montrent que le risque n'est pas théorique.

<sup>387</sup> Cf. en ce sens les conclusions de S. Austray sous une décision CE 30 décembre 2002, *Chupin*, n° 229072, RJF 3/03 n° 261.

<sup>388</sup> « *Nonobstant toute autre disposition de la présente Convention les revenus qui sont imposables ou ne sont imposables qu'au Kenya conformément aux dispositions de la Convention sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français lorsqu'ils ne sont pas exemptés de l'impôt sur les sociétés en application de la législation interne française. Dans ce cas, (...) le résident de France a droit (...) à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français* » (art. 22 § 1 de la convention franco-kenyane).

<sup>389</sup> Il s'agit des conventions conclues avec les Etats suivants : Albanie, Andorre, Argentine (avenant de 2001), Azerbaïdjan, Botswana, Croatie, Estonie, Ethiopie, Géorgie, Guinée, Kazakhstan, Kenya, Lettonie, Libye, Lituanie, Macédoine, Ouzbékistan, Panama, Royaume-Uni, Slovénie, Syrie, Taïwan, République tchèque, Ukraine. 23 autres conventions (Afrique du Sud, Algérie, Arménie, Australie, Québec, Chili, Egypte, Espagne, Etats-Unis, Gabon, Ghana, Israël, Jamaïque, Malte, Mongolie, Namibie, Pakistan, Qatar, Russie, Suède, Venezuela, Viêt-Nam, Zimbabwe) comportent une clause proche mais retenant une rédaction qui exige que le bénéficiaire du revenu étranger soit un résident de France et qui dès lors ne permet *a priori* pas d'appliquer une mondialité consolidée.

<sup>390</sup> On pourrait aussi imaginer, à l'instar de la nouvelle rédaction de l'article 209 B, de réputer les bénéfices étrangers constitutifs de revenus de capitaux mobiliers de la société française, mais outre que ceci ne serait pas applicable aux pertes, il n'est pas certain que cette rédaction suffise à juger l'imposition en France compatible avec les conventions fiscales.

<sup>391</sup> Le Conseil constitutionnel censure les discriminations à rebours comme contraires au principe d'égalité : CC 2015-520 QPC du 3 février 2016, *Sté Metro Holding France SA*, RJF 4/16 n° 366.

344. **Il s'agirait de prévoir que le bénéfice imposable en France ne peut être inférieur à un pourcentage du bénéfice mondial correspondant à la part du chiffre d'affaires réalisé en France dans le chiffre d'affaires mondial.** De fait, il s'agirait donc d'une cotisation minimale d'IS.
345. Cette proposition rejoint les travaux d'économistes et professeurs de droit anglo-saxons sur l'*apportionment* de l'impôt sur les bénéfices : selon ces travaux, si un tel système devrait dans l'idéal voir le jour à l'échelle mondiale (cf. point 5.4.5), il peut être mis en œuvre de manière unilatérale par un pays (c'est ce qu'ils proposent pour les Etats-Unis)<sup>392</sup>. Il revient, de fait, à faire coexister le principe de pleine concurrence avec l'application d'une autre logique, celle d'une répartition des bénéfices selon un critère objectif tel que le chiffre d'affaires.
346. Ce plancher peut s'appliquer au niveau du bénéfice de chaque société ou au niveau du groupe.
347. **L'application au niveau d'une société paraît plus simple**<sup>393</sup>. Le respect du principe de liberté d'établissement et des clauses de non-discrimination des conventions fiscales ne poserait pas problème dans la mesure où cette règle s'appliquerait à toute société imposable à l'IS, y compris les sociétés ayant leur siège en France. Pour ces dernières, l'introduction de cette règle ne revient pas à réintroduire une taxe sur le chiffre d'affaires comme l'était l'ancienne imposition forfaitaire annuelle (IFA) puisque le plancher en fonction du chiffre d'affaires ne s'applique qu'au bénéfice réalisé<sup>394</sup>.
348. L'application de ce plancher est susceptible de faire naître une double imposition, puisque le bénéfice imposé serait le cas échéant supérieur au bénéfice réalisé en France. Son élimination, qui est exigée par les conventions fiscales le cas échéant applicables, n'est pas simple puisque, contrairement au système de bénéfice mondial, ce n'est pas l'intégralité du bénéfice de la succursale étrangère qui est imposé, mais une part de ce bénéfice dépendant du chiffre d'affaires de la société réalisé en France. Le crédit d'impôt octroyé à la société ne serait donc égal qu'à une part de l'impôt acquitté dans l'autre Etat.
349. En revanche, cette option résout seulement le problème du transfert de bénéfices au profit d'établissements étrangers d'une même société. Celui des bénéfices transférés à des autres sociétés du groupe resterait entier : même si un groupe réalise par exemple 50 % de ses ventes en France, il conserverait la possibilité de n'acquitter qu'un IS négligeable en transférant les bénéfices de la filiale française à une filiale étrangère du groupe.
350. **L'application de cette cotisation minimale au niveau du groupe est donc préférable.** C'est d'ailleurs ce que proposent les contributions anglo-saxonnes mentionnées ci-dessus. Cela complexifierait la règle applicable : il s'agirait de prévoir que, lorsqu'une société soumise à l'IS est détenue, directement ou indirectement, à plus de 50 % par une société tierce, ou qu'elle détient à plus de 50 % une telle société, le plancher s'apprécie en fonction du bénéfice consolidé de l'ensemble de ces sociétés et de leur chiffre d'affaires consolidé. Lorsqu'un groupe compte plusieurs sociétés résidentes de France, il faudrait prévoir une règle de distribution entre elles du bénéfice minimal imposable (par exemple en fonction de leur chiffre d'affaires français respectif).

---

<sup>392</sup> Voir notamment Kim. A. Clausing, Reuven Avi-Yonah, « Reforming Corporate Taxation in a Global Economy : A proposal to Adopt Formulary Apportionment », in Jason Furman and Jason E. Bordoff, *Path to Prosperity : Hamilton Project Ideas on Income Security, Education and Taxes*, 2008.

<sup>393</sup> Cf. en ce sens Pierre Uri, *Changer l'impôt pour changer la France*, 1981, qui proposait d'imposer les sociétés étrangères ayant une activité en France au minimum sur une part de leur bénéfice mondial proportionnelle à la part de leur chiffre d'affaires fait en France.

<sup>394</sup> Si une société qui réalise toutes ses ventes en France a un bénéfice imposable nul, le plancher sera égal à 100 % x 0, soit 0.

351. C'est une logique proche qu'a empruntée le Royaume-Uni en créant, dans le *Finance Act 2015*, la *diverted profit tax*, communément appelée *google tax*, égale à 25 % (soit un taux supérieur au taux normal de la *corporate tax*) des profits « déviés », réalisés par les firmes multinationales en vendant des biens ou services à des résidents britanniques mais non taxés à la *corporate tax*.
352. Le contrôle des montants de chiffre d'affaire et bénéfice mondiaux déclarés serait facilité, pour les grands groupes, par les nouvelles obligations de déclaration pays par pays issues de l'action 13 du plan BEPS, qui prévoit que tous les groupes dont le chiffre d'affaires mondial est supérieur à 750 M€ doivent déclarer pays par pays notamment leur bénéfice et leur chiffre d'affaires. Afin que cette nouvelle règle n'induisse une complexification des règles de calcul de l'IS pour les autres entreprises, on pourrait imaginer qu'elle ne s'applique qu'à partir de ce seuil.
353. Contrairement à l'option d'un bénéfice mondial consolidé, cette option n'incite pas les groupes à transférer leur siège hors de France puisque la localisation du siège est sans incidence sur la cotisation minimale d'IS, qui dépend seulement du chiffre d'affaires.
354. Là encore, cette règle ne paraît pas discriminatoire car, ainsi formulée, elle s'appliquerait y compris aux groupes qui ne comptent que des sociétés françaises.
355. **En revanche, les conventions fiscales feraient obstacle à l'application de ce plancher puisqu'il revient à imposer le cas échéant les bénéfices d'une société résidente d'un autre Etat** (qui peut ne pas avoir d'établissement stable en France). Il ne serait donc applicable qu'avec les Etats non conventionnés et, peut-être, avec ceux dont la convention prévoit la clause dite « nonobstant » insérée dans 23 conventions fiscales (mais il n'est pas évident que les règles qu'elle prévoit pour la détermination du crédit d'impôt conviennent).
356. C'est donc seulement sous réserve d'une modification des conventions fiscales que l'application de ce plancher aux groupes pourra être envisagée. Si l'on veut qu'elle soit universelle, cela suppose de porter cette initiative au niveau de l'OCDE. On butte finalement sur les principes cardinaux de l'établissement stable et de pleine concurrence qui fondent le réseau conventionnel mondial actuel. L'initiative récente d'une convention multilatérale démontre toutefois qu'une évolution rapide n'est pas impossible : on pourrait envisager qu'une clause « nonobstant » soit insérée dans un tel instrument, d'autant que les Etats-Unis eux-mêmes ne semblent pas fermer la voie à un système de mondialité consolidée ou *d'apportionment*.
357. **En outre, la conformité d'une telle réforme avec le principe constitutionnel d'égalité n'est pas évidente**, dès lors notamment que l'imposition dépendrait, certes indirectement, du chiffre d'affaires réalisé en France, lequel pourrait n'être pas considéré comme permettant d'apprécier les facultés contributives du contribuable.
358. Enfin, si l'insertion de cette règle réduirait considérablement l'ampleur des transferts de bénéfices par les entreprises établies en France, elle serait en revanche sans effet sur le cas des sociétés étrangères qui réalisent des ventes en France tout en n'y détenant aucun établissement : par hypothèse, ces sociétés, qui n'entrent pas dans le champ de l'IS, ne pourraient être assujetties à cette cotisation minimale<sup>395</sup>. Un projet multilatéral d'ACCIS mondiale peut répondre à cet enjeu (cf. point 5.4.5).

---

<sup>395</sup> Sauf à modifier l'article 209 du CGI pour prévoir que sont soumises à l'IS les entreprises qui exercent une activité auprès de résidents français, et non seulement celles qui exploitent une entreprise en France.

#### 5.1.4. Si certaines évolutions des dispositions anti-évasion nationales peuvent être envisagées, leur ampleur est limitée par le respect des normes supérieures

##### ◆ A droit constant, mieux appliquer les dispositions anti-évasion nationales

359. Les développements des quatre parties précédentes montrent amplement que l'administration fiscale n'est pas démunie face aux pratiques de transfert de bénéficiaires. Or, l'application de ces outils reste parfois rare, s'agissant notamment de l'abus de droit et des clauses anti-abus issues des directives européennes.
360. En particulier, l'administration dispose aujourd'hui de plusieurs outils pour remettre en cause les pratiques de chalandage fiscal, notamment au sein de l'UE : elle peut invoquer la clause de bénéficiaire effectif prévue par les articles du CGI transposant les directives, les clauses anti-abus spécifiques, ou encore recourir à l'abus de droit.
361. De même, le cadre juridique permettant la remise en cause des prix de transfert paraît suffisant, les difficultés tenant plutôt à la capacité à réunir des comparables ; l'administration fiscale doit le mobiliser, ce qui suppose qu'elle en ait les capacités, notamment en termes de ressources humaines, y compris dans les services chargés du contrôle des entreprises moyennes (DIRCOFI). Par ailleurs, afin d'apporter davantage de sécurité juridique mais aussi de faciliter la tâche des vérificateurs, **il serait utile que l'administration publique des instructions fiscales précisant, sur certains points précis, à l'aide d'exemples, les principes et méthodes qu'elle entend appliquer pour la détermination des prix de transfert**, déclinant ainsi les lignes directrices de l'OCDE (cf. point 5.3.4), même si l'application de ces principes nécessite bien sûr une appréciation au cas par cas. La doctrine administrative est en effet quasi inexistante aujourd'hui en matière de prix de transfert. Ces instructions devraient être soumises à une consultation préalable formalisée des entreprises.

##### ◆ Les évolutions de l'article 209 B esquissées par les travaux BEPS se heurtent aux droits européen et constitutionnel

362. L'action 3 de BEPS est consacrée aux règles SEC, qui existent aujourd'hui dans la réglementation fiscale de 30 Etats participant au projet BEPS (sur 44). La clause SEC recommandée par l'OCDE se distingue de l'article 209 B, en ce qu'elle est ciblée sur certains « revenus de SEC » perçus par l'entité étrangère (il s'agit en principe des dividendes, intérêts, revenus d'assurance, redevances et revenus des ventes et prestations de services) – ciblage qui, selon l'OCDE, permet de ne pas appliquer de clause de sauvegarde liée aux montages qui ne visent pas à éluder l'impôt<sup>396</sup>. Bien sûr, l'Etat doit éliminer la double imposition qui est susceptible d'en résulter, en accordant un allègement au titre de l'impôt étranger acquitté.
363. L'absence de clause de sauvegarde poserait toutefois problème au regard du respect du droit européen et constitutionnel. Le ciblage sur certains revenus ne semble pas suppléer l'absence d'une telle clause puisque les revenus en cause peuvent résulter d'une activité économique réelle (prestations de services par exemple).
364. S'agissant du droit européen, on a vu que la jurisprudence de la Cour de justice ne considère les règles SEC compatibles avec la liberté d'établissement qu'à la condition qu'elles ne s'appliquent qu'aux hypothèses de montages purement artificiel. Il faut donc, dans l'hypothèse où la SEC est établie au sein de l'UE, une clause de sauvegarde. En dehors de l'UE, la question est plus ouverte, la jurisprudence de la Cour sur la liberté de circulation des capitaux étant à ce stade plus incertaine (cf. point 4.3.3 et annexe IX).

---

<sup>396</sup> Cf. rapport final de l'action 3, point 60.



365. D'ailleurs, l'OCDE elle-même indique que les Etats de l'UE pourront le cas échéant « effectuer une analyse de substance en vertu de laquelle les contribuables seraient soumis aux règles SEC uniquement lorsque les SEC n'exercent pas d'activité économique effective »<sup>397</sup>.
366. S'agissant de la Constitution, l'obstacle semble plus radical encore, car il vaut y compris lorsque la SEC est établie en dehors de l'UE : comme indiqué au point 4.4, la jurisprudence du Conseil constitutionnel exige, pour que le respect du principe d'égalité devant les charges publiques soit assuré, que le contribuable soit admis à apporter la preuve que le montage en cause « correspond à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices » dans un paradis fiscal, comme il l'a jugé s'agissant de l'inapplicabilité du régime des sociétés mères pour bénéfices distribués par des sociétés établies dans un ETNC<sup>398</sup>.
367. La proposition de l'OCDE d'appliquer une règle SEC sans clause de sauvegarde ne paraît donc pas applicable en France. Une clause de sauvegarde doit être conservée y compris vis-à-vis des Etats tiers à l'UE, même si, dans ce cas, elle peut se référer à un objectif « principalement fiscal », ce que n'exclut ni la jurisprudence du Conseil constitutionnel ni, à ce stade du moins, celle de la CJUE.

◆ **L'action 4 du plan BEPS invite à envisager une simplification des règles françaises de déductibilité des intérêts**

368. L'action 4 du plan BEPS recommande l'adoption d'une règle fondée sur un ratio déterminé qui limite les déductions nettes d'une société au titre d'intérêts à un certain pourcentage de son résultat avant charges d'intérêts, impôts, amortissement et provisions (EBITDA). Afin que l'encadrement soit efficace, l'OCDE recommande un ratio compris entre 10 et 30 % de l'EBITDA. Cette règle devrait s'appliquer « au minimum aux entités membres de groupes multinationaux ». L'OCDE précise que cette approche « peut être complétée par une règle fondée sur un ratio à l'échelle du groupe mondial qui autorise une entité à dépasser cette limite dans certaines circonstances ». Il est enfin précisé que les Etats peuvent ajouter un seuil d'intérêts en valeur absolue et prévoir le report en avant des intérêts non déductibles et/ou des capacités inutilisées à déduire des intérêts.
369. L'article 212 II du CGI répond globalement à cette approche, en retenant un *ratio* de 25 % du résultat courant avant charges d'intérêts, impôts et amortissement, même s'il permet également que la limite soit portée au montant des intérêts en cause multiplié par le rapport entre une fois et demie le montant des capitaux propres et le montant moyen des sommes laissées ou mises à disposition par l'ensemble des entreprises liées (cf. point 3.3).
370. Toutefois, l'article 212 II n'est applicable qu'aux intérêts versés entre entreprises liées<sup>399</sup>. S'agissant des intérêts versés à des entreprises autonomes, c'est la limitation prévue à l'article 212 *bis* du CGI qui est applicable.
371. Ce système est sensiblement plus complexe que le nouveau standard mondial qui se dessine. En effet, l'OCDE recommande plus simplement d'appliquer le ratio d'EBITDA aux entreprises autonomes, même s'il elle estime que, « compte tenu des différences entre les risques posés par les entités membres de groupes et les entités autonomes, [l'Etat] peut recourir à des règles différentes pour faire face aux risques induits par les entités autonomes »<sup>400</sup>, et que des « règles ciblées » peuvent être compléter la règle générale fondée sur le ratio d'EBITDA. Cette

---

<sup>397</sup> Cf. rapport final de l'action 3, point 22.

<sup>398</sup> CC 2014-437 QPC du 20 janvier 2015, *Afep et autres*, RJF 4/15 n° 346.

<sup>399</sup> Ainsi, depuis 2011, qu'aux intérêts versés à une entreprise autonome mais en exécution d'un prêt garanti par une entreprise liée : cf. point 3.3 ci-dessus.

<sup>400</sup> Cf. rapport final de l'action 4, point 53.

recommandation s'inspire notamment de la règle allemande du *Zinsschranke*<sup>401</sup>, qui plafonne à 30 % de l'EBITDA les intérêts versés par toute entreprise, sans restreindre le dispositif aux intérêts versés à des entreprises liées.

372. Il est vrai qu'une application aux seules entreprises liées peut laisser de côté certains montages de sous-capitalisation reposant sur des prêts accordés par un intermédiaire juridiquement autonome<sup>402</sup>.
373. Dans ce contexte, une simplification des règles françaises de déductibilité des intérêts pourrait être envisagée, en étendant le champ de l'article 212 tout en abrogeant l'article 212 *bis*, d'autant que, comme on l'a vu, la compatibilité de ce dernier avec la liberté d'établissement et avec les clauses conventionnelles de non-discrimination n'est pas assurée. Néanmoins, le plafonnement général de la déductibilité des intérêts versés par une société est susceptible d'emporter des effets économiques négatifs : il peut s'appliquer à des situations qui n'ont rien d'abusif, par exemple si une société déficitaire membre d'un groupe lui-même déficitaire doit acquitter des intérêts importants issus d'emprunts qui ont permis de financer des investissements. Sans aller jusqu'à étendre le champ d'application de l'article 212 aux entreprises non liées<sup>403</sup>, l'article 212 pourrait être rendu applicable aux intérêts versés à un tiers autonome ayant lui-même obtenu des sommes, directement ou indirectement, auprès d'un membre du groupe<sup>404</sup>.
374. En tout état de cause, la directive relative à la lutte contre l'évasion fiscale adoptée en juin 2016 devrait nous conduire à aller en ce sens (cf. point 5.2.1).

◆ **Un élargissement de l'abus de droit ne paraît pas opportun**

375. Le plan BEPS ne comporte pas de recommandation sur l'inclusion en droit interne d'une clause anti-abus générale, ou *general anti-avoidance rule*.
376. En revanche, la décision récente du Conseil constitutionnel sur la réforme de la clause anti-abus mère-fille<sup>405</sup> semble rendre envisageable une évolution de l'abus de droit.
377. En effet, cette décision montre que l'assouplissement du critère du motif exclusivement fiscal au profit d'une référence à « l'un des motifs principaux » ou, *a fortiori*, à un motif « principalement » ou « essentiellement » fiscal, ne méconnaît aucun principe constitutionnel, à condition qu'il ne s'agisse que d'une règle d'assiette qui ne soit pas assortie d'une sanction spécifique. Cet élargissement de la définition de l'abus de droit supposerait donc de supprimer les sanctions au b de l'article 1729 du CGI, de 80 % des droits éludés, ou 40 % « lorsqu'il n'est pas établi que le contribuable a eu l'initiative principale du ou des actes constitutifs de l'abus de droit ou en a été le principal bénéficiaire ». Reste à savoir si

---

<sup>401</sup> Règle créée en 2007 et prévue au § 4h de l'*Einkommensteuergesetz* (EStG), rendu applicable à l'impôt sur les bénéficiaires par le § 8a de la *Körperschaftsteuergesetz* (KStG). A noter que la Cour fédérale des finances (*Bundesfinanzhof*) a, par un arrêt du 10 février 2016, renvoyé à la Cour fédérale constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) la question de la conformité de cette règle à la *Grundgesetz* (affaire I R 20/15).

<sup>402</sup> Par exemple dans l'hypothèse où le prêt est consenti par une entité étrangère juridiquement autonome de l'entreprise française, mais qui a elle-même emprunté les sommes en cause auprès d'une entreprise liée à l'entreprise française (prêt *back to back*).

<sup>403</sup> A noter que le dispositif américain de limitation de la déduction des intérêts (*earnings stripping*) porte sur les intérêts versés à des personnes apparentées, et non à tout tiers.

<sup>404</sup> Dès lors que les stipulations des conventions fiscales qui sont relatives aux intérêts pourraient s'opposer à l'application de cette disposition, en ce qu'elle pourrait conduire à une double imposition des intérêts réintégrés, il serait prudent d'insérer dans les conventions une stipulation permettant expressément à la France de l'appliquer (cf. point 5.3.3).

<sup>405</sup> CC 2015-726 DC du 29 décembre 2015, *LFR pour 2015*, RJF 3/16 n° 274.

l'administration conserve ou non la possibilité de recourir aux majorations générales, de 40 % en cas de manquement délibéré, voire de 80 % en cas de manœuvres frauduleuses<sup>406</sup>.

378. Une telle réforme de l'abus de droit ne serait pas sans conséquences. Le Conseil d'Etat, dans le dernier état de sa jurisprudence, refuse l'application de l'abus de droit dans les hypothèses où l'entreprise fait état d'un intérêt économique de l'opération, même s'il cet intérêt est mineur, tel qu'un gain de trésorerie<sup>407</sup>.
379. Néanmoins, la question de la compatibilité de cette clause avec les libertés de circulation n'est pas évidente et pourrait se poser puisque, comme indiqué au point 4.3.3, dans sa jurisprudence sur le principe général de prohibition de l'abus de droit, la Cour de justice se réfère tantôt à l'objectif « essentiel », tantôt au « seul objectif » du montage. L'adoption, à l'unanimité des Etats-membres, d'une nouvelle clause anti-abus mère-fille fondée sur l'objectif principal de l'opération, ainsi que, dans le cadre du projet BEPS, d'une clause anti-abus par référence également à l'objectif principal (cf. point 5.3.1), constituent toutefois deux éléments de contexte forts qui pourraient l'inviter à assouplir sa jurisprudence sur ce point, au moins pour valider la référence à l'objectif « essentiel » du montage.
380. Surtout, le passage à une référence au motif « principalement » fiscal induirait une dégradation en termes de sécurité juridique pour les entreprises, dès lors que ce critère est sans conteste plus flou dans son maniement que la référence au seul motif de l'opération. Par ailleurs, parce qu'il s'éloigne du principe classique de fraude à la loi, il n'est pas évident que l'abus de droit ainsi réformé puisse toujours être appliqué pour remettre en cause le bénéfice de stipulations conventionnelles (cf. l'analyse de l'arrêt *Bank of Scotland* au point 4.2.5).
381. Un élargissement de l'abus de droit paraît donc, pour ces motifs, à la fois juridiquement risqué et non opportun.
382. Reste que, là encore, la directive adoptée par le Conseil en juin dernier devrait conduire à une telle évolution (cf. point 5.2.1), dont la conformité à la Constitution ne pourra pas être contrôlée, sauf atteinte à un « principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »<sup>408</sup>, puisque la transposition des directives européennes constitue elle-même un objectif à valeur constitutionnelle.

#### ◆ Renforcer les obligations déclaratives en matière de prix de transfert

383. L'obligation, introduite par la loi du 6 décembre 2013 (cf. encadré 12), de fournir annuellement une documentation allégée en matière de prix de transfert (art. 233 *quinquies* B du CGI) constitue un progrès essentiel permettant à l'administration de disposer des informations indispensables pour cibler efficacement ses contrôles des prix de transfert. Elle ne s'applique toutefois qu'aux très grandes entreprises, dont le chiffre d'affaires est supérieur à 400 M€. Dès lors que les problématiques de prix de transfert concernent également les entreprises de taille moyenne, ce seuil pourrait être utilement abaissé<sup>409</sup>.

---

<sup>406</sup> Cf. les réflexions d'O. Fouquet, « Dispositif anti-abus et poursuite d'un but principalement fiscal, à propos de CC 2015-726 DC du 29 décembre 2015 », DF 2015 n° 4, act. 50.

<sup>407</sup> Cf. CE 23 juin 2014, *min. c. Sté Groupement Charbonnier Montdiderien*, n° 360708, RJF 10/14 n° 925, concl. F. Aladjidi BDCF 10/14 n° 99, revenant sur CE 17 juillet 2013, *min. c. SARL Garnier Choiseul Holding*, n° 352989, RJF 11/13 n° 1064, chr. E. Bokdam p. 883, concl. F. Aladjidi BDCF 11/13 n° 119, s'agissant des montages dits de « coquillards ».

<sup>408</sup> Cf. CC 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Droit d'auteur et droits voisins* et, récemment en matière fiscale, CC 2015-726 DC du 29 décembre 2015, *LFR pour 2015*, RJF 3/16 n° 274.

<sup>409</sup> D'autant que, via des opérations de business restructuring par lesquelles une filiale de distribution est transformée en commissionnaire ou en prestataire de services, rémunéré selon une méthode cost +

## 5.2. Parvenir à une juste répartition de l'imposition des bénéficiaires au sein de l'Union européenne

384. L'évasion des bénéficiaires à l'étranger s'effectue très souvent soit au bénéfice d'un autre Etat-membre de l'UE, expression d'une concurrence fiscale intra-européenne, soit par l'intermédiaire d'un tel Etat, qui facilite l'expatriation du bénéficiaire vers un paradis fiscal extra-européen (montage du sandwich hollandais notamment). Cette situation, surtout sur le second point, n'est pas tolérable.
385. Comme le montrent les développements de la partie 4, même si les libertés de circulation induisent des contraintes particulières, de nombreux outils, issus notamment du droit européen, existent déjà pour contrer de tels montages. Ils doivent sans doute être davantage utilisés. Il faut toutefois aller au-delà : en ce sens, la Commission européenne a présenté, le 28 janvier 2016, un paquet de mesures comprenant, outre une communication<sup>410</sup>, deux propositions de directives, l'une relative à la lutte contre l'évasion fiscale<sup>411</sup> et l'autre à l'échange automatique d'informations<sup>412</sup>, adoptée dès le 25 mai et qui renforce les obligations d'information des grands groupes pays par pays<sup>413</sup>, ainsi qu'une recommandation concernant la mise en œuvre des orientations issues du projet BEPS en matière d'utilisation abusive des conventions fiscales<sup>414</sup>. La directive sur la lutte contre l'évasion fiscale<sup>415</sup>, adoptée dès juin dernier, outre qu'elle constitue une opportunité pour compléter la loi française, oblige l'ensemble des Etats-membres à se conformer à un standard anti-abus commun (5.2.1).
386. Sans même recourir à des dispositions anti-abus supplémentaires, les pratiques dites d'« Etats-tunnel » pourraient être combattues à la racine en assortissant le principe d'exonération intra-UE de certains revenus, prévu par les directives mère-fille et intérêts et redevances, d'une obligation, sous certaines conditions, de les soumettre à une retenue à la source lorsqu'ils sortent du territoire européen (5.2.2). Enfin, à terme, la perspective d'une assiette européenne consolidée de l'IS apurerait la concurrence fiscale intra-UE en la faisant porter seulement sur le taux d'imposition (5.2.3).

### 5.2.1. Transposer le standard minimal européen anti-évasion fiscale

387. **La directive sur la lutte contre l'évasion fiscale, proposée par la Commission le 28 janvier 2016 et adoptée par le Conseil dès le mois de juin suivant, prévoit l'adoption de dispositions anti-abus dans cinq domaines différents.** Il s'agit seulement d'un **standard minimal** puisque son article 3 dispose qu'elle n'exclut pas l'application de dispositions

---

X %, le chiffre d'affaires réalisé par l'entité établie en France peut-être substantiellement réduit alors même que l'activité reste le plus souvent la même.

<sup>410</sup> Communication du 28 janvier 2016 sur une stratégie extérieure pour une imposition effective, COM(2016) 24 final.

<sup>411</sup> Proposition de directive du Conseil établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur du 28 janvier 2016, COM(2016) 26 final.

<sup>412</sup> Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal du 28 janvier 2016, COM (2016) 25 final.

<sup>413</sup> Mettant en œuvre les travaux de l'action 13 du plan BEPS (normes d'information pays par pays).

<sup>414</sup> Recommandation de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales, C(2016) 271 final.

<sup>415</sup> La présidence néerlandaise de l'UE s'est fixé l'objectif d'une adoption de cette directive d'ici juin 2016.

nationales ou conventionnelles visant à préserver un niveau plus élevé de protection des bases d'imposition nationales pour l'impôt sur les sociétés.

388. **Cette initiative doit être saluée car elle contraindra l'ensemble des Etats membres à se conformer à un standard européen commun en matière de dispositions fiscales anti-abus**<sup>416</sup>. Or, plusieurs Etats membres ont encore aujourd'hui un système fiscal incomplet à cet égard<sup>417</sup>.
389. Même si notre système fiscal comporte le plus souvent déjà des règles ayant le même objet, **cette directive devrait conduire à modifier substantiellement nos règles anti-évasion dès lors qu'elles diffèrent parfois, dans leurs modalités, de la proposition de la Commission** (cf. l'annexe XI pour une étude plus détaillée de leur articulation avec les règles françaises existantes).

#### Encadré 21 : La directive contre l'évasion fiscale adoptée en juin 2016

La directive, qui doit être transposée d'ici fin 2018, comporte **cinq règles anti-évasion**<sup>418</sup> :

- ◆ la **déductibilité des intérêts** est limitée, à partir d'un montant de 3 M€ d'intérêts versés, à un ratio fixe égal à 30 % de l'EBITDA de l'entreprise. Sensiblement plus simple que les règles françaises de limitation de la déductibilité des intérêts, résultant notamment des articles 212 et 212 *bis* du CGI, cette règle est inspirée de la règle allemande du *Zinsschranke*<sup>419</sup>, à ceci près que, selon le texte adopté par le Conseil (et à la différence de la proposition initiale de la Commission européenne), les Etats membres peuvent exclure la limitation des intérêts payés par un contribuable qui est une « entité autonome » (cf. précisions en annexe XI). En outre l'entreprise peut échapper à son application si elle démontre que le *ratio* entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au *ratio* équivalent du groupe. Comme indiqué au point 5.1.4, cette disposition invite à envisager une simplification des règles françaises de déductibilité des intérêts, en remplaçant à la fois l'article 212, II et l'article 212 *bis* par cette nouvelle mesure. Les Etats membres sont toutefois autorisés à ne l'appliquer qu'aux prêts conclus après le 17 juin 2016.
- ◆ une **règle relative aux sociétés étrangères contrôlées (SEC)** est prévue, qui diffère toutefois de l'article 209 B du CGI dans son économie puisqu'elle ne réintègre pas tous les bénéfices des entités étrangères contrôlées, mais seulement certains de leurs revenus (revenus provenant d'actifs financiers, redevances, dividendes et produits de cession de parts, revenus immobiliers notamment). Elle prévoit toutefois, de manière alternative, que les Etats membres peuvent choisir de réintégrer tous les revenus de l'entité contrôlée qui résultent de montages mis en place dans un objectif essentiellement fiscal. En outre, pour les Etats qui ne retiennent pas cette seconde option, alors que la proposition initiale de la Commission européenne ne prévoyait pas de clause de sauvegarde pour les entités établies en dehors de l'UE, ce qui pouvait poser un problème de constitutionnalité au regard de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur les présomptions irréfragables (cf. point 4.4), le texte adopté par le Conseil prévoit que la règle ne peut être appliquée à une entité qui a une activité économique substantielle (les Etats membres ayant la possibilité de supprimer cette clause de sauvegarde pour les Etats tiers à l'UE).

<sup>416</sup> Il n'est toutefois pas évident que les Etats membres soient tenus d'appliquer ces règles aux opérations purement internes puisque l'article 115 du TFUE, qui constitue la base légale de la directive, donne seulement compétence à l'Union pour arrêter des directives pour le rapprochement des dispositions nationales « *qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur* ».

<sup>417</sup> Comme le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Irlande en matière de déductibilité des intérêts, ou les Etats du Benelux s'agissant des sociétés étrangères contrôlées (absence de règle SEC).

<sup>418</sup> On peut regretter que la proposition ne prévienne pas d'harmonisation des règles en matière de remise en cause des prix de transfert.

<sup>419</sup> A la différence toutefois que la règle allemande ne s'applique qu'à partir d'un plancher d'intérêts déductibles de 3 M€, contre 1 M€ dans la proposition de la Commission, ce qui englobe des entreprises de taille moyenne.

- ◆ une **clause anti-abus générale** devra être adoptée par tous les Etats membres, aux termes de laquelle « *les États membres ne prennent pas en compte les montages ou les séries de montages qui, ayant été mis en place dans le but d'obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents* ». Cette clause diffère dans sa rédaction de l'abus de droit français puisque, outre la référence à la méconnaissance de l'« objet » et non seulement de la « finalité » des dispositions fiscales, elle concerne les montages dont le but est « principalement » fiscal, voire dont « l'un des buts » est principalement fiscal, et non « exclusivement », fiscal. La transposition de cette disposition<sup>420</sup> conduit soit à renoncer à l'abus de droit par fraude à la loi et à sa sanction spécifique en lui substituant cette nouvelle clause européenne (ce qui permettrait d'étendre les garanties propres à l'abus de droit à cette nouvelle clause mais présente les risques analysés au point 5.1.4), soit à compléter l'arsenal législatif français par cette seconde clause anti-abus qui coexisterait avec l'abus de droit.
- ◆ les entreprises qui transfèrent des actifs hors d'un Etat membre sont soumises à une **exit tax** sur les plus-values latentes des actifs transférés. Le contribuable a la possibilité de reporter le paiement de cette taxe de sortie en échelonnant les versements sur au moins cinq ans lorsque le transfert s'effectue vers un autre Etat membre ou partie à l'EEE, comme l'exige la jurisprudence de la CJUE (cf. annexe XI). Une règle identique est déjà prévue en France s'agissant des transferts de sièges ou d'établissements stables (2 de l'article 221 du CGI).
- ◆ afin de lutter contre les abus reposant sur des **dispositifs hybrides**, la directive prévoit, d'une part, que seul l'Etat membre d'origine du paiement doit accorder la déduction d'un paiement qui aboutirait sinon à une double déduction et, d'autre part, que l'Etat membre du payeur doit refuser la déduction lorsque le paiement conduirait à une déduction sans inclusion dans la base taxable.

La **clause dite de switch-over** proposée par la Commission n'a en revanche pas été adoptée par le Conseil. Cette règle avait pour objet de faire obstacle à l'exonération d'un dividende ou d'un produit de cession de part payés par un résident d'un Etat tiers à l'UE, où il bénéficie d'un régime fiscal privilégié (impôt sur les bénéfices inférieur à 40 % de l'impôt qui serait payé dans l'Etat membre européen).

→ *Transposer la directive de juin 2016 relative à l'évasion fiscale, qui conduira l'ensemble des Etats membres à se conformer à un standard minimal anti-évasion.*

### 5.2.2. Eradiquer les pratiques d'« Etats-tunnel » au sein de l'UE

390. Les Etats-tunnels sont souvent situés au sein même de l'UE, notamment les Pays-Bas, comme en témoigne le montage du sandwich hollandais. En effet, certains Etats membres de l'Union exonèrent les redevances et dividendes de toute retenue à la source, à la différence de la France, ce qu'exploitent ces montages en bénéficiant abusivement des exonérations de retenue à la source au sein de l'UE résultant des directives.
391. Certes, les clauses anti-abus des directives, ainsi que les clauses de bénéficiaire effectif prévues par les articles du CGI les transposant, devraient *a priori* permettre le plus souvent de remettre en cause ces montages. Mais cette logique répressive, qui nécessite l'engagement d'un contrôle fiscal par l'administration, ne paraît pas satisfaisante : il est préférable de prévenir ce type de montage en supprimant « à la racine » leur intérêt.
392. Réviser les conventions fiscales qui nous lient avec ces Etats, dans l'objectif qu'elles permettent l'application par la France d'une retenue à la source sur ces revenus, ne constitue pas une voie efficace dès lors que les directives font en tout état de cause obstacle à l'application d'une

<sup>420</sup> A supposer qu'elle soit transposée y compris aux situations purement internes, ce qui pourrait ne pas constituer une obligation pour les Etats membres en application de l'article 115 du TFUE (cf. ci-dessus). Mais une transposition aux seules situations transnationales pourrait induire une discrimination contraire au principe d'égalité dans la mesure où les situations purement internes se verraient appliquer une règle anti-abus moins stricte.

retenue à la source au sein de l'Union lorsqu'il s'agit de sociétés liées (à 5 % pour les dividendes et à 25 % pour les intérêts).

393. Il faut donc privilégier la révision du droit de l'Union. La place prise dans le débat public par le sujet de l'évasion fiscale internationale et la sensibilité de l'opinion publique européenne à ces questions, de même que le contexte de finances publiques européennes dégradées, offrent un terreau favorable pour ce type de révision, comme le montre d'ailleurs l'adoption très rapide par le Conseil de la proposition de directive de lutte contre l'évasion fiscale, même si l'unanimité au Conseil reste évidemment un obstacle fort.
394. Dans cette perspective, **insérer dans les directives mère-fille et intérêts et redevances l'obligation pour tous les Etats-membres de prévoir une retenue à la source sur les revenus passifs sortant de l'UE (au moins les dividendes et les redevances), avec un taux plancher** (par exemple 25 % sur les dividendes et 15 % sur les redevances), permettrait d'annuler tout intérêt à ces montages. L'imposition à la source des revenus sortant de l'UE serait la contrepartie de la liberté de circulation de ces revenus au sein de l'UE, qui se traduit par leur exonération entre Etats membres.
395. **Cette disposition s'appliquerait sous réserve le cas échéant des conventions fiscales conclues par les différents Etats-membres avec les Etats tiers** qui peuvent faire obstacle à l'application d'une retenue à la source ou réduire son montant<sup>421</sup>. Pour éviter ces disparités d'application, on pourrait imaginer que cette règle soit applicable seulement lorsque le bénéficiaire effectif des revenus est situé dans certains paradis fiscaux répondant à une liste européenne. A long terme, il est clair que la négociation de conventions fiscales uniques pour l'ensemble de l'Union avec les Etats tiers devrait être envisagée pour prévenir les comportements d'optimisation qui pourraient résulter des différences entre le réseau conventionnel des différents Etats membres.

→ Insérer dans les directives mère-fille et intérêts et redevances l'obligation pour tous les Etats-membres de prévoir une retenue à la source sur les dividendes et redevances sortant de l'UE, avec un taux plancher, sous réserve des conventions fiscales, au moins lorsque le bénéficiaire effectif est situé dans certains Etats et territoires répondant à une liste européenne.

### 5.2.3. Parvenir à une assiette commune consolidée européenne de l'IS

#### Encadré 22 : Le projet de directive ACCIS

Il y a déjà cinq ans, en mars 2011, après un travail préalable de près de dix ans, la Commission européenne a proposé un système commun pour le calcul de l'assiette imposable des entreprises opérant dans l'UE. Cette proposition de directive dite « ACCIS » **va plus loin qu'une simple harmonisation de l'assiette des impôts sur les sociétés nationaux puisqu'elle prévoyait que les résultats imposables consolidés du groupe de sociétés, calculés selon les règles communes, soient ensuite répartis entre les Etats membres par l'application d'une clé de répartition**. Chaque Etat demeurerait ensuite libre d'appliquer le taux d'IS qu'il souhaite. La clé de répartition proposée par la Commission est simple ; elle repose sur trois facteurs ayant un poids égal (art. 86) : chiffre d'affaires, immobilisations et main d'œuvre (ce dernier facteur se divisant pour moitié entre masse salariale et nombre d'employés). S'agissant des immobilisations, les incorporels et les actifs financiers ne sont pas pris en compte en raison de leur caractère mobile, qui pourrait donner lieu à des stratégies d'optimisation.

<sup>421</sup> Cette réserve devrait être expressément spécifiée dans la directive, sans quoi l'articulation entre cette norme européenne de droit dérivé et les conventions conclues entre les Etats membres et les pays tiers est loin d'être évidente (cf. point 4.3.6). On pourrait imaginer de maintenir la retenue si les sommes sont redistribuées à une société établie dans l'UE dans les cinq ans suivant le versement à un résident d'un pays tiers.

**C'est en cela que le projet est révolutionnaire** : il fait fi non seulement de l'autonomie juridique des sociétés membres du groupe, mais aussi de la localisation territoriale des établissements. En cela, il dépasse l'opposition classique entre systèmes territorial et mondial<sup>422</sup>.

En revanche, le calcul de l'assiette imposable de façon consolidée selon ces règles ne serait qu'une faculté pour les entreprises. Dans une résolution du 19 avril 2012 en faveur de ce projet, le Parlement européen a toutefois estimé qu'il devrait être obligatoire à l'issue d'une période transitoire de 5 ans. Quoi qu'il en soit, si un groupe opte pour ce régime, il s'appliquerait au moins pour cinq ans, et sur un périmètre comprenant obligatoirement les filiales détenues directement ou non à hauteur de 50 % des droits de vote et 75 % du capital.

Les négociations au Conseil n'ayant pas abouti, **la Commission a annoncé en juin 2015 une relance du projet ACCIS**. Elle doit présenter avant fin 2016 une nouvelle proposition de directive. Elle a annoncé que, dans cette nouvelle version, l'ACCIS serait obligatoire et non plus facultative, dans l'objectif d'en faire un outil de prévention des transferts de bénéfice. En revanche, la Commission renonce dans un premier temps à la consolidation de l'assiette, avec répartition du produit entre les Etats selon une clé fixe, pour privilégier l'avancée des négociations sur l'harmonisation des règles d'assiette.

396. **Cette proposition, si elle va jusqu'à la répartition selon une clé fixe d'une assiette consolidée au niveau de l'ensemble de l'Union, constituerait un instrument très efficace de lutte contre l'optimisation fiscale au sein de l'UE.** Par hypothèse, les transferts de bénéfices au sein de l'Union n'auraient plus d'intérêt, sauf pour faire jouer les différences de taux entre les Etats. Pour cette raison, il paraît souhaitable que la proposition soit **complétée par un taux plancher** que devraient respecter tous les Etats membres.
397. Pour les raisons exposées au point 5.2.2, la directive devrait aussi prévoir l'obligation pour les Etats-membres de soumettre, sous réserve des conventions fiscales applicables, les dividendes et redevances à une retenue à la source lorsqu'ils sont payés à des résidents de pays tiers, alors que le projet actuel (article 77) ne fait qu'ouvrir la faculté aux Etats-membres d'appliquer une retenue à la source, dont le produit serait ensuite réparti entre tous.
398. A condition que les conventions fiscales conclues par les Etats-membres soient révisées pour le permettre, **la directive gagnerait également à être complétée par une règle d'apportionment** comme celle évoquée au point 5.1.3, selon laquelle le bénéfice consolidé imposable dans l'UE ne peut être inférieur à un pourcentage du bénéfice mondial correspondant à la part du chiffre d'affaires réalisé en Europe par rapport au chiffre d'affaires mondial.
399. La **clé de répartition** de l'assiette imposable entre Etats-membres constitue bien sûr un élément clé de la négociation, puisqu'elle affecte directement le produit qui abonderait chaque année les finances publiques de chacun d'entre eux. C'est ce point en particulier qui a jusqu'alors bloqué l'examen au Conseil du projet d'assiette consolidée. L'absence de prise en compte des actifs incorporels pose problème puisqu'elle revient à méconnaître la nature même de certaines activités économiques. Sans aller jusqu'à les inclure dans la clé de répartition, on pourrait prévoir, pour s'en rapprocher, de surpondérer la masse salariale affectée à certaines activités à haute valeur ajoutée comme la R&D ou le marketing.
400. Au-delà, pour dépasser le blocage des négociations sur la clé tout en conservant la logique d'une assiette consolidée, une proposition ambitieuse pourrait être formulée : faire de l'impôt sur les sociétés une ressource propre de l'Union européenne, à l'heure où les véritables ressources propres ont progressivement cédé le pas face à la « ressource PNB » dans le budget de l'Union. Cela permettrait d'éviter le débat sur l'affectation du produit de l'impôt européen aux Etats-membres, tout en affectant à l'Union une ressource cohérente avec les avancées

---

<sup>422</sup> C'est aussi la raison pour laquelle son articulation avec les conventions fiscales conclues entre les Etats membres et des pays tiers pourrait soulever des difficultés.



concrètes qu'a permises le projet européen : rendre plus libre l'activité économique des entreprises. Vu l'ampleur des ressources en cause, cela irait de pair avec un accroissement des compétences confiées à l'Union européenne.

→ Soutenir, au Conseil de l'UE, le projet d'ACCIS tel qu'initialement proposé par la Commission européenne, et chercher à le compléter par un taux plancher.

### 5.3. Mieux lutter contre les délocalisations artificielles de bénéfices dans les conventions fiscales

401. Comme le montre le point 4.2, les conventions fiscales ne permettent pas toujours de lutter contre les pratiques visant à disjoindre la localisation des bénéfices d'une entreprise de son activité économique sous-jacente. C'est pourquoi les rapports finaux du plan BEPS ne se bornent pas à recommander aux Etats d'adapter leur droit interne, mais prévoient également des évolutions des conventions fiscales, en modifiant le modèle OCDE et ses commentaires.
402. Vu les délais que nécessiteraient une renégociation des conventions bilatérales conclues entre les Etats, le plan BEPS prévoit que certaines de ces préconisations passent par la conclusion d'un **accord multilatéral**, avec l'objectif d'une signature avant fin 2016 (action 15 de BEPS). La négociation de cet accord a été engagée et rassemble 92 Etats, dont environ 80 sont conventionnés avec la France.
403. Les évolutions résultant du plan BEPS, qui portent sur les clauses anti-« *treaty shopping* » et sur les normes en matière de prix de transfert, pourraient être utilement complétées s'agissant des clauses de bénéficiaire effectif et des clauses qui permettent de sécuriser l'application de certains dispositifs nationaux anti-évasion.

#### 5.3.1. Généraliser les clauses anti-« *treaty shopping* »

404. **Le rapport final relatif à l'action 6 de BEPS publié en octobre 2015 recommande l'inclusion, dans les conventions fiscales, de nouvelles clauses anti-abus.**
405. Tout d'abord, il propose d'insérer dans le préambule des conventions une déclaration selon laquelle leur objectif n'est pas de permettre les situations de double non-imposition.
406. Surtout, il demande aux Etats d'insérer dans leurs conventions fiscales une règle anti-abus générale répondant à l'un des deux standards existants (cf. point 4.2.4) :
  - ◆ **soit la clause générale fondée sur le critère de l'objet principal** de la transaction ou du montage en cause (règle « PPT »). Cette clause implique le refus du bénéfice d'un avantage lorsque celui-ci est « *un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir* », et est assortie d'une clause de sauvegarde lorsque l'entreprise établit que l'octroi de cet avantage « *serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention* »<sup>423</sup> ;

---

<sup>423</sup> Elle est ainsi rédigée : « *Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention* ».

- ♦ **soit la clause dite de *limitation on benefits (LOB)*, selon le modèle américain**, qui limite le bénéfice des avantages conventionnels à certaines entités répondant à des conditions objectives liées à leur nature juridique, aux personnes qui les contrôlent et à leur activité.

407. Ces clauses ont vocation à figurer dans l'accord multilatéral qui sera adopté d'ici fin 2016.
408. **La Commission européenne a, par une recommandation du 28 janvier 2016<sup>424</sup>, prié les Etats-membres d'intégrer la clause PPT, dans les conventions fiscales qu'ils concluent entre eux et avec les pays tiers ; elle propose toutefois une modification de cette clause** dont l'objectif est de l'aligner sur la jurisprudence de la Cour de justice. Sans supprimer la référence à l'objet principal du montage, elle demande de compléter la clause de sauvegarde en permettant également à l'entreprise de faire échec à son application lorsqu'elle établit « *que ce montage ou cette transaction correspond à une activité économique authentique* ». Sans épouser exactement le critère jurisprudentiel du montage purement artificiel, cette définition s'en rapproche davantage que la rédaction proposée par l'OCDE.
409. La réponse qu'apportera la Cour de justice à la question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat dans les affaires *Cameron France*, *Holcim* et *Enka* permettra vraisemblablement de savoir si les précautions proposées par la Commission européenne sont indispensables pour assurer la conformité de cette clause au droit de l'Union (cf. point 4.3.6), étant rappelé que celui-ci prime sur les conventions bilatérales conclues par les Etats-membres. C'est probablement le cas s'agissant des conventions conclues entre les Etats-membres, vu l'orientation de la jurisprudence de la Cour sur la liberté d'établissement, mais c'est en revanche beaucoup moins certain s'agissant des conventions conclues avec des Etats tiers.
410. Dans un contexte où seules 20 conventions fiscales conclues par la France comportent aujourd'hui une clause PPT (cf. point 4.2.4), il importe, en prenant appui sur la préconisation de l'action 6 de BEPS, de **rechercher la généralisation de cette clause dans notre réseau conventionnel**, d'abord en concluant l'accord multilatéral initié par BEPS, puis en amendement les conventions conclues avec des Etats qui ne l'auraient pas signé. Elle permettrait en effet de remettre en cause les montages de *treaty shopping* plus aisément que sur le fondement de l'abus de droit (cf. point 4.2.5).

→ Intégrer dans l'ensemble de nos conventions fiscales la clause anti-abus générale proposée par l'action 6 de BEPS, fondée sur le critère de l'objectif principal de l'opération.

A cet égard, il n'est pas certain que la rédaction plus restrictive proposée par la Commission européenne dans sa recommandation du 28 janvier 2016 soit indispensable pour assurer la conformité de cette clause au droit de l'Union dans les conventions conclues avec les Etats tiers.

### 5.3.2. Généraliser la clause de bénéficiaire effectif et préciser sa définition

411. Même si la nouvelle clause anti-abus dite PPT recommandée par le plan BEPS est généralisée, les clauses de bénéficiaire effectif conservent leur utilité : il n'est pas certain que l'ensemble des cas dans lesquels le bénéficiaire des revenus établi dans l'autre Etat n'en est pas le bénéficiaire effectif puissent être regardés comme constitutifs d'un abus. Or, l'intention des parties à la convention est bien de n'accorder les avantages conventionnels qu'aux personnes qui sont résidentes de l'autre Etat.

<sup>424</sup> Recommandation de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales, C(2016) 271 final.

412. **Dans un contexte où certaines conventions conclues antérieurement à 1977, c'est-à-dire surtout avec des Etats d'Europe de l'Ouest (Pays-Bas notamment), ne comportent toujours pas cette clause, il importe de rechercher sa généralisation par la conclusion d'avenants.** L'administration fiscale a d'ailleurs engagé un travail en ce sens. La jurisprudence *Diebold Courtage* du Conseil d'Etat permet certes l'application de la notion de bénéficiaire réel à toutes les conventions, mais il semble que cette notion jurisprudentielle ait un champ moins large que celui que donnent les commentaires OCDE à la notion de bénéficiaire effectif (cf. point 4.2.4).
413. **Par ailleurs, vu les incertitudes qui demeurent sur la portée précise de la notion de bénéficiaire effectif, qui est entendue de manière différente selon les Etats (cf. point 4.2.4), il est souhaitable que celle-ci soit définie dans le corps même des conventions,** comme le recommandent plusieurs observateurs<sup>425</sup>. Il convient donc d'engager un travail en ce sens au sein du comité des affaires fiscales de l'OCDE. Les commentaires du modèle OCDE comportent certes une définition, révisée en 2014, mais celle-ci, outre qu'il n'est pas certain qu'elle couvre tous les cas où la société établie dans l'autre Etat n'est pas le bénéficiaire effectif des revenus, ne peut, dans son dernier état, éclairer l'interprétation des conventions conclues antérieurement en application de la jurisprudence *Andritz*. Une définition, même si elle constitue un exercice difficile, serait donc de nature à apporter une sécurité juridique supérieure aux entreprises (et éviterait à l'administration fiscale d'engager des redressements qui seraient *in fine* invalidés par le juge).

→ Généraliser les clauses de bénéficiaire effectif dans les conventions antérieures à 1977 qui ne la prévoient pas, et préciser la définition de cette notion dans le corps des conventions.

### 5.3.3. Poursuivre la sécurisation dans les conventions des dispositifs anti-évasion nationaux

414. Il résulte de l'analyse exposée au point 4.2.2 et à l'annexe IX que dans certains cas, les conventions fiscales peuvent s'opposer à l'application des règles nationales anti-abus. Ce n'est pas le cas pour les articles 57, 155 A et 238 A du CGI, ni pour les principes généraux de l'acte anormal de gestion et, avec les incertitudes exposées au point 4.2.5, de l'abus de droit. En revanche, même après leurs modifications respectives par les lois de finances pour 2005 et pour 2006, l'application des articles 209 B et 212, II, pourrait buter sur les stipulations conventionnelles applicables.
415. La France a par conséquent engagé, depuis les années 1990, un travail de sécurisation de l'application des articles 209 B et 212 par l'insertion dans les conventions fiscales de stipulations réservant expressément le droit à la France, par dérogation aux autres stipulations, de les appliquer (cf. point 4.2.2).
416. Ce travail doit être poursuivi, au moins par prudence puisque la jurisprudence n'a pas encore tranché toutes les questions de conformité de ces dispositions aux conventions qui sont susceptibles de se poser.
417. S'agissant de l'article 209 B, une stipulation expresse peut être nécessaire (cf. point 4.2.2) au moins, d'une part, lorsque la convention applicable ne qualifie pas les revenus distribués de dividendes et comporte une clause-balai atypique qui n'attribue l'imposition des revenus non dénommés à l'Etat de résidence de l'entreprise (cas de la convention franco-libanaise par exemple) et, d'autre part, s'agissant de la réintégration des bénéfices non pas de filiales, mais de succursales étrangères, lorsque la convention prévoit que les bénéfices d'un établissement

<sup>425</sup> Cf. par exemple S. Austry, S. Gelin et D. Sorel, « Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile ? », RJF 12/08 p. 1087.

stable ne sont imposables que dans l'Etat de situation de cet établissement stable (cas des conventions franco-luxembourgeoise et franco-belge notamment)<sup>426</sup>.

418. S'agissant de l'article 212, II, comme indiqué à l'annexe IX, il n'est pas évident que le plafonnement des intérêts, qui peut conduire à une double imposition des intérêts réintégrés, soit couvert par la clause anti-abus prévue par l'article 11 § 6 du modèle OCDE qui permet la réintégration des intérêts versés entre entreprises associées. En tout état de cause, si cette disposition était étendue aux intérêts versés y compris à des entreprises non liées, comme le propose la Commission européenne, la difficulté serait plus sérieuse encore. Là aussi, la généralisation d'une stipulation expresse réservant à la France le droit d'appliquer cette disposition semble prudente (les conventions qui la prévoient déjà n'ont *a priori* pas à être modifiées puisqu'elles réservent l'application des « *dispositions de l'article 212 de son code général des impôts ou d'autres dispositions analogues qui amèneraient ou remplaceraient celles de cet article* »<sup>427</sup>).
419. Surtout, comme indiqué aux points 5.1.2 et 5.1.3, si l'introduction d'une mondialité consolidée ou d'une règle d'*apportionment* de l'IS applicable au niveau des groupes de sociétés était envisagée, il serait indispensable que les conventions comportent une clause réservant l'application de la législation interne française y compris lorsque leurs stipulations attribuent l'imposition exclusive d'un revenu à l'autre Etat, à condition bien sûr d'éliminer la double imposition (clause dite « nonobstant »).

→ Poursuivre le travail d'insertion, dans les conventions fiscales déjà conclues, de stipulations permettant expressément l'application des articles 209 B et 212 du CGI, notamment de la clause générale selon laquelle les revenus imposables exclusivement dans l'autre Etat peuvent être pris en compte pour le calcul de l'impôt français « nonobstant » toute autre stipulation à condition d'éliminer la double imposition.

#### 5.3.4. Définir des références internationales en matière de prix de transferts

420. Pour éclairer les Etats et les entreprises dans la détermination des prix intra-groupe, l'OCDE a publié en 1979 des lignes directrices sur les prix de transfert, révisées en 1995 puis en 2010.
421. Néanmoins, les administrations fiscales nationales restent parfois démunies pour asseoir la remise en cause de certains prix de transfert, en particulier lorsque sont en cause des **actifs incorporels**, dont la valeur est par nature difficile à évaluer. Des difficultés surviennent également lorsqu'au sein d'un groupe, une société apporte des fonds mais exerce peu d'activités.
422. Pour tenter de répondre à ces problèmes, le rapport final sur les **actions 8 à 10 du plan BEPS** propose une révision des lignes directrices.
423. De manière générale, il prévoit que, même si la détermination du prix doit partir d'une analyse des relations contractuelles entre les deux entités en cause, il est possible d'écarter le contrat lorsque ses stipulations ne sont pas confirmées par le comportement des entités.

---

<sup>426</sup> Ce pourrait même être le cas plus largement de toutes les conventions fiscales dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat considérerait que la modification de l'article 209 B opérée par la loi de finances pour 2005 ne permet pas d'assimiler les bénéfices de la société étrangère réintégrés comme des revenus distribués, mais continuerait de les assimiler à des bénéfices entrant dans le champ de l'article 7 du modèle OCDE qui prévoit qu'ils ne peuvent être imposés que dans l'Etat où la société est située.

<sup>427</sup> Cf. par exemple le point 9 de la convention franco-ukrainienne du 31 janvier 1997.

424. S'agissant des actifs incorporels, il précise que la seule propriété légale ne donne pas nécessairement droit à la totalité, ou même à une partie, du rendement généré par l'actif. Les membres de groupes qui « *exercent des fonctions importantes, qui contrôlent des risques économiquement significatifs et fournissent des actifs* » seront en droit de percevoir un rendement approprié reflétant la valeur de leurs contributions.
425. S'agissant des intérêts perçus par les membres du groupe qui ne font que financer les autres membres, le rapport final prévoit qu'en principe elles ne peuvent être rémunérées qu'au niveau d'un rendement sans risque, notamment si la transaction n'est pas commercialement rationnelle.
426. Par ailleurs, le rapport prévoit que les méthodes de prix de transfert attribuent les bénéfices aux activités « économiquement les plus importantes ». Il prévoit que les travaux relatifs à une méthode transactionnelle de partage des bénéfices se poursuivent jusque 2017 pour aboutir à des principes permettant que le calcul des prix de transfert soit conforme à la création de valeur.
427. En outre, l'action 13 du plan BEPS prévoit des **normes communes en matière de documentation sur les prix de transfert**<sup>428</sup>.
428. Même s'il faut saluer l'intention, les nouveaux principes posés par les lignes directrices semblent trop peu précis pour pouvoir être appliqués sans donner lieu à quelques incertitudes. En particulier, le principe selon lequel la propriété légale d'un actif peut être écartée, s'il constitue en lui-même une avancée positive, devrait être encadré et limité aux seules sociétés dépourvues d'une activité économique réelle. A défaut, des pays émergents pourraient invoquer ce nouveau principe remettre en cause un prix de transfert acquitté par une filiale domestique à une société européenne, en écartant la propriété d'actifs incorporels par cette société qui, pourtant, a une activité économique.
429. Cet effort de définition de normes internationales en matière de prix de transfert doit donc être poursuivi avec davantage de précision. A cet égard, l'insertion des exemples concrets dans les lignes directrices doit être encouragée.

#### 5.4. Dépasser la logique de l'établissement stable

430. Au-delà des modifications des conventions visant à remettre en cause les transferts de bénéfices à l'étranger qui viennent d'être évoquées, la montée en puissance de nouvelles formes d'activités économiques, liées à l'immatériel, rend nécessaire une réflexion sur la notion même d'établissement stable, inadaptée à l'hypothèse d'activités qui ne s'ancrent pas sur un territoire par une installation matérielle fixe (cf. point 4.1).
431. **Sur ce point, et à la différence de son volet « anti-évasion », les réflexions menées dans le cadre du plan BEPS paraissent décevantes.** Il est vrai toutefois que le sujet est loin d'être évident, tant une modification générale de la définition de l'établissement stable, s'appliquant à tous les secteurs de l'économie, risquerait au total d'avoir des effets négatifs sur l'assiette imposable dans les pays développés : un basculement général au profit de l'Etat de la source du revenu n'est pas forcément dans l'intérêt des Etats de l'OCDE. Dans ce contexte, il semble

---

<sup>428</sup> Celles-ci prévoient que les groupes internationaux dont le chiffre d'affaires est supérieur à 750 M€ doivent établir un « fichier principal » unique pour le groupe, donnant des informations générales sur son activité et sa politique de prix de transfert, un « fichier local » spécifique à chaque pays et, enfin, une « déclaration pays par pays » indiquant pour chaque pays le montant du chiffre d'affaires, le bénéfice avant impôts et les impôts sur les bénéfices acquittés. Mettant en œuvre cette action, 31 pays ont signé le 27 janvier 2016 un accord multilatéral permettant l'échange automatique entre eux des déclarations pays par pays.

préférable de limiter les modifications à la définition de l'établissement stable que la France doit porter à l'OCDE à certains secteurs de l'économie.

432. A plus long terme, un changement de paradigme, recommandé par certains économistes, permettrait à la fois de répondre aux transformations liées à l'économie immatérielle et de rendre sans objet les pratiques de transferts de bénéfices : il s'agirait de passer à une logique de répartition des bénéfices mondiaux entre les Etats, selon une clé objective, à l'instar du projet ACCIS. Mais là encore, il faut être attentif au bilan global qu'aurait un tel changement pour l'assiette imposable dans les pays développés.

#### 5.4.1. Les outils qui peuvent être mobilisés par l'administration fiscale à droit constant ne doivent pas être négligés

433. A titre liminaire, il faut observer qu'à droit constant, les règles fiscales, telles qu'interprétées par la jurisprudence, ouvrent certaines possibilités pour saisir les bénéfices réalisés par les entreprises de l'économie numérique qui font valoir qu'elles ne disposent pas d'établissement stable en France.
434. Tout d'abord, dans l'hypothèse, certes probablement rare, où la société réside dans un Etat non conventionné avec la France, l'administration fiscale pourrait tenter de mobiliser la notion de cycle commercial complet réalisé en France, même si des incertitudes demeurent du fait de l'exigence de son caractère détachable de l'activité réalisée hors de France.
435. Lorsque la société réside dans un Etat conventionné, il importe d'exploiter toutes les subtilités de la définition de l'établissement stable : une société qui réalise une activité en France *via* des **agents dépendants** qui concluent des contrats pour elle peut être regardée comme y disposant d'un établissement stable. A cet égard, l'administration pourrait préciser par une instruction fiscale les différentes hypothèses dans lesquelles une entreprise numérique a une présence imposable en France, comme l'a fait l'administration fiscale israélienne par une circulaire du 11 avril 2016.
436. Surtout, lorsque la société détient une **filiale en France**, mais fait valoir que l'essentiel des bénéfices résultant d'une activité en France sont réalisés par une autre filiale, qui n'a pas d'établissement stable en France, la jurisprudence *Imagin'action Luxembourg*<sup>429</sup> exposée dans l'encadré 10 pourrait être utilement mobilisée : si l'administration fiscale démontre que la société étrangère utilise les locaux de sa filiale française pour réaliser son activité en France, alors elle sera regardée comme disposant en France d'un établissement stable<sup>430</sup>.
437. Ce sera également le cas si l'administration parvient à établir que la filiale constitue un agent dépendant disposant du pouvoir d'engager la société étrangère pour la réalisation de ses opérations en France, dans la logique de la jurisprudence *Interhome*.
438. De manière générale, il importe pour les services fiscaux de mettre en évidence, le cas échéant en recourant au droit de visite et de saisie prévu à l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales, des établissements stables, par l'analyse de la réalité de l'activité exercée en France.

---

<sup>429</sup> CE 12 mars 2010, *Sté Imagin'action Luxembourg*, n° 307235, RJF 5/10 n° 465, concl. L. Olléon BDCF 5/10 n° 53. Cf. aussi CAA Paris 12 juillet 2011, *Sté Cintra Liban*, n° 09PA06458, RJF 1/12 n° 58, s'agissant d'une société libanaise utilisant les locaux de sa filiale française. Les commentaires de l'OCDE (n° 41 sous l'art. 5) sont en ce sens.

<sup>430</sup> CF. rapport établi par P. Collin et N. Colin, point 5.1.3.

439. Reste que, en l'absence de filiale ou de représentants en France, les règles fiscales ne permettront pas d'identifier un établissement stable de sociétés qui n'y ont pas d'implantation matérielle.

#### 5.4.2. Les évolutions de la notion d'établissement stable proposées dans le cadre des travaux sur le « BEPS » ne sont pas suffisantes

440. **Le rapport final relatif à l'action 7 des travaux « BEPS » publié en octobre 2015 propose quelques aménagements à la définition de l'établissement stable prévue à l'article 5 du modèle OCDE, qui sont d'ampleur limitée.**
441. En effet, leur objet n'est pas d'adapter cette notion aux nouvelles formes d'activité économique immatérielle, mais simplement, comme l'indique l'intitulé même de cette action, d'« empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable ». La réflexion de l'OCDE s'est donc en quelque sorte autolimitée<sup>431</sup>.

#### Encadré 23 : Les aménagements de la notion d'établissement stable issus de BEPS

Deux types d'aménagement du modèle OCDE sont prévus (et ont vocation à être insérés dans l'accord multilatéral en cours de négociation).

En premier lieu, l'OCDE part du constat que plusieurs sociétés évitent le statut d'établissement stable, dans le cadre d'un **business restructuring**, en recourant à des **accords de commissionnaire**, par lesquels, au lieu de vendre leurs produits directement par une succursale, elles chargent une personne tierce de les vendre pour son compte. Dans la mesure où les contrats conclus par le commissionnaire n'engagent pas la société, elle ne peut, selon les règles actuelles, être regardée comme disposant d'un établissement stable. Il en résulte que les bénéfices résultant des ventes ne peuvent être imposés dans l'Etat où elles ont lieu ; seule la commission versée au commissionnaire pour ses services l'est. Dès lors, l'OCDE propose une modification des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 du modèle de convention prévoyant qu'un agent est regardé comme un établissement stable non seulement lorsqu'il dispose de pouvoirs lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise, mais plus généralement lorsqu'il « agit » pour le compte de l'entreprise et conclut habituellement des contrats soit en son nom, soit qui permettent « *le transfert de la propriété de biens (...) appartenant à cette entreprise* » ou « *la fourniture de services par cette entreprise* ». De plus, même si la condition de dépendance demeure, le texte précise qu'une personne n'est pas considérée comme un agent indépendant lorsqu'elle « *agit exclusivement ou presque exclusivement pour le compte d'une ou de plusieurs entreprises auxquelles elle est étroitement liée* ». Cette nouvelle rédaction conduit à s'interroger sur la pérennité de la jurisprudence *Zimmer* exposée au point 2.1.3.

En second lieu, l'OCDE note que les **exceptions au statut d'établissement stable** prévues par le § 4 de l'article 5 du modèle (activités de stockage, de livraison, d'achat, de réunions d'information), ont été dévoyées dès lors que, dans certains secteurs, en particulier liés à l'économie numérique, ces activités, auparavant considérées comme préparatoires ou auxiliaires, peuvent aujourd'hui constituer les activités essentielles d'une entreprise. Certaines entreprises procèdent également à une fragmentation de leurs activités pour isoler celles qui n'ont qu'un caractère préparatoire ou auxiliaire. Dès lors, l'OCDE prévoit d'assortir ces exceptions de la condition que l'activité ait un caractère préparatoire ou auxiliaire.

<sup>431</sup> Pascal Saint-Amans et Eric Robert, « Le projet BEPS et la longue marche en direction d'une fiscalité globale pour l'économie du XXIe siècle », *Droit fiscal* 2015 n° 49 comm. 709 : « *dès le lancement du projet en 2013, le G20 a convenu que les travaux de l'OCDE ne porteraient pas sur la répartition des droits d'imposition entre États de la source et de la résidence (...) Aucune des solutions préconisées dans le paquet n'a pour objet ou effet de modifier la répartition des droits d'imposition, y compris dans le domaine sensible de l'économie numérique (action 1), dont la particularité justement était de soulever des questions de territorialité (...) qui dépassent les problématiques de BEPS.* »

442. Les commentaires du modèle OCDE sont révisés en conséquence. Dans sa recommandation du 28 janvier 2016<sup>432</sup>, la Commission n'a pas formulé d'objections sur cette évolution et a recommandé aux Etats-membres de mettre en œuvre les nouvelles stipulations proposées par l'OCDE dans les conventions qu'ils concluent entre eux ou avec des Etats tiers.

→ Insérer dans les conventions fiscales conclues par la France les aménagements de la définition de l'établissement stable recommandés par l'action 7 du plan BEPS, d'abord via l'accord multilatéral en cours de négociation, puis en révisant les conventions conclues avec des Etats qui ne l'auraient pas signé.

443. **Ces aménagements ne touchent toutefois pas aux éléments constitutifs de la définition de l'établissement stable, notamment la présence physique.** En particulier, les négociations à l'OCDE n'ont pas permis, du fait notamment de l'opposition des Etats-Unis, de retenir la notion, défendue par la France, de « présence fiscale numérique », comme critère complémentaire à celui d'établissement stable. Selon cette approche, même en l'absence d'établissement stable, une entreprise aurait une présence fiscale imposable à partir d'un certain niveau d'activité numérique sur le territoire.

#### 5.4.3. Une modification de la définition générale de l'établissement stable n'aurait pas forcément des conséquences positives sur les finances publiques françaises

444. Plusieurs définitions alternatives à celle de l'« installation fixe d'affaires » peuvent être théoriquement envisagées afin de permettre l'imposition des bénéfices résultant d'une activité qui, comme en matière numérique, n'est pas territorialement ancrée.
445. Ainsi, le droit fiscal international pourrait se fonder sur la notion d'*activité économique* exercée sur un territoire, dont on a vu qu'elle est retenue par la loi fiscale américaine, qui impose les sociétés étrangères en cas de « *trade or business* » aux Etats-Unis<sup>433</sup>.
446. On pourrait aussi imaginer, en prolongeant l'aménagement prévu par le modèle ONU<sup>434</sup>, de donner à l'Etat le droit d'imposer toute prestation de services effectuée au bénéfice de ses résidents, même lorsqu'elle n'implique aucune installation ou aucun personnel sur place.
447. Plus globalement – et c'est finalement la logique des deux définitions précédentes –, on pourrait se fonder sur la notion de « source » du revenu, en prévoyant que tout revenu qui a sa source dans un Etat partie peut être imposé par cet Etat.
448. Mais de telles évolutions, qui révolutionneraient le système OCDE qui repose sur le principe d'une imposition par l'Etat de résidence de la société, présentent deux inconvénients majeurs.
449. En premier lieu, l'installation fixe d'affaires, en reposant sur des critères relativement clairs, est un facteur de sécurité juridique pour les entreprises. La référence à une notion plus difficile à définir, comme celle d'activité économique, risque d'induire une certaine insécurité, l'entreprise ne sachant pas si, au vu des opérations qu'elle réalise avec des résidents d'un Etat, elle doit être considérée comme ayant une présence fiscale imposable dans cet Etat. L'enjeu est important puisque, en cas d'erreur, l'entreprise s'expose à la taxation d'office pour activité

---

<sup>432</sup> Recommandation de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales, C (2016) 271 final.

<sup>433</sup> Cf. aussi la convention franco-saoudienne, qui se fonde sur la notion d'activité et non sur celle d'établissement stable.

<sup>434</sup> Cela suppose de supprimer la référence à un « même projet » prévue par cette stipulation. La restriction aux services rendus par l'intermédiaire de personnels présents dans l'autre Etat, que prévoient les commentaires de l'OCDE, ne doit pas être reprise.



occulte avec pénalités de 80 % (cf. point 2.1.1). En outre, une définition plus large que celle d'installation fixe d'affaires induit logiquement une imposition dans un nombre plus important d'Etats, qui peut être facteur de complexité.

450. En second lieu et surtout, **les finances publiques y gagneraient certes l'imposition d'activités réalisées en France par certaines entreprises étrangères, mais perdraient symétriquement l'imposition des bénéfices réalisés par les entreprises françaises à l'occasion d'opérations réalisées avec des résidents d'autres Etats**. Dans le traditionnel affrontement entre logique de la source et logique du siège, la France, traditionnellement Etat du siège, n'aurait probablement pas à gagner financièrement à un basculement. C'est pourquoi la France ne soutient pas, au comité des affaires fiscales de l'OCDE, une évolution aussi radicale.
451. La question n'est toutefois pas complètement évidente. En effet, on pourrait imaginer que, sans aller jusqu'à prévoir que « les bénéfices résultant d'une activité économique exercée dans un Etat ne sont imposables que dans cet Etat », les conventions prévoient, dans une logique plus proche du modèle actuel, que « les bénéfices d'une entreprise résidant dans un Etat sont imposables à la fois par cet Etat et par l'autre Etat lorsqu'elle y réalise une activité économique, le premier ayant la charge d'éliminer la double imposition ». Dans cette hypothèse, la France ne perdrait pas tout pouvoir d'imposer, mais serait contrainte d'imputer sur l'impôt qu'elle perçoit des sociétés françaises un impôt étranger plus important. Tout dépend alors de la différence entre le taux d'impôt français et le taux étranger.
452. En tout état de cause, **la position actuelle de la France gagnerait à être éclairée par une expertise** permettant, sur le fondement des données de la balance courante (notamment des flux entrants et sortants de redevances) et des taux d'imposition pratiqués par les autres Etats, de mesurer l'impact net qu'aurait un changement de critère sur les finances publiques.

→ *Expertiser, sur la base des données de la balance courante française, le bilan global, sur les finances publiques françaises, du passage du critère de l'établissement stable à une notion, plus large, d'activité économique exercée dans un Etat, ou de prestation de services réalisée au bénéfice d'un résident d'un Etat.*

#### **5.4.4. Des évolutions propres à certaines activités peuvent être envisagées, en particulier s'agissant de l'économie numérique**

453. Vu les inconvénients et incertitudes pesant sur un changement général de définition, il paraît plus pragmatique (même si, de ce fait, moins défendable au sein des négociations internationales) de limiter le changement de paradigme aux seules activités économiques pour lesquelles la France, et plus globalement les Etats européens, gagneraient financièrement à une évolution du critère de l'établissement stable. Cela suppose toutefois, afin de ne pas méconnaître le principe d'égalité, que la différence de traitement ainsi instituée entre activités repose sur une différence de situation objective.
454. C'est probablement le cas des activités reposant sur la collecte de données numériques<sup>435</sup>.
455. En ce sens, le rapport présenté par Pierre Collin et Nicolas Colin proposait d'adapter les critères de l'établissement stable pour ce type d'activités : « *une entreprise qui fournit une prestation sur le territoire d'un Etat au moyen de données issues du suivi régulier et systématique des*

---

<sup>435</sup> Dans un avis rendu en février 2012, le Conseil national du numérique indiquait ainsi que les revenus générés par Google, Apple (iTunes), Amazon et Facebook s'élevaient à 2,5 à 3 Md€ et que ces entreprises acquittaient seulement 4 M€ en moyenne par an d'IS alors qu'elles pourraient être redevables d'environ 500 M€ (Conseil national du numérique, *avis n° 8 relatif aux pistes de réflexion en matière de fiscalité du numérique*, 14 février 2012).

internautes sur le territoire de cet Etat doit être regardée comme y disposant d'un établissement stable »<sup>436</sup>.

456. Les travaux du plan BEPS, qui a consacré son action 1 à l'économie numérique, n'ont toutefois pas retenu cette approche<sup>437</sup>, ni même la notion de présence fiscale numérique portée par la France, du fait notamment de la prudence des Etats-Unis. Le rapport final de l'action 1 prévoit toutefois que la *task force* sur l'économie numérique, émanation du comité des affaires fiscales de l'OCDE, continue de travailler sur les adaptations nécessaires à apporter au modèle de convention, et qu'elle devra rendre un nouveau rapport en 2020. Dans ce cadre, il importe de soutenir l'adaptation dans le modèle de convention de la notion d'établissement stable à ce type d'activités, tout en poursuivant les travaux permettant d'aboutir à une rédaction opérationnelle, qui n'est pas simple (définition des critères du suivi « régulier et systématique » des internautes).

→ Dans le cadre des négociations de la *task force* sur l'économie numérique de l'OCDE, qui devra rendre un nouveau rapport en 2020, soutenir une adaptation de la notion d'établissement stable aux activités reposant sur la collecte de données numériques.

#### 5.4.5. L'élaboration d'un système d'ACCIS mondiale fondée sur une clé de répartition objective doit être initiée

457. Même si des évolutions de la notion d'établissement stable peuvent être envisagées, le découplage complet entre activité économique et implantations physiques de certains grands groupes révèle plus largement l'inadaptation d'une logique de rattachement des bénéficiaires à une implantation territoriale (*separate accounting*).
458. Une autre logique permettrait de dépasser radicalement ces difficultés : c'est le « **formulary apportionment** », discuté depuis les années 1970 aussi bien dans la littérature économique qu'à l'OCDE. Ce dépassement du principe de pleine concurrence sur lequel reposent aujourd'hui encore les principes de la fiscalité internationale est recommandé par de nombreux économistes et professeurs de droit dans des contributions récentes<sup>438</sup>.
459. Il s'agirait de répartir le bénéfice mondial net de chaque société ou groupe entre les différents Etats selon une clé de répartition objective. C'est la logique que retient le projet ACCIS présenté par la Commission européenne, et qui est utilisée depuis la fin du XIXe siècle aux Etats-Unis pour répartir le produit de la *corporate income tax* entre les Etats fédérés<sup>439</sup>. Dans le système américain, qui a largement fait ses preuves en plus d'un siècle d'application, la clé de répartition est certes variable selon les Etats<sup>440</sup>, mais des « *throwback rules* » prévoient un

<sup>436</sup> Rapport de la mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, janvier 2013, point 5.1.1.

<sup>437</sup> Cf. points 382 et 383 du rapport final de l'action 1.

<sup>438</sup> Reuven S. Avi-Yonah, Kimberly A. Clausing, *The Hamilton Project*, 2007 ; Joann M. Wiener, « *It's time to Adopt Formulary Apportionment* », *Tax Analysts*, 2009 ; Rosanne Altshuler, Harry Grubert, *National Tax Journal* 63 (4): 1145-84, 2010 ; Gabriel Zucman, *La richesse cachée des nations*, Seuil, février 2013 ; Kim A. Clausing, *The Effect of Profit Shifting on the Corporate Tax Base in the United States and Beyond*, janvier 2016. Cf. aussi le rapport de la mission parlementaire sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international remis le 10 juillet 2013 à l'Assemblée nationale (p. 111).

<sup>439</sup> Cf. Joann M. Weiner, « *Formulary Apportionment and Group taxation in the EU : Insights from the United States and Canada* », *EU Taxation papers*, Working paper n° 8, mars 2005.

<sup>440</sup> Cf. Kim. A. Clausing, *Lessons from the US State Experience under Formulary Apportionment for International Tax Reform*, 2013, qui montre que le principe des trois tiers ("Massachusetts Formula"), adopté à l'origine par l'immense majorité des Etats fédérés, a constamment reculé depuis les années 1980 pour n'être plus adopté que par 18 % des Etats en 2012, tandis que la prise en compte exclusive des ventes a augmenté pour représenter 30 % des cas. Les modèles intermédiaires (50 % ventes et 25

ajustement de l'assiette attribuée à chaque Etat dans l'objectif qu'au niveau fédéral, l'entreprise soit bien imposée sur 100 % de son bénéfice, ni plus ni moins (donc d'éviter une double-imposition ou une non-imposition).

460. **Cela suppose toutefois au préalable de convenir d'une assiette commune de l'impôt** afin que le bénéfice mondial soit calculé de la même manière par tous les Etats.
461. Les clés de répartition débattues reposent le plus souvent sur un dosage entre trois facteurs : chiffre d'affaires, masse salariale (et/ou effectifs) et actifs. Certains économistes proposent même un facteur unique lié au chiffre d'affaires<sup>441</sup>.
462. **Ce système permettrait de faire effectivement respecter le pouvoir de chaque Etat d'imposer les bénéfices résultant d'activités sur son territoire, ce que ni le principe de territorialité, ni le principe de mondialité ne sont parvenus à garantir.**
463. D'une part, même en l'absence d'établissement stable, une assiette taxable apparaît dans un Etat dès lors que l'entreprise réalise des ventes, donc un chiffre d'affaires, auprès de clients résidents de cet Etat, ou qu'elle y emploie des salariés, ou qu'elle y détient des actifs qui, à eux seuls, n'auraient le cas échéant pas été susceptibles d'être qualifiés d'établissement stable.
464. C'est aussi la raison pour laquelle, **contrairement au système de la mondialité consolidée (*worldwide consolidation*), ce système est neutre vis-à-vis de la localisation du siège.** Il n'induit donc pas la même pression sur le taux d'imposition retenu par chaque Etat qu'un système de mondialité consolidée.
465. D'autre part, ce système rend sans intérêt toute manipulation des prix intra-groupe, ou de la localisation des capitaux propres et de la dette, dès lors que le bénéfice est directement calculé au niveau mondial.
466. **Afin d'éviter une double imposition, il est toutefois nécessaire que les Etats s'accordent à la fois sur des règles d'assiette communes et sur une clé de répartition unique.** Une ACCIS mondiale requiert donc la conclusion d'une convention multilatérale la plus universelle possible. C'est pourquoi elle ne constitue qu'une perspective de long terme.
467. **Ce système présente toutefois quelques inconvénients qui dépendent de la clé de répartition retenue** (dont il faudrait d'ailleurs prévoir des modalités de contrôle).
468. Tout d'abord, dès lors que la masse salariale et les actifs sont pris en compte, les sociétés seraient incitées à localiser leurs implantations effectives (et non plus seulement certains actifs incorporels très mobiles comme aujourd'hui) dans les pays à taux d'imposition faible. Il en résulterait des délocalisations d'activité. Toutefois, la littérature économique suggère que les choix d'implantation réelle sont beaucoup moins sensibles aux règles fiscales que la localisation des actifs incorporels<sup>442</sup>. En outre, cet effet peut être cantonné en renforçant la pondération du chiffre d'affaires par rapport aux autres facteurs. C'est d'ailleurs ce qu'ont fait la grande majorité des Etats fédérés américains pour la répartition de la *corporate tax*, en retenant une pondération supérieure sur les ventes, de 50 % ou 3/5, voire de 100 % pour un

---

% respectivement sur la masse salariale et les actifs, voire 3/5 sur les ventes et 1/5 sur les deux autres facteurs) sont adoptés par 52 % des Etats.

<sup>441</sup> Cf. Avi-Yonah and Kimberly A. Clausing, "Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment," in Jason Furman and Jason Bordoff, *Path to Prosperity: Hamilton Project Ideas on Income Security, Education, and Taxes*, 2008.

<sup>442</sup> Cf. Joel Slemrod, Jon Bakija, *Taxing Ourselves*, MIT Press, 2008; Emmanuel Saez, Joel Slemrod, Seth H. Giertz, *Journal of Economic Literature* 50 (1) : 3-50, 2012

tiers des Etats fédérés (*single sales system*)<sup>443</sup>. En tout état de cause, les actifs incorporels, dont la localisation est aisément manipulable, ne devraient pas être pris en compte (comme le propose d'ailleurs la Commission européenne dans le projet d'ACCIS).

469. En second lieu, un tel système pourrait *a priori* réduire l'assiette imposable dans les pays développés, au profit des pays émergents qui concentrent de plus en plus les effectifs salariés des grands groupes (ainsi parfois, vu la hausse du niveau de vie dans ces pays, que leurs débouchés et donc leur chiffre d'affaires). C'est pourquoi la logique de *formulary apportionment* est traditionnellement défendue par des pays émergents.
470. Mais là encore, d'une part, tout dépend de la clé de répartition retenue : on pourrait imaginer de retenir la masse salariale au lieu des effectifs (ce qui conduit à attribuer une part plus importante de l'assiette taxable aux pays développés) et de faire peser une part importante du calcul sur les facteurs de production à haute valeur ajoutée traditionnellement situés dans les pays développés, comme la masse salariale dédiée à la R&D (ce qui permettrait de compenser indirectement l'absence de prise en compte des actifs incorporels). Pour les entreprises de l'économie numérique, on pourrait envisager de prendre en compte la localisation des utilisateurs, afin de tenir compte de la création de valeur qu'induit leur « travail gratuit »<sup>444</sup>.
471. D'autre part et surtout, cette perte d'assiette doit être mise en balance avec le gain qui résulterait, pour les pays développés à fiscalité élevée, de la disparition des pratiques d'évasion fiscale qui minent aujourd'hui l'assiette de l'IS.
472. Ainsi, Gabriel Zucman, économiste à l'université de Berkeley, évalue dans son essai *La richesse cachée des nations* (2013) à 30 % la hausse des recettes de l'impôt sur les sociétés qui résulterait du passage à un tel système. Cela rejoint les évaluations les plus récentes de la perte de recettes d'impôt sur les sociétés induites par les pratiques d'évasion fiscale<sup>445</sup>. En tout état de cause, le bilan financier global du passage à un système de *formulary apportionment* gagnerait à être objectivé sur la base d'une étude des flux entrants et sortants de la balance des paiements (cf. point 5.4.3).
473. Enfin, comme l'indique l'économiste J. M. Wiener dans son plaidoyer pour le *formulary apportionment*<sup>446</sup>, ce système a également des effets positifs pour les entreprises, d'abord par la simplicité de la détermination de l'assiette à déclarer (par hypothèse les règles d'assiette devraient être harmonisées au niveau mondial), mais également parce qu'il incite les Etats à développer des politiques de compétitivité visant à attirer les salariés et sites de production, et non seulement les revenus.
474. Il importe donc que la France, au sein des enceintes internationales que sont le comité des affaires fiscales de l'OCDE et, dans une moindre mesure, l'ONU, initie une réflexion internationale de nature à aboutir à terme sur un cadre pour une ACCIS mondiale. Cette perspective ne semble nullement illusoire dès lors qu'il s'agit d'un système déjà adopté pour les besoins internes par le système fédéral américain et, demain, par l'Union européenne.

→ *Initier, au sein de l'OCDE, l'élaboration d'un cadre commun pour une ACCIS mondiale.*

<sup>443</sup> Cf. Joann M. Weiner, « *Formulary Apportionment and Group taxation in the EU : Insights from the United States and Canada* », EU Taxation papers, Working paper n° 8, mars 2005 et Kim. A. Clausing, *Lessons from the US State Experience under Formulary Apportionment for International Tax Reform*, 2013.

<sup>444</sup> Cf. le rapport rendu par P. Collin et N. Colin, point 5.1.2.1.

<sup>445</sup> Cf., pour les Etats-Unis, Kim A. Clausing, *The Effect of Profit Shifting on the Corporate Tax Base in the United States and Beyond*, janvier 2016, qui chiffre à 15,3 Md\$ (soit 13,5 Md€) le manque à gagner en France en termes d'IS du fait de l'évasion fiscale.

<sup>446</sup> Joann M. Wiener, « *It's time to Adopt Formulary Apportionment* », *Tax Analysts*, 2009.

## Annexe I - Liste des personnes auditionnées

### 1. Membres du Conseil des prélèvements obligatoires

Guillaume GOULARD (Conseil d'Etat, président de la 9<sup>e</sup> chambre)

Stéphane AUSTRY (avocat à la Cour, CMS Bureau Francis Lefebvre)

### 2. Conseil d'Etat

Philippe MARTIN, président de la section des travaux publics

Pierre COLLIN, assesseur à la 10<sup>e</sup> chambre

Laurent OLLEON, assesseur à la 9<sup>e</sup> chambre

Matias DE SAINTE LORETTE, rapporteur à la 9<sup>e</sup> chambre, ancien chef du bureau E1 à la Direction de la législation fiscale

### 3. Ministère des finances et des comptes publics

Olivier SIVIEUDE, Service du contrôle fiscal, Chef de service

Bastien LLORCA, Sous-direction du contrôle fiscal, sous-directeur

Edouard MARCUS, Direction de la législation fiscale, sous-directeur E « Prospective et relations internationales »

Bruno MAUCHAUFEE, Direction de la législation fiscale, sous-directeur B « Fiscalité des entreprises »

Martin KLAM, Direction de la législation fiscale, chef du bureau E1

Florent ROBIN, Direction de la législation fiscale, bureau E1

Pacien JOUSSET, Direction de la législation fiscale, bureau E2

Laurent BIGNON, Direction des vérifications nationales et internationales, Directeur adjoint

Philippe CAHANIN, Direction des vérifications nationales et internationales, Directeur de l'international

Catherine DEWARIN, Direction des vérifications nationales et internationales, chef du service des consultants

### 4. Universitaires

Daniel GUTMANN, professeur de droit fiscal à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Gabriel ZUCMAN, professeur d'économie à l'université de Berkeley

### 5. Avocats fiscalistes

Caroline SILBERZTEIN, Baker & McKenzie

Thierry MORGANT, PricewaterhouseCoopers

## Annexe II - Cartographie du réseau conventionnel français

Est indiquée entre parenthèses la date de la conclusion de la convention en vue d'éviter la double imposition en matière d'impôt sur le revenu et la fortune<sup>447</sup> aujourd'hui applicable (qui, en cas de renouvellement, n'est pas la date de la première convention bilatérale conclue avec cet Etat).

Il faut y ajouter les conventions conclues avec les territoires français disposant d'une compétence fiscale : Polynésie française (1957), Nouvelle-Calédonie (1983), Saint-Pierre-et-Miquelon (1988) et Saint-Martin (2010).

	Etats conventionnés	Etats non-conventionnés
Europe	Albanie (2002) Allemagne (1959) Andorre (2013) Autriche (1993) Belgique (1964) Biélorussie (1985) Bosnie-Herzégovine <sup>448</sup> (1974) Bulgarie (1987) Chypre (1981) Croatie (2003) Espagne (1995) Estonie (1997) Finlande (1970) Grèce (1963) Hongrie (1980) Irlande (1968) Islande (1990) Italie (1989) Lettonie (1997) Lituanie (1997) Luxembourg (1958) Macédoine (1999) Malte (1977) Monaco <sup>449</sup> (1963) Monténégro <sup>450</sup> (1974) Norvège (1980) Pays-Bas (1973) Pologne (1975) Portugal (1971) Roumanie (1974) Royaume-Uni (2008) Russie (1996) Serbie <sup>451</sup> (1974)	Danemark <sup>453</sup> Kosovo Liechtenstein Moldavie Vatican

<sup>447</sup> Avec certains Etats, comme la Belgique, l'Italie et les Etats-Unis, la France a également conclu une convention distincte en matière d'impôts sur les successions et de droits d'enregistrement.

<sup>448</sup> Un échange de lettres de décembre 2003 prévoit que la convention franco-yougoslave de 1974 continue de lier la France et la Bosnie-Herzégovine.

<sup>449</sup> La convention franco-monégasque du 18 mai 1963 est très particulière puisque, faisant suite au blocus du territoire, elle vise essentiellement à soumettre les Français résidant à Monaco à l'IR et à obtenir de Monaco l'engagement d'instituer un IS pour les sociétés dont 25 % du chiffre d'affaires au moins provient d'opérations effectuées à l'étranger. Elle ne suit donc pas le modèle OCDE.

<sup>450</sup> Comme pour la Bosnie-Herzégovine, un échange de lettres de mars 2003 avec la Serbie-Monténégro prévoit l'application de la convention franco-yougoslave de 1974.

<sup>451</sup> Un échange de lettres de mars 2003 avec la Serbie-Monténégro prévoit l'application de la convention franco-yougoslave de 1974.

<sup>453</sup> La convention franco-danoise du 8 février 1957 a été dénoncée par le Danemark en 2008.

	Slovaquie <sup>452</sup> (1973) Slovénie (2004) Suède (1990) Suisse (1966) République tchèque (2003) Turquie (1987) Ukraine (1997)	
Amérique	Argentine (1979) Bolivie (1994) Brésil (1971) Canada <sup>454</sup> (1975) Chili (2004) Colombie (2015) Equateur (1989) Etats-Unis (1994) Jamaïque (1995) Mexique (1991) Panama (2011) Trinité-et-Tobago (1987) Venezuela (1992)	Antigua-et-Barbuda, Bahamas Barbade, Belize, Costa-Rica, Cuba République dominicaine, Dominique Grenade, Guatemala, Guyana, Haïti Honduras, Nicaragua, Paraguay, Pérou, Saint-Christophe-et-Néviès, Sainte-Lucie, Salvador Saint-Vincent-les-Grenadines Suriname, Uruguay
Afrique	Afrique du Sud (1993) Algérie (1999) Bénin (1975) Botswana (1999) Burkina-Faso (1965) Cameroun (1976) Centrafrique (1969) Congo (1987) Côte d'Ivoire (1966) Egypte (1980) Ethiopie (2006) Gabon (1995) Ghana (1993) Guinée (1999) Kenya (2007) Libye (2005) Madagascar (1983) Mali (1972) Maroc (1970) Ile Maurice (1980) Mauritanie (1967) Namibie (1996) Niger (1965) Nigeria (1990) Sénégal (1974) Togo (1971) Tunisie (1973) Zimbabwe (1993)	Angola, Burundi, Cap Vert, Comores République démocratique du Congo Djibouti, Erythrée, Gambie Guinée-Bissau, Guinée équatoriale Lesotho, Libéria, Malawi, Mozambique Ouganda, Rwanda, Sao Tomé-et-Principe Seychelles, Sierra-Leone, Somalie Soudan, Soudan du Sud, Swaziland, Tanzanie, Tchad, Zambie
Asie	Arabie saoudite (1982) Arménie (1997) Azerbaïdjan (2001) Bahreïn (1993) Bangladesh (1987) Chine (2013) Corée du Sud (1979) Emirats Arabes Unis (1989) Géorgie (2007) Hong-Kong (2010) Inde (1992) Indonésie (1979) Iran (1973) Israël (1995) Japon (1995) Jordanie (1984)	Afghanistan, Bhoutan, Birmanie, Brunei Cambodge, Corée du Nord, Irak, Laos Maldives, Népal, Palestine Timor oriental, Yémen

<sup>452</sup> La convention de 1973 conclue avec la Tchécoslovaquie ne s'applique plus qu'à la Slovaquie depuis l'entrée en vigueur en 2005 d'une convention avec la République tchèque.

<sup>454</sup> Les relations entre la France et la Province du Québec sont régies par une entente fiscale de 1987.

	Kazakhstan (1998) Kirghizistan <sup>455</sup> (1985) Koweït (1982) Liban (1962) Malaisie (1975) Mongolie (1996) Oman (1989) Ouzbékistan (1996) Pakistan (1994) Philippines (1976) Qatar (1990) Singapour (1974) Sri Lanka (1981) Syrie (1998) Tadjikistan <sup>456</sup> (1985) Taïwan <sup>457</sup> (2010) Thaïlande (1974) Turkménistan <sup>458</sup> (1985) Viêt-Nam (1993)	
Océanie	Australie (2008) Nouvelle-Zélande (1979)	Fidji, Kiribati, îles Marshall, Micronésie Nauru, Palaos Papouasie-Nouvelle Guinée, Salomon Samoa, Tonga Tuvalu Vanuatu

---

<sup>455</sup> La convention conclue avec l'ex-URSS le 4 octobre 1985 continue de s'appliquer au Kirghizistan.

<sup>456</sup> Idem s'agissant du Tadjikistan.

<sup>457</sup> Les dispositions relatives au territoire sur lequel s'applique la législation fiscale administrée par l'Agence des impôts de Taïwan sont déterminées par l'article 77 de la loi n° 2010-1658 du 29 décembre 2010 de finances rectificative pour 2010.

<sup>458</sup> La convention conclue en 1985 avec l'ex-URSS reste applicable s'agissant du Turkménistan.



## Annexe III - Historique du principe de territorialité

Pour l'application de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux – qui constituait l'un des impôts sur le revenu « cédulaires » créés par la loi du 31 juillet 1917 –, l'article 2 du code général des impôts directs prévoyait que : « *L'impôt est dû à raison des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France* ».

Lors de la création de l'impôt synthétique sur le revenu des personnes physiques par le décret du 9 décembre 1948 – fusionnant les différents impôts cédulaires, cet impôt comprenait une taxe proportionnelle et une surtaxe progressive –, cette règle est demeurée : l'article 8 du décret, relatif aux BIC imposables à la taxe proportionnelle, prévoyait ainsi que « *Sont considérés comme bénéfices industriels et commerciaux, pour l'application de la taxe proportionnelle, les bénéfices réalisés par des personnes physiques dans des entreprises exploitées en France (...)* ».

En revanche, la surtaxe progressive frappait tous les revenus mis à la disposition du contribuable, à la fois de source française et étrangère. L'article 60 du décret prévoyait en effet l'application des mêmes règles de détermination des revenus que pour la taxe proportionnelle, mais « *sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que ces revenus ont leur source en France ou hors de France* ».

Lors de la création de l'IS par ce même décret, son article 95 a prévu que les bénéfices qui en sont passibles « *sont déterminés d'après les règles fixées pour l'établissement de l'impôt sur le revenu des personnes physiques (taxe proportionnelle), en ce qui concerne les bénéfices des professions industrielles et commerciales* » : les règles de territorialités applicables pour l'imposition des BIC à la taxe proportionnelle étaient donc étendues à l'IS nouvellement créé.

Avec la codification du code général des impôts par décrets du 6 avril 1950, la règle de territorialité des BIC (taxe proportionnelle) a été codifiée à l'article 34 du CGI. Son article 209 relatif à l'impôt sur les sociétés a repris les dispositions de l'article 95 du décret selon lesquelles le résultat imposable est déterminé d'après les règles fixées pour la taxe proportionnelle<sup>459</sup>.

Lorsque la loi du 28 décembre 1959 portant réforme du contentieux fiscal et divers aménagement fiscaux<sup>460</sup> a remplacé la taxe proportionnelle et la surtaxe progressive par un impôt unique sur le revenu des personnes physiques, tel que nous le connaissons aujourd'hui, son article 3 (I) a prévu que les BIC soumis à cet impôt sont calculés selon les règles jusqu'alors applicables à la surtaxe progressive. Le principe de l'obligation fiscale illimitée a ainsi remplacé le principe de territorialité applicable aux BIC depuis 1917.

En revanche, pour l'impôt sur les sociétés, le principe de territorialité est demeuré, à l'article 209 du code, qui a ainsi trouvé sa rédaction actuelle (« *bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France* »). C'est pourquoi, selon certains auteurs<sup>461</sup>, le principe de territorialité de l'IS serait dû à un « oubli du législateur », à une « erreur de l'histoire ».

Cette loi a également prévu, au III de son article 3, que « *Nonobstant toute disposition contraire du CGI, sont passibles en France de l'IRPP ou de l'impôt sur les sociétés tous les revenus dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions* », principe que l'on retrouve aujourd'hui au I de l'article 209 du code.

---

<sup>459</sup> Cf., pour des applications, CE 5 février 1968, n° 62333, Dupont p. 180 et CE Sect. 24 mars 1972, n° 75492, concl. Mehl.

<sup>460</sup> Loi n° 59-1472 du 28 décembre 1959.

<sup>461</sup> D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 6<sup>e</sup> édition, n° 743.

## Annexe IV – Modalités d’application de la règlementation française sur les prix de transfert (art. 57 du CGI)

### 1. L’administration doit d’abord établir un lien de dépendance entre les entreprises française et étrangère

En vertu de l’article 57, la présomption de transfert est applicable si l’entreprise française est « *sous la dépendance* » de l’entreprise située hors de France, mais aussi si elle en « *possède le contrôle* », ou encore si elle est « *sous la dépendance d’une entreprise ou d’un groupe possédant également le contrôle d’entreprises situées hors de France* ».

Cette présomption est donc applicable non seulement aux **filiales françaises** de sociétés étrangères, mais aussi aux **sociétés mères françaises** de filiales étrangères<sup>462</sup>, ainsi qu’entre **sociétés sœurs**<sup>463</sup>. L’article 57 est même applicable non seulement à une société française liée à une société étrangère, mais également à une **succursale française** d’une société étrangère<sup>464</sup>, sans qu’y fasse obstacle la circonstance que la succursale n’a pas de personnalité morale, puisque le texte mentionne les « entreprises », et non les « sociétés ». Symétriquement, cet article est également applicable à une société française dépendant non pas d’une société, mais d’une association étrangère, dès lors que celle-ci, en raison de son objet lucratif, doit être regardée comme une entreprise<sup>465</sup>.

Le lien de dépendance est reconnu dès lors qu’une entreprise contrôle la majorité du capital de l’autre : ce **lien financier** suffit, même si la société française a conservé dans les faits une totale liberté commerciale et financière<sup>466</sup>.

En outre, même en l’absence de lien financier direct entre les deux entreprises, la condition de dépendance est remplie en présence d’une **dépendance de fait**<sup>467</sup> : comme l’indiquait le Président Philippe Martin en concluant sous une décision *Sovemarco-Europe*<sup>468</sup>, le lien de dépendance se caractérise par la « *capacité de dicter (...) des conditions économiques défavorables à l’entreprise dépendante mais correspondant à l’intérêt de l’entreprise dominante* ». Ainsi, le lien de dépendance est caractérisé lorsqu’en vertu d’un contrat conclu entre elles, la société étrangère fixe les prix d’achat et de vente que doit respecter la société française, qui doit en outre lui rendre compte de ses opérations<sup>469</sup>, lorsque les sociétés ont les mêmes raisons sociales, fabriquent des produits de même nature et utilisent le concours des

---

<sup>462</sup> Cf., par exemple, pour un transfert indirect de bénéfices d’une société française à une filiale suisse : CE Plén. 30 mars 1987, *SA Labo Industries*, n° 52754, RJF 5/87 n° 489, concl. B. Martin-Laprade p. 262.

<sup>463</sup> CE 8 juin 2005, *SA Vetter*, n° 255918, RJF 8-9/05 n° 893, concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108.

<sup>464</sup> CE 9 novembre 2015, *Sté Sodirep Textiles SA-NV*, n° 370974, RJF 2/16 n° 121, concl. M.-A. de Barmon p. 226 : l’administration peut réintégrer dans les résultats d’un établissement stable, imposables en France, les intérêts dont la facturation a été omise à raison de la comptabilisation d’avances consenties au siège situé hors de France, dès lors que ces avances ne correspondent pas à des remontées de bénéfices après impôt et que la société n’établit pas l’existence de contreparties pour le développement de l’activité de la succursale française.

<sup>465</sup> CE 22 février 1991, *SARL d’édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 48780, RJF 4/91 n° 401, concl. O. Fouquet, s’agissant d’une association établie au Liechtenstein commercialisant les œuvres artistiques de ses membres, en dégageant des profits.

<sup>466</sup> CE 25 janvier 1989, *Sté Hempel Peintures Marine France*, n° 49847, RJF 3/89 n° 274, concl. Ph. Martin ; en l’espèce, 98 % du capital de la filiale française était détenu par le groupe étranger.

<sup>467</sup> Cf, l’affirmant clairement : CE 15 avril 2016, *Sté LSVD*, n° 372097, concl. E. Bokdam.

<sup>468</sup> CE 18 mars 1994, *SA Sovemarco-Europe*, n° 68799-70814, RJF 5/94 n° 532, concl. Ph. Martin p. 290.

<sup>469</sup> CE 23 mars 1953, n° 75326, RO p. 226.

mêmes représentant dont elles se partageaient les commandes<sup>470</sup>, ou encore lorsque la société étrangère a été créée et financée par le principal actionnaire de la société française<sup>471</sup>. En revanche, une simple interdépendance économique ne suffit pas à caractériser l'existence d'un lien de dépendance<sup>472</sup>.

Depuis l'intervention de la loi du 30 décembre 1981 de finances pour 1982 (art. 90), **la condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec une entreprise établie dans un Etat ou territoire dont le régime fiscal est privilégié** au sens de l'article 238 A du CGI, c'est-à-dire où elle n'est assujettie à un impôt sur les bénéfices dont le montant est inférieur à la moitié de celui qui serait dû en France (cf. point 3.2). La preuve du lien de dépendance est en effet très difficile à apporter, du fait des règles de secret, lorsque l'entreprise étrangère est établie dans un paradis fiscal.

Depuis la loi du 8 août 2014 de finances rectificative pour 2014 (art. 19), cette condition n'est pas non plus exigée si l'entreprise étrangère est établie ou constituée dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A du CGI (cf., sur cette notion, point 3.6).

## 2. L'administration doit également prouver l'existence d'un avantage consenti à l'entreprise étrangère

Si l'administration prouve l'existence d'un lien de dépendance, elle doit encore, pour que la présomption de l'article 57 trouve à s'appliquer, établir l'existence d'un avantage consenti à l'entreprise étrangère.

Cet avantage peut notamment consister en :

- ◆ un **prix d'achat majoré** : ainsi d'une société française achetant des meubles à une société britannique à un prix qui permet à cette dernière de réaliser une marge alors qu'elle est dépourvue de toute substance (ni matériel, ni bureaux)<sup>473</sup>. Ceci permet notamment de combattre les **circuits artificiels de facturation** (par exemple dans le cas d'une société française commercialisant des articles de cuisine fabriqués par une société belge, qui livrait les clients français directement mais adressait ses factures à une société suisse, qui refacturait la société française après majoration de 20 % à 39 % du prix sans justification<sup>474</sup>) ;
- ◆ un **prix de vente minoré** : ainsi par exemple d'une société française qui a consenti des ristournes à des sociétés sœurs étrangères acheteuses de ses produits<sup>475</sup> ;
- ◆ une **facturation de prestations de services à un prix minoré** par rapport à celui pratiqué à l'égard des autres clients<sup>476</sup> : il s'agit donc d'un renoncement à recettes ;

---

<sup>470</sup> CE 29 janvier 1964, n° 47515, RP p. 20.

<sup>471</sup> CE 15 janvier 1992, *SA Orore et Me Gourdain*, n° 77015, RJF 3/92 n° 314, concl. M.-D. Hagelsteen.

<sup>472</sup> CE 18 mars 1994, *SA Sovemarco-Europe*, n° 68799-70814, RJF 5/94 n° 532, concl. Ph. Martin p. 290.

<sup>473</sup> CAA Bordeaux 15 octobre 2013, *SARL Malmezat Prat*, n° 12BX00050, RJF 4/14 n° 321.

<sup>474</sup> CAA Nancy 11 mars 1993, *Vanstahl France*, n° 92-227, RJF 6/93 n° 805.

<sup>475</sup> CE 8 juin 2005, *SA Vetter*, n° 255918, RJF 8-9/05 n° 893, concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108, s'agissant d'une société commercialisant du matériel électrique en gros ; CE 16 mars 2016, *Sté Amycel France*, n° 372372, concl. F. Aladjidi.

<sup>476</sup> CE 31 juillet 1992, *SNAT*, n° 61286, RJF 11/92 n° 1468.

- ◆ des **commissions excessives versées au titre de prestations de services** assurées par une entreprise étrangère<sup>477</sup> ;
- ◆ des **redevances de propriété intellectuelle d'un montant excessif versées à une entreprise étrangère**, par exemple au titre d'un droit d'édition<sup>478</sup> ;
- ◆ **l'absence de facturation de redevances par une entreprise française titulaire d'un droit de propriété intellectuelle**, tel qu'un droit d'usage, détenu par une société mère française, d'une marque et d'un logo utilisés par les filiales étrangères<sup>479</sup>, ou le droit d'usage exclusif d'un nom de domaine sur internet mis à disposition de sa société mère suisse (en l'espèce « ebay.fr »)<sup>480</sup> ;
- ◆ la **prise en charge de frais d'exploitation** (rémunération d'un salarié détaché<sup>481</sup>, frais d'études, etc.) **d'une société étrangère**, si cette somme n'a pas de contrepartie pour l'entreprise française ;
- ◆ un **prêt sans intérêts ou à un taux d'intérêt réduit**<sup>482</sup>, y compris d'une succursale française à son siège étranger<sup>483</sup>, de même que des **abandons de créance** au profit de filiales étrangères<sup>484</sup>, ou encore le fait pour une société française d'apporter une **caution gratuite** à des filiales étrangères<sup>485</sup>.

**En revanche, l'article 57 du CGI ne permet pas de combattre les montages dits de « sous-capitalisation »**, qui font l'objet de l'article 212 du code (cf. point 3.3) : le Conseil d'Etat a en effet jugé<sup>486</sup> que la circonstance qu'une filiale française est financée par l'octroi d'un prêt par sa mère (permettant à la filiale de déduire les intérêts payés) plutôt que par un apport de fonds propres ne constitue pas un avantage. L'article 57 ne permet donc pas à l'administration d'apprécier le caractère normal du choix opéré par la mère étrangère dans la structure de financement de sa filiale française.

Pour prouver la manipulation du prix pratiqué, le Conseil d'Etat a précisé que **l'administration doit en priorité se livrer à une comparaison avec les pratiques des entreprises similaires qui sont dépourvues de lien de dépendance** avec l'entreprise en cause<sup>487</sup>. Elle doit donc

---

<sup>477</sup> CE 26 juin 1985, n° 39049, RJF 9/85 n° 1212, concl. Ph. Bissara ; en l'espèce, la commission a toutefois été jugée justifiée par l'existence d'une contrepartie résidant dans des services effectifs rendus sur le marché étranger.

<sup>478</sup> CE 22 février 1991, *SARL d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 48780, RJF 4/91 n° 401, concl. O. Fouquet.

<sup>479</sup> CE 7 novembre 2005, *min. c. Sté Cap Gemini*, n° 266436, RJF 1/06 n° 17, concl. E. Glaser BDCF 1/06 n° 5.

<sup>480</sup> CAA Paris 30 avril 2013, *Sté ebay France*, n° 12PA02246, RJF 4/14 n° 313, concl. P. Ouardès BDCF 4/14 n° 38.

<sup>481</sup> CE 28 avril 2006, *min. c. Sté Atys France*, n° 278738, RJF 7/06 n° 837, concl. F. Sénors BDCF 7/06 n° 84, chr. Y. Bénard p. 499, s'agissant de la prise en charge des cotisations sociales dues pour les cadres expatriés dans des sociétés sœurs étrangères et des indemnités d'expatriation.

<sup>482</sup> CE 12 novembre 1975, n° 94839, RJF 1/76 n° 12, concl. Lobry.

<sup>483</sup> CE 9 novembre 2015, *Sté Sodirep Textiles SA-NV*, n° 370974, RJF 2/16 n° 121, concl. M.-A. de Barmon p. 226.

<sup>484</sup> CE 11 avril 2008, *SA Guerlain*, n° 281033, RJF 7/08 n° 788, concl. C. Vérot BDCF 7/08 n° 85 et chr. J. Burguburu RJF 7/08 p. 667.

<sup>485</sup> CE Plén. 9 mars 1979, n° 10454, RJF 4/79 n° 193.

<sup>486</sup> CE Sect. 30 décembre 2003, *SA Andritz*, n° 233894, RJF 3/04 n° 238, concl. G. Bachelier BDCF 3/04 n° 33.

<sup>487</sup> CE 7 novembre 2005, *min. c. Sté Cap Gemini*, n° 266436, RJF 1/06 n° 17, concl. E. Glaser BDCF 1/06 n° 5. Cf. aussi CE 22 février 1991, *SARL d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 48780,

comparer avec les **prix ou taux de redevance du marché** : une comparaison par rapport aux prix pratiqués avec d'autres sociétés du même groupe n'est pas suffisante<sup>488</sup>. *A fortiori*, une comparaison par rapport aux prix pratiqués avec la même société lors d'exercices antérieurs ou postérieurs n'est pas non plus suffisante<sup>489</sup>.

Ainsi, s'agissant par exemple d'une majoration de prix d'achat ou d'une minoration de prix de vente, l'administration doit de préférence se référer au prix auquel l'entreprise en cause vend les mêmes produits à des sociétés indépendantes qui se trouvent dans la même situation<sup>490</sup> ou, en l'absence de telles informations, aux prix pratiqués par des entreprises indépendantes exerçant la même activité<sup>491</sup> : c'est le **principe du prix de pleine concurrence**, appliqué par la généralité des pays membres de l'OCDE.

A défaut d'avoir procédé à une telle comparaison, l'administration peut mettre en lumière un écart injustifié entre le prix convenu et la valeur réelle du service rendu. Mais dans ce cas, elle ne peut invoquer la présomption de transfert de bénéfice créée par l'article 57 (l'administration retombe dans le droit commun de l'acte anormal de gestion).

Ainsi, l'administration apporte la preuve d'un avantage consenti par une société française de grande distribution qui attribue à sa filiale japonaise un objectif de marge excessif en établissement que cet objectif est largement supérieur aux taux pratiqués dans des entreprises indépendantes exerçant une activité similaire<sup>492</sup>.

La jurisprudence dispense toutefois l'administration de se livrer à la comparaison avec les prix de pleine concurrence dans l'hypothèse où le prix en cause versé entre sociétés dépendantes

---

RJF 4/91 n° 401, concl. O. Fouquet, qui, s'agissant d'une redevance d'édition, se réfère aux « taux habituellement pratiqués par les éditeurs ».

<sup>488</sup> Dans l'affaire *Cap Gemini*, l'administration avait entendu établir l'existence d'un avantage par la seule constatation qu'en 1984, les six filiales européennes et la filiale américaine de la société mère française ne lui avaient versé aucune redevance pour l'usage de la marque « Cap Gemini Sogeti » et du logo, alors que les filiales françaises versaient une redevance depuis plusieurs années, et qu'en 1985 la filiale américaine n'avait versé à la société mère aucune redevance alors que les filiales françaises mais aussi européennes avaient versé une redevance. Le Conseil d'Etat juge que cette seule constatation, issue d'une comparaison avec les facturations existant entre sociétés en relation de dépendance, ne suffit pas à établir l'existence d'un avantage, dès lors que la valeur d'une marque ou d'un logo dépend de son positionnement à un moment donné dans le marché local où il est utilisé.

<sup>489</sup> CE 16 juin 1993, *Laboratoires Wellcome*, n° 70446, RJF 7/93 n° 983, chr. G. Goulard p. 546, concl. J. Arrighi de Casanova, où l'administration se bornait à faire état d'une marge bénéficiaire inférieure à la moyenne des exercices suivants.

<sup>490</sup> Ainsi, l'administration n'apporte pas la preuve qui lui incombe lorsqu'elle met certes en évidence que les prix de vente consentis par une société commercialisant des tableaux à une filiale américaine sont en moyenne très inférieurs à ceux pratiqués pour autres clients, mais que cet écart s'expliquait par le fait que la filiale représentait les 2/3 du volume des ventes de la société française : les autres clients utilisés comme terme de comparaison n'étaient donc pas dans une situation comparable (CE 28 septembre 1988, *Vercel*, n° 60805, RJF 11/88 n° 1254).

<sup>491</sup> CE 16 mars 2016, *Sté Amycel France*, n° 372372, concl. F. Aladjidi, s'agissant de vente de produits par une société française à des sociétés sœurs à un prix inférieur à ceux facturés à ses autres clients. La décision juge que, ayant effectué cette comparaison, l'administration n'avait pas à rechercher si les prix étaient également plus avantageux que ceux pratiqués par des entreprises similaires à la société requérante et exploitées normalement avec des clients dépourvus de liens de dépendance avec elles. En revanche, l'administration doit établir que les sociétés sœurs en cause sont dans la même situation que les autres clients retenus pour comparer les tarifs.

<sup>492</sup> CAA Versailles 27 mars 2012, *Sté Nestlé Entreprises*, n° 10VE01171, RJF 8-9/12 n° 804.

est différent de celui stipulé par contrat conclu entre elles<sup>493</sup> : le prix contractuellement convenu est alors réputé constituer le prix de pleine concurrence.

Il faut noter que le Conseil constitutionnel a récemment censuré une disposition de la loi de finances pour 2014 (art. 106), qui prévoyait d'inverser la charge de la preuve de l'avantage en cas de « *transfert de fonctions ou de risques* », et à certaines conditions touchant en particulier à l'évolution négative du résultat d'exploitation concomitante au transfert. Le Conseil n'a pas condamné l'inversion en soi (point sur lequel il n'a pas pris position), mais a estimé que le législateur n'avait pas épuisé sa compétence dès lors que plusieurs notions employées, notamment de « *transfert de fonctions ou de risques* », n'étaient pas définies<sup>494</sup>.

### **3. L'entreprise peut combattre la présomption de transfert de bénéfices en prouvant que l'avantage était justifié par une contrepartie**

De manière générale, **la jurisprudence exige que la contrepartie avancée par le contribuable soit équivalente à l'avantage consenti** : si ce n'est pas le cas, l'avantage n'est justifié que pour partie, et le surplus du prix de transfert doit être réintégré au résultat imposable<sup>495</sup>.

L'appréciation du caractère normal de l'avantage octroyé s'effectue selon les mêmes critères que pour l'application de l'acte anormal de gestion (cf. point 1.2.2). Si l'avantage est octroyé à une filiale étrangère, l'aide doit être conforme à une gestion normale des intérêts propres de la mère. Depuis l'intervention de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 (art. 17), seules les aides à caractère commercial demeurent en principe déductibles<sup>496</sup>, la déduction des aides purement financières (qui ont seulement pour but de maintenir la valeur de la participation dans la filiale, et non de préserver des débouchés commerciaux), n'étant plus admise que si elles sont consenties à une entreprise faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (13 de l'article 39 du CGI). Dans les autres cas (aide accordée à une succursale étrangère, à une société sœur, ou encore par une succursale française à un siège étranger<sup>497</sup>), la déduction n'est admise qu'à condition que l'aide favorise le maintien ou le développement de l'activité en France.

La contrepartie commerciale à l'avantage octroyé peut résider par exemple dans :

---

<sup>493</sup> CE 11 juin 1982, n° 16187, RJF 8-9/82 n° 774, concl. Verny : en l'espèce, un « contrat de redevance » plafonnait le montant de la redevance à 25 % du bénéfice net de la filiale française.

<sup>494</sup> CC 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *LFI pour 2014*, RJF 3/14 n° 268.

<sup>495</sup> CE 12 novembre 1975, n° 94839, RJF 1/76 n° 12, concl. Lobry, s'agissant d'avances sans intérêts jugées justifiées pour partie par les besoins de l'exploitation.

<sup>496</sup> Cf. CE 13 janvier 1967, n° 68139, Dupont p. 205 pour un prêt sans intérêt qui a pour objet d'éviter le dépôt de bilan de la filiale qui exposerait la société mère à des pertes beaucoup plus importantes que le montant des intérêts auxquels elle renonce, et CE Plén. 30 mars 1987, *Sté Labo Industries*, n° 52754, RJF 5/87 n° 489, concl. B. Martin-Laprade p. 262, s'agissant de la prise en charge du salaire d'un cadre détaché dans une filiale étrangère.

<sup>497</sup> CE 9 novembre 2015, *Sté Sodirep Textiles SA-NV*, n° 370974, RJF 2/16 n° 121, concl. M.-A. de Barmon p. 226, s'agissant d'avances sans intérêts.

- ◆ la **conservation ou le développement des débouchés de l'entreprise française** à l'étranger : est ainsi admise la prise en charge du salaire d'un cadre détaché dans une filiale suisse lorsque, en raison de la concurrence sur le marché suisse, rendant difficile la vente des huiles qu'elle fabrique, cette prise en charge lui permettait de conserver ses propres débouchés<sup>498</sup>, ou encore une caution accordée à une filiale brésilienne sans rémunération dès lors que les emprunts cautionnés ont permis un développement important des ventes de la mère à sa filiale<sup>499</sup> ;
- ◆ des **services effectivement rendus par l'entreprise étrangère** à l'entreprise française<sup>500</sup> ;
- ◆ l'octroi de **conditions commerciales avantageuses** (vente à prix coûtant) pour l'achat par l'entreprise française de marchandises vendues par l'entreprise étrangère, en vue de leur revente en France<sup>501</sup>.

#### **Encadré : L'articulation entre l'acte anormal de gestion et l'article 57 du CGI**

Lorsqu'elle entend remettre en cause le caractère normal d'une opération conclue entre une entreprise française et une entreprise étrangère, l'administration a le choix entre le fondement législatif de l'article 57 du CGI et le terrain jurisprudentiel de l'acte anormal de gestion<sup>502</sup>.

Deux différences les séparent toutefois.

En premier lieu, en termes de champ d'application, la théorie de l'acte anormal de gestion est plus large puisqu'elle s'applique y compris - outre aux opérations internes françaises - aux opérations entre entreprises non associées, alors que l'article 57 n'est invocable que lorsque les deux entreprises en cause sont unies par un lien de dépendance (filiale, société mère, société sœur, succursale, etc.).

En revanche, leur champ d'application matériel ne semble pas différer : les deux fondements permettent la remise en cause aussi bien d'aides accordées à l'entreprise tierce (abandon de créance, avance sans intérêts, etc.)<sup>503</sup>, que d'achats à un prix anormalement élevé<sup>504</sup>, de ventes à un prix minoré<sup>505</sup> ou encore de

<sup>498</sup> CE Plén. 30 mars 1987, *Sté Labo Industries*, n° 52754, RJF 5/87 n° 489, concl. B. Martin-Laprade p. 262.

<sup>499</sup> CE 3 mars 1989, *Lainière de Picardie*, n° 77581, RJF 5/89 n° 538, chr. J. Turot p. 263, pour l'application de l'article 57.

<sup>500</sup> CE 26 juin 1985, n° 39049, RJF 9/85 n° 1212, concl. Ph. Bissara.

<sup>501</sup> CE Plén. 27 juillet 1988, *SARL Boutique 2M*, n° 50020, RJF 10/88 n° 1139, concl. O. Fouquet p. 577.

<sup>502</sup> Il arrive d'ailleurs que l'administration, en cours d'instance, invoque l'acte anormal de gestion pour justifier un redressement initialement fondé sur l'article 57 du CGI : CE 18 mars 1994, *SA Sovermarco-Europe*, n° 68799, RJF 5/94 n° 532 : en l'espèce, la condition du lien de dépendance nécessaire pour l'application de l'article 57 n'était pas remplie.

<sup>503</sup> Cf., pour la remise en cause d'avances sans intérêts sur le terrain de l'acte anormal de gestion : CE 26 février 2003, *Sté Pierre de Reynal et Cie*, n° 223092, RJF 5/03 n° 607, concl. G. Goulard p. 403 ; et sur le fondement de l'article 57, s'agissant d'un abandon de créance, la décision *SA Guerlain* mentionnée ci-dessus.

<sup>504</sup> Cf., pour la remise en cause, sur le terrain de l'acte anormal de gestion, de loyers anormalement élevés acquittés à un tiers (en l'occurrence un tiers français) : CE 25 janvier 1978, n° 346, RJF 3/78 n° 85 et CE 22 février 1989, *Permaphone*, n° 71181, RJF 4/89 n° 412 ; et sur le fondement de l'article 57 : CAA Bordeaux 15 octobre 2013, *SARL Malmezat Prat*, n° 12BX00050, RJF 4/14 n° 321, s'agissant du prix d'achat de meubles à une société britannique.

<sup>505</sup> Cf., pour la remise en cause, sur le terrain de l'acte anormal de gestion, d'un prix de vente anormalement minoré à une société allemande : CE 21 février 1990, *SARL Solodet*, n° 84483, RJF 4/90 n° 376, concl. O. Fouquet ; et sur le fondement de l'article 57 : CE 8 juin 2005, *SA Vetter*, n° 255918, RJF 8-9/05 n° 893, concl. L. Vallée BDCF 8-9/05 n° 108, s'agissant d'une société commercialisant du matériel électrique en gros.

renonciations à percevoir des recettes, comme des redevances de concession de droit de propriété intellectuelle<sup>506</sup>.

Il reste qu'en pratique, l'application de l'acte anormal de gestion aux hypothèses de manipulations de prix intra-groupe est rare. Ceci s'explique par la seconde différence qui sépare les deux terrains, relative à la dévolution de la charge de la preuve.

En termes de charge de la preuve en effet, l'article 57 crée une présomption de transfert indirect des bénéfices : dès lors que l'administration démontre, outre le lien de dépendance, l'existence d'un avantage octroyé à l'entreprise étrangère, il incombe au contribuable de prouver que cet avantage est justifié par des contreparties<sup>507</sup>.

Il en va de même, s'agissant de l'acte anormal de gestion, lorsque l'administration entend remettre en cause la déductibilité de certains actes tels que les avances sans intérêts ou abandons de créance<sup>508</sup>.

En revanche, si l'administration invoque le caractère anormal d'actes de gestion courante, tels que des charges courantes<sup>509</sup> ou des produits (cas d'une renonciation à recettes, par le biais par exemple d'un prix de vente minoré ou d'une absence de perception de redevances), c'est à elle qu'il appartient d'en apporter la preuve<sup>510</sup>. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, l'application de l'article 57 est plus commode pour l'administration.

La convergence entre l'article 57 et l'acte anormal de gestion soulignée par de nombreux auteurs est donc grande, mais pas totale.

---

<sup>506</sup> Cf. CE 26 décembre 2011, *min. c. SARL Holding financière Séguy*, n° 328762, RJF 12/11 n° 1275, sur le terrain de l'acte anormal de gestion (s'agissant de redevances de concession de licences de marque, dans une hypothèse franco-française).

<sup>507</sup> CE Plén. 27 juillet 1988, *SARL Boutique 2M*, n° 50020, RJF 10/88 n° 1139, concl. O. Fouquet p. 577 ; CE 2 mars 2011, *Sté Soutiran et Cie*, n° 342099, RJF 6/11 n° 733, concl. E. Geffray BDCF 6/11 n° 73.

<sup>508</sup> CE 11 mars 1988, *min. c. Sté Ascinter-Otis*, n° 46846, RJF 5/88 n° 565, concl. M. de Saint-Pulgent ; CE 26 février 2003, *Sté Pierre de Reynal et Cie*, n° 223092, RJF 5/03 n° 607, concl. G. Goulard p. 403 : « *que, s'il appartient à l'administration d'apporter la preuve des faits sur lesquels elle se fonde pour estimer qu'un abandon de créances ou d'intérêts consenti par une entreprise à un tiers constitue un acte anormal de gestion, elle est réputée apporter cette preuve dès lors que cette entreprise n'est pas en mesure de justifier qu'elle a bénéficié en retour de contreparties* » ; CE 26 mars 2008, *SA Tornier*, n° 296625, RJF 6/08 n° 639, concl. P. Collin BDCF 6/08 n° 72.

<sup>509</sup> Cf. CE 23 janvier 2015, *SAS Rottapharm*, n° 369214, RJF 4/15 n° 300, concl. M.-A. de Barmon BDCF 4/15 n° 42, s'agissant de frais de lancement et de promotion d'un produit.

<sup>510</sup> Cf. CE 21 février 1990, *SARL Solodet*, n° 84483, RJF 4/90 n° 376, concl. O. Fouquet, s'agissant de la remise en cause, sur le terrain de l'acte anormal de gestion, du renoncement par une entreprise française à percevoir une fraction des recettes résultant de la vente de schistes à une société allemande, qui lui étaient normalement dues ; CE 26 décembre 2011, *min. c. SARL Holding financière Séguy*, n° 328762, RJF 12/11 n° 1275, chr. C. Raquin p. 1147, qui précise que l'entreprise doit seulement avancer l'existence de contreparties, après quoi il incombe à l'administration de démontrer que ces contreparties sont inexistantes, dépourvues d'intérêt pour l'entreprise ou insuffisantes ; CE 20 mai 2015, *Sté UAF*, n° 369373, RJF 8-9/15 n° 681, concl. M.-A. de Barmon BDCF 8-9/15 n° 100.



## Annexe V – Modalités d'application de l'article 238 A du CGI

### 1. L'article 238 A porte sur certaines charges que la loi énumère

L'éventail des charges mentionnées par l'article 238 A est large :

- ◆ les **intérêts** : le texte mentionne les « *intérêts, arrérages et autres produits des obligations, créances, dépôts et cautionnements* » ;
- ◆ les **redevances** : sont visés « *les redevances de cession ou concession de licences d'exploitation, de brevets d'invention, de marques de fabrique, procédés ou formules de fabrication et autres droits analogues* » (ainsi par exemple pour une somme versée soi-disant en contrepartie de la cession d'un brevet<sup>511</sup>) ;
- ◆ les **rémunérations de services** : en pratique, l'article 238 A est surtout utilisé pour réintégrer dans le bénéfice imposable des **commissions versées au titre de prestations fictives** (ou partiellement fictives, dans le cas de commissions d'un montant anormalement élevé) ;
- ◆ depuis la loi du 30 décembre 1981 de finances pour 1982 (art. 80), **tout versement effectué sur un compte tenu dans un organisme financier** établi dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée (dernier alinéa de l'article 238 A). Cet ajout permet de couvrir les versements à des personnes elles-mêmes non établies dans un tel Etat ou territoire, mais dont le compte crédité est ouvert dans un établissement qui y est établi<sup>512</sup>. Certaines entreprises avaient en effet tenté de contourner l'application de l'article 238 A en dissociant le lieu d'établissement du bénéficiaire et celui du paiement.

**Cette disposition ne concerne donc pas les achats de biens** ; si ces derniers peuvent également donner lieu à un transfert de bénéfices en étant fixés à un niveau anormalement élevé, c'est seulement sur le fondement de l'article 57 ou de l'acte anormal de gestion que l'administration peut donc les remettre en cause. Les **aides** accordées sous forme de subventions, abandons de créances et autres ne sont pas non plus visées.

### 2. L'entreprise étrangère doit être établie dans un Etat ou territoire où elle bénéficie d'un régime fiscal privilégié

L'application de l'article 238 A n'est pas, à la différence de l'article 57, subordonnée l'existence d'un lien de dépendance entre le débiteur et le bénéficiaire du paiement.

En revanche, pour que l'article 238 A s'applique, la personne bénéficiaire doit être établie « *dans un Etat étranger ou un territoire situé hors de France et y [être soumise] à un régime fiscal privilégié* ».

C'est à l'administration de justifier de l'existence d'un régime fiscal privilégié ; il ne s'agit toutefois pas à proprement parler de mettre à sa charge le fardeau de la preuve, puisque le juge

---

<sup>511</sup> CE 26 mai 1993, *SA Brenneisen*, n° 75800, RJF 7/93 n° 981.

<sup>512</sup> CE 18 mai 1998, *min. c. SA Arthur Loyd*, n° 157974, RJF 7/98 n° 790, concl. F. Loloum BDCF 4/98. Selon le commissaire du gouvernement F. Loloum, l'existence d'un régime fiscal privilégié doit, dans le cas du 3e alinéa de l'article 238 A, être appréciée par rapport au régime fiscal dans son ensemble, car l'absence d'imposition de sommes transitant sur un compte ouvert au nom d'un non-résident n'est pas caractéristique d'une fiscalité privilégiée.

se détermine à partir de l'instruction, l'administration devant seulement apporter des éléments suffisants pour que soit ordonné un supplément d'instruction<sup>513</sup>.

A l'origine, l'article 238 A se bornait à définir la notion de « régime fiscal privilégié » comme permettant l'acquittement d'impôts sur les bénéfices « *notablement moins élevés qu'en France* ». Il est donc d'abord revenu à la jurisprudence d'en arrêter les contours. Elle a précisé que le caractère privilégié du régime s'apprécie **par comparaison à la France**, et non au sein du pays étranger<sup>514</sup>, et que cette comparaison ne s'effectue pas « *in abstracto* », en rapprochant les deux législations fiscales, mais « *in concreto* », en s'interrogeant sur le traitement fiscal qui serait réservé en France à la même société<sup>515</sup>. Elle a notamment retenu qu'un taux maximal de l'ensemble des impôts de 35 % ne caractérisait pas un régime fiscal privilégié<sup>516</sup>, alors que la seule soumission à un impôt annuel de 0,1 % du capital et des réserves, en plus d'une exonération d'impôt sur les bénéfices (dont le taux maximal était par ailleurs normal), caractérisait un tel régime<sup>517</sup>. La doctrine administrative retenait quant à elle un seuil de 2/3 de l'impôt qui aurait été dû en France.

La jurisprudence a également précisé que le caractère privilégié du régime fiscal dont bénéficie la société tierce s'apprécie pour chacune de ses implantations, et non globalement : ainsi, s'agissant d'une filiale d'une société française, dont le siège social était situé au Vanuatu (où le régime fiscal était privilégié), qui détenait un établissement en Malaisie, à raison duquel elle supportait un impôt équivalent à l'IS français, il ne convient pas de prendre en compte la charge fiscale globale acquittée par la société dans ces deux Etats, mais seulement celle du Vanuatu<sup>518</sup>. C'est logique puisque, si la filiale avait été établie en France, elle n'aurait pas été soumise à l'impôt à raison des bénéfices de l'établissement de la Malaisie, conformément au principe de territorialité.

Il a également été précisé que, pour l'appréciation de ce critère, il convient de prendre en compte le cas échéant la retenue à la source versée en France par la société étrangère, en application par exemple de l'article 119 *bis*, 2 du CGI (à raison des dividendes de source française qui lui ont été versés)<sup>519</sup>.

Le législateur est intervenu, par la loi du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 (104), pour fixer un seuil pour l'appréciation du caractère privilégié du régime fiscal étranger : depuis lors, c'est le cas si la société étrangère y est assujettie à un **impôt sur les bénéfices « dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices (...) dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient**

---

<sup>513</sup> CE 27 juillet 1988, *min. c. Sté Auriège*, n° 53002, RJF 11/88 n° 1204, concl. O. Fouquet, se déterminant en fonction du supplément d'instruction ordonné à la charge du ministre des finances, contradictoirement avec la société, par une décision CE 21 mars 1986, n° 53002, RJF 5/86 n° 470, concl. O. Fouquet p. 267.

<sup>514</sup> CE 2 avril 2003, *Sté d'édition des artistes peignant de la bouche et du pied*, n° 237751, RJF 6/03 n° 696, concl. P. Collin BDCF 6/03 n° 75, chr. L. Olléon RJF 2/04 p. 83.

<sup>515</sup> Même décision.

<sup>516</sup> CE 30 septembre 1992, *SARL Tool France*, n° 75464, RJF 11/92 n° 1470, s'agissant du canton de Zurich.

<sup>517</sup> CE 16 décembre 1987, n° 55790, RJF 2/88 n° 153, concl. Ph. Martin p. 87, s'agissant d'un Anstalt du Liechtenstein.

<sup>518</sup> CE 21 novembre 2011, *min. c. Sifa*, n° 325214, RJF 2/12 n° 102, concl. P. Collin BDCF 2/12 n° 16.

<sup>519</sup> CE 21 novembre 2011, *min. c. Sté Compagnie des Glénans*, n° 327207, RJF 2/12 n° 102, concl. P. Collin BDCF 2/12 n° 16, pour l'application de l'article 209 B du CGI. La décision ne tranche que la question de la prise en compte de la retenue à la source payée en France, et non de celle le cas échéant versée à des pays tiers.

été (...) établies ». La référence à l'IS qui aurait été acquitté en France reprend donc la précision qui avait été apportée par la jurisprudence.

### 3. Si ces critères sont remplis, le versement n'est déductible que si le débiteur prouve qu'il correspond à des opérations réelles et normales

A la différence de l'acte anormal de gestion ou de l'article 57 du CGI, c'est intégralement au contribuable qu'il incombe de prouver que les dépenses qu'il a déduites de son résultat imposable « correspondent à des opérations réelles et qu'elles ne présentent pas un caractère anormal ou exagéré ».

**La preuve mise à la charge du contribuable est plus exigeante que dans le droit commun** de la charge de la preuve : ainsi, s'agissant d'une société qui avait déduit des dépenses rémunérant des prestations que lui a fournies une société andorrane intervenue pour vendre à des prothésistes les produits que la société française commercialise, le Conseil d'Etat a jugé que **le contribuable doit produire non seulement la facture émise par la société étrangère** (ce qui, dans le droit commun, crée une présomption suffisante), **mais aussi apporter d'autres indices concordants permettant de justifier de la réalité de la prestation** (en l'espèce, la précision du contrat et les nombreuses télécopies reçues de cette société en relation avec des prises de commandes ont conduit le Conseil d'Etat à estimer que la preuve était apportée)<sup>520</sup>. Sans exiger une preuve complète de la matérialité de l'opération, qui peut s'avérer difficile à apporter en matière de commerce international, la jurisprudence ne se contente donc pas des seules factures.

Ainsi, sont réintégrées dans le bénéfice imposable à l'IS, sur le fondement de l'article 238 A, des commissions versées à une société mère établie à Madère au titre soi-disant de prestations d'assistance commerciale et technique, dont les éléments apportés par le contribuable, sommaires, non datés et rédigés en des termes généraux, n'ont pas permis de démontrer la réalité<sup>521</sup>, ou encore des commissions à l'exportation versées à une filiale suisse chargée de la commercialisation des produits de la société française dès lors que la prestation ainsi rémunérée consistait seulement en la refacturation de ventes réalisées intégralement par les services de la société mère française<sup>522</sup>.

En revanche, est déductible du bénéfice une commission versée à une société établie sur l'île de Man mais correspondant à des prestations réelles (développer les ventes d'une société française sur un marché étranger) et dont le montant (3 %) n'est pas excessif, comme le montraient le contrat conclu avec la société étrangère ainsi qu'un état de ses ventes sur le marché étranger en cause<sup>523</sup>. La jurisprudence accepte même la déductibilité de commissions versées à une société-écran établie dans un paradis fiscal et qui n'a aucune activité lorsqu'il s'agit d'une modalité de versement de la commission à un intermédiaire qui, lui, a réellement fourni une prestation à la société française<sup>524</sup>.

---

<sup>520</sup> CE 24 juin 2009, *Maréchal*, n° 298582, RJF 10/09 n° 820, concl. L. Olléon BDCF 10/09 n° 111.

<sup>521</sup> CAA Lyon 7 mai 2008, *SARL Production métallurgique de Bourgogne*, n° 05-646, RJF 12/08 n° 1304.

<sup>522</sup> CAA Nancy 6 mars 1996, *Sté industrielle et financière des chantiers de France-Dunkerque*, n° 93-868, RJF 12/96 n° 1395.

<sup>523</sup> CE 10 août 2005, *min. c. Sté Electromécanique du Nivernais*, n° 275983, RJF 12/05 n° 1398, concl. E. Glaser BDCF 12/05 n° 151.

<sup>524</sup> CE 7 mars 1990, *SA Triumph France*, n° 54533, RJF 5/90 n° 518, s'agissant d'une commission versée à une société-écran établie en Suisse afin de rémunérer un intermédiaire, et CE 22 janvier 1992, *Electrification Générale*, n° 82198, RJF 3/92 n° 315, s'agissant d'une commission de 4,8 % du marché versée à une société-écran au Panama afin de rémunérer un intermédiaire qui a permis à la société d'obtenir ce marché en Algérie.

Il faut noter que, depuis la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 (art. 22), **la preuve mise à la charge du contribuable est durcie si le bénéficiaire du versement est établi dans un ETNC** : dans ce cas, il doit, en plus de la preuve de la réalité et du caractère normal des opérations en cause, démontrer que celles-ci « *ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de ces dépenses dans* » un tel Etat ou territoire (3<sup>e</sup> alinéa de l'article 238 A). La loi de finances rectificative pour 2009 a également prévu que **les entreprises doivent fournir un relevé détaillé des dépenses versées à un bénéficiaire établi dans un tel Etat ou territoire** (art. 54 *quater* du CGI).

## Annexe VI - L'imposition des résultats de la gestion d'actifs transférés hors de France à un trust ou un organisme chargé de les gérer (art. 238 bis-0 I du CGI)

Une société peut **transférer des éléments d'actifs à un organisme établi hors de France (trust<sup>525</sup> notamment), chargé de les gérer dans son intérêt**. Par dérogation au principe de territorialité de l'IS, afin de soumettre de telles sociétés, qui ne se sont pas véritablement dessaisies des actifs en cause, à l'IS à raison des résultats de leur gestion, la loi du 31 décembre 1992 de finances rectificative pour 1992 (art. 55) a prévu qu'elles doivent comprendre dans leur résultat imposable « *les résultats qui proviennent de la gestion ou de la disposition de ces actifs* ». Cette disposition est codifiée à l'article 238 bis-0 I du CGI.

Est concernée toute entreprise qui a transféré ou transfère des actifs, « *directement ou indirectement, par elle-même ou par l'intermédiaire d'un tiers* », « *à une personne, à un organisme, dans un trust ou dans une institution comparable* ». Il faut toutefois que le transfert soit effectué « *en vue de les gérer dans son intérêt ou d'assumer pour son compte un engagement existant ou futur* ». La loi ne comporte **aucune restriction quant à la nature des éléments d'actifs transférés** (valeurs mobilières, liquidités, créances, etc.). La disposition ne limite pas davantage le champ des pays d'implantation de l'organisme de gestion : il peut s'agir de **tout territoire situé « hors de France »**, et pas seulement des Etats et territoires à fiscalité privilégiée.

Afin d'éviter une double imposition, l'entreprise est autorisée à imputer sur le montant de l'IS dont elle est redevable, l'impôt acquitté, le cas échéant, hors de France, sur les mêmes résultats, à condition que ce dernier soit comparable à l'IS.

Si l'entreprise ne respecte pas ces dispositions, elle doit intégrer dans son résultat imposable une somme forfaitaire censée représenter le résultat de la gestion des actifs, égale à leur montant multiplié par le taux de référence prévu au 3° du 1 de l'article 39 du CGI pour la déductibilité des intérêts versés aux associés (cf. point 3.3.1). Toutefois, l'entreprise peut apporter la preuve que le résultat ainsi déterminé excède le résultat effectivement réalisé. En tout état de cause, l'entreprise se voit appliquer, outre l'intérêt de retard, une majoration de 40 % (art. 1758 du CGI).

Cette disposition n'est plus appliquée en pratique (aucun redressement n'a été prononcé sur son fondement dans les trois dernières années) ; il semble que les montages qu'elles visaient à remettre en cause ne soient plus employés.

---

<sup>525</sup> Le trust est, en droit anglo-saxon, l'opération par laquelle le propriétaire d'un bien (*settlor*) confie à un *trustee* la charge de l'administrer pour son compte ou pour le compte d'un tiers.

# Annexe VII – L’application des règles générales anti-abus aux transferts de bénéfices à l’étranger

## 1. L’application de la théorie de l’acte anormal de gestion

Peuvent être remis en cause sur le fondement de l’acte anormal de gestion :

- ◆ un **prêt sans intérêts** ou un **abandon de créance** accordés à une société établie à l’étranger<sup>526</sup> (voire une provision pour créance douteuse à raison d’avances consenties à un tiers, ou encore le fait de renoncer à faire usage de la clause d’un contrat de prêt sans intérêts permettant de renégocier ses conditions<sup>527</sup>), sauf s’il apparaît qu’en consentant de tels avantages, l’entreprise a agi dans son intérêt (ou si le droit de l’Etat tiers interdit le versement d’intérêt à raison des obligations souscrites<sup>528</sup>) ; si l’aide est accordée à une succursale à l’étranger, elle ne relève d’une gestion commerciale normale que si la succursale entretient avec le siège en France des relations commerciales favorisant le maintien ou le développement des activités en France de la société<sup>529</sup> (cf. point 1.2.2) ;
- ◆ la **prise en charge de frais n’incombant pas à l’entreprise française** lorsqu’elle n’est pas dans l’intérêt de cette entreprise ; c’est par exemple le cas du prix de prestations de services acquitté par une succursale française alors que ces prestations ne bénéficiaient qu’au siège allemand de l’entreprise<sup>530</sup>, ou encore de frais d’adhésion à un réseau international d’entreprises lorsqu’ils ne peuvent être regardés comme la conséquence d’engagements constituant la contrepartie des avantages que l’entreprise retire elle-même directement de son adhésion au réseau et du respect des conditions auxquelles l’appartenance à ce réseau est subordonnée<sup>531</sup> ;
- ◆ un **prix d’achat anormalement élevé** consenti, sans justification, à un fournisseur étranger<sup>532</sup> ;

---

<sup>526</sup> CE 26 février 2003, *Sté Pierre de Reynal et Cie*, n° 223092, RJF 5/03 n° 607, concl. G. Goulard p. 403, pour des abandons de créance accordés à des sociétés tierces ou entreprises exploitées à titre individuel ; CE 21 décembre 2007, *SA de production et d’approvisionnement du plateau central « Rouergue-Auvergne-Gévaudan-Tarnais »*, n° 288099, RJF 3/08 n° 276, s’agissant d’avances sans intérêts à une filiale espagnole.

<sup>527</sup> CE 4 juin 2012, *min. c. Sté Old Town*, n° 350003, RJF 8-9/12 n° 801, s’agissant du rachat d’un prêt sans intérêt à une société luxembourgeoise (la décision juge en outre que le seul fait de racheter un prêt sans intérêt n’est pas constitutif d’un acte anormal de gestion).

<sup>528</sup> CE 7 septembre 2009, *SNC Immobilière GSE*, n° 303560, RJF 12/09 n° 1068, concl. L. Olléon BDCF 12/09 n° 136, s’agissant de « versements supplémentaires » au sens du droit portugais, qui sont, dans ce droit, des éléments du capital propre des filiales portugaises et ne peuvent donc pas être regardés comme des avances consenties par la mère française à ces filiales.

<sup>529</sup> CE Sect. 16 mai 2003, *Sté Télécoise*, n° 2229556, RJF 7/03 n° 823, chr. L. Olléon p. 571, concl. M.-H. Mitjaville BDCF 7/03 n° 91.

<sup>530</sup> CE 2 juin 2010, *min. c. Sté Clarins BV*, n° 309575, RJF 8-9/10 n° 827, concl. C. Legras BDCF 8-9/10 n° 94.

<sup>531</sup> CE 21 novembre 2012, *min. c. PwC*, n° 348864, RJF 2/13 n° 131, concl. V. Daumas BDCF 2/13 n° 14, s’agissant de dépenses exposées au titre de l’appartenance au réseau PwC.

<sup>532</sup> CE 25 mars 1983, n° 16649, RJF 6/83 n° 763, s’agissant d’un surpris payé à une société belge.

- ◆ un **prix de vente anormalement bas**, traduisant une renonciation à percevoir des recettes normalement dues, lorsque cette renonciation n'est pas justifiée<sup>533</sup> ; lorsque la vente est effectuée par une société mère à sa filiale, la jurisprudence admet qu'elle soit facturée à prix coûtant<sup>534</sup>, mais l'inverse n'est pas vrai : une filiale doit facturer à sa mère au prix du marché<sup>535</sup> (de même entre sociétés sœurs<sup>536</sup>) ;
- ◆ une **renonciation à percevoir des redevances** de concession de droits de propriété intellectuelle<sup>537</sup> (sauf s'il apparaît qu'en consentant de tels avantages, l'entreprise a agi dans son propre intérêt) ;
- ◆ des **intérêts versés à une entreprise étrangère à un taux excessif** ou dont l'objet n'est pas conforme à l'activité en France de l'entreprise débitrice<sup>538</sup> ;
- ◆ la renonciation, par une société étrangère (en l'espèce un Anstalt de droit liechtensteinois), à percevoir des loyers à raison de la location d'un immeuble dont elle est propriétaire en France<sup>539</sup>.

Ainsi, dans certaines hypothèses, l'acte anormal de gestion peut être utilisé à la place de l'article 57 du CGI<sup>540</sup> (aides intra-groupes et prix de vente ou d'achat anormaux à des entreprises du même groupe), de son article 238 A (lorsque l'aide est accordée à une société établie dans un Etat ou territoire à fiscalité privilégiée), de l'article 155 A<sup>541</sup> (renoncement à percevoir une rémunération au titre d'une prestation de services, au profit d'une société intermédiaire établie hors de France), ou encore de son article 212, I (taux d'intérêt d'un montant excessif).

En revanche, l'acte anormal de gestion n'autorise pas l'administration fiscale à apprécier le caractère normal du choix opéré par une société étrangère de financer l'activité de sa succursale française<sup>542</sup> (ou d'une filiale française<sup>543</sup>) en la laissant recourir à l'emprunt, plutôt qu'en lui apportant des fonds propres : seul l'article 212, II du CGI peut être utilisé à cette fin (cf. point 3.3). C'est la conséquence du principe de non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises, et notamment dans leurs choix financiers.

Les dispositions des articles 209 B et 238 bis-0 I du CGI relèvent également d'une autre logique, que l'acte anormal de gestion ne peut embrasser, puisqu'ils soumettent d'office l'entreprise établie en France à l'IS à raison de bénéfices réalisés hors de France, par dérogation à la territorialité, sans même qu'un acte de gestion anormale soit en cause.

<sup>533</sup> CE 21 février 1990, *SARL Solodet*, n° 84483, RJF 4/90 n° 376, concl. O. Fouquet.

<sup>534</sup> CE Sect. 24 février 1978, n° 2372, RJF 4/78 n° 161, chr. M.-D. Hagelsteen RJF 5/78 p. 146.

<sup>535</sup> CE 24 mai 1989, n° 72038, RJF 7/89 n° 816.

<sup>536</sup> CE 4 mars 1985, n° 35066, RJF 5/85 n° 682, chr. M. Liébert-Champagne RJF 12/86 p. 635.

<sup>537</sup> CE 26 décembre 2011, *min. c. SARL Holding financière Séguy*, n° 328762, RJF 12/11 n° 1275, s'agissant de redevances de concession de licences de marque, dans une hypothèse franco-française.

<sup>538</sup> CE 11 avril 2014, *min. c. Sté Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*, n° 344990, RJF 7/14 n° 667, s'agissant de succursales françaises de banques étrangères.

<sup>539</sup> CE 24 février 1986, *Etablissements Le Merou*, n° 54253, RJF 4/86 n° 353.

<sup>540</sup> Il arrive d'ailleurs que l'administration fiscale, en cours d'instance contentieuse, invoque l'acte anormal de gestion pour justifier une imposition primitivement fondée sur l'article 57 du CGI : CE 18 mars 1994, *SA Sovemarco-Europe*, n° 68799-70814, RJF 5/94 n° 532, concl. Ph. Martin p. 290.

<sup>541</sup> Cf. CE 9 mars 2007, *min. c. Sté Cie internationale de services*, n° 284053, RJF 6/07 n° 730, concl. F. Sénors BDCF 6/07 n° 76, s'agissant de commissions versées au principal actionnaire d'une société en rémunération de prestation d'intermédiaire commercial réalisées en fait par la société (l'administration s'était initialement placée sur le terrain de l'article 155 A).

<sup>542</sup> CE 11 avril 2014, *min. c. Sté Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*, n° 344990, RJF 7/14 n° 667.

<sup>543</sup> CE 4 novembre 1983, n° 34516, RJF 1/84 n° 19.

## 2. L'application de l'abus de droit

Ont été qualifiés d'abus de droit :

- ◆ un montage consistant à faire verser à une société interposée, en l'espèce établie au Liechtenstein, des rémunérations de prestations de services revenant normalement au prestataire de service établi en France, lorsque la convention conclue avec cette société a eu pour seul objet d'échapper à l'impôt français<sup>544</sup> (ce type de montage peut également donner lieu à l'application de l'article 155 A du CGI : cf. point 3.4) ;
- ◆ une prise de participation sans justification économique ou financière dans une société holding luxembourgeoise dépourvue de toute substance et qui ne supporte à peu près aucun impôt sur ses bénéficiaires au Luxembourg, tandis qu'en prenant cette participation, la société française se plaçait sous le régime fiscal des sociétés mères (tout en évitant l'application de l'article 209 B car la participation, à hauteur de 17 %, était à la fois supérieure au seuil de 10 % alors prévu pour le régime mère-fille et inférieure au seuil de 25 % prévu par l'article 209 B), de telle sorte que les dividendes de la holding qu'elle percevait étaient quasi-exonérés d'IS en France<sup>545</sup> ;

La jurisprudence a précisé à cette occasion que la seule circonstance que l'opération ait seulement pour effet de différer l'imposition ne saurait la faire regarder comme n'ayant pas de ce fait pour seul motif d'éluder l'impôt, dès lors qu'elle a nécessairement pour effet de minorer l'assiette de l'année au titre de laquelle l'impôt est normalement dû à raison de la situation et des activités réelles de la société assujettie<sup>546</sup>.

En revanche, il n'y a pas abus de droit lorsque la filiale établie à l'étranger n'est pas dépourvue de toute substance économique : dans ce cas, l'objectif du montage, même s'il peut être principalement fiscal, ne peut être regardé comme exclusivement fiscal<sup>547</sup>.

La jurisprudence a précisé, toujours s'agissant du même type de montage consistant à bénéficier de façon abusive du régime mère-fille, qu'était dépourvue de substance économique une filiale, en l'espèce établie aux Pays-Bas, dont l'actif était constitué d'obligations acquises initialement avec des sommes mises à disposition par la mère, qui avait pour seule activité leur gestion patrimoniale, et dont les recettes provenaient uniquement des intérêts et des plus-values résultant de ces obligations (la décision relève, en outre, que la politique de placement avait été définie une fois pour toutes lors de la création de la filiale)<sup>548</sup>.

---

<sup>544</sup> CE 19 janvier 1983, n° 33831, RJF 3/83 n° 432 ; CE 6 mai 1985, n° 35572, RJF 7/85 n° 1096, s'agissant de personnes physiques (artiste et écrivain), rendus avant la création de l'article 155 A.

<sup>545</sup> CE 18 février 2004, *min. c. Sté Pléiade*, n° 247729, RJF 5/04 n° 510, concl. P. Collin BDCF 5/04 n° 65 ; CE 18 mai 2005, *min. c. Sté Sagal*, n° 267087, RJF 8-9/05 n° 910, concl. P. Collin BDCF 8-9/05 n° 110 ; CE 27 juillet 2009, *Caisse inter fédérale de Crédit mutuel*, n° 295358, RJF 12/09 n° 1140, concl. E. Glaser BDCF 12/09 n° 143. Cf. aussi pour une participation de 23 % dans le capital d'une société panaméenne qui détenait elle-même une sous-filiale luxembourgeoise ayant une activité réelle d'investissement : CE 10 décembre 2008, *Sté Andros et Cie*, n° 295977, RJF 3/09 n° 255.

<sup>546</sup> CE 27 juillet 2009, *Caisse inter fédérale de Crédit mutuel*, n° 295358, RJF 12/09 n° 1140, concl. E. Glaser BDCF 12/09 n° 143.

<sup>547</sup> Cf. CE 15 avril 2011, *min. c. Sté Alcatel CIT*, n° 322610, RJF 7/11 n° 862, concl. P. Collin BDCF 7/11 n° 91, s'agissant d'une souscription, par une société mère française, à une augmentation de capital d'une filiale belge, bénéficiant en Belgique d'un régime fiscal privilégié au titre des centres de coordination de groupe : même si la mère a perçu, au titre des actions souscrites, des dividendes exonérés sur le fondement du régime mère-fille, la filiale belge exerçait une activité réelle (48 salariés, chiffre d'affaires important), si bien que le montage n'a pas eu pour seul but d'éluder l'impôt.

<sup>548</sup> CE 11 mai 2015, *SA Natixis*, n° 365564, RJF 8-9/15 n° 718, concl. E. Bokdam BDCF 8-9/15 n° 109.



- ◆ des montages visant à bénéficier des stipulations d'une convention fiscale bilatérale lorsqu'ils ont comme unique objectif d'obtenir un avantage fiscal auquel les intéressés n'auraient pu normalement prétendre (cf. point suivant).

### 3. Un cas particulier : l'application de l'abus de droit aux montages de *treaty shopping*

Par un important arrêt *Bank of Scotland* rendu en 2006<sup>549</sup>, le Conseil d'Etat a reconnu qu'un montage de *treaty shopping*, en tant qu'abus de convention fiscale, peut être écarté sur le fondement de l'abus de droit par fraude à la loi. Evidemment, il faut pour cela que les deux critères de la fraude à la loi soient réunis (cf. point 3.7.2) : objectif *exclusivement* fiscal et application littérale de la convention à l'encontre de son esprit. Ces conditions sont donc plus strictes que celles prévues par la clause conventionnelle PPT, pour laquelle un objectif *principalement* fiscal suffit. La fraude à la loi s'analyse comme une règle de protection de la norme et de l'intention de ceux qui l'ont édictée : c'est pourquoi elle peut s'appliquer non seulement à une norme législative, mais aussi conventionnelle.

Dans cette affaire, une banque britannique entendait consentir à sa mère américaine un prêt d'actions d'une filiale française. Afin de bénéficier de la convention franco-britannique qui ouvrait aux résidents du Royaume-Uni le bénéfice du remboursement de l'avoir fiscal afférents aux dividendes de source française, ce que la convention franco-américaine ne prévoyait pas, les sociétés ont toutefois maquillé ce prêt en une cession d'usufruit des actions consentie par la mère à la banque britannique. Ainsi, c'est cette dernière qui recevait les dividendes français, lesquels constituaient en fait la rémunération du prêt déguisé consenti à sa mère. Pour refuser le bénéfice de la convention franco-britannique, le Conseil d'Etat ne s'est pas seulement fondé sur ce que la banque britannique n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes (la société américaine ayant délégué sa filiale française pour le remboursement du prêt sous la forme de ces dividendes). Il lui a semblé nécessaire d'ajouter que le contrat conclu entre la banque et sa mère constituait un montage réalisé dans l'unique but de bénéficier du remboursement de l'avoir fiscal attaché aux dividendes français. A la lumière des conclusions de F. Sénors, cela s'explique probablement par le fait que la banque britannique avait réellement perçu les dividendes en cause, en dernier ressort. Il a donc semblé difficile de ne pas la regarder comme le bénéficiaire effectif sans le soutien de la fraude à la loi<sup>550</sup>. Reste l'apport important de cet arrêt : l'abus de traité peut constituer un abus de droit.

Cette affaire illustre également que **l'abus de droit fiscal peut être utilisé même lorsque la convention ne comporte pas de disposition spécifique anti-abus de type PPT**<sup>551</sup> (était en cause la convention franco-britannique du 22 mai 1968, antérieure à celle du 19 juin 2008 qui a pour la première fois inséré une clause PPT). L'absence de clause PPT n'est pas interprétée comme révélant l'intention des parties de ne pas permettre la remise en cause du bénéfice des stipulations conventionnelles lorsque le but de l'opération est fiscal<sup>552</sup>. Les deux fondements paraissent donc indépendants : lorsque la convention comporte une clause PPT,

---

<sup>549</sup> CE 29 décembre 2006, *Sté Bank of Scotland*, n° 283314, RJF 3/07 n° 322, concl. F. Sénors BDCF 3/07 n° 33, chr. Y. Bénard RJF 4/07. Cf. aussi, s'agissant du même montage, CE 24 avril 2012, *Sté Abbey National Treasury Services*, n° 343709, RJF 7/12 n° 735, concl. L. Olléon BDCF 7/12 n° 89.

<sup>550</sup> Comme l'indique Y. Bénard dans sa chronique, le bénéficiaire effectif se situe en principe en aval dans la chaîne de paiement des revenus en cause (c'est d'ailleurs le cas dans l'affaire *Diebold Courtage*), alors qu'ici, la société américaine se trouvait en amont de la chaîne de paiement.

<sup>551</sup> Cf., plutôt en ce sens, les commentaires de l'OCDE sous l'article 1<sup>er</sup> du modèle, aux points 9.1 et suivants. En ce sens également, voir l'avis de la section des finances du Conseil d'Etat n° 382545, publié au Rapport public 2010 du Conseil d'Etat p. 376, DF 2010 n° 22 comm. 330.

<sup>552</sup> Ce serait d'ailleurs paradoxal puisque, par construction, la fraude à la loi ne peut être appliquée que lorsque l'intention des Etats ayant conclu la convention a été méconnue.

l'administration peut l'invoquer (*a priori* sans devoir prouver que les critères – plus stricts – de la fraude à la loi sont aussi remplis) ; lorsqu'elle n'en comporte pas, la fraude à la loi semble être tout de même invocable.

On pourrait objecter que, dans cette affaire, l'application de la fraude à la loi trouvait un « relai conventionnel » dans la notion de bénéficiaire effectif. Mais même si la question n'a pas encore été soumise au Conseil d'Etat statuant au contentieux<sup>553</sup>, la jurisprudence récente des juges du fond semble admettre le manquement de la fraude à la loi même en l'absence de référence à cette notion dans la convention applicable<sup>554</sup>.

#### **Encadré : Développements jurisprudentiels récents sur la fraude à la loi et le *treaty shopping***

Dans un arrêt du 25 juin 2015<sup>555</sup>, la cour administrative d'appel de Nantes a fait application de la fraude à la loi pour écarter le bénéfice de la convention franco-hollandaise, qui ne comporte ni clause anti-abus ni clause de bénéficiaire effectif. Dans cette affaire, une société américaine entendait consentir un prêt à sa filiale française, qui serait tombé sous le coup du dispositif de lutte contre la sous-capitalisation prévu par l'article 212 (dans sa rédaction antérieure à 2007). La convention franco-américaine de 1994 prévoyant une clause expresse permettant à la France d'appliquer l'article 212 (dont la rédaction était alors incompatible avec les conventions, cf. ci-dessus), la société américaine a, afin de faire échapper sa filiale française à la limitation de la déduction des intérêts qui s'en serait suivie, dissimulé son identité derrière une société néerlandaise, à qui elle avait elle-même prêté les sommes en cause, et qui les a à son tour prêtées à la société française. Le montage visant exclusivement à bénéficier des stipulations de la convention franco-néerlandaise, qui ne prévoyait pas de clause permettant l'application de l'article 212, la cour a considéré qu'il était constitutif d'un abus de droit.

Plus récemment encore, dans un arrêt du 17 décembre 2015 rendu en formation plénière<sup>556</sup>, la cour de Versailles en a fait application à l'hypothèse d'un achat-revente d'un ensemble immobilier situé en France et générant une importante plus-value. Un contribuable français, qui s'était engagé à l'acquérir, a fait usage de clauses du contrat de vente permettant de lui substituer une société luxembourgeoise qu'il contrôlait. C'est elle qui a acquis le bien avant de le revendre à une société française. La plus-value, réalisée par la société luxembourgeoise, a échappé au prélèvement à la source prévu par l'article 244 A *bis* du CGI en vertu de l'article 4 de la convention franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958, alors que si elle avait été réalisée directement par le contribuable français, elle aurait été imposable dans les conditions de droit commun. La cour juge que, même si la société hollandaise exerçait réellement une activité de holding et n'était donc pas purement artificielle, le contribuable n'a eu d'autre but que d'échapper à l'imposition de la plus-value en France en bénéficiant de la convention à l'encontre des objectifs qu'elle poursuit. Le montage est donc remis en cause sur le terrain de la fraude à la loi.

En ce sens également, on trouve enfin un arrêt de la cour de Nancy du 14 mars 1996<sup>557</sup> qui, même s'il juge en l'espèce que le but recherché n'était pas exclusivement fiscal, admet sur le principe l'invocation de la fraude à la loi pour contrer un montage dans lequel une société française s'était endettée auprès d'une société allemande ayant elle-même obtenu les sommes d'une société des Antilles néerlandaises, dans l'objectif de bénéficier des stipulations de la convention franco-allemande qui faisaient obstacle à

<sup>553</sup> La section des finances du Conseil d'Etat a estimé, dans un avis n° 382545, publié au Rapport public 2010 du Conseil d'Etat p. 376, DF 2010 n° 22 comm. 330, que de manière générale l'abus de droit pouvait être mobilisé indépendamment des stipulations des conventions fiscales.

<sup>554</sup> Il faut certainement réserver le cas des rares conventions postérieures à 1974 qui ne comportent pas cette référence puisque, dans ce cas, on pourrait déduire de l'absence de clause de bénéficiaire effectif que les Etats parties n'ont pas entendu poursuivre un but de lutte contre l'évasion fiscale.

<sup>555</sup> CAA Nantes 25 juin 2015, *SAS Thermo Electron Holdings*, n° 13NT02119, concl. K. Wunderlich p. 891. L'arrêt fait l'objet d'un pourvoi en cours d'instruction au Conseil d'Etat.

<sup>556</sup> CAA Versailles Plén. 17 décembre 2015, *Verdannet*, n° 13VE01281, RJF 3/16 n° 268, concl. P. Delage p. 398. L'arrêt fait l'objet d'un pourvoi en cours d'instruction devant le Conseil d'Etat.

<sup>557</sup> CAA Nancy 14 mars 1996, *SARL Inter Selection*, n° 93-729, RJF 11/96 n° 1329, concl. B. Commenville BDCF 6/96 p. 45.

l'application de la retenue à la source sur les intérêts alors prévue au III de l'article 125 A du CGI. Or, cette convention, conclue en 1959, ne comportait pas de clause de bénéficiaire effectif.

On voit que les précédents restent encore peu nombreux : la possibilité de recourir à la fraude à la loi pour combattre les montages de *treaty shopping* devra encore être confirmée par le juge de cassation, et continue de susciter des doutes chez certains auteurs. La mobilisation de l'abus de droit suppose en effet de dégager quelle est l'intention des auteurs de la convention, ce qui n'est pas chose facile. A cet égard, il faut rappeler que, par la décision *Schneider Electric*, certes antérieure à la décision *Bank of Scotland* mais rendue par l'Assemblée du contentieux, le Conseil d'Etat a jugé « *qu'à supposer même qu'il soit établi qu'un objectif de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales ait été assigné à la convention franco-suisse, cet objectif ne permet pas, faute de stipulation expresse le prévoyant, de déroger aux règles énoncées par cette convention* »...

## Annexe VIII - Territorialité et sécurité juridique : le rescrit établissement stable et les accords de prix de transfert

### 1. Une société qui crée un établissement stable sans s'en rendre compte encourt les conséquences de l'exercice d'une activité occulte

Il est fondamental que la définition de l'établissement stable repose sur des règles claires et précises, afin d'éviter qu'une société ait créé un établissement stable sans s'en rendre compte, ce qui peut constituer une **activité occulte** entraînant une majoration de 80 % (art. 1728, 1, c du CGI<sup>558</sup>).

La jurisprudence<sup>559</sup> a récemment précisé que, pour qu'une activité puisse être considérée comme occulte, l'administration doit démontrer que le contribuable n'a ni déposé dans le délai légal les déclarations qu'il était tenu de souscrire, ni fait connaître son activité à un centre de formalités des entreprises ou au greffe du tribunal de commerce<sup>560</sup> ; elle n'a pas en revanche à démontrer l'intention du contribuable de dissimuler cette activité. Pour autant, la pénalité n'est pas automatique : la société peut établir qu'elle a commis une erreur justifiant qu'elle ne se soit acquittée d'aucune de ces obligations déclaratives. Le Conseil d'Etat précise que, lorsque la société satisfait à l'ensemble de ses obligations fiscales dans un Etat autre que la France, cette justification doit être appréciée en tenant compte tant du niveau d'imposition dans cet autre Etat que des modalités d'échange d'informations entre les administrations fiscales des deux Etats : l'erreur du contribuable sera donc plus difficile à admettre si l'Etat tiers est un « paradis fiscal ».

### 2. Le rescrit « établissement stable »

Les sociétés étrangères peuvent s'assurer auprès de l'administration fiscale qu'elles ne peuvent être considérées comme disposant d'un établissement stable en France : c'est le rescrit « établissement stable »<sup>561</sup>. Le 6° de l'article L. 80 B du livre des procédures fiscales, issu de la loi du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004 (art. 19), prévoit que, **si l'administration n'a pas répondu à une telle demande dans un délai de trois mois, ce silence vaut décision favorable qui lui est opposable.**

L'article R. 80 B-9 du LPF précise les informations que doit comporter la demande de rescrit et dispose que, si l'administration demande des renseignements complémentaires, le délai de trois mois ne compte qu'à compter de la réception de ces compléments. L'article L. 80 B précise que cette garantie **ne bénéficie qu'aux contribuables de bonne foi**, ce qui implique que les informations fournies ne soient pas sciemment inexactes.

---

<sup>558</sup> Disposition introduite par la loi du 30 décembre 1999 de finances pour 2000 (art. 103).

<sup>559</sup> CE Plén. 7 décembre 2015, *min. c. Sté Frutas y Hortalizas Murcia SL*, n° 368227, RJF 2/16 n° 160, concl. F. Aladjidi p. 244, chr. N. Labrune, s'agissant d'une société espagnole exerçant son activité en France, à raison de laquelle elle avait payé l'impôt en Espagne en estimant qu'elle n'avait pas d'établissement stable en France, alors que l'administration française a établi qu'elle y détenait un établissement stable (et même son siège de direction effective et unique établissement).

<sup>560</sup> Ce sont les deux conditions à la caractérisation d'une activité occulte posées par la décision par laquelle le Conseil constitutionnel a jugé la disposition du c du 1 de l'article 1728 conforme à la Constitution : CC 99-424 DC du 29 décembre 1999, *LFI pour 2000*, RJF 2/00 n° 248, chr. J. Maia RJF 2/01 p. 99.

<sup>561</sup> Ce rescrit n'a pas de pendant, s'agissant de sociétés résident dans des pays non conventionnés, pour la notion d' « entreprise exploitée en France ».

Ce rescrit reste **extrêmement peu sollicité** : l'administration n'a reçu que 9 demandes en 2012, 8 en 2013 et 7 en 2014 (avec un taux de traitement dans les trois mois de 70 à 100 % selon les années), à comparer aux 6 000 à 6 500 demandes de rescrit reçues chaque année en matière d'IS au total<sup>562</sup>.

Les raisons de cette faible utilisation tiennent sans doute à la crainte des entreprises de se voir opposer une réponse négative, estimant qu'elles ont en France un établissement stable – réponse qu'elles ne peuvent aujourd'hui contester directement devant le juge, puisqu'elle est considérée comme n'étant pas détachable de la procédure d'imposition<sup>563</sup> (le contribuable peut seulement demander un nouvel examen de sa demande au collège de second examen créé en 2009<sup>564</sup>). Même en cas de réponse favorable, les entreprises craignent peut-être également sa remise en cause par l'administration, au motif que les informations contenues dans le dossier de demande n'étaient pas suffisamment précises et complètes, comme l'exige l'article R. 80 B-9 du LPF (ce qui revient à contester la bonne foi du contribuable).

### 3. Les accords préalables de prix de transfert

Dans l'objectif d'apporter plus de sécurité juridique aux entreprises, une procédure d'accord préalable sur les prix de transfert (APP) a été introduite, d'abord en 1999 par voie d'instruction administrative<sup>565</sup>, puis au 7° de l'article L. 80 B du LPF, issu de la loi du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004 (art. 20), qui prévoit que ces accords sont opposables à l'administration fiscale. L'accord porte, aux termes de l'art. L. 80 B, « sur la méthode de détermination des prix » intra-groupe, et non sur le niveau des prix eux-mêmes.

L'APP est en principe conclu directement entre l'administration fiscale et le contribuable (rescrit classique).

L'accord peut également être « bilatéral » : dans ce cas il est aussi conclu avec l'administration fiscale de l'Etat tiers dans lequel est implantée l'entreprise, dans le cadre des stipulations conventionnelles relatives aux procédures amiables (art. 25 § 3 du modèle de l'OCDE), selon lesquelles les Etats parties s'efforcent, par voie d'accord amiable de résoudre les difficultés auxquelles donne lieu l'application de la convention. Un tel accord suppose une procédure de négociation avec le pays tiers, qui est en pratique assez longue (les accords conclus en 2014 ont demandé un délai moyen de 37 mois). A la différence de l'APP unilatéral, la procédure amiable vise donc à résoudre une situation de double imposition, et non à la prévenir.

Enfin, l'accord peut parfois être « multilatéral », lorsqu'il engage au moins trois Etats différents.

En pratique, l'accord couvre généralement une durée de 5 ans. Il peut être renouvelé sur demande de l'entreprise. Les accords prévoient que celle-ci produit un rapport annuel permettant de s'assurer de la conformité des prix intra-groupe pratiqués avec la méthode convenue.

En 2014, l'administration a conclu 22 accords, très majoritairement bilatéraux ou multilatéraux (68 %). Les demandes d'APP unilatéraux correspondent soit à des cas simples,

---

<sup>562</sup> Données DGFIP.

<sup>563</sup> CE 26 mars 2008, *Association Pro Musica*, n° 278858, RJF 6/08 n° 719, concl. F. Sénors.

<sup>564</sup> Article L. 80 CB du LPF, créé par la loi du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 (art. 50) à la suite du rapport remis par le Président Olivier Fouquet en juin 2008 (« Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche », cf. proposition 14 bis). En pratique, ce collège s'écarte de la position initiale de l'administration dans 20 % des cas environ (tous rescrits confondus).

<sup>565</sup> Instruction du 17 septembre 1999.

notamment de PME, soit à des hypothèses où l'Etat tiers n'est pas lié avec la France par une convention, soit enfin où le nombre de pays concernés par les transactions est trop important.

Les administrations fiscales des pays de l'OCDE, de plus en plus présentes sur le contrôle des modalités de fixation des prix de transfert des grandes entreprises, connaissent depuis une dizaine d'années une hausse importante des demandes d'accord « bilatéral »<sup>566</sup> qui traduisent une augmentation des situations de doubles impositions. La situation de la France, détentrice, selon les statistiques de l'OCDE, du 3<sup>ème</sup> stock le plus important de ces procédures, reflète cette évolution, le nombre de demandes de procédures amiables étant en croissance constante.

Dans ce cadre général et sur la base de ce constat, l'administration fiscale française a revu son organisation. Une mission spécialisée dans les prix de transfert et dédiée à l'élimination des doubles impositions a été créée au sein de la DGFIP par arrêté du 13 mars 2013. Rattachée au chef du service juridique de la fiscalité, la « Mission d'expertise juridique et économique internationale » (MEJEI) a vocation à être l'interlocuteur unique des entreprises dans la gestion de leurs dossiers de procédures amiables et d'accords préalables « unilatéraux » en matière de prix de transfert, dans l'objectif d'accélérer le traitement et de réduire progressivement le nombre de dossiers en cours d'instruction.

Un effort particulier a été consenti afin de traiter les dossiers de procédure amiable les plus anciens et pour stabiliser le stock, qui s'est établi à environ 566 dossiers en cours fin 2015, alors qu'il augmentait de manière continue depuis 2006.

L'ambition de la DGFIP est de fluidifier le traitement des dossiers et de trouver plus rapidement des solutions avec les administrations partenaires. Cet objectif est d'ores et déjà atteint avec les autorités compétentes qui acceptent de mettre en œuvre loyalement les principes de fiscalité internationale pour la prévention (dans le cadre d'un APP unilatéral) et la résolution (dans le cadre d'une procédure amiable) des situations de double imposition et consentent les moyens humains suffisants pour répondre aux demandes de correction des situations de double taxation.

Par ailleurs, les administrations fiscales se sont pleinement emparées de cette problématique au sein du forum qui leur est consacré au sein de l'OCDE (*Forum on Tax Administration*) : elles travaillent à la réalisation d'outils permettant de mieux mesurer et évaluer les modalités de traitement des procédures amiables par les administrations fiscales et plus généralement à la mise en œuvre des conclusions de l'action 14 du programme BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) de l'OCDE relative au renforcement de l'efficacité des mécanismes de règlement des différends.

---

<sup>566</sup> 5 423 cas en 2014 contre 2 352 en 2006.

## Annexe IX – La compatibilité des règles anti-évasion avec les conventions internationales et le droit de l'Union

### ◆ S'agissant de l'article 209 B (bénéfices des sociétés étrangères contrôlées)

La compatibilité de l'article 209 B du CGI avec les conventions est analysée dans l'encadré 15 du rapport.

S'agissant du droit de l'Union, comme indiqué au point 4.3.3, la Cour de justice ne juge les règles SEC conformes à la liberté d'établissement qu'à condition qu'elles ne portent que sur les « montages purement artificiels ». C'est pourquoi, comme indiqué au point 3.5.2, la loi de finances pour 2005 a prévu que l'article 209 B n'est pas applicable lorsque l'entreprise ou l'entité est établie dans un Etat de l'UE et que l'exploitation de cette entreprise ou la détention de cette entité « ne peut être regardée comme constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation fiscale française ». D'ailleurs, le Conseil d'Etat a ensuite confirmé que l'article 209 B, dans sa rédaction antérieure, ne pouvait être appliqué au sein de l'UE, sans méconnaître la liberté d'établissement, que dans les hypothèses de montage purement artificiel<sup>567</sup>.

Lorsque la filiale est établie dans un Etat tiers à l'UE, l'article 209 B conserve son champ plus large : pour y échapper, l'entreprise doit prouver que les opérations de la filiale ont principalement (et non exclusivement) un objet autre que fiscal.

**On peut s'interroger sur la conformité de cette clause de sauvegarde hors UE avec la liberté de circulation des capitaux.** En effet, à la différence de la liberté d'établissement, son champ excède le territoire de l'Union : sont prohibées toutes les restrictions de capitaux, y compris avec les pays tiers. Or, la Cour de justice semble avoir transposé à cette liberté le raisonnement retenu dans l'arrêt *Cadbury Schweppes* : elle juge ainsi qu'une mesure nationale restreignant la liberté de circulation des capitaux ne peut être justifiée par des motifs de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales que lorsque son but spécifique est de faire obstacle à des comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique<sup>568</sup>.

Toutefois, *a priori* le fait que l'article 209 B ne soit applicable que lorsque l'entité étrangère est détenue à plus de 50 % par la société française fait obstacle à l'invocabilité de cette liberté : la Cour de justice retient que des dispositions nationales s'appliquant à la détention dans une société tierce d'une participation permettant d'exercer une influence directe sur les décisions de cette société ne relèvent que de la liberté d'établissement<sup>569</sup>. Au demeurant, les arrêts rendus à ce jour par la Cour sur la justification de restrictions à la liberté de circulation des capitaux par l'objectif de prévention de l'évasion fiscale portent tous sur des réglementations nationales qui apportaient une restriction dans les relations avec l'ensemble des Etats tiers à l'Union européenne, et non seulement avec un nombre restreint d'Etats et territoires à fiscalité privilégiée, comme le fait l'article 209 B. Enfin, la clause de sauvegarde hors UE est susceptible d'être couverte par la « clause de gel » prévue par l'article 64 du TFUE s'agissant des

---

<sup>567</sup> CE Plén. 4 juillet 2014, *Sté Bolloré*, n° 357264, RJF 10/14 n° 880, concl. M.-A. de Barmon p. 842, s'agissant de filiales établies au Luxembourg.

<sup>568</sup> CJCE 17 septembre 2009, *Glaxo Wellcome GmbH*, aff. 182/08, RJF 12/09 n° 1184, point 100 ; CJUE 10 février 2011, *Haribo Lakritzen*, aff. 436/08 et 437/08, RJF 3/11 n° 666, point 165 ; CJUE 3 octobre 2013, *Itelcar*, aff. 282/12, RJF 12/13 n° 1186 ; CJUE 7 novembre 2013, *K*, aff. 322/11, point 61 ; CJUE 13 novembre 2014, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 112/14.

<sup>569</sup> CJCE Gr. Ch. 12 décembre 2006, *Test Claimants*, aff. 446/04, RJF 6/07 n° 775.

restrictions existant le 31 décembre 1993 (sauf s'agissant des élargissements du champ de l'article 209 B, notamment la clause anti-fractionnement issue de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012).

◆ **S'agissant de l'article 155 A (rémunération des prestations de services à une société écran)**

Ni les conventions ni le droit de l'Union ne font obstacle à son application, au prix toutefois d'une interprétation neutralisante conforme aux libertés de circulation.

Comme indiqué au point 4.2.2, dès lors que la jurisprudence considère que cet article impose non pas les bénéfices de la société étrangère interposée, mais les sommes perçues par le prestataire de services réel, ce dernier ne peut pas invoquer la convention fiscale conclue avec l'Etat de résidence de la société interposée. C'est seulement dans l'hypothèse où la société prestataire réel des services est établie dans un autre Etat – l'article 155 A permettant l'imposition par la France des rémunérations de services qu'elle a rendus en France – qu'elle pourra invoquer une convention fiscale : celle conclue avec son Etat de résidence. En première analyse, à moins que l'activité soit assurée au travers d'un établissement stable en France<sup>570</sup>, la convention fait obstacle à l'application de l'article 155 A dans ce cas précis.

**En second lieu, si l'article 155 A du CGI a été jugé compatible avec la liberté d'établissement par le Conseil d'Etat, ce n'est qu'au prix d'une réserve d'interprétation :** il juge ainsi que cette disposition vise uniquement l'imposition des services rendus par une personne établie en France et ne trouvant aucune contrepartie réelle dans une intervention propre d'une personne établie hors de France, et qu'en l'absence d'une telle contrepartie permettant de regarder les services concernés comme rendus pour le compte de cette dernière personne, sa liberté de s'établir hors de France ne saurait être entravée du fait de ces dispositions<sup>571</sup>. Sa compatibilité avec la libre prestation de services a été également confirmée pour le même motif<sup>572</sup>. La jurisprudence introduit donc en quelque sorte une clause de sauvegarde, permettant au contribuable d'échapper à l'application de l'article 155 A lorsque la société interposée réalise une intervention propre (et donc, en substance, qu'il ne s'agit pas d'un montage purement artificiel).

◆ **S'agissant de l'article 57 (prix de transfert)**

Les conventions comme le droit de l'Union permettent son application.

S'agissant des conventions, le modèle OCDE comporte un **article 9 dédié aux « entreprises associées »**. Il vise précisément à permettre la réintégration des prix de transfert : selon cet article, lorsque deux entreprises des deux Etats parties sont liées<sup>573</sup>, les Etats conservent le droit d'imposer les bénéfices qui auraient pu être réalisés par l'une d'entre elles mais n'ont pu l'être à cause des conditions convenues ou imposées dans leurs relations commerciales, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes. Le Conseil

---

<sup>570</sup> CAA Paris 9 avril 2002, *Deiss*, n° 97-1288, RJF 11/02 n° 1200, concl. D. Kimmerlin BDCF 11/02 n° 131.

<sup>571</sup> CE 20 mars 2013, *Piazza*, n° 346642, RJF 6/13 n° 578, concl. F. Aladjidi BDCF 6/3 n° 63.

<sup>572</sup> CE 4 décembre 2013, *Edmilson Gomes de Moares*, n° 348136, RJF 3/14 n° 210, concl. V. Daumas BDCF 3/14 n° 26.

<sup>573</sup> Le modèle OCDE définit largement cette condition : la première entreprise doit « *participer directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital* » de l'autre, ou alors une même personne doit participer directement ou non à la direction, au contrôle ou au capital des deux (cas des sociétés sœurs).



d'Etat a récemment jugé que ces stipulations permettent l'application de l'article 57 du CGI y compris lorsque le lien entre les deux entreprises n'est qu'un lien de dépendance de fait<sup>574</sup>.

Par ailleurs, il faut rappeler que les modalités de calcul du bénéfice imputable à un établissement stable retenues par l'article 7 § 2 du modèle répondent au principe de pleine concurrence : c'est le bénéfice qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise indépendante.

Enfin, s'agissant plus précisément des redevances, l'article 12 du modèle comporte une clause anti-abus (§ 4) selon laquelle, lorsque leur montant excède celui qui serait convenu en l'absence de « relations spéciales » entre le débiteur et le bénéficiaire, la partie excédentaire reste imposable selon la législation propre à chaque Etat.

La jurisprudence en a déduit que les conventions fiscales ne s'opposent pas à l'application de l'article 57 du CGI<sup>575</sup>. Comme l'indique Philippe Martin dans ses conclusions sous une décision *SA Sovemarco-Europe*, le champ d'application des articles conventionnels inspirés de l'article 9 du modèle OCDE et celui de l'article 57 du CGI semblent identiques.

Il a aussi été jugé, par la décision *SA Sovemarco-Europe*, que l'application de l'acte anormal de gestion (qui peut seul être appliqué lorsque le prix anormal est pratiqué entre entreprises non dépendantes) ne méconnaît pas les conventions<sup>576</sup> : si l'article 9 du modèle OCDE permet le redressement des prix de transfert entre entreprises associées, il n'interdit pas pour autant leur redressement entre entreprises indépendantes (en dehors du champ d'application de la convention, le droit interne s'applique librement).

Les conventions ne font pas davantage à l'application de l'article 57 aux bénéfices transférés par la succursale française d'une société étrangère<sup>577</sup>.

S'agissant du droit de l'Union, la Cour de justice a jugé que la liberté d'établissement ne s'opposait pas à une réglementation belge analogue à l'article 57 du CGI, selon laquelle un avantage anormal est imposé dans le chef de la société résidente lorsqu'il a été consenti à une société établie dans un autre Etat-membre, à l'égard de laquelle cette première société se trouve dans des liens de dépendance, tandis qu'une société résidente ne saurait être imposée sur un tel avantage lorsque celui-ci a été consenti à une société résidente, à l'égard de laquelle cette première société se trouve dans de tels liens<sup>578</sup>. La Cour estime que cette restriction à la liberté d'établissement, même justifiée par un objectif de lutte contre l'évasion, n'est proportionnée qu'à la condition que le contribuable soit mis en mesure, sans être soumis à des contraintes administratives excessives, de produire des éléments concernant les éventuelles raisons commerciales pour lesquelles cette transaction a été conclue et que la réintégration se limite à la part du prix qui n'aurait pas été convenue dans un rapport de pleine concurrence<sup>579</sup> ; c'est bien ce que permet l'article 57 qui n'institue qu'une présomption réfragable et exige

---

<sup>574</sup> CE 15 avril 2016, *Sté LSVD*, n° 372097, concl. E. Bokdam.

<sup>575</sup> CE 3 mars 1989, *Lainière de Picardie*, n° 77581, RJF 5/89 n° 538, chr. J. Turot p. 263, s'agissant de la convention franco-brésilienne ; CE 17 février 1992, *Carrefour*, n° 81690, RJF 4/92 n° 433, concl. Ph. Martin p. 267, s'agissant des conventions franco-belge, franco-italienne et franco-espagnole ; CE 18 mars 1994, *SA Sovemarco-Europe*, n° 68799, RJF 5/94 n° 532, concl. Ph. Martin p. 290, s'agissant de la convention franco-suisse.

<sup>576</sup> CE 18 mars 1994, *SA Sovemarco-Europe*, n° 68799, RJF 5/94 n° 532, cf. les développements consacrés par Ph. Martin à cette question dans ses conclusions p. 290.

<sup>577</sup> CE 9 novembre 2015, *Sté Sodirep Textiles SA-NV*, n° 370974, RJF 2/16 n° 121, concl. M.-A. de Barmon p. 226, pour l'application de la convention franco-belge.

<sup>578</sup> CJUE 21 janvier 2011, *Sté de gestion industrielle*, aff. 311/08, RJF 4/10 n° 446.

<sup>579</sup> Même arrêt, points 71 et 72.

l'existence d'un avantage consenti à l'autre entreprise (cf. point 3.1). La conformité de l'article 57 avec les libertés de circulation a par conséquent été reconnue par le Conseil d'Etat<sup>580</sup>.

◆ **S'agissant de l'article 238 A (présomption d'anormalité des versements aux paradis fiscaux)**

Les conventions fiscales ne font pas obstacle à l'application de l'article 238 A, mais sa compatibilité avec le droit de l'Union reste à confirmer.

La réintégration de certains paiements anormaux dans des paradis fiscaux prévue par cet article s'applique y compris en l'absence de liens de dépendance. Le raisonnement suivi par la décision *Sovermarco-Europe* semble pouvoir être transposé : l'article 9 du modèle OCDE, relatif aux relations entre entreprises associées, ne fait pas obstacle à la réintégration de paiements anormaux entre entreprises non liées. Aucune autre stipulation ne semble s'opposer à l'application de cet article, dont la logique est au contraire conforme au principe de pleine concurrence.

S'agissant du droit de l'Union, la CJUE a jugé contraire à la libre prestation de services un règlementation belge analogue à cet article, en vertu de laquelle les rémunérations de services versées par un résident à une société non résidente ne sont pas considérées comme déductibles lorsque cette dernière est soumise, dans l'Etat-membre où elle est établie, pour les revenus concernés, à un régime de taxation notablement plus avantageux que celui dont relèvent ces revenus en Belgique, à moins que le contribuable ne prouve que ces rémunérations correspondent à des opérations réelles et sincères et qu'elles ne dépassent pas les limites normales<sup>581</sup>. La transposition de ce précédent à l'article 238 A n'est toutefois pas évidente, car l'invalidation décidée par la Cour était fondée sur ce que la restriction à la libre prestation de services était en l'espèce disproportionnée dès lors que, d'une part, cette mesure pouvait être appliquée en l'absence de tout critère objectif et vérifiable par des tiers et pouvant servir d'indice de l'existence d'un montage purement artificiel, et sans que l'administration soit tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve de fraude ou d'évasion fiscales. La Cour relève aussi, d'autre part, que le champ d'application de la mesure restait incertain car lié à la notion de « régime de taxation notablement plus avantageux ». Or, en droit fiscal français, la notion d'Etat ou territoire à régime fiscal privilégié est précisément définie, et il incombe à l'administration de prouver que ce critère est rempli. Il n'est pour autant pas certain que cela suffise à considérer la restriction comme proportionnée<sup>582</sup>.

◆ **S'agissant de la réintégration d'intérêts versés à l'étranger**

Si le droit de l'Union ne fait pas obstacle à l'application de l'article 212, c'est moins sûr concernant les conventions fiscales.

S'agissant du droit de l'Union, la CJUE juge que les intérêts versés à une société liée d'un autre Etat-membre doivent, sauf à méconnaître la liberté d'établissement, être déductibles s'ils le sont en cas de versement à une société liée du même Etat, sauf si la non-déductibilité est fondée sur des éléments objectifs et vérifiables permettant d'identifier un montage purement artificiel<sup>583</sup>. Comme indiqué au point 3.3, l'article 212 a été réformé par la loi du 30 décembre

---

<sup>580</sup> CE 9 novembre 2015, *Sté Sodirep Textiles SA-NV*, n° 370974, RJF 2/16 n° 121, concl. M.-A. de Barmon p. 226.

<sup>581</sup> CJUE 5 juillet 2012, *Sté d'investissement pour l'agriculture tropicale*, aff. 318/10, RJF 11/12 n° 1084.

<sup>582</sup> Cf., dans le sens de la compatibilité, CAA Lyon 7 mai 2008, *SARL Production métallurgique de Bourgogne*, n° 05-646, RJF 12/08 n° 1304, rendu avant l'arrêt de la CJUE du 5 juillet 2012.

<sup>583</sup> CJCE Gr. Ch. 13 mars 2007, *Test Claimants*, aff. 524/04, RJF 6/07 n° 775. Cf. aussi CJCE 12 décembre 2002, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, aff. 324/00, RJF 3/03 n° 391, chr. L. Olléon p. 191, concl. J. Mischo BDCF 3/03 n° 43.

2005 de finances pour 2006 (art. 113) ; il s'applique aujourd'hui indifféremment aux intérêts versés à toute entreprise liée, sans qu'une distinction, même indirecte, soit faite selon son siège.

En revanche, la question de la compatibilité de l'article 212 *bis* avec les libertés de circulation reste ouverte dès lors que la limitation de la déductibilité des intérêts qu'il prévoit ne s'applique pas aux entreprises membres d'un groupe fiscalement intégré, lesquelles, en application de l'article 223 A du CGI, doivent être soumises à l'IS (cf. point 4.3.4).

Les conventions fiscales, suivant le modèle OCDE, prévoient, à l'article 11 sur les intérêts, une clause anti-abus (art. 11 § 6) selon laquelle, si, en présence de relations spéciales entre le débiteur et le bénéficiaire effectif des intérêts<sup>584</sup>, leur montant excède celui qui serait convenu en l'absence de ces relations, la partie excédentaire reste imposable selon la législation de chaque Etat. La déductibilité des intérêts excédentaires peut aussi être refusée sur le fondement de l'article 9 sur les entreprises associées.

Ces stipulations permettent donc *a priori* l'application des dispositions qui, à l'instar de l'article 39, 1, 3° ou du I de l'article 212, refusent la déductibilité entre entreprises liées de la part des intérêts excédant un taux de référence considéré comme normal.

S'agissant du plafonnement du montant global des intérêts prévus par le II de l'article 212 (dispositif de lutte contre la sous-capitalisation), on a vu (point 3.3) que cette disposition a été modifiée par la loi de finances pour 2006 précisément dans l'objectif de la rendre compatible avec les conventions fiscales. La nouvelle disposition s'applique aux rapports entre toutes entreprises liées et n'est donc plus discriminatoire. Toutefois, alors que ce plafonnement global du montant des intérêts versés peut conduire à la double imposition des intérêts réintégrés, la question demeure de savoir si cette disposition est compatible avec la clause anti-abus de l'article 11 § 6 du modèle OCDE (cette question n'ayant pas été soumise à la jurisprudence). En tout état de cause, certaines conventions comportent une clause réservant expressément à la France la possibilité d'appliquer l'article 212, qui figure le plus souvent dans l'article de non-discrimination<sup>585</sup> et parfois dans un protocole annexé à la convention<sup>586</sup>.

Enfin, la question de la compatibilité avec les conventions des deux limitations introduites récemment au IX de l'article 209 (« amendement Carrez ») et à l'article 212 *bis* du CGI (cf. point 3.3.3) n'a pas encore été soumise au Conseil d'Etat. S'agissant de cette seconde disposition, même si elle est applicable y compris entre entreprises non liées, la compatibilité avec les conventions ne semble *a priori* pas poser problème dès lors que, suivant le raisonnement emprunté par la décision *Sovemarco-Europe*, les clauses anti-abus relatives aux entreprises associées ne doivent pas être interprétées comme faisant obstacle à l'application de dispositions internes anti-abus entre entreprises non liées. La question d'une discrimination résultant de l'inapplicabilité du dispositif aux sociétés membres d'un groupe fiscalement intégrées, qui, en application de l'article 223 A du CGI, ne peuvent être que des sociétés soumises à l'IS donc françaises, pourrait toutefois se poser (cf. point 4.3.4).

#### ◆ S'agissant de l'article 238 *bis*-0 I

La question de la compatibilité de cet article, qui est d'application rare en pratique, avec les conventions fiscales ne s'est pas encore posée en jurisprudence. En première analyse, cette disposition, dès lors qu'elle prévoit que l'entreprise soumise à l'IS « comprend dans son résultat

---

<sup>584</sup> Ou de relations spéciales entretenues par l'un et l'autre avec de tierces personnes (cas notamment des sociétés sœurs).

<sup>585</sup> Cf., par exemple, l'article 25 § 3 b) de la convention franco-américaine du 31 août 1994 (voir CAA 25 juin 2015, *SAS Thermo Electron Holding*, n° 13NT02119, RJF 11/15 n° 891, concl. K. Wunderlich au BDCF), ou l'article 24 § 5 de la convention franco-zimbabwéenne du 10 mars 1997.

<sup>586</sup> Cf. par exemple le point 10 du protocole à la convention conclue avec le Kazakhstan le 3 février 1998, ou le point 9 du protocole à la convention franco-ukrainienne du 31 janvier 1997.

*imposable les résultats qui proviennent de la gestion ou de la disposition* » des actifs transférés à l'étranger, doit être confrontée avec l'article conventionnel relatif aux bénéficiaires. Comme dans l'affaire *Schneider Electric*, c'est la qualification de bénéficiaire de l'entité juridique étrangère qui est retenue par la loi. Il en résulte qu'en l'absence d'établissement stable français auquel ces bénéficiaires seraient imputables, la convention fiscale ne permet *a priori* pas d'appliquer cet article.

## Annexe X – Retenues à la source et libertés de circulation

Dans un important arrêt *Denkavit* rendu en 2006<sup>587</sup>, la Cour de Luxembourg a jugé que la France ne pouvait, sans méconnaître la liberté d'établissement, prélever une retenue à la source sur les dividendes perçus par une société mère non-résidente lorsque ces dividendes seraient exonérés d'impôt s'ils étaient perçus par une société résidente (en application du régime mère-fille interne prévu aux articles 145 et 216 du CGI) et que la société mère ne peut pas imputer cette retenue dans son Etat de résidence (soit que la convention applicable ne le permette pas, soit même, comme en l'espèce, que les dividendes en cause soient exonérés dans l'Etat de la société mère). Il en résulte qu'il n'est pas possible d'appliquer un seuil de détention différent pour la qualification de société mère aux sociétés françaises et à celles d'autres Etats-membres (sauf lorsque la société mère a la possibilité d'imputer la retenue sur l'impôt qu'elle acquitte dans son Etat de résidence). Or, lorsque la société mère est établie en France, l'article 145 du CGI prévoit que le régime mère-fille s'applique dès lors qu'elle détient 5 % du capital de la filiale, contre 10 % dans la directive.

Afin de tirer les conséquences de cet arrêt, une instruction fiscale du 10 mai 2007<sup>588</sup>, codifiée à l'article 119 *ter* par la loi du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015 (art. 29), a donc **abaissé le seuil de détention à 5 %** lorsque la société mère ne peut pas imputer la retenue à la source dans son Etat de résidence sur l'impôt qu'elle acquitte sur les dividendes perçus.

**En revanche, lorsque la société non-résidente recevant les dividendes détient une participation inférieure à 5 % dans la société française distributrice, la perception de la retenue à la source n'est pas discriminatoire** puisque ces dividendes seraient aussi soumis à l'IS si la société bénéficiaire était résidente (car hors du champ du régime mère-fille interne). Ceci vaut y compris lorsque l'autre Etat ne compense pas la charge fiscale supportée en France du fait de la retenue à la source : on retombe ici dans le principe de compétence des Etats membres en matière de fiscalité directe (le désavantage subi par la société non-résidente ne découle pas d'une discrimination, mais seulement de l'exercice parallèle par deux Etats-membres de leur compétence fiscale)<sup>589</sup>.

La circonstance que la société étrangère soit déficitaire est également sans incidence, même si une société française déficitaire percevant des dividendes n'acquitterait pas d'IS à raison de ceux-ci : le Conseil d'Etat juge en effet qu'une société française déficitaire et une société étrangère déficitaire ne sont pas dans une situation objectivement comparable, car le caractère négatif d'un résultat fiscal dépend de la législation fiscale propre à chaque Etat ; de plus, une société française déficitaire n'échapperait pas réellement à l'IS sur ces dividendes puisqu'ils viennent minorer son déficit reportable (la soumission à l'IS n'est donc que reportée), et le Conseil d'Etat relève, dans la lignée de l'arrêt *Truck Center*, qu'il est loisible à un Etat-membre

---

<sup>587</sup> CJCE 14 décembre 2006, *Sté Denkavit International BV et SARL Denkavit France*, aff. 170/05, RJF 3/07 n° 374, concl. L. A. Geelhøed BDCF 3/07 n° 39. Cf. aussi CJCE 8 novembre 2007, *Amurta SGPS*, aff. 379/05, RJF 2/08 n° 247 ; CJCE 18 juin 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, aff. 303/07, RJF 10/09 n° 898.

<sup>588</sup> Instruction référencée 4 C-7-07 du 10 mai 2007.

<sup>589</sup> CE Plén. 9 mai 2012, *Sté GBL Energy*, n° 342221 et 342222, RJF 7/12 n° 774, chr. E. Bokdam p. 587, concl. L. Olléon BDCF 7/12 n° 92, s'agissant de dividendes perçus par une holding luxembourgeoise détenant moins de 5 % du capital de la société française distributrice (Total). Ce raisonnement a été transposé à la retenue à la source sur les intérêts de l'article 125 A, III par une décision CE 4 juin 2012, *Sté Aggreko France*, n° 330075, RJF 10/12 n° 916, concl. D. Hedary BDCF 10/12 n° 114.

de prévoir des techniques de perception de l'impôt différentes entre résidents et non-résidents, même lorsqu'elles induisent un décalage de trésorerie<sup>590</sup>.

Est aussi discriminatoire l'application d'une retenue à la source sur des revenus perçus par un **organisme sans but lucratif étranger** alors que, s'il avait été établi en France, il aurait été exonéré d'impôt sur ces revenus<sup>591</sup>. Ainsi, a été jugée contraire à la liberté de circulation des capitaux, la retenue à la source sur des dividendes perçus par des fonds de pension étrangers lorsqu'ils ne poursuivent pas de but lucratif, dès lors que l'article 206 du CGI prévoit l'exonération des dividendes perçus par les caisses de retraite sans but lucratif<sup>592</sup>. Le Conseil d'Etat a précisé que ces organismes sont regardés comme sans but lucratif lorsque leur gestion présente un caractère désintéressé et que les services qu'ils rendent ne sont pas offerts en concurrence<sup>593</sup>. Afin de rétablir l'égalité de traitement, la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 (art. 34) a soumis les dividendes versés aux OSBL résidents et non-résidents à une retenue à la source de 15 % (art. 219 *bis* du CGI).

De même, la retenue à la source ne peut être prélevée sur des dividendes de source française perçus par des **OPCVM résidents dans un autre Etat-membre**, alors que ces dividendes sont exonérés d'impôt lorsqu'ils sont perçus par des OPCVM établis en France<sup>594</sup>.

**Enfin, sans aller jusqu'à écarter l'application de la retenue, les libertés de circulation peuvent conduire à réduire son montant lorsque la personne non-résidente, si elle avait été établie en France, aurait été soumise à un impôt moins élevé.**

C'est la raison pour laquelle la loi du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 (art. 22) a réduit le taux de la retenue à la source sur les profits immobiliers prévue à l'article 244 *bis* du CGI, de 50 % à 33,33 %, afin de l'aligner sur le taux de droit commun de l'IS, qui

---

<sup>590</sup> Même arrêt. La CJUE a certes, dans un arrêt *Miljoen, X et Société Générale* du 17 septembre 2015 (aff. 10/14, 14/14 et 17/14, RJF 12/15 n° 1077), refusé de transposer le courant jurisprudentiel *Truck Center* et invalidé une législation des Pays-Bas au motif que la Société Générale, établie en France, n'avait pas pu imputer la retenue à la source à laquelle avaient été soumis les dividendes de source néerlandaise qu'elle avait perçus sur l'IS dont elle était redevable en France durant un exercice où elle avait subi des pertes. Mais, comme l'a jugé une décision CE 25 novembre 2015, *Sté Kermadec*, n° 373128, RJF 2/16 n° 139, concl. E. Cortot-Boucher C139, cet arrêt ne remet pas en cause la décision *GBL Energy* car si la Cour est ainsi entrée dans une comparaison précise entre les charges fiscales supportées par les non-résidents et les résidents, c'est seulement parce que le régime fiscal auxquels ils étaient soumis était en l'espèce uniforme. Or, la retenue à la source de l'article 119 constitue un fondement juridique différent de l'IS, et il n'est pas démontré qu'il serait systématiquement plus avantageux d'être dans la situation où se trouvent les résidents soumis à l'IS, eu égard, notamment à la différence entre le taux de celui-ci, de 33 %, et celui de la retenue à la source appliquée aux non-résidents, souvent plafonné à 15 %.

<sup>591</sup> CJCE 14 septembre 2006, *Centro di musicologia Walter Stauffer*, aff. 386/04, RJF 12/06 n° 1645, s'agissant de revenus locatifs perçus par une fondation étrangère reconnue d'intérêt général.

<sup>592</sup> CE 13 février 2009, *Stichting Unilever Pensionfonds progress et autres*, n° 298108, RJF 5/09 n° 525, concl. E. Geffray BDCF 5/09 n° 66.

<sup>593</sup> CE 30 décembre 2014, *min. c. VZB*, n° 361842, RJF 3/15 n° 284, concl. F. Aladjidi BDCF 3/15 n° 38 ; CE 22 mai 2015, *min. c. Wellcome Trust*, n° 369819, RJF 8-9/15 n° 684, concl. F. Aladjidi BDCF 8-9/15 n° 101 qui précise que, même si la gestion doit en principe être bénévole, une rémunération est possible si les statuts de l'organisme assurent son adéquation aux sujétions imposées aux dirigeants (ce qui permet, en l'espèce, d'admettre le caractère désintéressé de la gestion alors même que l'indemnité perçue par les dirigeants était très élevée) ; CE 9 novembre 2015, *Sté Santander Pensiones SA EGFP*, n° 371132, RJF 2/16 n° 138, concl. M.-A. de Barmon p. 253.

<sup>594</sup> CJUE 10 mai 2012, *Santander Asset Management SGIIC SA et autres*, aff. 338/11 à 347/11, RJF 7/12 n° 775, statuant sur une question préjudicielle posée à la suite d'un avis contentieux CE 23 mai 2011, n° 344678 à 344687, RJF 8-9/11 n° 1009, concl. P. Collin BDCF 8-9/11 n° 104. C'est à la suite de cet arrêt de la CJUE qu'a été créée, pour combler le manque à gagner pour les finances publiques, la contribution de 3 % sur les bénéfices distribués (cf. encadré 2).

s'applique aux profits de même nature réalisés par des résidents. Le législateur a même, alors qu'il n'y était *a priori* pas tenu, étendu l'abaissement du taux aux personnes établies dans un Etat tiers à l'UE, à l'exception des ETNC (pour lesquels le taux est de 75 %).

De même, s'agissant de la retenue sur les plus-values immobilières réalisées à titre occasionnel, cette même loi a complété le III de l'article 244 *bis* A du CGI pour prévoir que le prélèvement dû par les résidents d'un Etat-membre de l'UE est déterminé selon les règles d'assiette et de taux prévues en matière d'IS dans les mêmes conditions que pour les résidents (c'est-à-dire notamment au taux de 19 % au lieu de 33,33 %).

La réduction du montant de la retenue peut aussi résulter de la prise en compte dans l'assiette de la retenue du montant net des revenus en cause au lieu de leur montant brut, lorsque c'est sur les revenus nets que sont imposés les résidents. Ainsi, la Cour juge contraire à la libre prestation de services une retenue à la source sur des prestations de services qui ne permet pas l'imputation des frais exposés par le prestataire non-résident alors qu'en règle générale, pour l'imposition des résidents, ces frais sont pris en compte<sup>595</sup>. La retenue prévue à l'article 182 B n'est pas pour autant nécessairement incompatible avec cette liberté, même si elle s'applique au montant brut des sommes en cause, puisqu'elle n'est pas libératoire de l'IS (cf. point 1.4.3) : la société non-résidente a donc *a priori* la possibilité, par voie de réclamation, de demander la restitution du trop versé si la prise en compte de ses frais conduit à un montant d'IS inférieur au montant retenu. Il faut toutefois noter que, dans un arrêt de Grande Chambre rendu en 2006, la Cour a jugé que « *le fait de devoir engager, même lorsque le prestataire de services non-résident a informé le débiteur de sa rémunération du montant de ses frais professionnels directement liés à ses activités, une procédure de remboursement a posteriori desdits frais est susceptible de gêner la fourniture de prestations de services* »<sup>596</sup>. L'arrêt ne se prononce toutefois pas sur les éventuelles exigences d'intérêt général qui seraient susceptibles de justifier cette restriction à la libre prestation de services : en l'absence de justification avancée par l'Allemagne en l'espèce, elle invalide sa législation qui excluait que le destinataire des services déduise, lorsqu'il procède à la retenue à la source, les frais professionnels que le prestataire lui a communiqués. Il semblerait donc prudent de prévoir la possibilité, pour le débiteur de la retenue, de prendre en compte dès le versement de celle-ci les frais professionnels que le prestataire lui a le cas échéant déclarés.

---

<sup>595</sup> CJCE 12 juin 2003, *Arnoud Gerritse*, aff. 234/01, RJF 10/03 n° 1189.

<sup>596</sup> CJCE Gr. Ch. 3 octobre 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH*, aff. 290/04, RJF 1/07 n° 115, point 47.

## Annexe XI – Analyse de la directive anti-évasion fiscale adoptée en juin 2016

La directive, proposée par la Commission européenne le 28 janvier 2016 et adoptée par le Conseil le 17 juin, comporte **cinq règles** anti-évasion<sup>597</sup>. Elle doit être transposée d'ici le 31 décembre 2018. Cette annexe analyse les enjeux qu'elle soulève en termes d'articulation avec les règles anti-abus existant dans le droit fiscal français.

### ◆ **Déductibilité des intérêts**

Dans le sillage de l'action 4 du plan BEPS, la directive (art. 4) prévoit que les charges d'intérêts nettes ne soient déductibles qu'à concurrence d'un *ratio* fixe déterminé sur la base du bénéfice brut d'exploitation du contribuable. Certains Etats membres ne prévoient pas de règle de ce type dans leur législation, comme le Luxembourg, l'Irlande ou les Pays-Bas où elle a été abrogée en 2012.

Plus précisément, cette mesure, qui s'inspire de la règle allemande du *Zinsschranke*<sup>598</sup>, prévoit que les « coûts d'emprunt » soient toujours déductibles à hauteur des intérêts ou autres revenus imposables provenant d'actifs financiers perçus par le contribuable, mais que les « surcoûts d'emprunt » ne soient déductibles qu'à hauteur de 30 % de l'EBITDA. Par dérogation, le contribuable peut se voir autoriser à déduire les intérêts à hauteur de 3 millions d'euros. Les intérêts non déduits pourraient être reportés sur l'EBITDA des exercices fiscaux précédents (dans la limite de 3 ans) ou suivants. Les Etats-membres peuvent exclure les entreprises financières de cette nouvelle règle. Enfin, ils peuvent prévoir que la règle ne s'applique qu'aux emprunts contractés à partir du 17 juin 2016.

La directive prévoit en outre une clause de sauvegarde selon laquelle l'entreprise pourrait échapper à son application si elle démontre que le *ratio* entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au *ratio* équivalent du groupe.

Alors que la proposition initiale de la Commission prévoyait que cette règle s'applique aux intérêts versés à toute entreprise, et non seulement à ceux versés à une entreprise liée (à la différence de la règle de sous-capitalisation prévue au II de l'article 212 du CGI), le texte adopté par le Conseil dispose que le contribuable peut se voir autoriser à déduire l'intégralité des intérêts s'il est une « entité autonome », c'est-à-dire s'il ne fait pas partie d'un groupe consolidé et n'a pas d'entreprise associée ou d'établissement stable. Pour les sociétés faisant partie d'un groupe consolidé, le *ratio* de groupe peut être calculé en ajoutant les intérêts versés à des tiers (formule prévue par le b du 5 de l'article 4).

Comme indiqué au point 5.1.2, cette disposition pourrait conduire à une simplification des règles françaises de déductibilité des intérêts, en remplaçant à la fois l'article 212, II et l'article 212 *bis* par cette nouvelle mesure.

### ◆ **Règle relative aux sociétés étrangères contrôlées (SEC)**

Mettant en œuvre l'action 3 du plan BEPS, la directive (art. 7 et 8) comprend une disposition proche de notre article 209 B, tout en s'en éloignant sur quelques points. Cette initiative doit

---

<sup>597</sup> Il n'est pas évident que les Etats membres soient tenus d'appliquer ces règles aux opérations purement internes puisque l'article 115 du TFUE, qui constitue la base légale de la directive, donne seulement compétence à l'Union pour arrêter des directives pour le rapprochement des dispositions nationales « *qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur* ».

<sup>598</sup> A la différence toutefois que la règle allemande ne s'applique qu'à partir d'un plancher d'intérêts déductibles de 3 M€, contre 1 M€ dans la proposition de la Commission, ce qui englobe des entreprises de taille moyenne.



être saluée dès lors que certains Etats-membres de l'UE ont toujours refusé l'insertion dans leur législation d'une règle SEC : c'est notamment le cas des Etats du Benelux et de l'Irlande (cf. point 1.3.1 : seuls 9 Etats-membres appliquent une règle SEC).

Cette disposition intègre dans la base d'imposition des entreprises les revenus non distribués des entités qu'elles détiennent, directement ou indirectement, seules ou conjointement avec des entreprises associées, à plus de 50 %. En outre, l'entité doit être établie dans un pays où ses bénéficiaires sont soumis à un impôt inférieur à la différence entre l'IS qui aurait été prélevé dans l'Etat-membre et l'impôt effectif qu'elle a payé (ce seuil diffère du projet de la Commission, qui proposait de retenir à un taux d'imposition effectif inférieur à 40 % du taux qui aurait été appliqué dans l'Etat-membre en cause).

A la différence de l'article 209 B toutefois, la réintégration ne porte en principe pas sur tous les bénéficiaires de l'entité contrôlée, mais seulement sur ceux relevant de catégories limitativement énumérées (revenus provenant d'actifs financiers, redevances, dividendes et produits de cession de parts notamment ; l'intégration des rémunérations de prestations de services proposée par la Commission n'a pas été retenue). La règle correspond donc à la logique OCDE et non à la logique française qui réintègre l'ensemble des revenus de l'entité contrôlée<sup>599</sup>.

Néanmoins, le texte a été enrichi par une règle alternative, que ne prévoyait pas la proposition de la Commission, proche de la logique française : l'Etat-membre peut choisir d'imposer tous les revenus de l'entité contrôlée « *provenant de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal* ». On retrouve ainsi également la clause de sauvegarde du droit français : la règle SEC ne s'applique pas si l'objectif n'est pas fiscal. A noter toutefois que le terme « essentiellement » diffère de la formulation de la clause de sauvegarde de l'article 209 B à la fois intra-UE et vis-à-vis des Etats tiers (cette dernière se référant au motif principalement fiscal). Cette formulation peut toutefois être interprétée comme se référant aux critères retenus par la CJUE dans sa jurisprudence *Cadbury Schweppes*.

Lorsque l'Etat-membre ne retient pas cette logique alternative, une clause de sauvegarde s'applique également : la règle ne s'applique pas lorsque la SEC « *exerce une activité économique importante soutenue par du personnel, des équipements, des biens et des locaux, attestée par des faits et des circonstances pertinents* ». Les Etats-membres ont néanmoins la possibilité de ne pas appliquer cette clause de sauvegarde s'agissant des pays tiers.

Le texte a donc été amélioré par rapport à la proposition initiale de la Commission, qui ne prévoyait pas de clause de sauvegarde pour les entités établies en dehors de l'UE, ce qui posait un problème de constitutionnalité au regard de la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel sur les présomptions irréfragables (cf. point 4.4), même si, s'agissant d'une disposition résultant directement d'une directive, le Conseil constitutionnel ne contrôle sa conformité à la Constitution qu'en cas d'atteinte à un « *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »<sup>600</sup>, si bien que cette inconstitutionnalité n'aurait *a priori* pas été sanctionnée<sup>601</sup>.

Il faut noter que, pas plus que la clause de sauvegarde intra-UE de l'article 209 B, celle de la directive ne prend parti sur la charge de la preuve.

---

<sup>599</sup> A noter que la proposition de la Commission reposait sur une logique intermédiaire : l'inclusion de tous les revenus de certaines entités contrôlées (celles dont les revenus relèvent majoritairement des catégories énumérées).

<sup>600</sup> Cf. CC 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Droit d'auteur et droits voisins* et, en dernier lieu en matière fiscale, CC 2015-726 DC du 29 décembre 2015, *LFR pour 2015*, RJF 3/16 n° 274.

<sup>601</sup> Sauf à considérer que la directive ne contraint les Etats-membres à appliquer les règles qu'elle prévoit qu'aux situations transnationales ; s'agissant des situations internes, c'est le législateur national qui le cas échéant choisirait sans y être contraint d'étendre l'application de la règle européenne.

Enfin, pour éviter que les conventions fiscales fassent obstacle à l'application de cette nouvelle règle SEC, il semble prudent, lors de la transposition de la directive, de reprendre la nouvelle rédaction de l'article 209 B issue de la loi de finances pour 2005, en prévoyant que les bénéficiaires de l'entité étrangère sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de l'entité établie en France.

#### ◆ **Clause anti-abus générale**

Pour compléter les clauses anti-abus spécifiques figurant dans les directives mère-fille et intérêts et redevances, la directive (art. 6) impose aux Etats -membres d'adopter une clause générale, aux termes de laquelle « *les États membres ne prennent pas en compte les montages ou les séries de montages qui, ayant été mis en place dans le but d'obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents* ». Un montage est considéré comme non authentique lorsqu'il « *n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique* ».

Cette clause diffère dans sa rédaction de l'abus de droit français puisque, outre la référence à la méconnaissance de l'« objet » et non seulement de la « finalité » des dispositions fiscales, elle concerne les montages dont le but est non pas « exclusivement » fiscal, mais « principalement fiscal », voire dont l'un des buts principaux est fiscal. A cet égard, le texte adopté par le Conseil va plus loin que la proposition de la Commission, qui mentionnait un objectif « essentiellement » fiscal.

La question de la constitutionnalité de cette clause ne se pose pas puisque le Conseil constitutionnel se refuse de manière constante à contrôler les dispositions législatives qui se bornent à transposer une directive. En tout état de cause, en l'absence de sanction *ad hoc* prévue par ce texte, la solution qu'il a retenue dans sa décision de fin 2015 sur la nouvelle clause anti-abus mère-fille serait transposable.

Comme indiqué ci-dessus, la question de la compatibilité de cette clause avec les libertés de circulation est en revanche moins évidente, la jurisprudence de la Cour de justice n'étant pas encore stabilisée. La Cour pourrait aussi faire une interprétation neutralisante de cette nouvelle clause générale en jugeant qu'elle ne vise que les montages purement artificiels selon les critères dégagés dans sa jurisprudence *Cadbury Schweppes*. Dans ce cas, la nouvelle clause ne serait pas très éloignée, dans son champ, de l'abus de droit français.

Dans tous les cas, la transposition de cette disposition conduit soit à renoncer à l'abus de droit par fraude à la loi et à sa sanction spécifique en lui substituant cette nouvelle clause européenne (ce qui permettrait d'étendre les garanties propres à l'abus de droit à cette nouvelle clause mais présente les risques analysés au point 5.1.4), soit à compléter l'arsenal législatif français par cette seconde clause anti-abus qui coexisterait avec l'abus de droit (avec ses garanties spécifiques). La jurisprudence du Conseil constitutionnel exclurait en effet selon toute vraisemblance que l'abus de droit de l'article L. 64 soit modifié pour passer du critère du motif exclusif au motif principal, clairement plus équivoque<sup>602</sup>, tout en maintenant la sanction spécifique de 80 %<sup>603</sup>.

---

<sup>602</sup> Cf. le raisonnement suivi dans sa décision CC 2013-685 DC du 29 décembre 2013, *LFI pour 2014*, RJF 3/14 n° 267, analysée au point 3.8.2.

<sup>603</sup> Le Conseil constitutionnel retrouverait ici toute l'ampleur de son contrôle, même s'agissant d'une loi de transposition d'une directive, puisqu'aucune sanction spécifique n'est exigée par le texte.

#### ◆ **Exit tax**

La directive (art. 5) prévoit d'imposer les entreprises qui transfèrent des actifs hors d'un Etat-membre (que ce soit dans un Etat tiers à l'Union ou même dans un autre Etat-membre) sur les éventuelles plus-values latentes ainsi transférées.

Le contribuable peut reporter le paiement de cette taxe de sortie en échelonnant les versements sur cinq ans lorsque le transfert s'effectue vers un autre Etat-membre ou partie à l'accord EEE. La jurisprudence de la CJUE considère en effet qu'une *exit tax* n'est compatible avec la liberté d'établissement qu'à la condition que son paiement ne soit pas immédiat, mais qu'il puisse être étalé<sup>604</sup>.

Une telle imposition à la sortie est prévue en droit fiscal français dans l'hypothèse du transfert à l'étranger du siège ou d'un établissement : le 2 de l'article 221 du CGI assimile ce transfert à une cessation d'entreprise, ce qui entraîne l'imposition immédiate des bénéfices non taxés<sup>605</sup>. Depuis la loi du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012 (art. 30), dans l'objectif d'assurer sa conformité avec la jurisprudence de la CJUE, le contribuable a la possibilité d'étaler le paiement de l'impôt sur cinq ans en cas de transfert au sein de l'UE ou de l'EEE.

La transposition de cette mesure, qui peut là encore être saluée dans son principe, nécessiterait donc de compléter l'article 221 du CGI afin qu'il s'applique, avec l'étalement qu'il prévoit, à tout transfert d'actifs.

#### ◆ **Règle relative aux dispositifs hybrides**

Il arrive que deux Etats-membres donnent une qualification juridique différente à un même paiement (instrument hybride) et que cela conduise à une situation de double déduction ou de double exonération. Dans ce cas, la proposition de directive prévoyait que la qualification juridique donnée à l'instrument hybride par l'Etat-membre d'origine du paiement (ou des charges ou des pertes) devait être appliquée par l'autre Etat-membre.

Le texte adopté par le Conseil (art. 9), prévoit une autre règle : d'une part, si le dispositif hybride entraîne une double déduction, la déduction est accordée uniquement dans l'Etat membre d'origine du paiement ; d'autre part, si le dispositif entraîne une « déduction sans prise en compte », l'Etat-membre du contribuable refuse la déduction de ce paiement.

Les conséquences de cette mesure transversale sont probablement nombreuses (l'OCDE recensait 80 schémas hybrides dans le rapport final de l'action 2 du plan BEPS qui y est consacrée). Elle constitue en tout cas un nouvel instrument utile à la main de l'administration fiscale pour remettre en cause la déduction de paiements hybrides effectués depuis d'autres Etats. En l'absence de disposition comparable dans le CGI, une mesure de transposition est nécessaire.

Cette disposition repose sur une logique différente de celle de la règle française de lutte contre les instruments hybrides insérée à l'article 212, I du CGI par la loi de finances pour 2014 (cf. point 3.3.1), qui prévoit que la déduction d'intérêts par une entreprise française n'est admise que si elle démontre que l'entité étrangère qui a mis les sommes à sa disposition acquitte à ce titre un impôt au moins égal au quart de l'impôt français. Ainsi, si l'autre Etat impose le paiement de manière très favorable (moins d'un quart de l'impôt français), la déduction est

---

<sup>604</sup> CJUE Gr. Ch. 29 novembre 2011, *National Grid Indus BV*, C-371/10, RJF 2/12 n° 192 ; cf. aussi CJUE 6 septembre 2012, *Commission c. Portugal*, C-38/10.

<sup>605</sup> Un transfert d'actif, même sans transfert de siège ou d'établissement, pourrait également tomber dans le champ du b) du 5 de l'article 221 du CGI, qui dispose que le « transfert, même partiel, d'une ou de plusieurs activités » de l'entreprise entraîne cessation d'entreprise, ce transfert d'activité étant caractérisé lorsqu'il entraîne une diminution de plus de 50 % soit du chiffre d'affaires, soit de l'effectif et du montant brut de l'actif immobilisé.

refusée en France. La directive prévoit seulement que l'Etat-membre refuse la déduction lorsque le paiement n'est pas pris en compte dans l'autre Etat. Néanmoins, en première analyse elle ne fait pas obstacle au maintien de la règle française puisqu'elle ne dispose pas que l'Etat-membre ne doit refuser la déduction que dans ce cas.

◆ **Un abandon : la clause de *switch-over* (passage de l'exonération au crédit d'impôt)**

La Commission dressait le constat que, du fait des difficultés inhérentes à l'octroi d'un crédit d'impôt pour les impôts payés à l'étranger, les Etats-membres ont de plus en plus tendance à exonérer les revenus étrangers, ce qui permet l'entrée au sein de l'UE de revenus non taxés qui circulent ensuite entre les Etats-membres en étant là encore souvent exonérés du fait des directives. Pour y répondre, la proposition de directive (art. 6) prévoyait d'interdire aux Etats-membres d'exonérer un contribuable de l'impôt sur trois catégories de revenus provenant d'Etats tiers à l'Union (distributions de bénéfices, produits de la cession de parts et revenus provenant d'un établissement stable étranger) lorsque le payeur est soumis, dans l'Etat tiers, à un impôt sur les bénéfices à un taux inférieur à 40 % du taux légal d'imposition qui aurait été appliqué dans l'Etat-membre du contribuable. Le contribuable pouvait seulement déduire l'impôt étranger de sa charge fiscale à payer dans l'Etat-membre<sup>606</sup>.

S'agissant des revenus provenant d'un établissement stable étranger, même si la France retient un principe de territorialité de l'IS, le CGI prévoit déjà, à l'article 209 B, l'absence d'exonération des bénéfices de toute « entreprise » exploitée dans un Etat ou territoire où elle est soumise à un impôt inférieur à 50 % de l'impôt français (et donc *a fortiori* à 40 % de cet impôt). L'impôt acquitté localement est imputable de l'IS français (4 du I de l'article 209 B). Reste que la proposition de la Commission ne comportait pas de clause de sauvegarde, contrairement à l'article 209 B.

En revanche, comme la grande majorité des Etats-membres, la France aurait été concernée par cette mesure s'agissant des distributions de dividendes et des produits de cession de parts détenues dans une entité étrangère. Pour les premières, l'article 145 du CGI retient l'exonération lorsque le régime mère-fille est applicable, à l'exception d'une quote-part de 5 % (cf. encadré 19). Pour les seconds, l'article 219, *a quinquies* du CGI, exonère les plus-values de titres de participation lorsqu'il s'agit d'une plus-value à long terme, à l'exception d'une quote-part de 12 %.

Il s'agirait donc de soumettre ces exonérations à la condition que le payeur ne soit pas établi dans un Etat à fiscalité privilégiée (soit au sens de l'article 238 A, soit au sens du nouveau standard européen de 40 %). Dans ce cas, ces revenus seraient imposables au taux normal de l'IS, l'entreprise ayant seulement la possibilité d'imputer l'impôt acquitté à l'étranger.

**Cette proposition n'a pas été adoptée par le Conseil.** Elle pouvait pourtant être saluée sur son principe puisqu'elle visait à éviter les situations de double non-imposition. Elle était pleinement conforme à la logique du régime mère-fille, qui est d'éviter une double imposition des dividendes, et non de permettre leur double non-imposition.

Elle avait néanmoins un défaut : dès lors qu'elle impliquait de soumettre les revenus en cause au taux normal de l'IS, qui est en France plus élevé que chez la plupart de nos partenaires européens, elle pourrait donner lieu à des pratiques dans lesquelles les dividendes seraient versés prioritairement à des sociétés établies dans d'autres Etats-membres, dont le taux d'IS est plus faible. Pour y répondre, on aurait pu prévoir que les Etats-membres doivent imposer les revenus en cause non pas au taux droit de commun de l'IS, mais à un taux unique commun à tous les Etats-membres, par exemple de 15 %.

---

<sup>606</sup> Cette disposition était déjà prévue à l'article 73 du projet de directive ACCIS de mars 2011.

◆ **Un absent : les prix de transfert**

Ni la proposition de la Commission ni le texte final ne comportent une règle en matière de prix de transferts, analogue à celle prévue à l'article 57 du CGI. Une telle règle est pourtant déjà prévue dans la plupart des Etats-membres<sup>607</sup>. Cette avancée permettrait de faire en sorte que l'ensemble des Etats-membres réintègrent dans l'assiette imposable les prix de transfert pratiqués par les entreprises qui y sont imposables.

---

<sup>607</sup> Toutefois, le Luxembourg n'a inséré une telle règle dans sa législation qu'en 2015.