

N° 370054
Ministre délégué chargé du budget
c/ Landesärztekammer Hessen
Versorgungswerk

N° 371132
Santander Pensiones SA EGFP

9^{ème} et 10^{ème} sous-sections réunies
Séance du 14 octobre 2015
Lecture du 9 novembre 2015

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de BARMON, rapporteur public

Ces deux affaires vont vous amener à préciser si des organismes exonérés d'impôt sur les sociétés en vertu de la législation fiscale d'Allemagne ou d'Espagne sont des résidents de ces Etats pouvant revendiquer le bénéfice des conventions fiscales conclues par ces derniers avec la France.

La caisse de prévoyance LHV est un organisme de retraite et de prévoyance des médecins de la région de Hesse en Allemagne tandis que la société Santander Pensiones gère un fonds de pension espagnol. Toutes deux placent une partie de leurs fonds en valeurs françaises. Les dividendes de source française qu'elles ont perçus, en 2000 pour la première et en 2004 et 2005 pour la seconde, ont été soumis à une retenue à la source au taux de droit commun de 25 %, par application des dispositions combinées des articles 119 bis 2 et 187-1 du code général des impôts.

La société Santander Pensiones a sollicité, à titre principal, le remboursement intégral de cette imposition. Sa demande subsidiaire rejoignait celle de la caisse de prévoyance LHV : toutes deux ont vainement réclamé la réduction de la retenue à la source en revendiquant le bénéfice du taux réduit de 15 % prévu par les conventions fiscales franco-allemande et franco-espagnole, avant de porter le litige devant le juge de l'impôt.

Le tribunal administratif de Montreuil a déchargé la société Santander Pensiones de la totalité de la retenue à la source. Sur appel du ministre, la cour administrative d'appel de Versailles a infirmé ce jugement, avant d'accueillir les conclusions subsidiaires de la société Santander Pensiones. Elle a en effet estimé que la circonstance que la requérante était exonérée d'impôt en Espagne ne lui retirait pas la qualité de résidente de cet Etat au sens de la convention franco-espagnole et lui a accordé le bénéfice du taux conventionnel réduit de retenue à la source. La société Santander Pensiones s'est pourvue en cassation contre cet arrêt du 11 juin 2013 qui ne fait que partiellement droit à ses prétentions. Le ministre du budget a formé un pourvoi incident contre la dernière partie de l'arrêt qui lui est défavorable.

Il conteste également par la voie de la cassation l'arrêt rendu par la même cour le 4 avril 2013 concernant la caisse de prévoyance LHV. La cour y a retenu la même analyse en jugeant, à la suite du tribunal administratif de Cergy-Pontoise, que sa qualité de résident fiscal en Allemagne n'était pas subordonnée au paiement effectif d'impôts dans cet Etat.

I. Avant d'examiner la critique du ministre sur ce point, nous dirons quelques mots du pourvoi de la société Santander Pensiones.

Faisant application au cas d'espèce de votre décision *Sté Stichting Unilever Pensionenfonds Progress* du 13 février 2009 (n° 298108, au rec., RJF 5/09 n° 525), le tribunal avait donné gain de cause à la société en jugeant que la retenue à la source litigieuse constituait une restriction injustifiée à la liberté de circulation des capitaux prohibée par l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne, après avoir estimé que le fonds de pension étranger qu'elle gère se trouvait dans une situation comparable à celle des organismes sans but lucratif français exonérés d'imposition à raison des mêmes revenus.

La cour a porté une appréciation opposée sur le caractère lucratif du fonds de pension en question. Elle a anticipé sans erreur de droit votre décision du 30 décembre 2014, *Min. c. Versorgungswerk der Zahnärztekammer aus Berlin (VZB)* qui précise, dans le sillage de la jurisprudence de Section *Association Jeune France* du 1^{er} octobre 1999 au rec. (n° 170289, RJF 11/99 n° 1354), que, pour établir qu'il aurait pu bénéficier de l'exonération des dividendes versés par des sociétés françaises s'il avait été établi en France, il appartient à un organisme servant des pensions de retraite établi dans un autre Etat membre de prouver, d'une part, que sa gestion présente un caractère désintéressé et, d'autre part, que les services qu'il rend ne sont pas offerts en concurrence dans la même zone géographique d'attraction avec ceux proposés par des entreprises commerciales ou qu'ils le sont dans des conditions différentes du secteur concurrentiel. La cour a été d'avis que la société Santander Pensiones ne remplissait aucun des deux critères. Elle a jugé que les prestations qu'elle sert étaient offertes en Espagne en concurrence avec celles proposées au même public par d'autres entreprises commerciales gestionnaires de fonds de pension de type individuel.

C'est en vain que la requérante cherche à démontrer en cassation qu'elle exerce son activité dans des conditions particulières la distinguant de ces fonds de pension concurrents, car l'appréciation des juges du fond en la matière est souveraine (*Association Groupe de plongée de Carantec*, 13 février 2013, n° 342953), et la cour n'a pas dénaturé les faits qui lui étaient soumis. Les moyens d'erreur de droit, de qualification juridique et de dénaturation dirigés contre ces motifs de son arrêt doivent donc être écartés.

Il suffisait à la cour de constater que l'une des conditions posées à l'absence de caractère lucratif par la jurisprudence *Jeune France* n'était pas satisfaite, pour en déduire que le fonds de pension requérant se trouvait dans une situation objectivement différente de celle des organismes français à but non lucratif exonérés d'impôt sur les sociétés et ne pouvait se prévaloir d'une discrimination contraire au droit de l'Union européenne. Les moyens du pourvoi critiquant les motifs surabondants de l'arrêt jugeant qu'au surplus sa gestion n'était pas désintéressée sont inopérants.

Vous les écarterez, et rejetterez le pourvoi principal de la société Santander Pensiones, y compris sa demande de frais irrépétibles.

II. Le pourvoi incident du ministre et celui dont il vous saisit dans l'affaire Caisse de retraite LHV soulèvent un même moyen d'erreur de droit. La cour a-t-elle correctement interprété les conventions franco-allemande et franco-espagnole en jugeant que la caisse LHV et la société Santander Pensiones avaient respectivement la qualité de résident fiscal d'Allemagne et d'Espagne, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que la loi les exempte d'impôt sur leurs bénéficiaires dans ces Etats ?

Le a) du 4 de l'article 2 de la convention franco-allemande du 21 juillet 1959 et le 1 de l'article 4 de la convention franco-espagnole du 10 octobre 1995 définissent la notion de « résident d'un Etat contractant » dans les mêmes termes, qui l'on retrouve dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE¹.

Elles stipulent que cette expression désigne « *toute personne qui, en vertu de la législation de cet Etat, est assujettie à l'impôt en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère [de nature] analogue.* ».

La convention franco-espagnole indique ensuite qu'il ne suffit pas, pour être fiscalement domicilié en Espagne, d'y être assujetti à l'impôt sur ses seuls revenus de source espagnole ou pour la fortune qui y est située. Encore faut-il que cette imposition soit justifiée par l'existence d'un lien personnel du contribuable avec cet Etat. La convention franco-allemande ne comporte pas une telle précision mais vous avez gommé cette différence de rédaction en conférant la même portée à la définition de résident qu'elle comporte, par votre décision *M. Moghadam* du 24 janvier 2011 (n° 316457, RJF 4/11 n° 490). Ce lien personnel n'est d'ailleurs pas ici en litige puisque le ministre reconnaît que le fonds de pension et la caisse de prévoyance ont leurs sièges de direction respectifs en Espagne et en Allemagne.

Mais pour être résident d'Espagne ou d'Allemagne et bénéficier de la convention applicable, il faut, d'abord, être « assujetti à l'impôt » en vertu de la législation fiscale de ces Etats. C'est cette condition d'assujettissement à l'impôt qui est au cœur du débat.

Selon le ministre, cette clause implique que le contribuable qui entend se prévaloir de la convention soit non seulement placé dans le champ de l'impôt mais encore qu'il puisse en être effectivement redevable. Il en déduit qu'une personne morale bénéficiant d'une exonération générale d'impôt sur les sociétés comme la caisse de retraite LHV, ou d'une imposition à taux nul comme la société Santander Pensiones, en application du droit interne de l'Etat dans lequel elle est établie, ne peut être qualifiée de résident de cet Etat au sens de la convention. En jugeant le contraire, la cour aurait commis une erreur de droit.

Les juges du fond se sont divisés sur cette question, inédite dans votre jurisprudence. Dans le sens des arrêts attaqués, la cour administrative d'appel de Lyon a jugé que l'application de la convention franco-néerlandaise n'était pas subordonnée à une imposition effective aux Pays-Bas (*van Kleef*, 10 juillet 1992, n° 90-183, RJF 1993 n° 2). Les tribunaux administratifs de Montreuil et de Cergy-Pontoise ont aussi admis que des caisses de retraite exonérées d'impôt en Allemagne puissent revendiquer les avantages prévus par la convention franco-allemande (14 janvier 2010, *Sté Apothekerversorgung Niedersachsen*, n° 08-11669, RJF 2010 n° 723 ; 27 mai 2010, *Sté Arzteversorgung Sachsen Anhalt (ASA)* n° 07-7403, RJF 2011 n° 91). En revanche, la cour administrative d'appel de Paris a exigé du contribuable qu'il justifie avoir acquitté des impositions au Royaume-Uni au titre de la période litigieuse

¹ Article 4, 1 du modèle de convention fiscale de l'OCDE.

pour lui reconnaître la qualité de résident de cet Etat au sens de la convention (*Wahnich*, 16 avril 1998, n° 96-170, RJF 1998 n° 897). La cour administrative d'appel de Marseille a également suivi la thèse du ministre pour appliquer la convention franco-espagnole de 1973, qui n'a pas été modifiée sur ce point (*Corellou*, 28 février 2002, n° 98-1045, RJF 2002 n° 1151).

Pour arbitrer entre les deux lectures possibles de la clause d'assujettissement à l'impôt, vous devez en priorité en retenir une interprétation littérale, comme pour toutes les stipulations conventionnelles (voyez sur ce principe, 30 décembre 1996, *Min. c. Benmiloud*, n° 128611 RJF 1997 n° 158 ; 24 mai 2000, *Min. c. CRCAM Normand*, n° 209699).

A première vue, « assujetti » signifie seulement « dans le champ de l'impôt », que l'on en soit ou non exonéré. Mais le vocabulaire fiscal est plus fluctuant qu'il n'y paraît : comme le relevait Pierre Collin dans ses conclusions sur la décision *Sté B+ Systems* du 9 février 2005, aux T., les mêmes termes sont employés indifféremment pour désigner les contribuables placés hors du champ d'application d'un impôt et ceux qui sont dans son champ mais qui ne remplissent pas les conditions d'un assujettissement effectif. Ainsi, le terme « passible » se rapporte tantôt dans votre jurisprudence au champ d'application de la loi fiscale et inclut les personnes exonérées, tantôt implique une imposition effective, ce qui exclut les personnes exonérées. De même, votre décision *Sté B+ Systems*, s'écartant du sens fiscal commun du mot « imposées », juge qu'il ne vise pas uniquement les entreprises « effectivement assujetties à un impôt supérieur à zéro », mais celles « dans le champ de l'impôt » pour admettre le cumul du crédit d'impôt recherche et d'un régime d'exonération (n° 253349, RJF 5/05 n° 427, ccl au BDCF 2005 n° 55).

Le terme « assujetti » dans les conventions fiscales bilatérales n'est pas moins ambigu. Votre décision *Regazzacci* du 27 juillet 2012 n'hésite pas à retenir deux acceptions différentes de ce terme dans la convention franco-britannique de 1968, selon les stipulations appliquées. Vous avez jugé qu'un bénéficiaire du régime de la « remittance basis », qui permet de différer l'imposition des revenus de source étrangère jusqu'à l'année de leur rapatriement au Royaume-Uni, y est bien assujetti sur ses revenus mondiaux et est donc un résident de cet Etat, au sens de l'article 3 de la convention, pouvant se voir accorder le taux conventionnel réduit de retenue à la source sur les dividendes de son article 9 § 6. En revanche, selon cette décision, le transfert de l'avoir fiscal prévu par l'article 9 § 7 suppose que ces mêmes dividendes soient effectivement imposés au Royaume-Uni l'année de leur perception. Et pourtant, il s'agissait, dans un cas comme dans l'autre, de vérifier si la condition d'assujettissement à l'impôt posée dans les mêmes termes était satisfaite.

La lettre des conventions franco-espagnole et franco-allemande n'est pas plus claire, ce qui vous autorise à recourir à des méthodes d'interprétation subsidiaires. Vous mettez alors en œuvre celles énoncées par la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, bien que la France ne l'ait pas ratifiée, en recherchant le sens de stipulations obscures d'après leur contexte et à la lumière de leur objet et de leur but (voyez votre décision de Plénière *Giorgis* du 11 avril 2014, n° 362237, au rec., RJF 2014 n° 718).

L'on ne peut pas tirer d'enseignement des commentaires du comité fiscal de l'OCDE sur l'article 4 du modèle de convention. Ils n'ont qu'une valeur qu'indicative, puisqu'ils sont postérieurs à l'adoption des stipulations en cause (Section, 30 décembre 2003, *SA Andritz*, n° 233894, au rec., RJF 3/04 n° 238 ; 11 avril 2014, *Min. c. Sté Bayerische Hypo und Vereinsbank AG*, n° 344990, aux T., RJF 2014 n° 667). Et ils se contentent de toute manière

de constater les interprétations divergentes des Etats. Certains estiment que les organismes exonérés d'impôt, notamment les caisses de retraite, sont des résidents au sens de la convention, d'autres, parmi lesquels la France, si l'on en croit son administration fiscale, ne les considèrent pas comme assujettis à l'impôt s'ils sont exonérés en vertu de la législation fiscale nationale.

Vous ne pouvez pas non plus vous appuyer sur les nuances de traduction en langue étrangère des deux conventions en litige, comme vous l'aviez fait dans votre décision *Regazzacci*. Certes, comme dans ce précédent, la version espagnole utilise une traduction du terme « assujetti » dans l'article définissant la résidence fiscale (*sujeto al impuesto*) différente de celle employée dans l'article relatif aux dividendes (*sometido al impuesto*)². Mais le premier ne renvoie pas de manière évidente au champ d'application de l'impôt, ni le second au paiement effectif de l'impôt³. « Assujetti » est traduit dans l'article de la convention franco-allemande définissant les résidents par « *steuerpflichtig* », littéralement « devoir l'impôt », que l'on peut fort bien assimiler à « payer l'impôt » ou à une imposition théorique, et l'article relatif aux dividendes renvoie sans autre précision à cette définition générale des sociétés résidentes.

Restent tout de même quelques arguments valables pour nourrir le débat. Dans le sens de la thèse « exemption vaut taxation », la cour a rappelé que la qualité de résident d'un Etat doit s'apprécier au regard de la loi de ce pays. Elle a observé que l'expression « *sujeto al impuesto* » employée dans la version espagnole de la convention pour définir la notion de résident désignait aussi la situation fiscale des fonds de pension espagnols dans un décret royal espagnol de novembre 2002⁴, et que la loi allemande, tout en les exemptant, présentait les caisses de prévoyance comme assujetties à l'impôt de manière illimitée.

Vous pourriez également être guidés par le souci de ne pas verrouiller la clé d'entrée dans la convention qu'est la résidence fiscale par une approche trop restrictive excluant les organismes exonérés. L'idée sous-jacente de cette logique en entonnoir est que les restrictions éventuelles au bénéfice des stipulations propres à telle ou telle catégorie de revenus devraient être précisées dans la clause qui lui est dédiée, et non être réglées en amont à travers la notion de résident.

La solution de la cour a aussi pour elle l'atout de la simplicité : elle permet d'appréhender aisément les contours de la catégorie des résidents fiscaux, sans s'interroger sur les éventuelles distinctions à opérer selon le motif de l'exonération d'impôt sur les sociétés, son caractère général ou partiel, pérenne ou limité dans le temps, ou sur le sort à réserver aux entreprises déficitaires qui ne sont pas exonérées mais n'acquittent aucun impôt.

² « Assujetti » est traduit par « *sujeto al impuesto* » à l'article 3 de la convention franco-espagnole et par « *sometido al impuesto* » à son article 10 mais « *sometido* », fréquemment employé dans la convention, ne semble pas impliquer un paiement effectif de l'impôt. « Assujetti » est traduit dans l'article 2 § 4 a de la convention franco-allemande définissant les résidents par « *steuerpflichtig* » et est absent dans son article 9.

³ Seul l'article 24 de la convention franco-espagnole décrivant le mécanisme d'élimination des doubles impositions, notamment pour les dividendes, renvoie clairement au paiement effectif d'un impôt (« *el impuesto efectivamente pagado* » (b du 2 de l'article 24), aussi bien d'ailleurs dans les versions française qu'espagnole. Cette rédaction est logique, car il s'agit de prévoir le mode de calcul d'un crédit d'impôt, mais elle ne dicte pas l'interprétation de la condition d'assujettissement conférant la qualité de résident, préalable à l'octroi de ce crédit d'impôt conventionnel.

⁴ L'article 30 du « décret législatif » royal espagnol n° 1/2002 désigne les fonds de pension comme « *sujetos al impuesto sobre sociedades* ».

Un dernier élément plaide pour la reconnaissance de la qualité de résident aux organismes exonérés : la relative indifférence de la solution, au cas d'espèce, au regard des objectifs des conventions fiscales bilatérales. Le seul enjeu du litige est de savoir si les dividendes de source française seront taxés par la France au taux normal de 25 % ou au taux réduit conventionnel de 15 %. Exclure du bénéfice de la convention les organismes exonérés en vertu de la loi nationale n'éliminerait pas une double imposition, puisqu'aucun impôt n'est perçu dans l'Etat de résidence. Cette restriction ne peut pas non plus se réclamer d'une finalité plus récente poursuivie par les conventions bilatérales, celle d'éviter les situations de double exonération, puisque les dividendes subiront *a minima* une retenue à la source de 15 %.

Plusieurs considérations nous convainquent néanmoins de vous proposer cette lecture plus stricte de la condition d'assujettissement à l'impôt.

D'abord et surtout, il ne faut pas oublier que ce qui est en jeu, c'est la définition transversale de la résidence fiscale, valable pour toutes les clauses des conventions en litige. Par conséquent, la circonstance qu'il n'y ait pas de situation de double imposition à éviter, dans le cas particulier des dividendes versés à des entités étrangères exonérées, n'enlève rien au fait que vous devez privilégier une interprétation générale de la notion de résident conforme à cette finalité, rappelée avec netteté dans l'article 1^{er} de la convention franco-allemande et dans le protocole faisant partie intégrante de la convention franco-espagnole. Au fond, la raison d'être de la condition d'assujettissement à l'impôt est bien que les conventions visant à prévenir les doubles impositions n'ont pas lieu de s'appliquer, sous réserve des clauses de non-discrimination, aux contribuables qui ne sont jamais passibles de l'impôt sur le revenu ou les sociétés. Cet objectif commande aussi, sous une forme atténuée, la clause relative aux dividendes. Si un Etat consent à plafonner son pouvoir normal d'imposer les dividendes qui y trouvent leur source, c'est pour éviter d'imposer trop lourdement la même assiette par un cumul de prélèvements dans deux Etats. Il est donc cohérent de subordonner la réduction conventionnelle du taux de la retenue à la source sur les dividendes à l'imposition de leur bénéficiaire établi dans l'autre Etat partie.

Ensuite, l'instruction de portée générale relative à la convention franco-algérienne, qui reprend sur ce point le modèle OCDE, éclaire l'intention de la France dans le même sens⁵. Elle indique qu'une personne exonérée d'impôt dans un Etat n'est pas considérée comme assujettie à l'impôt dans cet Etat et ne peut donc être regardée comme résidente de cet Etat.

Enfin, les conventions franco-espagnole et franco-allemande ne sont pas bâties selon un « schéma en entonnoir », avec une définition liminaire large de la notion de résident et des restrictions excluant ensuite certaines catégories de résidents du bénéfice de clauses particulières, mais sur une logique opposée. Le point 9 du protocole joint à la première et l'article 25 b de la seconde étendent les avantages conventionnels relatifs aux dividendes aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) « qui ne sont pas assujettis à l'impôt ». Cette clause serait inutile si ces organismes exonérés avaient la qualité de résident au sens des conventions, et dans cette clause, « non assujetti à l'impôt » ne peut avoir d'autre sens que « n'étant pas effectivement soumis à l'impôt ». De manière plus générale, lorsque la France entend inclure dans le dispositif conventionnel des entités échappant structurellement à l'impôt dans leur Etat d'établissement, en particulier les OPCVM et les fonds de pension, les conventions comportent une mention explicite en ce sens. C'est le cas des conventions conclues avec les Etats-Unis, le Canada, le Japon ou le Royaume-Uni. La France préfère ainsi

⁵ Instruction du 22 mai 2003, BOI 14 B-3-03, § 5.

étendre de manière ciblée le bénéfice de certaines clauses conventionnelles aux organismes exonérés, plutôt que de leur reconnaître de manière générale la qualité de résident.

Deux précisions s'imposent pour finir. Le critère décisif pour être résident n'est pas à proprement parler celui du paiement effectif de l'impôt. Il ne s'agit pas de consacrer une résidence fiscale à géométrie variable en fonction de cette circonstance de fait, sujette à fluctuation dans le temps. Cela conduirait à exclure indûment de la qualité de résident les contribuables percevant des revenus inférieurs au seuil d'entrée dans le barème de l'impôt l'année considérée, ceux dont l'imposition se mue une année donnée en créance sur le Trésor grâce à divers crédits d'impôt ou encore l'entreprise déficitaire qui, de ce fait, ne paye pas d'impôt sur ses bénéfices à titre transitoire. Ce qui importe, c'est le motif bien spécifique de l'absence de paiement de l'impôt : ne peuvent être regardés comme assujettis, au sens des conventions fiscales visant à éliminer les doubles impositions, les organismes que le législateur national exonère délibérément de l'impôt auquel on s'intéresse à raison de leur activité ou de leur statut, comme le font en l'espèce les lois allemande et espagnole pour les organismes de retraite et les fonds de pension.

Quant aux modalités techniques choisies pour exempter telle ou telle catégorie d'entités, elles sont neutres : un taux zéro d'imposition accordé eu égard à la nature de leur activité ou à leur statut revient au même qu'une exonération.

Nous vous invitons donc à juger que n'est pas résident un organisme qu'un Etat partie décide de ne pas soumettre à l'impôt eu égard à son activité ou à son statut, en particulier par l'effet d'une exonération ou d'une mesure fixant l'impôt à un taux nul.

La cour a dès lors commis une erreur de droit en jugeant que la caisse de retraite LHV et la société Santander Pensiones avaient la qualité de résident fiscal d'Allemagne et d'Espagne au sens de la convention applicable, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que ce type d'organismes bénéficiait d'une exonération générale ou d'un taux d'imposition nul dans ces Etats. Si vous nous suivez, vous annulerez en totalité l'arrêt concernant la caisse de retraite LHV et rejetterez sa demande de frais irrépétibles. Vous annulerez l'arrêt relatif à la société Santander Pensiones dans la mesure où il n'a rétabli les retenues à la source litigieuses qu'au taux conventionnel de 15 %.

Par ces motifs, nous concluons :

- sous le n° 370054, à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Versailles ;
- sous le n° 371132, au rejet du pourvoi de la société Santander Pensiones, à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il n'a remis à sa charge les retenues à la source litigieuses qu'au taux de 15 % et au renvoi de l'affaire dans cette mesure à la cour administrative d'appel de Versailles.