

RAPPORT

FAIT

AU NOM DE LA COMMISSION DES FINANCES, DE L'ÉCONOMIE GÉNÉRALE
ET DU CONTRÔLE BUDGÉTAIRE SUR LE PROJET DE **loi de
finances pour 2020**
(n° 2272),

TOME II

**EXAMEN DE LA PREMIÈRE PARTIE
DU PROJET DE LOI DE FINANCES**
CONDITIONS GÉNÉRALES DE L'ÉQUILIBRE FINANCIER

Par M. Joël GIRAUD

Article 12

**Mise en conformité avec le droit européen des retenues et prélèvements
à la source applicables aux sociétés non résidentes**

I. L'ÉTAT DU DROIT.....	3
LES RETENUES ET PRÉLÈVEMENTS À LA SOURCE APPLICABLES AUX REVENUS DES SOCIÉTÉS NON RÉSIDENTES.....	3
1. Les retenues et prélèvements à la source sur certaines rémunérations et plus-values ...	3
Les États et territoires non coopératifs (ETNC).....	4
2. La retenue à la source sur les dividendes distribués à des sociétés non résidentes et les exonérations prévues	5
a. Le principe de la retenue à la source sur les dividendes perçus par des sociétés non résidentes	6
b. L'exonération prévue au titre du régime mère-fille	7
L'exonération des distributions au profit de certains organismes de placement collectif .	7
c. L'exonération de retenue à la source pour les sociétés étrangères déficitaires et en liquidation judiciaire	8
B. DES MÉCANISMES DE RETENUES À LA SOURCE NON CONFORMES AU DROIT EUROPÉEN.....	10
1. Des modalités d'exonération de retenue à la source sur les dividendes portant atteinte à la liberté de circulation des capitaux	10
a. Des conditions cumulatives jugées compatibles avec le droit européen par le Gouvernement en 2015	10
b. Des modalités jugées contraire au droit européen par le Parlement en 2015.....	13
c. La reconnaissance d'une atteinte à la liberté de circulation des capitaux par un désavantage de trésorerie : la décision Sofina du 22 novembre 2018.....	14
d. La nécessité de modifier en conséquence les autres retenues et prélèvements à la source	15
2. Une présomption de distribution des bénéfices contraire à la liberté d'établissement	15
II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ.....	16

A. LA MISE EN CONFORMITÉ AVEC LE DROIT EUROPÉEN DES RETENUES ET PRÉLÈVEMENTS À LA SOURCE TOUCHANT LES SOCIÉTÉS DÉFICITAIRES ÉTRANGÈRES	16
1. L'extension à l'ensemble des retenues et prélèvements à la source de l'exonération prévue à l'article 119 quinquies du CGI	16
L'assistance internationale en matière de recouvrement.....	18
2. L'introduction d'un mécanisme de restitution temporaire des sommes payées au titre des retenues et prélèvements à la source par des sociétés étrangères déficitaires	18
a. Le champ d'application du mécanisme de restitution temporaire	19
b. L'imposition en report des revenus et profits soumis aux retenues et prélèvements à la source	21
• L'imposition en report, nécessaire corollaire de la restitution.....	22
c. Les obligations déclaratives pesant sur les sociétés étrangères	22
d. La fin du report de l'imposition des revenus et profits	23
• La fin du report en cas de réalisation d'un bénéfice	23
• La fin du report en cas de non-respect des obligations déclaratives.....	24
• La fin du report en cas de dissolution sans liquidation ni transfert de déficit	25

Résumé du dispositif proposé

Les revenus et profits bénéficiant à des sociétés non résidentes font l'objet de retenues et prélèvements à la source, parmi lesquels la retenue sur les dividendes prévue au 2 de l'article 119 *bis* du code général des impôts (CGI). Une exonération de cette retenue à la source est prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI pour les sociétés non résidentes qui sont à la fois déficitaires et en liquidation – les sociétés non résidentes uniquement déficitaires acquittant immédiatement la retenue à la source. Par ailleurs, aux termes de l'article 115 *quinquies* du CGI, cette retenue à la source s'applique au montant des bénéfices réalisés en France par une société non résidente, ces bénéfices étant réputés distribués à des associés non résidents.

Le présent article, en plus de procéder à diverses coordinations, tire les conséquences de deux décisions de justice récentes et met en conformité avec le droit de l'Union européenne, pour les exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2020, ces dispositifs français de retenues et prélèvements à la source :

– l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI pour les sociétés étrangères déficitaires et en liquidation est élargie à l'ensemble des autres dispositifs de retenues et prélèvements à la source ;

– les sociétés étrangères déficitaires pourront solliciter la restitution de la retenue ou du prélèvement à la source acquitté, qui sera assortie d'une imposition en report. Ce report prendra fin une fois la société redevenue bénéficiaire ou en cas de manquement aux nouvelles obligations déclaratives qui permettent à l'administration fiscale de suivre la situation de cette société et garantissent le recouvrement de l'impôt ;

– enfin, une société étrangère pourra obtenir la restitution de la retenue à la source calculée sur le fondement de la présomption prévue à l'article 115 *quinquies* si elle démontre que les bénéfices de source française n'ont pas été désinvestis hors de France.

L'impact budgétaire du présent article n'est pas chiffrable.

Dernières modifications intervenues

L'article 119 *quinquies* a été introduit dans le CGI par la loi de finances rectificative pour 2015 aux fins de mise en conformité avec le droit de l'Union européenne.

Le 22 novembre 2018, dans une décision *Société Sofina*, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que le désavantage de trésorerie subi par les sociétés étrangères déficitaires par rapport aux sociétés déficitaires résidentes, tiré du paiement immédiat de la retenue à la source du 2 de l'article 119 *bis* du CGI, là où les sociétés résidentes n'acquittent l'impôt sur les dividendes perçus qu'une fois redevenue bénéficiaire, portait une atteinte injustifiée à la liberté de circulation des capitaux.

Le 10 juillet 2019, dans une décision *Cofinimmo*, le Conseil d'État a jugé contraire au droit européen le fait que la présomption de distribution des bénéfices prévue à l'article 115 *quinquies* du CGI ne puisse être écartée si la société étrangère établit que les dividendes distribués n'ont pas été prélevés sur les bénéfices de source française.

Principaux amendements adoptés par la commission des finances

En plus de huit amendements rédactionnels, de précision ou de coordination du Rapporteur général, la commission, à l'initiative de ce dernier, a subordonné la fin du report d'imposition pour manquement aux obligations déclaratives à une mise en demeure préalable assortie d'une amende.

I. L'ÉTAT DU DROIT

L'imposition des revenus versés par une personne en France à des bénéficiaires non résidents fait, en fonction de la nature des sommes concernées, l'objet de retenues et prélèvements à la source destinés à garantir le bon recouvrement de l'impôt sur des flux dirigés vers l'étranger. Certains de ces dispositifs ont récemment été jugés, directement ou indirectement, incompatibles avec le droit de l'Union européenne, commandant leur évolution.

LES RETENUES ET PRÉLÈVEMENTS À LA SOURCE APPLICABLES AUX REVENUS DES SOCIÉTÉS NON RÉSIDENTES

A.

Pour mémoire, et de façon schématique, une retenue à la source est une modalité d'imposition consistant, pour le débiteur des revenus, à acquitter l'impôt dû sur ces sommes, le bénéficiaire des revenus percevant alors un montant net de retenue à la source. Tel est notamment le cas pour les retenues à la source prévues à l'article 119 *bis* du CGI, aux termes de l'article 1672 du même code.

Ces dispositifs s'appliquent sous réserve des stipulations des conventions fiscales conclues par la France avec d'autres juridictions fiscales.

1. Les retenues et prélèvements à la source sur certaines rémunérations et plus-values

Plusieurs dispositifs de retenues et prélèvements à la source sont applicables aux différents types de revenus perçus par les sociétés non résidentes.

● Ainsi, les intérêts, primes de remboursement d'emprunts et autres produits d'obligations ou titres prévus aux articles 118, 119, 238 *septies* B et 1678 *bis* du code général des impôts (CGI) sont soumis à une retenue à la source en vertu du 1 de l'article 119 *bis* du même code.

Le taux de cette retenue à la source est, en application du 1 de l'article 187 du CGI :

– de 15 % ou 17 % pour les intérêts des obligations négociables servis à une personne morale ;

– de 30 % pour les autres revenus d'une personne morale ⁽²⁶⁸⁾.

● Les sommes versées en contrepartie d'une prestation artistique réalisée par une personne qui n'est pas établie en France font l'objet d'une retenue à la source en application de l'article 182 A *bis* du CGI.

En vertu du III de cet article, le taux de la retenue à la source est fixé à 15 %.

Le IV du même article porte ce taux à 75 % si le bénéficiaire de la distribution est établi dans certains États ou territoires non coopératifs (ETNC) au sens de l'article 238-0 A du CGI, sauf démonstration que cette distribution n'a pas pour but la fraude fiscale à travers la localisation des revenus dans l'ETNC.

Les États et territoires non coopératifs (ETNC)

Les ETNC sont définis à l'article 238-0 A du CGI, la notion ayant été substantiellement enrichie par la loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude ⁽¹⁾ qui a transposé en droit national la liste européenne des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales ⁽²⁾.

● Est considérée comme ETNC, au regard des critères français d'origine, une juridiction fiscale :

– qui, à la date du 1^{er} janvier 2010, a vu sa situation au regard de la transparence et de l'échange de renseignements en matière fiscale examinée par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et qui n'a pas conclu avec la France, ni avec au moins douze autres juridictions, une convention d'assistance administrative permettant l'échange de renseignements en matière fiscale ;

– qui a conclu avec la France une telle convention, sans que cela ne rende possible l'obtention des renseignements requis ;

– à qui la France a proposé la conclusion d'une telle convention, mais qui ne l'a pas fait ;

– qui est considérée par le Forum mondial sur la transparence et l'échange d'informations comme ne procédant pas aux échanges requis pour l'application de la législation fiscale.

● Depuis l'entrée en vigueur des modifications apportées par la loi relative à la lutte contre la fraude précitée, sont également des ETNC les juridictions figurant sur la liste européenne des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales :

– au motif du non-respect du volet du critère reposant sur l'équité fiscale relatif à la facilitation de la création de structures *offshore* ;

– au motif du non-respect de l'un des deux autres critères reposant, d'une part, sur la transparence fiscale, d'autre part, sur la mise en œuvre des mesures du projet « BEPS » ⁽³⁾ de l'OCDE.

● La qualification d'une juridiction en ETNC conduit à la mise en œuvre d'une série de contre-mesures visant les opérations associant une personne établie dans un ETNC :

– pour tous les ETNC, les conditions de mise en œuvre de certains outils anti-abus sont facilitées ;

– pour les ETNC inscrits sur la liste au titre des critères français d'origine ou en raison du non-respect du volet « *offshore* » du critère européen reposant sur l'équité fiscale, s'ajoutent

la privation du bénéfice de certains dispositifs préférentiels d'imposition et l'application de taux majorés d'imposition.

(1) *Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, article 31.*

(2) *Conseil de l'Union européenne, 5 décembre 2017, Liste des pays et territoires non coopératifs à des fins fiscales, 15429/17 FISC 345 ECOFIN 1088. Les critères d'identification sont présentés à l'annexe V du document, pages 23-25.*

(3) « Base erosion and profit shifting », soit « érosion de la base imposable et transfert de bénéfices ».

● L'article 182 B du CGI prévoit également l'application d'une retenue à la source sur certains revenus non salariaux perçus par des personnes établies hors de France. Son taux varie en fonction de la nature du revenu :

– le taux de droit commun correspond au taux normal de l'impôt sur les sociétés (IS), en vertu du premier alinéa du II de l'article 182 B, c'est-à-dire 31 % pour les exercices ouverts en 2019, 28 % pour ceux ouverts en 2020, 26,5 % pour ceux ouverts en 2021 et 25 % pour ceux ouverts à compter de 2022.

– ce taux est ramené à 15 % pour les rémunérations de prestations sportives ;

– il est porté à 75 % si le bénéficiaire des sommes est établi dans un ETNC, en application du III de l'article 182 B.

● Enfin, les articles 244 *bis*, 244 *bis* A et 244 *bis* B prévoient que certaines sommes versées à des non résidents font l'objet d'un prélèvement à la source :

– aux termes de l'article 244 *bis*, un prélèvement est appliqué aux profits tirés d'une activité foncière exercée à titre non habituel et relevant de la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux ; le taux de ce prélèvement est égal au taux normal de l'IS en vertu du premier alinéa de cet article ;

– les plus-values immobilières (incluant la cession de parts détenues au sein d'organisme intervenant dans des activités immobilières) réalisées par des non résidents sont, en vertu de l'article 244 *bis* A, soumises à un prélèvement au taux normal de l'IS. Sont concernées les plus-values réalisées :

• par des organismes établis hors de France ;

• par des sociétés de personnes dont les associés sont établis hors de France ;

– aux termes de l'article 244 *bis* B, les personnes physiques ou morales établies hors de France sont passibles d'un prélèvement à la source au titre des gains tirés de la cession ou du rachat de droits sociaux, si les droits détenus par le cédant sont supérieurs à 25 % des bénéfices au cours des cinq années précédant l'opération.

Le taux du prélèvement est, aux termes du deuxième alinéa de l'article, égal au taux normal de l'IS pour les personnes morales (et fixé à 12,8 % pour les personnes physiques).

2. La retenue à la source sur les dividendes distribués à des sociétés non résidentes et les exonérations prévues

En application du 2 de l'article 119 *bis* du CGI, les dividendes distribués par une société française à une société non résidente au titre de la participation de la seconde dans la première font l'objet d'une retenue à la source, sous réserve de certains dispositifs d'exonération.

Les distributions faites au profit de sociétés résidentes, quant à elles, sont soumises à l'IS.

a. Le principe de la retenue à la source sur les dividendes perçus par des sociétés non résidentes

Les produits concernés par la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI sont ceux mentionnés aux articles 108 à 117 *bis* du même code, c'est-à-dire les produits des actions, titres et parts sociales ainsi que les revenus fiscalement assimilés à ceux-ci – par souci de simplification, ils seront désignés dans le présent commentaire sous le terme de « dividendes ».

- Cette retenue à la source s'applique également aux bénéfices réalisés en France par des sociétés non résidentes, en vertu de l'article 115 *quinquies* du CGI. Le 1 de cet article dispose en effet que ces bénéfices sont réputés distribués à des associés établis à l'étranger.

La société non résidente, en vertu du 2 de l'article 115 *quinquies*, peut néanmoins demander une nouvelle liquidation de la retenue à la source ouvrant droit à restitution de l'excédent de perception si :

- l'assiette de la retenue à la source excède le montant total des distributions effectives ;

- ou si les bénéficiaires des distributions sont domiciliés en France.

En outre, aux termes du 3 de l'article, la présomption prévue au 1 ne s'applique pas si la société non résidente a son siège dans un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (EEE) et si elle y est passible de l'impôt sur les bénéfices sans option ni exonération.

Les obligations déclaratives relatives à la liquidation de la retenue à la source calculée selon les modalités prévues à l'article 115 *quinquies* sont définies aux articles 379 à 382 de l'annexe II du CGI. Les articles 380 et 381 portent spécifiquement sur les éléments que la société étrangère doit produire pour obtenir une nouvelle liquidation de la retenue à la source :

- l'article 380 a trait à l'hypothèse d'une retenue assise sur un montant excédant celui des distributions effectives ;

- l'article 381 porte sur la démonstration selon laquelle les bénéficiaires des distributions sont établis en France.

- Le taux de cette retenue à la source est fixé à l'article 187 du CGI, auquel renvoie le 2 de l'article 119 *bis* :

- le taux de droit commun est de 30 % ⁽²⁶⁹⁾ ;

- il est de 15 % pour certains revenus, tels que les dividendes perçus par des organismes sans but lucratif qui auraient été imposés selon les modalités prévues au 5 de l'article 206 du CGI s'ils étaient établis en France (application combinée de l'article 187 et du 2° de l'article 219 *bis* du même code) ;

- il est porté à 75 % lorsque le bénéficiaire de la distribution est établi dans certains ETNC, sauf démonstration que cette distribution n'a pas pour but la fraude fiscale à travers la localisation des revenus dans l'ETNC.

Ainsi qu'il a été vu, cette retenue à la source s'applique sous réserve des conventions fiscales, dont les stipulations peuvent, par exemple, prévoir un taux moins élevé, voire une exonération totale des dividendes. À titre d'illustration, la convention liant la France à la Belgique prévoit des taux de retenue à la source de 10 % ou 15 % selon le niveau de détention de la filiale distributrice.

b. L'exonération prévue au titre du régime mère-fille

La retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI ne s'applique pas, aux termes de l'article 119 *ter* du même code, aux distributions de dividendes relevant du régime des sociétés mères et filiales (« régime mère-fille ») prévu par la directive européenne du 30 novembre 2011 ⁽²⁷⁰⁾.

Sont éligibles à ce régime les dividendes distribués par une société française soumise à l'IS à une société établie dans l'Union européenne ou un État partie à l'EEE elle-même passible dans son État de résidence de l'impôt sur les bénéfices des sociétés qui y est applicable, sous réserve que la société européenne détienne directement, depuis au moins deux ans, au moins 10 % de sa filiale française, ou qu'elle prenne l'engagement d'une conservation d'un tel niveau minimum de détention pendant au moins deux ans (premier alinéa du *c* du 2 de l'article 119 *ter*).

L'exonération est également applicable aux dividendes perçus en contrepartie d'une participation d'au moins 5 % au sein de la filiale française, en vertu du second alinéa du même *c*, à la condition que la société mère européenne soit privée de la possibilité d'imputer la retenue à la source dans son État de résidence (tel est notamment le cas si la société est déficitaire sans possibilité de reporter en avant le crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source).

Le tempérament relatif au niveau de participation minimum ouvrant droit au bénéfice de l'exonération de retenue à la source résulte de la décision *Denkavit* de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rendue le 14 décembre 2006 ⁽²⁷¹⁾ et vise à éliminer toute entrave à la liberté d'établissement en assurant le même traitement aux dividendes, qu'ils soient distribués à une société française ou établie dans l'Union européenne. Il est en effet rappelé que, dans le cadre du régime mère-fille français, le niveau de participation de la société mère française exigé est de 5 %. Initialement prévu par la seule doctrine fiscale, le tempérament applicable aux dividendes résultant d'une participation comprise entre 5 % et 10 % a reçu une consécration législative à travers la loi de finances rectificative pour 2015 ⁽²⁷²⁾.

L'exonération prévue dans le cadre du régime mère-fille n'est toutefois pas applicable aux distributions entrant dans le champ de la clause anti-abus prévue au 3 de l'article 119 *ter* qui, en transposant la directive du 27 janvier 2015 ⁽²⁷³⁾, vise à lutter contre les montages dont la finalité principale est fiscale et qui sont dépourvus de substance économique ⁽²⁷⁴⁾.

L'exonération des distributions au profit de certains organismes de placement collectif

Une autre hypothèse d'exonération de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI porte, en vertu de ce même 2, sur les distributions faites à des organismes de placement collectif (OPC) établis dans l'Union européenne ou dans une juridiction fiscale liée avec la France par une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et

l'évasion fiscales, sous réserve que ces OPC étrangers soient comparables aux OPC de valeurs mobilières (OPCVM) de droit français.

Cette exonération résulte d'une décision de la CJUE rendue le 10 mai 2012 dans le cadre du contentieux dit « OPCVM »⁽¹⁾ et dans laquelle la Cour avait jugé contraire à la libre circulation des capitaux la législation française qui soumettait les OPC étrangers à une retenue à la source, alors que les OPCVM français n'acquittaient pas l'IS (certains en sont exonérés au titre des bénéficiaires réalisés dans le cadre de leur objet légal, les autres se trouvent en dehors de son champ d'application).

La mise en conformité au droit de l'Union européenne a été réalisée par la deuxième loi de finances rectificative pour 2012⁽²⁾.

(1) CJUE, 10 mai 2012, Santander Asset Management SGIIC SA et autres, C-338/11 à C-347/11. Pour une présentation de ce contentieux, il est renvoyé au commentaire de première lecture de l'article premier du premier projet de loi de finances rectificative pour 2017 (Joël Giraud, Rapport sur le projet de loi de finances rectificative pour 2017, Assemblée nationale, XV^e législature, n° 365, 3 novembre 2017, pages 40-41).

(2) Loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, article 6.

c. L'exonération de retenue à la source pour les sociétés étrangères déficitaires et en liquidation judiciaire

L'article 119 *quinquies* du CGI, introduit par l'article 82 de la loi de finances rectificative pour 2015 précitée, prévoit l'exonération des dividendes distribués à des personnes morales étrangères qui satisfont à trois conditions cumulatives.

• *Les conditions d'application de l'exonération*

- En premier lieu, aux termes du 1° de l'article 119 *quinquies*, la société doit être établie dans un État membre de l'Union européenne ou dans une juridiction fiscale ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Cette condition de localisation s'applique non seulement au siège de direction de la société étrangère, mais également à l'établissement stable dans le résultat duquel les dividendes distribués sont inclus, permettant d'assurer que l'exonération porte sur des dividendes logés dans une juridiction liée à la France par des mécanismes permettant de recouvrer l'impôt dû.

En outre, la société étrangère (et, le cas échéant, son établissement stable) doivent être soumis à l'impôt sur les bénéfices des sociétés applicable dans l'État ou le territoire d'établissement.

- En deuxième lieu, et en application du 2° du même article, le résultat fiscal de la société étrangère (ou de son établissement stable) doit être déficitaire.

Ce caractère déficitaire est déterminé en fonction des règles fiscales applicables dans la juridiction d'établissement, en vertu desquelles le résultat est calculé.

- En troisième lieu, et comme le prévoit le 3° du même article, la société étrangère doit, à la date de la distribution, être en difficulté.

Cette dernière condition est satisfaite si la société fait l'objet dans sa juridiction de résidence d'une procédure comparable à la procédure de liquidation judiciaire française prévue à l'article L. 640-1 du code de commerce. Pour mémoire, et

aux termes de cet article L. 640-1, la procédure de liquidation judiciaire est ouverte aux débiteurs en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible.

Dans l'hypothèse où aucune procédure comparable à celle de la liquidation judiciaire n'existe dans l'État ou le territoire d'établissement, le 3° de l'article 119 *quinquies* du CGI reprend les conditions matérielles d'ouverture de la procédure française qui viennent d'être mentionnées. Dans une telle configuration, la société étrangère doit, à la date de la distribution des dividendes, être en cessation des paiements et son redressement doit être manifestement impossible. Il y a ici une nuance avec la situation dans laquelle la procédure existe dans l'autre pays dans la mesure où, dans cette situation, ce qui est apprécié à la date de la distribution est l'ouverture d'une procédure, non la satisfaction des critères matériels pouvant conduire à celle-ci.

- Chacune des trois conditions précédemment exposées doit, pour ouvrir droit à l'exonération, être satisfaite au titre de l'exercice de perception des dividendes. La preuve de leur satisfaction incombe à la société étrangère, qui doit en justifier auprès de la société résidente distributrice.

- *Une exonération résultant du droit européen*

L'introduction dans le CGI de l'article 119 *quinquies* procédait, comme d'autres dispositifs, d'une démarche de mise en conformité avec le droit de l'Union européenne et était consécutive à une mise en demeure adressée à la France par la Commission européenne le 28 mars 2014 ⁽²⁷⁵⁾.

- Avant que cet article n'existe, les sociétés étrangères déficitaires ou en liquidation judiciaire étaient passibles de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis*.

En revanche, une société française dont le résultat est déficitaire ne réalise, par définition, aucun bénéfice et ne paie dès lors aucun IS au titre du ou des exercices déficitaires. Une société en liquidation judiciaire, quant à elle, et bien que n'étant pas par principe expressément exonérée d'IS, n'acquies en pratique pas cet impôt dans la plupart des cas eu égard à sa situation économique.

- La Commission européenne estimait, dans sa mise en demeure, que cette situation conduisait à faire peser sur les sociétés étrangères déficitaires ou en liquidation une charge fiscale supérieure à celle supportées par les sociétés résidentes placées dans la même situation, les dividendes étant imposés s'ils sont distribués à une société étrangère alors qu'ils ne le sont pas si la distribution est faite au profit d'une société française.

Cette configuration, selon la Commission, méconnaissait la liberté de circulation des capitaux définie à l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Pour mémoire, il est rappelé que cette liberté s'applique non seulement au sein de l'Union européenne, mais également aux échanges associant des entreprises et organismes situés dans des juridictions tierces à l'Union.

B. DES MÉCANISMES DE RETENUES À LA SOURCE NON CONFORMES AU DROIT EUROPÉEN

L'exonération de retenue à la source prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI et la présomption de distribution des bénéficiaires prévue à l'article 115 *quinquies* du même code ne sont pas conformes au droit de l'Union européenne, ainsi qu'il résulte de deux décisions juridictionnelles récentes

1. Des modalités d'exonération de retenue à la source sur les dividendes portant atteinte à la liberté de circulation des capitaux

Bien que censé assurer une conformité de la législation fiscale française au droit européen, le dispositif prévu à l'article 119 *quinquies* du CGI n'apparaît pas pleinement compatible avec celui-ci et, en conséquence, suppose d'être modifié.

Ainsi qu'il a été vu, l'exonération de retenue à la source prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI repose sur la satisfaction de trois conditions cumulatives et ne s'applique donc qu'aux sociétés étrangères qui, au titre de l'exercice de perception des dividendes, ont un résultat déficitaire et sont en liquidation judiciaire (ou dans une situation susceptible de conduire à une telle procédure si cette dernière n'existe pas).

Or, la mise en demeure de la Commission européenne identifiant une contrariété du droit français d'alors avec la libre circulation des capitaux reposait sur une analyse alternative, non cumulative : étaient visées les sociétés non-résidentes déficitaires ou en liquidation judiciaire.

a. Des conditions cumulatives jugées compatibles avec le droit européen par le Gouvernement en 2015

L'approche cumulative, retenue par la loi de finances rectificative pour 2015 précitée qui a introduit dans le CGI l'article 119 *quinquies*, s'appuyait, d'après le Gouvernement de l'époque, sur le fait que l'analyse de la Commission européenne était excessive par rapport aux exigences posées par le TFUE ⁽²⁷⁶⁾.

Pour le Gouvernement, une société résidente ne pouvait échapper à l'IS au titre des dividendes perçus que si elle se trouvait à la fois en déficit et en liquidation judiciaire. Dès lors, l'exonération des dividendes perçus par une société non-résidente ne pouvait trouver à s'appliquer que dans une configuration semblable.

- *L'imposition future des sociétés résidentes déficitaires*

- La position du Gouvernement en 2015 reposait sur le fait qu'une société française qui perçoit des dividendes et dont le résultat est déficitaire n'est pas exonérée de l'IS dû au titre de ces dividendes dans la mesure où elle sera amenée à acquitter ce dernier ultérieurement.

En effet, les dividendes perçus sont compris dans le résultat de la société et viennent diminuer le déficit. Or, en application du troisième alinéa du I de l'article 209 du CGI, le déficit constaté au titre d'un exercice est considéré comme une charge déductible du résultat des exercices suivants.

Le déficit est donc reportable, sans limitation de durée, dans les conditions prévues à l'article 209 : le montant de déficit imputable sur le résultat d'un exercice

donné est plafonné à un million d'euros, ce plafond étant majoré de 50 % de la part du bénéfice d'imputation qui excède cette somme.

Illustration de l'encadrement du report en avant des déficits

La société A enregistre au titre d'un exercice N un résultat déficitaire de 3 millions d'euros.

Au titre de l'exercice N + 1, elle dégage un bénéfice de 2 millions d'euros.

Le déficit réalisé en N reportable sur N + 1 est égal à :

$$1\ 000\ 000 + [50\ \% \times (2\ 000\ 000 - 1\ 000\ 000)],$$

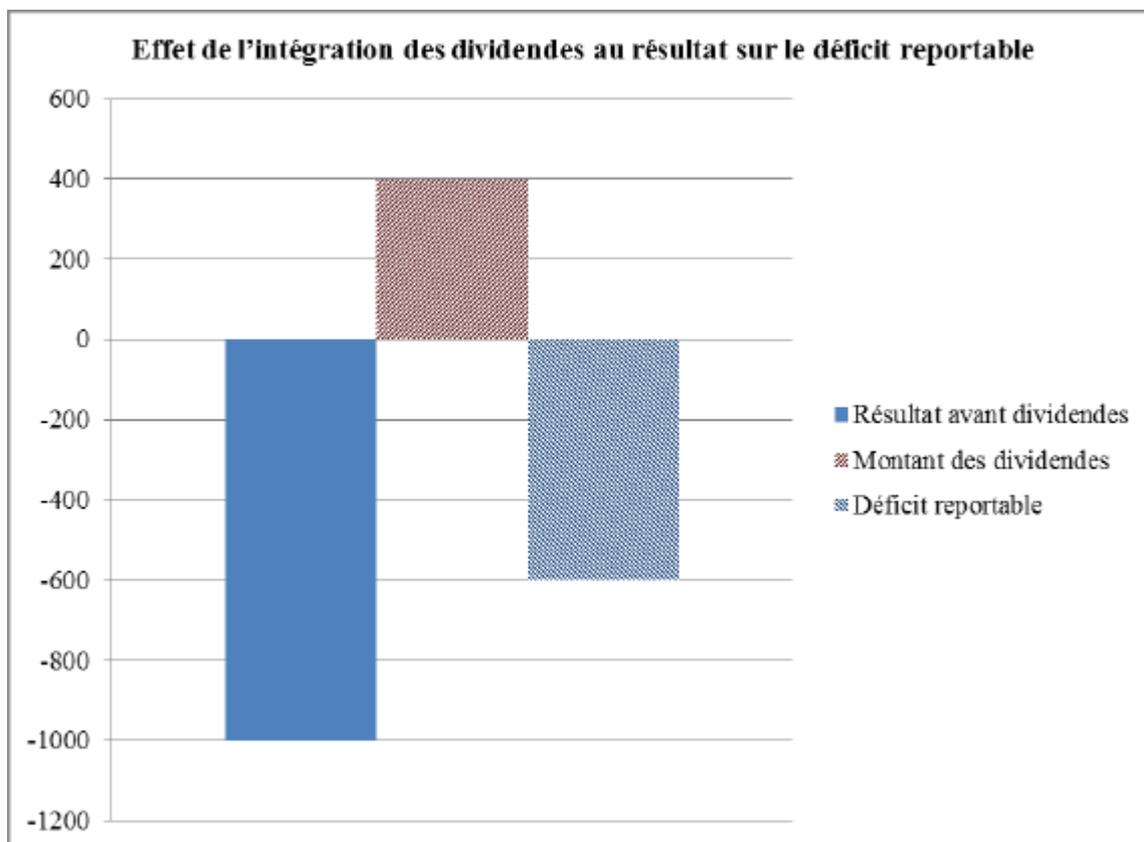
$$\text{soit } 1\ 000\ 000 + 500\ 000 = 1,5 \text{ million d'euros.}$$

Le résultat imposable de la société A au titre de l'exercice N + 1 est donc de :

$$2 - 1,5 = 500\ 000 \text{ euros.}$$

La fraction du déficit non imputée, soit 1,5 million d'euros, pourra s'imputer sur les résultats des exercices suivants.

Les dividendes sont donc bien inclus dans le résultat de la société et viennent ainsi diminuer le déficit reportable, ce qu'illustre le graphique suivant.



Source : commission des finances.

En conséquence, du fait de cette intégration, lorsque le résultat de la société redeviendra bénéficiaire, les dividendes seront imposés à l'IS au taux de droit commun, ce que montre l'exemple ci-après reposant sur une société percevant en N des dividendes d'une valeur de 400.

EFFET DE L'INTÉGRATION DES DIVIDENDES AU RÉSULTAT SUR L'IMPOSITION D'UNE ENTREPRISE

Exercice	N	N + 1	N + 2	N + 3	N+ 4
<i>Résultat avant report de déficit et intégration des dividendes</i>	– 1 000	+ 500	+ 400	+ 50	+ 250
Résultat après report de déficit et avant intégration des dividendes	– 1 000	– 500	– 100	– 50	+ 200
Résultat après intégration des dividendes (dividendes = 400)	– 600	– 100	+ 300	+ 50	+ 250

Source : commission des finances.

Il ressort de cet exemple que, sans intégration des dividendes perçus en N au résultat de l'entreprise, cette dernière n'est effectivement imposée qu'au titre de l'exercice N + 4, et non avant.

En revanche, l'intégration des dividendes réduisant le déficit reportable, le résultat devient plus rapidement bénéficiaire, ici dès l'exercice N + 2.

- Les sociétés déficitaires qui ne sont pas en liquidation acquittent donc bien toutes l'IS dû au titre des dividendes qu'elles perçoivent :

- pour les sociétés non-résidentes, lors de la perception de ces dividendes au titre de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI, l'absence de situation de liquidation judiciaire les privant de l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du même code ;

- pour les sociétés résidentes, à travers la diminution de leur déficit reportable, lorsqu'elles redeviennent bénéficiaires.

- *Un désavantage de trésorerie vu comme compatible avec le droit européen en 2015*

- Il n'en reste pas moins certain que la temporalité différente de l'imposition des dividendes procure aux sociétés résidentes un avantage de trésorerie, puisque leur imposition est reportée là où celle des dividendes perçus par des sociétés non résidentes est immédiate.

Cette différence en termes de trésorerie était assumée par le Gouvernement en 2015, ce dernier n'y voyant pas de contrariété avec le droit européen. Ainsi que le secrétaire d'État au budget Christian Eckert l'indiquait devant le Sénat lors de l'examen du projet de loi de finances rectificative pour 2015, « *le décalage dans le temps de la perception de l'impôt est sans pertinence pour établir l'existence d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux* » ⁽²⁷⁷⁾.

- L'analyse gouvernementale s'appuyait sur une décision du Conseil d'État *Société GBL Energy* rendue le 9 mai 2012 par sa formation de plénière fiscale ⁽²⁷⁸⁾.

Dans cette décision, le Conseil d'État indiquait que deux sociétés déficitaires, l'une résidente, l'autre non résidente, « *ne peuvent être regardées comme étant dans une situation objectivement comparable* » (considérant n° 15), se fondant en cela sur une décision de la CJUE du 22 décembre 2008, dans laquelle la Cour reconnaissait une différence objective de situation entre sociétés résidentes et non résidentes susceptible de justifier des techniques de perception de l'impôt différentes ⁽²⁷⁹⁾.

Le Conseil d'État, relevant ensuite que la diminution du déficit reportable résultant de l'inclusion, dans le résultat de la société résidente, des dividendes qu'elle a perçus, emportait imposition ultérieure de ces derniers, a alors estimé que le décalage temporel de la perception de l'impôt entre la situation d'une société résidente (imposition ultérieure à l'IS) et celle d'une société non résidente (retenue à la source immédiate) ne procédait que de la différence des techniques d'imposition mises en œuvre. Il en concluait alors que « *le seul désavantage de trésorerie que comporte la retenue à la source pour la société non résidente ne peut ainsi être regardé comme constituant une différence de traitement caractérisant une restriction à la liberté de circulation des capitaux* » (considérant n° 16).

b. Des modalités jugées contraire au droit européen par le Parlement en 2015

Le Gouvernement avait mis en avant cette décision du Conseil d'État lors de l'examen du projet de loi de finances rectificative pour 2015 pour justifier la conformité au droit européen de la rédaction proposée de l'article 119 *quinquies* s'agissant de la nature cumulative des conditions, et en vue de répondre aux objections alors soulevées par les rapporteurs généraux des commissions des finances des deux assemblées.

- Tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, en effet, des critiques sur cette nature cumulative avaient été formulées en soulignant le constat d'une divergence d'interprétation entre le Conseil d'État dans sa décision de 2012, et la Commission européenne dans sa mise en demeure, de laquelle ressortait la nature alternative des situations déficitaires et de liquidation.

L'Assemblée nationale avait d'ailleurs tiré les conséquences du point de vue de la Commission européenne, en modifiant la rédaction proposée de l'article 119 *quinquies* du CGI pour y consacrer la nature alternative des situations ⁽²⁸⁰⁾.

Si le Sénat avait ensuite rétabli, à l'initiative du Gouvernement, la rédaction initiale du dispositif – et donc la nature cumulative des conditions –, ce le fut contre l'avis émis par sa commission des finances ⁽²⁸¹⁾.

- La proposition alternative adoptée par l'Assemblée nationale à l'initiative de Mme Valérie Rabault, alors Rapporteuse générale de la commission des finances, présentait cependant une difficulté soulignée au Sénat ⁽²⁸²⁾ et à l'Assemblée ⁽²⁸³⁾.

En rendant alternative les conditions tenant à la situation déficitaire et à l'état de liquidation de la société, le dispositif aurait en effet paradoxalement conduit à renverser la situation en plaçant les sociétés résidentes, c'est-à-dire françaises, dans une situation désavantageuse par rapport aux sociétés non résidentes.

Ainsi qu'il a été vu, les dividendes distribués à des sociétés résidentes finissent par être imposés, au titre d'un exercice bénéficiaire ultérieur – sauf en cas de cessation d'activités. Dès lors, une société française déficitaire se serait trouvée imposée, certes dans le futur, alors qu'une société étrangère déficitaire mais ne se trouvant pas en liquidation et donc étant capable de poursuivre son activité et, potentiellement, de redevenir bénéficiaire, aurait été définitivement exonérée.

En aurait résulté une discrimination à rebours susceptible de méconnaître le principe constitutionnel d'égalité.

c. La reconnaissance d'une atteinte à la liberté de circulation des capitaux par un désavantage de trésorerie : la décision Sofina du 22 novembre 2018

L'économie générale de l'article 119 *quinquies* du CGI, reposant sur l'analyse selon laquelle un simple désavantage de trésorerie pour les sociétés non résidentes ne porte pas atteinte à la liberté de circulation des capitaux, a été remise en cause par la CJUE dans une décision *Sofina* rendue le 22 novembre 2018 ⁽²⁸⁴⁾.

Le litige, portant sur la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI dans sa rédaction applicable entre 2008 et 2011, avait été initié par des sociétés belges qui contestaient l'application, sur les dividendes qu'elles avaient perçus à raison de participation dans des sociétés françaises, de la retenue à la source prévue par le droit français (au taux de 15 %, en vertu de la convention fiscale franco-belge), alors que les résultats de ces sociétés belges étaient déficitaires.

- La CJUE a relevé que l'imposition des dividendes distribués à une société résidente déficitaire était « *reportée sur un exercice ultérieur bénéficiaire, procurant ainsi un avantage de trésorerie* » ⁽²⁸⁵⁾.

La Cour en a tiré la conclusion que, au titre de l'exercice fiscal de distribution – dont il doit être tenu compte pour apprécier l'éventuel traitement désavantageux –, la société étrangère est immédiatement et définitivement imposée alors que la société française ne l'est pas, voire ne le sera jamais dans la mesure où il résulte de la législation française la possibilité d'une « *exonération en cas de cessation d'activités* » ⁽²⁸⁶⁾.

En conséquence, et c'est là que la décision *GBL Energy* du Conseil d'État a été infirmée, « *l'exclusion d'un avantage de trésorerie dans une situation transfrontière alors qu'il est octroyé dans une situation équivalente sur le territoire national constitue une restriction à la libre circulation des capitaux* » ⁽²⁸⁷⁾ et pourrait dissuader les prises de participation transfrontières.

- Aucun des arguments avancés par le Gouvernement français pour justifier de la conformité de la retenue à la source française avec le droit européen n'a prospéré :

- la circonstance que le taux d'imposition des dividendes distribués à une société belge soit inférieur au taux normal de l'IS français est inopérante dans la mesure où, d'une part, la Belgique a la faculté d'imposer elle aussi ces mêmes dividendes en application de la convention fiscale bilatérale, d'autre part, au motif qu'un traitement fiscal désavantageux ne saurait être compensé par l'existence éventuelle d'un autre avantage ;

- l'avantage fiscal dont sont privées les sociétés étrangères (report d'imposition, voire exonération définitive) ne peut être vu comme se limitant aux modalités de perception de l'impôt ;

- l'argument tiré du risque de réduction des recettes fiscales si les sociétés étrangères cessaient leurs activités ne constitue pas une raison impérieuse d'intérêt général à même de justifier une différence de traitement, et peut sembler baroque dans la mesure où une telle réduction de recettes est déjà acquise en cas de cessation d'activités des sociétés résidentes ;

– enfin, la Cour a rappelé que si le recouvrement efficace de l'impôt peut justifier une restriction aux libertés européennes, le dispositif national n'en demeurerait pas moins excessif, les mécanismes d'assistance entre administrations fiscales nationales étant de nature à assurer un recouvrement efficace auprès de sociétés étrangères.

● Dans une décision du 27 février 2019 *Société Sofina et autres*, le Conseil d'État a tiré toutes les conséquences de la décision rendue par la CJUE en novembre 2018, en jugeant que le droit de l'Union européenne fait obstacle à ce qu'une « *retenue à la source soit prélevée sur les dividendes perçus par une sociétés non résidente qui se trouve, au regard de la législation de son État de résidence, en situation déficitaire.* » ⁽²⁸⁸⁾

d. La nécessité de modifier en conséquence les autres retenues et prélèvements à la source

Si la décision *Sofina* de la CJUE ne portait que sur les modalités d'exonération de la retenue à la source sur les dividendes prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI, elle appelle néanmoins une évolution touchant les autres retenues et prélèvements à la source prévues au 1 du même article 119 *bis* et aux articles 182 A *bis*, 182 B, 244 *bis*, 244 *bis* A et 244 *bis* B du même code.

Les sociétés non résidentes déficitaires et en liquidation acquittent en effet ces retenues et prélèvements, tandis que les sociétés françaises dans la même situation ne seront pas imposables sur les revenus concernés, ne pouvant redevenir bénéficiaires.

2. Une présomption de distribution des bénéfices contraire à la liberté d'établissement

La présomption prévue à l'article 115 *quinquies* du CGI, selon laquelle les bénéfices qu'une société étrangère réalise en France sont réputés distribués à des associés non résidents, a récemment été jugée contraire au droit de l'Union européenne par le Conseil d'État.

Dans une décision *Cofinimmo* du 10 juillet 2019 ⁽²⁸⁹⁾, le Conseil d'État a en effet considéré qu'elle méconnaissait de façon non justifiée la liberté d'établissement, qui garantit notamment aux sociétés le libre choix de la forme juridique la plus appropriée pour l'exercice de leurs activités dans un autre État membre.

Le Conseil d'État a relevé que le dispositif français ne prévoyait pas de possibilité d'obtenir une nouvelle liquidation de la retenue à la source lorsque la société étrangère démontrait que les bénéfices réalisés en France avaient été mis en réserve ou investis, et que les sommes distribuées à ses associés non résidents étaient ainsi prélevées sur les bénéfices tirés d'exploitations étrangères qui ne relèvent pas de la compétence fiscale de la France.

Or, dans une telle situation, la base de calcul de la retenue à la source excède les distributions effectives auxquelles elle devrait s'appliquer. L'impossibilité d'obtenir une nouvelle liquidation de la retenue constitue ainsi un mode de calcul désavantageux lorsque la société étrangère tire des bénéfices en France à partir d'un établissement stable. Elle entrave donc l'exercice d'une activité en France par

l'intermédiaire d'un tel établissement stable, et porte par conséquent atteinte au libre choix de la forme d'exercice des activités.

II. LE DISPOSITIF PROPOSÉ

Le présent article tire les conséquences des décisions précitées *Sofina* et *Cofinimmo* en mettant en conformité avec le droit européen les dispositifs de retenues et prélèvements à la source prévus en droit français. Son impact budgétaire ne peut être chiffré.

A. LA MISE EN CONFORMITÉ AVEC LE DROIT EUROPÉEN DES RETENUES ET PRÉLÈVEMENTS À LA SOURCE TOUCHANT LES SOCIÉTÉS DÉFICITAIRES ÉTRANGÈRES

Les modalités de mise en conformité au droit de l'Union européenne des retenues et prélèvements à la source prévues par le présent article sont de différentes natures :

– le champ de l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI, relative à un seul dispositif, est étendu à l'ensemble des mécanismes de retenues et prélèvement à la source ; il s'agit d'une mise en conformité préventive ;

– pour les sociétés étrangères déficitaires, un dispositif de restitution de la retenue à la source assortie d'un report d'imposition est mis en place, tirant directement les conséquences de la décision *Sofina* ;

– enfin, une hypothèse supplémentaire est ajoutée aux cas d'ouverture d'une nouvelle liquidation de retenue à la source dans le cadre de la présomption figurant à l'article 115 *quinquies* du CGI, afin de tirer les conséquences de la décision *Cofinimmo*.

1. L'extension à l'ensemble des retenues et prélèvements à la source de l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI

Le dispositif proposé modifie substantiellement le champ de l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI, cantonnée jusque-là à la retenue à la source sur les dividendes prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI, en l'étendant aux autres retenues et prélèvements à la source.

● En effet, le **a du 1 du B du I du présent article** substitue à cette unique référence la mention des articles relatifs aux autres dispositifs :

– la retenue à la source prévue au 1 de l'article 119 *bis* du CGI est incluse à travers le remplacement du renvoi au seul 2 de cet article par une référence à l'article dans son ensemble ;

– les retenues à la source prévues aux articles 182 A *bis* et 182 B du même code sont incluses par la référence expresse à ces articles ;

– il en va de même pour les prélèvements prévus aux articles 244 *bis*, 244 *bis* A et 244 *bis* B dudit code.

L'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI pour les sociétés étrangères déficitaires et en liquidation s'appliquera donc sur l'ensemble des mécanismes de retenues et prélèvements à la source.

Ainsi qu'il a été vu dans les développements précédents, si cette extension ne résulte pas directement et immédiatement de la décision *Sofina*, qui ne portait que sur l'exonération de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI, elle n'en reste pas moins nécessaire pour éviter que les sociétés étrangères déficitaires et en liquidation ne souffrent d'un désavantage manifeste par rapport aux sociétés françaises placées dans la même situation, les premières payant un impôt en l'absence d'exonération tandis que les secondes y échappent, faute de résultat bénéficiaire imposable.

L'extension ici prévue assure donc une égalité de traitement compatible avec le droit de l'Union européenne.

- Conséquence de cette extension, le terme « produits », qui renvoie aux dividendes distribués, est remplacé par les termes de revenus et de profits, plus larges et englobant les sommes concernées par les autres dispositifs.

Cette évolution sémantique suppose plusieurs coordinations au sein de l'article 119 *quinquies*, auxquelles procèdent les **b et c du 1°**, le **2°** et le **4° du B du I du présent article**.

- Enfin, le **3° du B du I du présent article** précise les modalités de satisfaction de la première des trois conditions à remplir pour bénéficier de l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI, c'est-à-dire celle figurant au 1° de cet article et relative à la localisation du siège de direction – ou de l'établissement stable si les revenus et profits sont inclus dans le résultat de ce dernier.

Aux termes du **a de ce 3°**, l'actuelle condition de localisation sera applicable aux retenues et prélèvements à la source prévus aux articles 182 A *bis*, 182 B, 244 *bis*, 244 *bis* A et 244 *bis* B. Pour mémoire, cette condition exige une localisation dans un État membre de l'Union européenne ou dans une juridiction liée à la France par une convention d'assistance administrative pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Sont donc concernées l'ensemble des mécanismes de retenues et prélèvements à la source, à l'exception de ceux prévus à l'article 119 *bis* du CGI.

Pour ceux-ci, le **b du 3°** prévoit une condition de localisation différente et enrichie aux termes de laquelle le siège de la société étrangère ou l'établissement stable de celle-ci doit se situer dans un État répondant aux trois critères cumulatifs suivants :

- avoir conclu avec la France une convention administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ;

- être lié avec la France par une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement dont la portée est similaire à celle prévue par la directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement ⁽²⁹⁰⁾, qui s'est substituée à la directive 2008/55/CE du 26 mai 2008 sur le même objet ⁽²⁹¹⁾ ;

- ne pas être un ETNC au sens de l'article 238-0 A du CGI.

L'assistance internationale en matière de recouvrement

L'assistance internationale en matière de recouvrement est un moyen efficace de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, en permettant à un État de solliciter d'un autre État le fait de procéder, pour son compte, au recouvrement de créances fiscales. Cette assistance permet donc de surmonter l'obstacle lié à l'absence d'habilitation pour les autorités fiscales d'un État d'engager une action en recouvrement sur un territoire échappant à leur juridiction.

Les instruments juridiques consacrant l'assistance en matière de recouvrement sont multiples :

- des conventions fiscales bilatérales contenant une stipulation sur l'assistance au recouvrement – les conventions conclues par la France contiennent ainsi généralement des clauses reprenant le contenu des articles 26 et 27 du modèle de convention fiscale de l'OCDE ⁽¹⁾ ;
- des conventions bilatérales dédiées à ce volet ; le Bulletin officiel des finances publiques (BOFiP) fournit la liste de vingt-neuf accords bilatéraux conclus par la France et le lien vers leur contenu ⁽²⁾ ;
- des conventions multilatérales *ad hoc*, telle celle élaborée sous l'égide de l'OCDE et du Conseil de l'Europe ⁽³⁾ ;
- au sein de l'Union européenne, la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 précitée fournit un standard minimum commun à l'ensemble des États membres.

(1) OCDE (2018), [Modèle de Convention fiscale](#) concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017, pages 527 et suivantes et 550 et suivantes.

(2) BOFiP, [BOI-ANXX-000307](#), mise à jour du 21 juin 2019.

(3) *Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale du 26 janvier 1988 et Protocole d'amendement à la convention du Conseil de l'Europe concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale du 27 mai 2010.*

2. L'introduction d'un mécanisme de restitution temporaire des sommes payées au titre des retenues et prélèvements à la source par des sociétés étrangères déficitaires

La traduction directe des conséquences de la décision *Sofina* figure au **C du I du présent article**, qui met en place un mécanisme de restitution temporaire de retenues et prélèvements à la source pour certaines sociétés étrangères déficitaires.

Ce mécanisme est consacré dans un **article 235 quater rétabli du CGI**, constituant la section I rétablie du chapitre IV du titre I^{er} de la première partie du livre I^{er} du code. De façon simplifiée :

- le I de cet article 235 *quater* porte sur la restitution temporaire, précisant le champ d'application du mécanisme et ses conditions d'éligibilité ;

- le II de l'article 235 *quater* consacre le principe du report d'imposition de la retenue ou du prélèvement à la source, tandis que ses III et IV sont dédiés aux obligations déclaratives des sociétés étrangères et aux conditions du maintien du report ;

- enfin, le V de cet article porte sur la fin du report et les modalités d'imposition applicables.

Schématiquement, la société étrangère sollicite de l'administration la restitution des sommes versées au titre d'une retenue ou d'un prélèvement à la source. Ces sommes font l'objet d'une imposition reportée, le report prenant fin au retour à meilleure fortune de la société, c'est-à-dire lorsqu'elle redevient bénéficiaire.

a. Le champ d'application du mécanisme de restitution temporaire

Le mécanisme de restitution temporaire prévu à l'article 235 *quater* rétabli du CGI est une possibilité offerte à certaines sociétés, sur demande de celles-ci.

- *Les impositions concernées par le mécanisme*

Le mécanisme de restitution temporaire s'applique aux sommes dues en application des retenues et prélèvements à la source précédemment mentionnés, c'est-à-dire aux dispositifs figurant aux articles 119 *bis*, 182 A *bis*, 182 B, 244 *bis*, 244 *bis* A et 244 *bis* B du CGI.

Ce périmètre est en effet expressément consacré au premier alinéa des I et II de l'article 235 *quater* rétabli.

- *Les conditions d'éligibilité relatives aux sociétés étrangères*

Trois conditions cumulatives doivent être remplies par la société bénéficiaire des revenus et profits ayant fait l'objet d'une retenue ou d'un prélèvement à la source.

- En premier lieu, et aux termes du 1^o du I de l'article 235 *quater* rétabli, ce bénéficiaire – qui ne peut être une personne physique – doit satisfaire à un critère de localisation de son siège de direction effective ou de son établissement stable, si les revenus et gains sont inclus dans le résultat de ce dernier.

Ce critère est voisin de celui exigé dans le cadre de l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI : la distinction entre les dispositifs de retenues et prélèvements à la source s'y retrouve en effet.

Dans le cadre des retenues à la source prévues à l'article 119 *bis* du CGI, le siège de direction – ou l'établissement stable – doit se situer dans un État qui n'est pas un ETNC et qui est lié à la France :

- par une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ;

- et par une convention d'assistance mutuelle en matière de recouvrement correspondant au contenu de la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 précitée.

Il s'agit des mêmes conditions que celles prévues dans le cadre de l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI dans sa rédaction résultant du B du I du présent article.

Dans le cadre des autres retenues et prélèvements à la source, la localisation doit se faire dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'EEE ayant conclu avec la France :

- une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ;

– une convention d’assistance mutuelle répondant aux exigences posées par la directive 2010/24/UE précitée.

Le fait de conditionner l’application du mécanisme à l’existence d’une convention dédiée à l’assistance en matière de recouvrement est logique et cohérent avec l’ensemble du dispositif, qui consiste en une restitution temporaire suivie, en principe, de l’imposition de la société étrangère qui doit être correctement recouvrée.

- En second lieu, le bénéficiaire des sommes doit être en situation de déficit.

En effet, et ainsi qu’en dispose le 2° du I de l’article 235 *quater* rétabli du CGI, le résultat fiscal de l’exercice au cours duquel les revenus et profits ayant fait l’objet des retenues ou prélèvements à la source ont été perçus ou réalisés doit être déficitaire.

Les revenus et profits soumis aux retenues et prélèvements à la source sont pris en compte dans le résultat, ce dernier étant calculé en les intégrant.

Précision importante, la détermination du résultat est réalisée en fonction des règles applicables dans la juridiction d’établissement du siège de direction ou de l’établissement stable, conformément à la lettre du 2°. En conséquence, le caractère déficitaire du résultat ne dépendra pas des règles fiscales françaises, mais de la législation de l’État ou du territoire de résidence.

L’opportunité de calculer le résultat étranger en fonction des règles étrangères

Le fait de retenir les règles applicables dans la juridiction de résidence et non les règles françaises résulte de la décision *Sofina* rendue par le Conseil d’État le 27 février 2019 à la suite de celle de la CJUE. Le Conseil d’État y mentionne en effet expressément « *une société non résidente qui se trouve, au regard de la législation de son État de résidence, en situation déficitaire.* »¹⁰. Cette solution apparaît opportune à plusieurs égards.

D’une part, elle fait écho à la condition de déficit prévue à l’article 119 *quinquies*, qui fait référence au résultat « *calculé selon les règles de l’État ou du territoire où est situé [le] siège de direction effective ou l’établissement stable* ».

Le législateur, en 2015, avait déjà choisi de retenir la législation étrangère pour la détermination du résultat de la société. Un choix différent ici serait source de complexité et de confusion.

D’autre part, et dans le même sens, les retraitements qu’aurait supposés l’application des règles fiscales françaises plutôt qu’étrangères se seraient révélés probablement délicats non seulement s’agissant de leurs modalités pratiques – quelle aurait été l’ampleur de la transposition des règles françaises ? – mais aussi d’un point de vue administratif, en termes de charge pesant sur la société étrangère. Cette charge pourrait rapidement se révéler excessive, privant d’effectivité le bénéfice réel de l’exonération pour la société étrangère.

Au demeurant, sous l’angle de la souveraineté fiscale, une retenue à la source portant sur des dividendes ne suppose, pour la juridiction qui l’applique, que de connaître le montant des dividendes, sans exiger un retraitement complet du résultat étranger pour y transposer les règles françaises, retraitement qui pourrait alors être vu comme un « *empiétement disproportionné* » sur la souveraineté fiscale des autres pays, pour reprendre les termes employés dans ses conclusions sur le litige *Sofina* par la rapporteure publique Émilie Bokdam-Tognetti¹¹.

Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que le renvoi aux règles fiscales étrangères ne privera pas l'administration fiscale française de moyens de contrôler l'exactitude des déclarations faites par la société étrangère. Les dispositifs d'assistance administrative ont précisément pour objectif d'assurer un tel contrôle à travers une coopération entre administrations, point d'ailleurs souligné dans sa décision du 22 novembre 2018 par la CJUE qui faisait notamment référence à la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010 ⁽³⁾.

Il est en conséquence heureux que le Conseil d'État, en février dernier, puis le Gouvernement, dans le dispositif proposé, aient suivi l'invitation de Mme Bokdam-Tognetti à retenir la législation étrangère, approche « *la plus praticable, la plus certainement conforme au droit de l'Union, et la plus en continuité avec le choix opéré par le législateur en 2015* » ⁽⁴⁾.

(1) Conseil d'État, décision n 398662 précitée, § 3.

(2) Émilie Bokdam-Tognetti, conclusions sous la décision Sofina du 27 février 2019, in *Revue de droit fiscal*, n° 26, 28 juin 2019, n° 311.

(3) CJUE, décision C-575/17 précitée, § 73 à 77.

(4) Émilie Bokdam-Tognetti, id.

b. L'imposition en report des revenus et profits soumis aux retenues et prélèvements à la source

Le II de l'article 235 *quater* rétabli du CGI pose le principe de l'imposition en report des revenus et profits perçus ou réalisés par la société étrangère déficitaire.

• *Le principe de l'imposition en report et ses modalités de calcul*

C'est la restitution à la société étrangère déficitaire des sommes retenues ou prélevées sur le fondement d'un ou de plusieurs des dispositifs de retenues et de prélèvements à la source qui donne lieu à l'imposition.

Cette imposition est calculée en appliquant aux éléments d'assiette de chacun de ces dispositifs le taux pertinent prévu, les règles d'assiette et de taux à retenir dans ce cadre étant celles en vigueur lors du fait générateur des retenues et prélèvements qui ont fait l'objet de la restitution.

À titre d'exemple, s'agissant de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* du CGI, le fait générateur correspond à la date du paiement effectif des dividendes. Dès lors, pour le calcul de l'imposition prévue au II de l'article 235 *quater* rétabli du CGI, il faudra se référer aux règles déterminant l'assiette et le taux de la retenue en vigueur à cette date.

La dernière phrase du premier alinéa du II de l'article 235 *quater* indique l'identité du débiteur de cette imposition, qui est la société étrangère bénéficiaire des revenus et profits.

Le principe du report de l'imposition est prévu à cette même phrase, ses modalités et son terme étant régies par les III à V du même article.

Enfin, le second alinéa du II de cet article précise que l'imposition en report obéit aux règles applicables en matière d'IS s'agissant de son établissement, de son contrôle et de son recouvrement.

• L'imposition en report, nécessaire corollaire de la restitution

Le fait pour la société étrangère qui remplit les conditions prévues au I de l'article 235 *quater* rétabli du CGI de pouvoir prétendre à la restitution des sommes retenues ou prélevées à la source a comme nécessaire corollaire l'imposition des revenus et profits soumis aux retenues ou prélèvements une fois la société redevenue bénéficiaire.

En effet, en l'absence d'un tel mécanisme d'imposition reportée, la société étrangère déficitaire profiterait d'une exonération de fait, tandis qu'une société française placée dans la même situation finirait, une fois son résultat à nouveau bénéficiaire, par acquitter l'impôt assis sur les revenus et profits perçus ou réalisés. Il s'agirait alors de la configuration précédemment évoquée de discrimination à rebours présentant un risque constitutionnel important ⁽²⁹²⁾.

Dès lors que sont écartées les idées consistant en une généralisation de l'exonération définitive à toutes les sociétés, même résidentes, ou à l'inverse en une systématisation des retenues et prélèvements à la source, y compris pour les sociétés françaises, la meilleure solution envisageable réside dans le diptyque proposé, à savoir une restitution temporaire assortie d'une imposition en report qui devient effective une fois la société bénéficiaire.

Il s'agissait d'ailleurs de la préconisation faite dans ses conclusions précitées sur le litige *Sofina* par Mme Bokdam-Tognetti.

c. Les obligations déclaratives pesant sur les sociétés étrangères

Pour pouvoir bénéficier, d'une part, de la restitution des sommes retenues ou prélevées à la source au titre des revenus et profits perçus ou réalisés, d'autre part, du report de l'imposition de ces revenus et profits, la société étrangère déficitaire est tenue au respect d'obligations déclaratives définies aux III et IV de l'article 235 *quater* rétabli du CGI.

• Aux termes du III et du second alinéa du IV de cet article, la société étrangère doit déposer auprès du service des impôts des non résidents une déclaration comportant les informations suivantes :

– l'identité et l'adresse du bénéficiaire des revenus et profits, c'est-à-dire de la société étrangère déficitaire ;

– le montant du déficit enregistré, déterminé en application des règles de la juridiction de résidence de cette société – conformément au 2° du I de l'article 235 *quater* ;

– un état de suivi des revenus et profits en report d'imposition, qui doit être annexé à la déclaration.

Le dépôt de cette déclaration doit être fait dans un délai de trois mois suivant la clôture de l'exercice durant lequel est intervenu le fait générateur de la retenue ou du prélèvement à la source dont la société sollicite la restitution.

Aux termes de la première phrase du premier alinéa du IV de l'article 235 *quater* du CGI, l'imposition et son report prennent effet à la date à laquelle la déclaration est déposée.

Illustration du calendrier de dépôt de la déclaration prévue au III de l'article 235 *quater* rétabli du CGI

Une société étrangère A, dont les exercices coïncident avec l'année civile, a perçu d'une filiale française, le 15 octobre N, des dividendes qui ne sont pas éligibles au régime mère-fille. Ils font l'objet d'une retenue à la source sur le fondement du 2 de l'article 119 *bis* du CGI.

Le résultat de cet exercice N, en application des règles de la juridiction d'établissement de la société, est déficitaire.

Pour pouvoir se prévaloir du dispositif prévu à l'article 235 *quater* rétabli du CGI et donc bénéficier de la restitution de la retenue à la source et du report de l'imposition des dividendes, la société A devra déposer la déclaration prévue au III de ce même article au plus tard le 31 mars N + 1.

- Pour que le report d'imposition soit maintenu au titre des exercices suivants celui au titre duquel la restitution a été demandée, la société doit, en application du IV de l'article 235 *quater* rétabli du CGI, produire pour chacun de ces exercices une déclaration indiquant :

- son résultat fiscal, déterminé en application des règles de sa juridiction de résidence ;

- l'état de suivi des revenus et profits dont l'imposition est reportée, annexé à la déclaration.

Le délai de production de cette déclaration est le même que celui prévu pour la déclaration initiale : trois mois suivant la clôture de chaque exercice.

- L'ensemble de ces déclarations ne constitue pas une charge administrative supplémentaire excessive pour les sociétés étrangères et, en tout état de cause, ces déclarations sont proportionnées à leur objectif : permettre aux sociétés étrangères de percevoir la restitution de la retenue ou du prélèvement à la source, tout en garantissant à l'administration la possibilité de suivre leur situation.

Sans de telles déclarations, en effet, il serait difficile, sinon impossible à l'administration fiscale française de connaître l'état des sociétés étrangères et, notamment, leur éventuel retour à une situation bénéficiaire, compromettant alors le recouvrement de l'impôt.

d. La fin du report de l'imposition des revenus et profits

Trois situations alternatives mettent un terme au report de l'imposition ; elles sont mentionnées au V de l'article 235 *quater* rétabli du CGI.

- **La fin du report en cas de réalisation d'un bénéfice**

D'une part, aux termes du 1° de ce V, le report prend fin si la déclaration devant être produite au titre de chacun des exercices suivant celui au titre duquel la restitution a été demandée fait apparaître un bénéfice.

Cette condition est logique dans la mesure où le principe même du dispositif prévu à l'article 235 *quater* est de ne s'appliquer qu'aux sociétés étrangères

déficitaires afin de garantir l'égalité de traitement avec les sociétés résidentes placées dans la même situation.

• La fin du report en cas de non-respect des obligations déclaratives

D'autre part, ainsi qu'en dispose le 3^o du V de cet article, il est mis fin au report en cas de non-respect par la société de ses obligations déclaratives prévues au IV du même article, c'est-à-dire en cas de défaut de production – ou de production incomplète ou tardive – de la déclaration devant être produite au titre de chacun des exercices suivant le premier.

Cette hypothèse est nécessaire, le non-respect par une société étrangère de ses obligations déclaratives pouvant sérieusement faire obstacle au bon recouvrement de l'impôt français.

Néanmoins, les modalités prévues peuvent apparaître brutales : il est tout à fait possible que les sociétés étrangères ne soient pas familières des obligations déclaratives françaises. En tout état de cause, mettre automatiquement fin au report d'imposition si la déclaration se révèle incomplète sans que cela ne traduise une volonté de manquement, ou est déposée avec un retard d'à peine quelques jours, semble excessif. De tels manquements ne sont pas de nature à compromettre l'effectivité du recouvrement ultérieur de l'impôt par l'administration française.

En conséquence, il serait opportun de subordonner la fin du report en cas de non-respect des obligations déclaratives au fait de ne pas avoir satisfait à une mise en demeure préalable de produire la déclaration dans un délai de trente jours. Une telle procédure offrirait un filet de sécurité aux sociétés étrangères tout en assurant le recouvrement de l'impôt en cas de persistance dans le défaut déclaratif. Cela constituerait ainsi un compromis équilibré entre l'impératif fiscal et la souplesse administrative, surtout dans le contexte du « droit à l'erreur » en France.

Cette mise en demeure pourrait être assortie d'une amende, si elle est suivie d'effet, afin de distinguer les sociétés qui ont spontanément respecté leurs obligations déclaratives de celles mises en demeure. Les secondes sont en effet moins vertueuses que les premiers, justifiant une telle amende.

Le montant de cette amende pourrait être de 1 500 euros, à l'image de ce que prévoit l'article 1729 B du CGI pour certains manquements :

– un montant proportionnel, tel que 10 % de la somme en report d'imposition, serait en revanche excessif dans la mesure où, d'une part, n'est pas en cause un défaut de production d'une déclaration permettant de déterminer l'assiette ou de liquider un impôt et, d'autre part, l'effet du défaut de production, s'il persiste malgré la mise en demeure, est de conduire à l'imposition, non de l'empêcher ;

– à l'inverse, un montant de 150 euros (montant de droit commun prévu à l'article 1729 B) serait trop peu dissuasif et risquerait de se révéler inférieur au coût du recouvrement de l'amende due par une société établie à l'étranger.

- **La fin du report en cas de dissolution sans liquidation ni transfert de déficit**

Enfin, une troisième hypothèse prévue au 2° dudit V met fin au report d'imposition : si la société étrangère fait l'objet d'une opération « *entraînant sa dissolution sans liquidation* », c'est-à-dire d'une forme de fusion.

La dissolution sans liquidation

Généralement, la dissolution d'une société précède sa liquidation, cette dernière marquant l'arrêt définitif de la société.

Cependant, les deux procédures demeurent formellement distinctes et, dans certaines situations, la dissolution peut ne pas être suivie d'une liquidation.

En droit français, tel est le cas lors d'une transmission universelle de patrimoine (TUP), régie par l'article 1844-5 du code civil et applicable aux sociétés unipersonnelles telles que les entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée (EURL) ou les sociétés par action simplifiée unipersonnelle (SASU) dont l'associé unique est une personne morale.

La TUP permet l'acquisition par une société du patrimoine d'une société dissoute de façon simplifiée : il s'agit donc d'une forme de fusion.

Le même 2° prévoit toutefois que le report d'imposition est maintenu si la société liquidée a transféré ses déficits à la société qui l'a absorbée ou à qui ont été faits les apports, sous réserve que cette seconde société s'engage à déposer la déclaration prévue au IV du nouvel article 235 *quater* du CGI. Ces dispositions garantissent une égalité de traitement des fusions touchant des sociétés étrangères vis-à-vis de celles portant sur des sociétés françaises, dans le cadre desquelles les déficits peuvent être transférés selon les modalités prévues au II de l'article 209 du CGI.

Enfin, le second alinéa du 2° du V du nouvel article 235 *quater* du CGI prévoit l'acquisition définitive de la restitution – et donc l'absence d'imposition – dans l'hypothèse où, en l'absence de transfert de déficits, la dernière déclaration déposée par la société dissoute au titre de la nouvelle procédure prévue par cet article 235 *quater* fait apparaître un déficit.

Cette acquisition définitive de la restitution est logique dans la mesure où la société dissoute se trouve alors placée dans une situation analogue à celle ouvrant droit à l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI.

- Pour que le report de l'imposition soit maintenu, il faut donc que la société poursuive son activité, reste déficitaire et remplisse correctement ses obligations déclaratives.

- *Les modalités d'imposition en cas de fin du report*

- Si l'une des trois hypothèses prévues aux 1 à 3° du V est constatée, le report d'imposition prend fin. À compter de ce terme, l'imposition en report est due et devient immédiatement exigible, ainsi qu'en dispose le dernier alinéa du même V.

Illustrations de la fin du report d'imposition et des modalités de celle-ci

Une société étrangère A a perçu au cours d'un exercice N des dividendes soumis à retenue à la source. Son résultat au titre de cet exercice N est déficitaire. La société sollicite la restitution de la retenue à la source.

Les résultats de ses exercices N + 1, N + 2 et N + 3 sont déficitaires. Celui de l'exercice N + 4 fait apparaître un bénéfice, mentionné dans la déclaration produite dans les trois mois suivant la clôture de l'exercice, soit au cours de l'exercice N + 5.

Exemple n° 1 :

La société satisfait à ses obligations déclaratives au titre des exercices N + 1 à N + 3, le report sera maintenu pendant cette période. Il ne prendra fin qu'au moment de la production de la déclaration requise au titre de l'exercice N + 4, mentionnant un bénéfice.

L'imposition interviendra donc en N + 5.

Exemple n° 2 :

La société ne produit pas la déclaration requise au titre de l'exercice N + 2, ce manquement étant constaté en N + 3.

Le défaut de production met fin au report de l'imposition, cette dernière intervenant au cours de l'exercice N + 3.

● L'avant-dernier alinéa de ce V prévoit un plafonnement des revenus et profits soumis à retenues ou prélèvements à la source à hauteur du bénéfice indiqué dans la déclaration produite par la société étrangère.

A contrario, si le report d'imposition prend fin pour l'une des autres hypothèses – dissolution sans liquidation ou manquement aux obligations déclaratives –, l'imposition porte sur une assiette constituée de l'ensemble des revenus et profits, sans plafonnement.

Le tableau suivant illustre les modalités de report de déficit et le plafonnement de l'imposition dont il est mis fin au report, à travers trois exemples en fonction du montant des dividendes perçus au titre d'un exercice N. Par souci de simplification, il est considéré que la législation de l'État de résidence de la société autorise le report en avant illimité du déficit, sans plafonnement.

CHRONIQUE D'IMPUTATION DU DÉFICIT N ET DU REPORT D'IMPOSITION

Exercice	N	N + 1	N + 2	N + 3	N + 4	N + 5	N + 6
Résultat avant imputation du déficit	- 100	- 100	- 50	+ 50	+ 75	+ 100	+ 125
<i>Résultat après imputation du déficit cumulé (avant dividendes)</i>	- 100	- 200	- 250	- 200	- 125	- 25	+ 100
Ex. A – Résultat après prise en compte des dividendes (dividendes = 100)	0	- 100	- 150	- 100	- 25	+ 75	+ 200
Ex. B – Résultat après	- 50	- 150	- 200	- 150	- 75	+ 25	+ 150

prise en compte des dividendes (dividendes = 50)							
Ex. C – Résultat après prise en compte des dividendes (dividendes = 20)	- 80	- 180	- 230	- 180	- 105	- 5	+ 120

Source : commission des finances.

Si le résultat de la société étrangère redevient bénéficiaire au titre de l'exercice N + 3, il ne s'agit pas du résultat fiscal définitif :

- les déficits antérieurs en report n'ont pas encore été imputés ;
- les dividendes perçus au cours de l'exercice N n'ont pas non plus été pris en compte, ces dividendes diminuant le montant des déficits en report.

Le résultat de la société redevient donc bénéficiaire, au sens du dispositif proposé, au titre de l'exercice N + 5 dans les exemples A et B, et au titre de l'exercice N + 6 dans l'exemple C.

L'imposition à laquelle il est mis fin a, en application du premier alinéa du II de l'article 235 *quater* rétabli du CGI, pour assiette le montant des dividendes perçus en N et pour taux celui applicable en droit français au titre de l'exercice N.

Cette imposition interviendra :

- dans les exemples A et B, au titre de l'exercice N + 5, soit en N + 6 ; dans la mesure où le bénéfice de l'exercice N + 5 est, dans les deux exemples, inférieur aux dividendes perçus en N, l'assiette de l'imposition sera plafonnée à hauteur du bénéfice, soit 75 dans l'exemple A et 25 dans l'exemple B ;

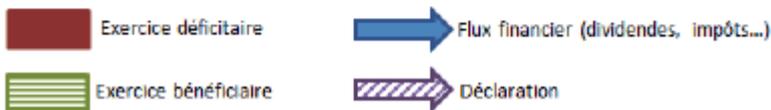
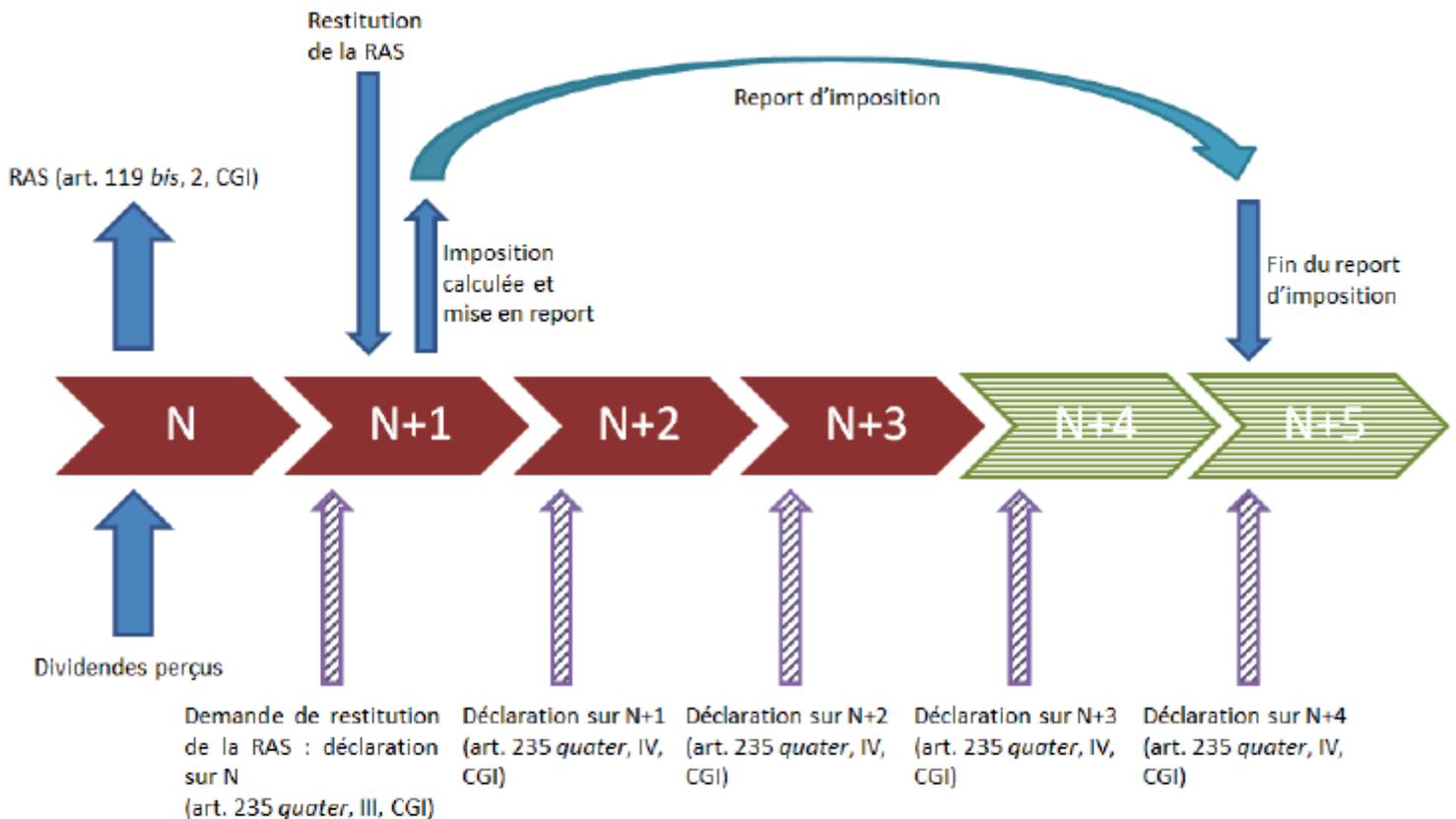
- dans l'exemple C, au titre de l'exercice N + 6, soit en N + 7 ; le bénéfice de l'exercice N + 6 étant supérieur aux dividendes perçus en N, l'assiette de l'imposition sera égale à ces derniers, sans application du plafonnement prévu à l'avant-dernier alinéa du V de l'article 235 *quater*.

*

* *

La synthèse du mécanisme de restitution assortie d'un report d'imposition prévu à l'article 235 *quater* du CGI rétabli par le présent article au profit des sociétés étrangères déficitaires est présentée dans le schéma suivant.

**SYNTHÈSE DU MÉCANISME DE RESTITUTION DE RETENUE À LA SOURCE (RAS)
ET D'IMPOSITION EN REPORT POUR LES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES DÉFICITAIRES**



Source : commission des finances.

3. L'ajout d'une hypothèse ouvrant droit à une nouvelle liquidation de la retenue à la source sur les bénéfices réputés distribués

La mise en conformité avec le droit européen des modalités de calcul de la retenue à la source sur les dividendes prévues à l'article 115 *quinquies* du CGI est réalisée par le **A du I du présent article**, dont le 1^o complète à cet effet le 2 de l'article 115 *quinquies* par un nouvel alinéa ajoutant une hypothèse de nouvelle liquidation.

Désormais, une société étrangère pourra solliciter de l'administration une nouvelle liquidation de la retenue à la source conduisant à la restitution de l'excédent de perception si elle répond aux deux critères suivants :

- son siège se situe dans un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'EEE, condition posée par renvoi au *a* du 3 de l'article 115 *quinquies* ;
- les sommes ayant fait l'objet de la retenue à la source n'ont « *pas été désinvesties hors de France* ».

Le second critère correspond au litige traité par le Conseil d'État dans sa décision *Cofinimmo* précitée du 10 juillet dernier, dans laquelle la haute juridiction visait les distributions prélevées sur des bénéfices ne relevant pas de la compétence

fiscale de la France « *en l'absence de désinvestissement des bénéficiaires dégagés par [les] exploitations françaises* » de la société étrangère ⁽²⁹⁵⁾.

Dès lors, la nouvelle liquidation sera possible si la société étrangère démontre que les bénéfices qu'elle tire de ses exploitations françaises ont été mis en réserve ou réinvestis, et que les distributions faites aux associés étrangers reposent sur des bénéfices tirés d'exploitations étrangères.

Cette nouvelle hypothèse supprime le désavantage qui prévalait jusque-là dans le mode de calcul de la retenue à la source pour les sociétés étrangères exerçant en France par l'intermédiaire d'établissements stables. Elle rétablit en conséquence le libre choix pour les entreprises de la forme juridique appropriée pour l'exercice de leurs activités, conformément aux exigences induites par la liberté d'établissement.

● Le **2° du A du I du présent article** modifie le 3 de l'article 115 *quinquies* du CGI pour y substituer à la notion de « siège de direction effective » celle de « siège ». Le siège d'une entreprise, en droit fiscal français, correspond au lieu où sont principalement concentrés les organes de direction, d'administration et de contrôle de l'entreprise. La notion de « siège de direction effective » relève en effet du droit conventionnel, figurant dans les conventions fiscales conclues par la France.

La substitution réalisée par ce 2° est également effectuée à l'article 119 *quinquies* du CGI par le **2° du B du présent article**, tandis que le nouvel article 235 *quater* du CGI retient, lui aussi, l'expression de « siège ».

4. Une application à compter de 2020 supposant l'adoption de mesures réglementaires

● Ainsi que le prévoit le **A du III du présent article**, les A, B et C du I de cet article, c'est-à-dire les modifications apportées en vue de mettre les dispositifs de retenues et prélèvements à la source en conformité avec le droit de l'Union européenne, sont applicables aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2020.

Ne seront concernés que les prélèvements et retenues à la source dus au cours d'un exercice ouvert à compter de cette date. Ceux acquittés avant sont couverts par le droit à réclamation né des contentieux précédemment évoqués.

● La bonne application des nouveaux dispositifs supposera toutefois l'adoption de mesures réglementaires, ainsi que le confirme l'évaluation préalable du présent article.

Les mesures réglementaires d'application relatives à l'hypothèse supplémentaire de nouvelle liquidation de retenue à la source introduite à l'article 115 *quinquies* par le A du I du présent article devraient figurer à l'annexe II du CGI, à l'image de dispositions analogues déjà en vigueur.

Elles devraient selon toute vraisemblance porter sur les modalités déclaratives permettant à la société étrangère d'établir l'origine des dividendes distribués à ses associés non résidents et l'usage des bénéfices de source française.

Les mesures réglementaires portant sur le nouveau dispositif de restitution assortie d'une imposition en report prévu à l'article 235 *quater* rétabli du CGI devraient préciser :

- les obligations déclaratives prévues aux III et IV de cet article ;
- les modalités de restitution des retenues et prélèvements à la source ;
- les modalités de versement des sommes dues au titre de l'imposition dont le report a pris fin.

5. Des précisions et coordinations liées à la modification du taux normal de l'IS nécessaires mais au placement étonnant

Les **D à H du I et le II du présent article** ne portent pas sur la mise en conformité au droit européen des mécanismes de retenues et prélèvements à la source, mais consistent en des précisions et coordinations liées aux modifications apportées à la trajectoire de baisse du taux normal de l'IS.

Cette trajectoire faisant l'objet de l'article 11 du présent projet de loi, il y est renvoyé pour une présentation complète du droit en vigueur et des modifications prévues. Ne figureront dans les développements qui suivent que les principaux éléments intéressant les précisions et coordinations apportées par le présent article.

a. Des précisions et coordinations nécessaires dans un souci de sécurité juridique

L'article 84 de la loi de finances pour 2018⁽²⁹⁴⁾ a prévu la diminution progressive du taux normal de l'IS, fixé à 31 % pour les exercices ouverts en 2019, à 28 % pour ceux ouverts en 2020, à 26,5 % pour ceux ouverts en 2021 et à 25 % pour ceux ouverts à compter de 2022.

- ***Des précisions et coordinations résultant des modifications apportées à la trajectoire de baisse du taux normal de l'IS***

Cet article 84 a procédé à de nombreuses coordinations dans le CGI, afin de tirer les conséquences de la baisse progressive du taux normal de l'IS dans plusieurs mécanismes fiscaux et de faire référence, dans ces derniers, au taux normal prévu au deuxième alinéa du I de l'article 219 du CGI.

Pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaires d'au moins 250 millions d'euros, le taux normal de l'IS applicable aux exercices ouverts en 2019 a été maintenu à 33 1/3 % par l'article 4 de la loi du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés (« loi TSN-IS »)⁽²⁹⁵⁾. Par ailleurs, l'article 11 précité du présent projet de loi modifie, pour les mêmes entreprises, le taux normal applicable aux exercices ouverts en 2020 et 2021, le fixant respectivement à 31 % et 27,5 %. Formellement, ces modifications figurent dans de nouvelles phrases insérées au deuxième alinéa du I de l'article 219.

La plupart des coordinations apportées par la loi de finances pour 2018 précitée n'ont pas besoin d'être actualisées en conséquence des modifications apportées au taux normal de l'IS, la référence au deuxième alinéa du I de l'article 219 emportant nécessairement application du taux pertinent en fonction de l'année d'ouverture de l'exercice et du chiffre d'affaires correspondant de l'entreprise redevable.

En revanche, il est nécessaire de modifier les dispositifs ayant trait à des retenues et prélèvements à la source, pour lesquels la pluralité de taux figurant au deuxième alinéa du I de l'article 219 et résultant du présent article est facteur de

confusion, voire d'incertitude quant au taux à appliquer. En effet, le chiffre d'affaires du bénéficiaire étranger des revenus ne devrait pas être pris en compte, pas plus que celui du débiteur qui prélève la retenue à la source.

- *Les précisions et coordinations prévues par le dispositif proposé*

Deux types de modifications sont prévus, en fonction des dispositifs concernés.

- La première série porte sur les retenues et prélèvements prévus aux articles 182 B, 244 *bis*, 244 *bis* A et 244 *bis* B du CGI.

Pour ces dispositifs, il y a lieu de préciser que le taux applicable est celui mentionné, non au deuxième alinéa du I de l'article 219, mais à la première phrase de cet alinéa – c'est-à-dire 31 % pour 2019, 28 % pour 2020 et 26,5 % pour 2021.

Ces modifications sont réalisées par les **D et F à H du I du présent article**.

Elles s'appliqueront aux retenues et prélèvements à la source dont le fait générateur est intervenu à compter du 6 mars 2019, en vertu du B du III du présent article.

La date du 6 mars 2019, date de présentation du projet de loi TSN-IS en Conseil des ministres, correspond au déclenchement de l'application du maintien du taux normal de l'IS à 33 1/3 % pour les plus grandes entreprises, ainsi qu'en dispose le IV de l'article 4 de la loi TSN-IS précitée. Il s'agissait d'une mesure anti-abus destinée à prémunir le dispositif contre toute clôture anticipée d'exercices ouverts en 2019 ⁽²⁹⁶⁾.

- L'article 187 du CGI, qui fixe le taux de la retenue à la source prévue à l'article 119 *bis* du même code, doit également être modifié.

En effet, le taux fixé au dernier alinéa du 1° du 1 de cet article 187 est de 30 %, et sera pour les exercices ouverts à compter de 2020 fixé par renvoi au deuxième alinéa du I de l'article 219 en application du D du I et du C du III de l'article 84 de la loi de finances pour 2018 précitée.

Cette référence doit être remplacée par un renvoi au taux prévu à la première phrase du même deuxième alinéa, modification à laquelle procède le **E du I du présent article**.

Cette précision apportée à l'article 187 du CGI appelle d'autres coordinations de conséquence, réalisées par le **II du présent article** qui modifie l'article 84 de la loi de finances pour 2018 précitée :

- le **A de ce II** abroge le D du I de l'article 84 de la loi de finances pour 2018, privé d'objet du fait de la coordination apportée par le E du I du présent article ;

- le **B du même II** tire les conséquences de cette abrogation réalisée par le A et réécrit à cet effet le C du III de l'article 84 précité.

En résumé, le B du II du présent article est une coordination résultant du A du même II, lui-même étant une coordination résultant du E du I du même article qui tire les conséquences des modifications apportées au taux normal de l'IS.

Aux termes du **C du III du présent article**, la modification apportée à l'article 187 du CGI s'appliquera aux retenues à la source dont le fait générateur est intervenu à compter de 2020. La date d'effet est distincte de celle des autres coordinations apportées aux retenues et prélèvements à la source en raison d'une différence de taux. Le taux actuellement prévu de 30 % est en effet inférieur au taux normal mentionné à la première phrase du deuxième alinéa du I de l'article 219, qui est de 31 %. Aussi, la référence à ce taux en 2019 est-elle toujours valable.

b. Des précisions et coordinations qui gagnerait à figurer dans l'article modifiant le taux normal de l'IS et qui doivent recevoir un terme

- Si les précisions et coordinations qui viennent d'être présentées sont, ainsi qu'il a été vu, nécessaires, leur placement au sein du présent article peut sembler baroque.

En effet, leur justification réside dans les modifications apportées à la trajectoire de baisse du taux normal de l'IS par la loi TSN-IS et prévues par l'article 11 du présent projet de loi.

Il apparaît donc préférable, dans un souci de cohérence, que les conséquences des modifications prévues par cet article 11 figurent dans le dispositif qui les porte, et non dans le présent article consacré à une mise en conformité au droit européen d'un dispositif qui n'a pas de lien avec la trajectoire de baisse du taux de l'IS. Le lien entre le présent article et les précisions précédemment mentionnées est formel, celles-ci portant sur des articles mentionnés par le dispositif ici proposé. En revanche, le lien entre ces précisions et l'article 11 du présent projet de loi est substantiel et doit ainsi primer.

- En outre, il semble judicieux de prévoir un terme à l'application de ces précisions et coordinations.

Le renvoi à la première phrase du deuxième alinéa du I de l'article 219 n'aura plus d'objet une fois le taux normal de l'IS ramené à 25 %, l'alinéa en question ne comptant alors qu'une unique phrase. Ce renvoi devra donc cesser à compter de 2022.

B. L'IMPACT BUDGÉTAIRE ET ÉCONOMIQUE

Si l'impact budgétaire des mesures prévues par le présent article n'est pas chiffrable, leur incidence économique devrait être positive.

1. Un impact budgétaire dès 2020 non chiffrable

- Les modifications apportées par le présent article aux prélèvements et retenues à la source vis-à-vis des sociétés étrangères auront un impact dès 2020 :

- l'extension du champ de l'exonération prévue à l'article 119 *quinquies* du CGI conduira à diminuer les recettes fiscales s'agissant des versements réalisés à compter du 1^{er} janvier 2020 ;

- l'hypothèse supplémentaire de nouvelle liquidation de retenue à la source introduite à l'article 115 *quinquies* du CGI aura le même effet ;

- la restitution des prélèvements et retenues à la source conduira également, dans un premier temps, à réduire les recettes fiscales par rapport au droit actuel. Au demeurant, même avec le mécanisme de report d'imposition, cette dernière pourrait ne

jamais intervenir si la société étrangère ne redevient pas bénéficiaire et s'acquitte correctement de ses obligations.

- Cependant, l'impact concret sur les recettes fiscales de ces mesures ne peut être chiffré : il n'est en effet pas possible à l'administration fiscale d'opérer une distinction, en matière de prélèvements et de retenues à la source portant sur des versements au profit de sociétés étrangères, entre ceux concernant une société déficitaire et les autres.

De la même manière, s'agissant de la présomption de distribution à des associés non résidents, il est en l'état impossible de quantifier les cas dans lesquels la distribution a été faite à partir de bénéfices non français.

Aussi, s'il est souhaitable que les systèmes d'information de l'administration fiscale évoluent pour isoler les montants des versements et des impôts associés concernés par le présent article, une telle évolution demeure incertaine, supposerait un certain délai et, en tout état de cause, ne pourrait aboutir à des données dès 2020, faute d'éléments exploitables disponibles.

- Sous l'angle des réclamations et contentieux engagés par les sociétés sur le fondement de la décision *Sofina*, les informations obtenues par le Rapporteur général indiquent qu'à ce jour, environ 133 millions d'euros de droits ont fait l'objet d'un dégrèvement (hors intérêts moratoires) dans vingt-quatre affaires ; vingt-cinq autres dossiers restent à traiter.

Au demeurant, dans un certain nombre d'affaires représentant près de 200 millions de droits contestés, se pose une question de prescription.

2. Des mesures améliorant la sécurité juridique des sociétés étrangères et de nature à renforcer l'attractivité de la France en matière d'investissements

- Dans la mesure où il procède, pour l'essentiel, à une mise en conformité au droit de l'Union européenne de plusieurs retenues et prélèvements à la source, le présent article prémunit la législation française de risque juridique vis-à-vis des normes européennes et limite ainsi les risques contentieux.

Il améliore donc la sécurité juridique du droit national.

- La sécurité juridique est également améliorée par les précisions apportées en matière de taux des retenues et prélèvements à la source en conséquence des modifications faites à la trajectoire de baisse du taux normal de l'IS. L'éventuelle incertitude quant au taux effectivement applicable, qui pouvait peser du fait d'une pluralité de taux, sera levée. La clarification apportée offrira donc un dispositif clair et lisible pour les contribuables.

Néanmoins, cette clarté et cette lisibilité seraient maximales si, ainsi qu'il a été vu, ces précisions figuraient à l'article 11 du présent projet de loi dont elles tirent les conséquences.

- Enfin, au-delà de l'aspect tenant à la mise en conformité avec le droit de l'Union européenne, les modifications apportées aux retenues et prélèvements à la source garantiront une égalité de traitement entre les sociétés étrangères et les sociétés résidentes.

En plus d'assurer une pleine concurrence effective entre ces sociétés, les mesures proposées pourront renforcer l'attractivité de la France auprès d'investisseurs étrangers :

– ceux-ci auront une totale liberté dans le choix de la forme juridique de leur exploitation en France, sans risquer un traitement fiscal désavantageux ;

– les prises de participation au sein de sociétés françaises ou les revenus tirés d'activités en France connaîtront des modalités d'imposition non pénalisantes, pouvant dès lors accroître de telles activités.

*

* *

La commission examine les amendements I-CF1567, I-CF1568, I-CF1559, I-CF1560, I-CF1569 et I-CF1562 du rapporteur général.

M. Joël Giraud, rapporteur général. Il s'agit d'amendements rédactionnels.

*La commission **adopte** successivement les amendements I-CF1567 (**amendement I-2905**), I-CF1568 (**amendement I-2906**), I-CF1559 (**amendement I-2907**), I-CF1560 (**amendement I-2908**), I-CF1569 (**amendement I-2909**) et I-CF1562 (**amendement I-2910**).*

Elle en vient à l'amendement I-CF1563 du rapporteur général.

M. Joël Giraud, rapporteur général. Il s'agit simplement d'ajouter au dispositif qu'en cas de manquement déclaratif, une mise en demeure pourra être adressée à la société, qui aura alors trente jours pour se conformer à ses obligations. À défaut, le report d'imposition prendra naturellement fin.

*La commission **adopte** l'amendement I-CF1563 (**amendement I-2911**).*

*Puis elle **adopte** les amendements rédactionnels I-CF1564 (**amendement I-2912**) et I-CF1565 (**amendement I-2913**) du rapporteur général.*

*Elle **adopte** enfin l'article 12, **modifié**.*

*

* *