

N° 472587

Fédération bancaire française

3^{ème}, 8^{ème}, 9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 24 novembre 2023

Lecture du 8 décembre 2023

CONCLUSIONS

M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- Le recours qui vous est soumis soulève une question dont l'énoncé est simple : le législateur ayant prévu que les dividendes donnent lieu au prélèvement d'une retenue à la source « *lorsqu'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France* », autrement dit lorsqu'ils bénéficient à des non-résidents, cette même retenue à la source doit-elle être prélevée dans le cas où les dividendes sont versés à un résident, mais où le payeur sait que le bénéficiaire effectif de ces dividendes est un non-résident ?

C'est à première vue une affaire de focale ou, mieux encore, de perspective : la Fédération bancaire française vous demande de vous en tenir au premier plan de l'image (selon elle, une distribution par une société résidente à un actionnaire résident ne saurait donner lieu au prélèvement de la retenue à la source), tandis que l'Etat, par la voix du ministre de l'économie, vous exhorte à ne pas négliger l'arrière-plan (ce qui compte, pour lui, c'est l'image finale d'un non-résident qui appréhende un dividende de source française).

En demande, on oppose les apparences créées par le droit. En défense, on les écarte au nom de la réalité.

Une chose est sûre : ce dilemme est lourd d'enjeux sur lesquels il nous revient d'appeler votre attention :

- enjeu de régulation des activités financières et de sécurité juridique pour la place de Paris, alors que, selon les données publiées par la Banque de France, le capital des entreprises résidentes de France qui font partie du CAC 40 – pour ne prendre que celles-là – est détenu à plus de 40% par des non-résidents¹ ;
- enjeu non moins crucial pour les finances publiques, eu égard au montant des rectifications déjà notifiées et à l'effet d'éviction structurel que permettent les pratiques en cause dans cette affaire ;
- enfin, enjeu pour la justice pénale, alors que plusieurs enquêtes sont en cours.

¹ Bulletin 231/4 – septembre-octobre 2020, *La détention par les non-résidents des actions des sociétés françaises du CAC 40 à fin 2019 et début 2020*. A fin 2019, le taux de détention était de 40,8%.

Comme souvent, lorsque vous êtes saisis d'un recours en excès de pouvoir, recours abstrait, il y a le texte, et il y a un contexte.

2.- Nous commençons par le texte.

2.1.- L'article 119 *bis* du code général des impôts institue un mécanisme de retenue à la source sur certains revenus.

Au risque de commencer par une évidence, rappelons qu'en dépit de l'apparence créée par la faculté reconnue à l'administration fiscale d'assigner à un établissement payeur établi en France un « rappel » ou une « cotisation supplémentaire » de retenue à la source, comme on le lit parfois dans les propositions de rectification et jusque dans vos décisions, la retenue à la source n'est pas un impôt.

Qu'elle soit libératoire² ou non libératoire et imputable³, la retenue à la source demeure une technique administrative qui conduit à faire participer une personne privée à la mission régaliennne de recouvrement de l'impôt pour des raisons d'efficacité que chacun perçoit – le prélèvement de l'impôt coïncide avec le versement du revenu – ces raisons se muant en impératif lorsque le bénéficiaire du revenu, tout en étant soumis à une obligation au titre d'un impôt en France, n'y a pas son domicile ou son siège.

Souvenons-nous en effet que, si l'Etat a une grande latitude pour imposer des non-résidents, notamment sur la base du critère de la source du revenu, et donner dans cette mesure à sa législation fiscale une portée extraterritoriale, il ne peut en revanche exercer ses compétences d'exécution sur le territoire d'un autre Etat, directement ou indirectement, compte tenu du principe du droit international public de la territorialité de la compétence exécutive des Etats. C'est pourquoi, sauf à s'exposer à un risque élevé et en réalité systémique de non-recouvrement, il a besoin d'aménager, dans son droit interne, des mécanismes de retenue à la source, mais aussi de conclure des conventions avec d'autres Etats prévoyant une assistance mutuelle en matière de recouvrement.

Dans cette mesure, la retenue à la source est un moyen d'atteindre le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques.

Elle garantit que toutes les personnes qui sont soumises à une obligation fiscale en France, y compris celles qui n'y ont pas leur domicile ou leur siège, s'acquittent effectivement de leur contribution aux dépenses communes, dont elles aussi profitent.

2.2.- Comme l'indique sa place dans le code général des impôts, l'article 119 *bis* est au nombre des dispositions relatives à l'impôt sur le revenu et, plus précisément, aux revenus de capitaux mobiliers, catégorie d'imposition qui englobe, schématiquement, « le dividende et le coupon », c'est-à-dire les produits des actions et les revenus des obligations, ainsi que la galaxie des revenus qui leur sont assimilés.

L'article 119 *bis* est lui-même le premier d'une série de cinq articles consacrés à la retenue à la source de l'impôt sur le revenu dû au titre des revenus de capitaux mobiliers.

² Pour les contribuables soumis à l'impôt sur le revenu, la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* est libératoire, ainsi que le prévoit l'article 199 *quater* A du CGI.

³ Pour les contribuables soumis à l'impôt sur les sociétés, la retenue à la source est imputée sur le montant de l'impôt sur les sociétés qui est sa charge dans les conditions prévues à l'article 220 du CGI.

Bien qu'il figure au milieu de dispositions d'assiette, on ne s'y trompera pas : l'article intéresse le recouvrement et il eût été naturel, du strict point de vue de la codification, que ces dispositions soient regroupées avec celles – créées postérieurement – des articles 182 A et suivants, qui instituent des retenues à la source frappant d'autres types de revenus.

Le 1 de l'article 119 *bis* est relatif à la retenue à la source applicable aux revenus des obligations. Son 2 – qui nous intéresse – est relatif à la retenue à la source applicable aux « *produits visés aux articles 108 à 117 bis* » du CGI. Si cette série d'articles couvre tout le champ des distributions⁴, régulières et irrégulières⁵, pour peu qu'elles soient effectuées par des personnes passibles de l'impôt sur les sociétés, notre litige nous conduit à nous intéresser aux seules distributions régulières de dividendes et, au sein de ces dernières, à celles qui sont le fait de sociétés cotées.

Evidemment, la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* ne concerne pas seulement les personnes physiques non-résidentes qui sont soumises à l'impôt sur le revenu en France à raison de leurs seuls revenus de source française en vertu du second alinéa de l'article 4 A du CGI.

Elle concerne également les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés, compte tenu des dispositions du premier alinéa du I de l'article 209 du CGI⁶. Celui-ci énonce en effet que les bénéficiaires passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés en tenant compte non seulement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France et de certains revenus et profits immobiliers de source française réalisés par les entreprises étrangères, mais aussi des bénéfices « *dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions* », une convention fiscale étant ainsi susceptible d'étendre le champ d'application territorial de l'impôt sur les sociétés.

Or en matière de dividendes, la majorité des conventions fiscales bilatérales conclues par la France reprennent la règle figurant à l'article 10 du modèle de convention OCDE et partagent le pouvoir d'imposer entre l'Etat de la source et l'Etat de résidence ; elles stipulent ainsi que l'Etat de la source est en droit d'imposer les dividendes payés par une entreprise qui est un résident de cet Etat à un résident de l'autre Etat contractant par voie de retenue à la source, à charge pour cet autre Etat de faire bénéficier le titulaire du revenu d'un crédit d'impôt. Côté français, cette retenue à la source est pratiquée conformément aux dispositions du 2 de l'article 119 *bis*.

⁴ En revanche, ne donnent pas lieu à retenue à la source, en vertu du sixième alinéa du 2 de l'article 119 *bis*, les sommes visées au premier alinéa du a de l'article 111, c'est-à-dire les sommes mises à la disposition des associés directement ou par personnes ou sociétés interposées à titre d'avances, de prêts ou d'acomptes. Cette exclusion, issue de l'article 84 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 de finances pour 1962, est justifiée par le caractère possiblement temporaire des sommes ainsi mises à disposition de l'associé, le remboursement des sommes prêtées ou avancées ouvrant droit à restitution de la fraction correspondante des impositions qui auraient été payées (Cf. rapport n° 53 (1961-1962) du 14 novembre 1961 fait au nom de la commission des finances du Sénat par M. Marcel Pellenc, rapporteur général, pp. 36-37).

⁵ Sont en effet concernées, à un titre égal, la distribution (régulière) de dividendes qui intervient en exécution d'une résolution de l'assemblée générale ayant préalablement approuvé les comptes de l'exercice écoulé et constaté l'existence d'un bénéfice distribuable au sens de l'article L. 232-11 du code de commerce et la distribution (irrégulière) du surcroît de bénéfice qu'une vérification de comptabilité fait apparaître et qui, par l'effet de la présomption légale posée par le 1° du 1 de l'article 109, est réputée avoir été distribuée dès lors que les sommes en cause n'ont ni été mises en réserve, ni incorporées au capital social.

⁶ Issu de l'article 3 de la loi n° 59-1472 du 28 décembre 1959 portant réforme du contentieux fiscal et divers aménagements fiscaux.

Si le taux de la retenue à la source, liquidée sur le montant brut des revenus mis en paiement⁷, est celui que fixe l'article 187 du CGI, c'est-à-dire le taux de l'impôt sur les sociétés pour les bénéficiaires personnes morales⁸ et le taux du prélèvement forfaitaire unique, pour les personnes physiques⁹, sauf application du taux dérogatoire de 75% pour les distributions payées dans un Etat ou territoire non coopératif¹⁰, il faut bien évidemment tenir compte des conventions applicables qui peuvent conduire à retenir un taux différent, généralement de 15% ou 10%.

L'institution d'une retenue à la source s'accompagne inévitablement, pour en garantir l'efficacité, de la définition d'obligations à la charge des personnes qui sont investies de la mission de la prélever.

L'article 1672 du CGI prévoit ainsi que « *la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis est déclarée et versée au Trésor par la personne établie en France qui assure le paiement des revenus* » et renvoie au décret la détermination des « *obligations auxquelles doivent se soumettre les personnes chargées d'opérer la retenue* ».

L'article 75 de l'annexe II au CGI distingue à cet égard deux types d'établissements payeurs : d'une part, les personnes qui sont « *débitrices de revenus de capitaux mobiliers qu'elles payent, soit directement, soit par l'intermédiaire d'établissements situés hors de France* » (il s'agit notamment de sociétés non cotées et de filiales françaises de sociétés étrangères) ; d'autre part, les personnes qui « *payent des revenus de capitaux mobiliers* », pour le compte de la société débitrice. Au sein de cette seconde catégorie, on trouve des filiales de groupes bancaires spécialisées sur les métiers « titres » et qui fournissent aux émetteurs, au-delà des missions traditionnelles de conservation et de banque dépositaire, une gamme de services connexes incluant, notamment, le prêt-emprunt de titres. On trouve également des filiales des mêmes groupes exerçant une activité de banque de financement et d'investissement, et dont le métier est de faire fructifier les titres détenus ou les capitaux gérés par leurs clients.

Dans tous les cas, ces établissements payeurs n'ont pas la qualité de « contribuables ». Ils sont seulement « redevables » de la retenue à la source.

Dans l'hypothèse où un contrôle fiscal conduirait à ce que leur soit assigné un « rappel » de retenue à la source, celle-ci étant alors établie « en dehors », c'est-à-dire liquidée sur la somme du montant effectivement distribué et de l'avantage procuré par la non-perception de la retenue à la source¹¹, ces établissements conservent la faculté, ainsi que le rappelle la jurisprudence judiciaire, de se retourner contre le bénéficiaire du revenu qui est celui qui doit supporter, économiquement, cette fiscalité (Cass., Com., 12 février 2013, *M. Bailleul c/ Sté Sea Tpi*, n° 11-11.189, RJF 2013 n° 490).

⁷ Article 48 de l'annexe II au CGI.

⁸ 25%.

⁹ 12,8%.

¹⁰ A moins que le débiteur n'apporte la preuve que ces distributions n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, leur localisation dans un tel Etat ou territoire.

¹¹ Cf. CE, 8^{ème} et 9^{ème} ssr, 13 mars 1996, *Min. du budget c/ Clappier*, n° 148038, T. p. 820, RJF 5/96 n° 586 ; CE, 8^{ème} et 3^{ème} chr, 15 nov. 2021, *Min. de l'économie c/ Sté Palomata*, n° 453022, T. pp. 614-635. On peut voir également un avis de la Section des finances du 27 avril 2004, n° 370005, RJF 2004 n° 1246 et la décision du Conseil constitutionnel n° 2019-784 QPC du 24 mai 2019, *Sté Cosfibel Premium*, ayant validé ce procédé.

Pour la même raison, l'absence de prélèvement de la retenue à la source est sans incidence sur l'obligation fiscale du bénéficiaire du revenu qui peut se voir assigner des cotisations supplémentaires d'impôt sur le revenu ou d'impôt sur les sociétés (CE, 9^{ème} et 7^{ème} srr, 26 mars 1990, *Zarzecki*, n° 65399, T. p. 661-696 ; CE, 3^{ème} et 8^{ème} srr, 4 déc. 2013, *Min. c/ Langer*, n° 354671, RJF 2014 n° 243 et CE, 3^{ème} et 8^{ème} chr, 5 juil. 2018, *M. Langer*, n° 401157, T. sur un autre point), même si cette voie est, pour d'évidentes raisons, rarement empruntée par l'administration, s'agissant d'un contribuable non-résident à l'égard duquel elle ne dispose d'aucun moyen de contrainte.

3.- Par des commentaires publiés à la documentation administrative de base¹² et repris à compter du 12 septembre 2012 au BOFiP-Impôts sous la référence BOI-RPPM-RCM-30-30-10-10, l'administration fiscale a apporté diverses précisions sur le champ d'application de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis*, en ce qui concerne à la fois les sociétés distributrices¹³ et la nature des produits distribués.

Le 20 décembre 2019, une première mise à jour a été effectuée. L'administration a précisé, en introduction de ces commentaires, au troisième alinéa du § 1, que la retenue à la source « *s'applique aux revenus considérés dans la mesure où ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France* », ce qui est la simple reprise du texte commenté.

Puis, le 15 février 2023, une seconde mise à jour a été faite pour apporter « *des précisions (...) à diverses questions portant sur l'application de la retenue à la source (...) par les établissements bancaires* »¹⁴.

C'est ainsi que le troisième alinéa du § 1 a été complété par la phrase suivante : « *A cet égard, la retenue à la source s'applique y compris lorsque le bénéficiaire a son domicile fiscal ou son siège en France, dès lors que le bénéficiaire effectif des revenus en cause, c'est-à-dire la personne qui a le droit d'en disposer librement, a son domicile fiscal ou son siège hors de France* ». A par ailleurs été créé un § 5 dont le premier alinéa indique : « *Dans certaines situations, la détermination des personnes qui bénéficient effectivement des revenus sur lesquels s'applique cette retenue à la source peut présenter des spécificités, notamment en ce qui concerne le traitement fiscal de certaines activités des établissements bancaires concernant les acquisitions temporaires d'actions de sociétés françaises et les opérations sur certains produits dérivés* ».

Les deux alinéas suivants de ce § 5 renvoient, « *pour plus de précisions* », à deux rescrits publiés sous les références BOI-RES-RPPM-000122 et BOI-RES-RPPM-000123.

Le premier de ces rescrits répond, par l'affirmative, à la question de savoir si la retenue à la source qu'une banque est tenue de prélever lorsqu'elle assure, dans le cadre de certaines opérations sur actions françaises, le paiement de dividendes, s'applique également « *à des opérations autres que le paiement de tels dividendes* ».

¹² Documentation administrative de base 4 J 1331 du 1^{er} novembre 1995.

¹³ Celles qui relèvent du régime fiscal des sociétés de capitaux et dont le siège n'est ni à l'étranger, ni dans une collectivité d'outre-mer.

¹⁴ Selon les termes de l'actualité liée.

Le rescrit expose en effet que la retenue à la source concerne aussi les situations dans lesquelles la banque encaisse un « équivalent dividende » et effectue un paiement qui fait d'un non-résident le bénéficiaire effectif d'un dividende.

L'équivalent dividende est décrit comme la fraction de dividende rétrocédé et la notion est définie comme « *tout transfert de valeur, subordonné ou déterminé, explicitement ou implicitement, par référence à un dividende* », et le cas échéant « *ajusté en fonction de la retenue à la source ou de la déduction applicable pour ou au titre d'un impôt* ».

Est donné l'exemple d'opérations de prêts de titres prévoyant que l'emprunteur (la banque) qui encaisse le dividende distribué par une société française verse une somme au prêteur (l'actionnaire non-résident) ou lui livre un bien équivalent au type et montant du revenu, net de toute retenue ou déduction applicable pour ou au titre d'un impôt, que le prêteur aurait encaissé s'il n'avait pas prêté ses titres.

Le rescrit précise que le montant de l'équivalent dividende ressort de l'analyse des différents montants encaissés et décaissés par la banque.

Le second rescrit est plus long. Reprenant la définition de l'équivalent dividende, il répond à la question de savoir si les opérations d'acquisition temporaire d'actions françaises auprès de non-résidents (traitées dans une première sous-partie) ainsi que les opérations sur certains produits dérivés réalisées avec des non-résidents (traitées dans une seconde sous-partie) ont vocation à donner lieu au prélèvement par la banque de la retenue à la source.

La première sous-partie distingue quatre cas.

Le premier est celui dans lequel une société soumise à l'IS verse à une tierce personne domiciliée ou établie en France des dividendes attachés à des actions qu'un actionnaire non-résident lui a prêtées. Dans cette hypothèse, le rescrit prévoit que le versement de l'équivalent dividende par la banque à l'actionnaire non-résident doit être soumis à la retenue à la source sauf si le tiers ne fait pas partie de la communauté d'intérêts de la banque et si l'opération ne comporte aucune contrepartie pour la banque ou pour des personnes qui font partie de sa communauté d'intérêts.

Dans chacun des trois autres cas que le rescrit mentionne, la banque acquiert temporairement ou emprunte auprès d'un non-résident des titres d'une société française et l'administration retient que « *les versements effectués par la banque à cette contrepartie sont susceptibles de donner lieu au prélèvement par la banque de la retenue à la source* ».

Si le rescrit distingue trois cas, c'est que l'emprunt ou l'acquisition temporaire des titres peut répondre à trois motifs :

- i) couvrir des ventes d'actions à découvert ;
- ii) fournir à l'actionnaire non-résident une prestation de « monétisation de dividendes optionnels », c'est-à-dire une prestation consistant à valoriser l'option offerte à l'actionnaire de bénéficier du versement de dividendes sous forme d'actions nouvelles ;
- iii) garantir des opérations de règlement-livraison de titres.

La seconde sous-partie est relative aux opérations sur produits dérivés. Il s'agit de contrats d'options que vos formations de jugement ont plusieurs fois rencontrés et en vertu desquels une partie offre à l'autre le droit de lui acheter ou de lui vendre un actif sous-jacent, à un prix d'exercice déterminé et à une période ou à une date déterminée, moyennant le versement d'une prime¹⁵.

Le rescrit distingue six cas dont cinq font appel à un symbole mathématique désigné par la lettre grecque « delta » (δ)¹⁶.

Le « delta » d'un produit dérivé, lit-on dans le rescrit, « *se définit comme le rapport entre la variation de la valeur du produit dérivé, d'une part, et la variation de celle de l'actif sous-jacent, d'autre part* ». Il ajoute : « *Un produit dérivé est dit « delta one » lorsque son prix varie selon la même amplitude ou selon une amplitude proche de celle du prix de son sous-jacent (delta égal ou proche de 'un')* »¹⁷.

Tout en distinguant plusieurs hypothèses (produits dérivés achetés en couverture d'indices, opérations couvertes par l'achat d'un autre produit dérivé, recours à des contrats d'échange de type *total return swap*, opérations conclues avant l'annonce du dividende et comportant un risque de dividende), le rescrit retient à titre de règle pratique que les opérations qui ne sont pas « delta one » ne sont pas susceptibles, en principe, de donner lieu au prélèvement d'une retenue à la source tandis qu'à l'inverse, les opérations qui sont « delta one », quelle que soit leur forme ou leur objet, sont susceptibles de donner lieu au prélèvement par la banque de la retenue à la source.

4.- Ce sont ces commentaires que la Fédération bancaire française (« FBF ») vous demande d'annuler pour excès de pouvoir, par un recours qu'elle a introduit le 30 mars 2023, dans les deux mois de leur mise en ligne sur le site « bofip.impots.gouv.fr », conformément à l'exigence formulée par votre décision *Sté Hasbro European Trading BV*¹⁸.

Son intérêt pour agir n'est ni contesté en défense, ni d'ailleurs contestable : la FBF est l'organisation professionnelle qui représente les banques, qu'elles soient françaises ou étrangères, qui sont implantées en France et sont, par suite, directement concernées par les énonciations critiquées.

Il n'est pas non plus douteux que les commentaires attaqués, à supposer même qu'ils ne puissent être regardés comme ayant toujours un caractère impératif, eu égard à leur formulation souvent prudente (telle opération « *est susceptible de donner lieu au prélèvement de la retenue à la source* »...), constituent des interprétations du droit positif qui peuvent être déférées au juge de l'excès de pouvoir, en application de la jurisprudence *GISTI*¹⁹, dès lors qu'elles sont susceptibles d'avoir des effets notables sur la situation des banques.

¹⁵ Dans le cas d'une option d'achat, le vendeur de l'option s'engage à vendre le sous-jacent à l'acheteur de l'option, qui bénéficie ainsi d'une promesse unilatérale de vente qu'il est libre d'exercer s'il y a intérêt. Dans le cas d'une option de vente, le vendeur de l'option s'engage à acheter le sous-jacent auprès de l'acheteur qui bénéficie d'une promesse unilatérale de lui acheter le sous-jacent. L'acheteur de l'option peut lui-même la revendre.

¹⁶ Définition qui est d'ailleurs celle qu'on trouve dans la littérature spécialisée en ce qui concerne les méthodes d'évaluation des options : cf. P. Vermimmen, *Finance d'entreprise*, Dalloz, 2020, p. 521.

¹⁷ Le delta est nécessairement compris entre 0 et 1 en valeur absolue : c'est-à-dire entre -1 et 0 pour une option de vente et entre 0 et 1 pour une option d'achat.

¹⁸ CE, Section, 13 mars 2020, n° 435634, rec. p. 94 avec les concl. de K. Ciavaldini, RJF 2020 n° 487.

¹⁹ CE, Section, 12 juin 2020, n° 418142, rec. p. 192.

On rappellera, à cet égard, qu'indépendamment des conséquences fiscales, le code général des impôts érige en infraction pénale le fait, pour un établissement payeur, de se soustraire à l'obligation qui lui incombe de prélever la retenue à la source²⁰.

5.- La doctrine contestée a été publiée et la requête déposée – nous le disions – dans un contexte bien particulier.

Par un communiqué de presse mis en ligne sur son site internet le 28 mars 2023, le procureur de la République financier a confirmé la réalisation, à cette date, d'opérations multiples de perquisition dans cinq établissements bancaires situés à Paris et La Défense dans le cadre de cinq enquêtes préliminaires ouvertes en décembre 2021 des chefs de blanchiment aggravé de fraude fiscale aggravée et, le cas échéant, de fraude fiscale aggravée, ces enquêtes faisant suite, pour certaines, à une plainte ou une dénonciation obligatoire de l'administration fiscale en application de l'article L. 228 du LPF, en relation avec le schéma de fraude dit « CumCum ». Le communiqué mentionne que ces opérations, qui ont nécessité plusieurs mois de préparation, ont été conduites par seize magistrats du parquet national financier et plus de cent cinquante enquêteurs du service d'enquêtes judiciaires des finances, en présence de six procureurs allemands du parquet de Cologne intervenant dans le cadre de la coopération judiciaire européenne.

Le lendemain, 29 mars 2023, le procureur de la République financier a publié un appel à témoignage afin d'inviter les personnes souhaitant apporter des informations utiles à l'enquête ou relatives au mécanisme des CumCum à se rapprocher de lui.

C'est le surlendemain des perquisitions que le recours a été introduit.

Depuis lors, le ministre délégué aux comptes publics a fourni un chiffre, lors d'une audition au Sénat le 2 mai 2023²¹. Il a indiqué qu'à l'occasion de la première série de contrôles, visant six établissements bancaires, des rappels de retenue à la source ont été notifiés dans ces affaires à hauteur de 2,5 milliards d'euros en droits et pénalités, seule l'une des six banques, la moins exposée, ayant accepté le redressement qui lui avait été notifié.

A l'occasion d'une audition publique réalisée par la commission des finances du Sénat²², des représentants de la DGFIP ont par ailleurs eu l'occasion de préciser que les premières rectifications avaient été notifiées selon la procédure de répression de l'abus de droit fiscal prévue par l'article L. 64 du LPF, les services de contrôle ayant par la suite remis en cause l'absence de prélèvement à la source en se fondant sur ce que le bénéficiaire effectif était non-résident, autrement dit sur le terrain de l'interprétation retenue par les commentateurs attaqués.

6.- Les opérations de type CumCum, nous y venons, malgré la sophistication qui leur est consubstantielle, se bornent à mettre en œuvre un procédé de fraude des plus classiques, auquel on s'intéresse depuis le droit romain : l'interposition de personnes.

²⁰ Cf. l'article 1783 A du CGI.

²¹ JORF Sénat, compte rendu intégral du 2 mai 2023, p. 3906 à 3921.

²² Table ronde de la commission des finances sur les CumEx Files du 1^{er} décembre 2021.

L'idée est simple : intercaler, entre la société française cotée et son actionnaire non-résident, un bénéficiaire résident, appelé à percevoir le dividende distribué par cette société et à le reverser à l'actionnaire non-résident, sous déduction d'une commission.

Au lieu de recevoir 100 de dividende brut - 15 de retenue à la source, soit 85, l'actionnaire non-résident reçoit quelque chose comme 100 - 5 de commission, soit 95, la banque conservant 5 en guise de rémunération.

La retenue à la source est éludée et son montant est partagé entre l'actionnaire non-résident et la banque résidente qui lui a apporté son concours, seule ou avec l'aide d'un tiers.

Tout le monde y gagne, sauf l'Etat – et la morale.

Tout ceci se fait sous couvert d'actes juridiques usuels dans la profession et qui n'ont, en eux-mêmes, rien d'illicite : cessions, prêts de titres, pensions de titres, contrats d'options. Mais en grattant un peu ce vernis, on comprend que ce que l'on nomme pudiquement « arbitrage de dividende » s'apparente en vérité, du moins dans certaines hypothèses, à de l'arbitrage sur retenue à la source, au préjudice de l'Etat.

Le trader « optimise » le portefeuille de son client non-résident à partir de paramètres cryptiques pour nous, mais explicites pour lui, tels que le *DivReq* (*dividend requirement*, la fiscalité du dividende) et le *All-In*, pourcentages qui servent à calculer le montant du dividende brut mis en paiement finalement rétrocedé à l'actionnaire non-résident compte tenu du taux de la retenue à la source applicable, de la commission prélevée par la banque et de la durée du contrat. Tout ceci tient en deux ou trois formules mathématiques.

Certes, pour prévenir les risques d'évasion fiscale²³, le législateur a écrit noir sur blanc, lorsqu'il a réglementé, en 1987²⁴, le prêt de titres puis, en 1993²⁵, la pension de titres, par des dispositions qui figurent aujourd'hui aux articles L. 211-22 et L. 211-28 du code monétaire et financier, que de telles opérations ne peuvent pas concerner des titres susceptibles de faire l'objet, pendant la durée du prêt ou de la pension, du détachement d'un droit à dividende.

Mais qui contrôle en pratique l'application de ces dispositions ?

La date pivot – celle à laquelle la propriété des titres doit avoir été transférée juridiquement – est celle du détachement du dividende (en anglais *ex-dividend date*, *ex-date* en abrégé) et ce point appelle quelques explications.

Dans une société non cotée, la personne qui a droit au dividende est l'associé qui a cette qualité à la date de la décision de l'assemblée générale décidant la distribution.

²³ Cf. le rapport n° 212 (1986-1987) fait le 6 mai 1987 par M. Jean Cluzel au nom de la commission des finances du Sénat sur le projet de loi sur l'épargne (article 19, p. 116) ainsi que le rapport n° 88 (1993-1994) fait le 10 novembre 1993 par M. Philippe Marini au nom de la commission des finances du Sénat sur le projet de loi portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers (article 8, pp. 58-59 et 70-71). Cf. également *Droit financier*, A. Couret et a., Dalloz 2019, n° 1411 p. 1110.

²⁴ Loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne.

²⁵ Loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers.

Par des arrêts anciens²⁶, la Cour de cassation avait jugé que les dividendes ont la nature de « *fruits civils* », lesquels « *sont réputés s'acquérir jour par jour* », en vertu de l'article 586 du code civil. Elle a cependant fait évoluer son analyse à compter des années 1980²⁷ et retient depuis lors que « *les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable sont, après décision de l'assemblée générale, réparties entre les associés, participent de la nature des fruits* » (tout court)²⁸, tout en soulignant que « *ces dividendes n'ont pas d'existence juridique avant l'approbation des comptes de l'exercice par l'assemblée générale, la constatation par celle-ci de l'existence de sommes distribuables et la détermination de la part qui est attribuée à chaque associé* ».

De ces principes, elle déduit fort logiquement que « *le droit aux dividendes appartient à celui qui est associé au jour de la décision de l'assemblée générale de distribuer tout ou partie des bénéfices réalisés au cours de l'exercice* », et non aux associés au *prorata temporis* de l'exercice de la distribution (Cass., Com 9 juin 2004, *M. Desray c/ M. Desray, Sté Cifex*, n° 01-02.356, Dr. des sociétés 2004 n° 12 c. 204), les parties au contrat de cession d'actions demeurant libre d'aménager ces règles, par exemple en transférant au cessionnaire le dividende dont la distribution a été décidée sans avoir été encore effectuée.

Dans les sociétés dont les titres sont cotés, en revanche, la donne change car il faut une règle claire et transparente pour déterminer l'instant à compter duquel le titre est négocié sur le marché sans le dividende distribué.

C'est, sur le fondement de l'habilitation que lui donne l'article L. 421-10 du code monétaire et financier, l'entreprise de marché, aujourd'hui Euronext Paris, qui définit les règles particulières applicables aux marchés réglementés français. Ces règles²⁹, complétées par voie d'instruction³⁰, prévoient que l'émetteur fixe et publie à l'avance la date de détachement du dividende et la date à laquelle, compte tenu des délais de règlement-livraison, eux-mêmes réglementés, les transactions sur le titre s'effectuent sans le droit au dividende. Les entreprises cotées publient en règle générale en début d'année (janvier ou février) un communiqué de presse informant le public que leur conseil d'administration a décidé de proposer à l'assemblée générale qui se réunira à telle date (avril, mai ou juin), la distribution d'un dividende de *x* euros par action, en mentionnant la date de détachement et la date du paiement en numéraire, laquelle intervient quelques jours plus tard, le temps de purger d'éventuelles contestations.

Autrement dit, les acteurs du marché connaissent précisément et à l'avance la date pivot que constitue l'*ex-date* et sont ainsi mis en mesure d'organiser un transfert de propriété du titre du non-résident vers l'entité résidente pour une période qui commence un peu avant et finit un peu après cette date.

²⁶ Cass., Ch. civ., 21 octobre 1931, *Guérin-Pouyet Elite Ltd c/ Consorts Guérin-Lési*, Rec. Dalloz 1931 p. 553 ; Cass., Civ., 7 juillet 1941, D. 1941 p. 370.

²⁷ Cass. Com., 23 oct. 1984, *Caillol c/ Molinier, Viviani*, n° 82-12.386, Bull. civ. IV n° 281 ; Cass. Com., 23 octobre 1990, *DGI c/ Morin*, n° 89-13.999, Bull. civ. IV n° 247 ; Cass. Com., 28 nov. 2006, *Saurat c/ DGI*, n° 04-17.486, Bull. 2006 IV n° 235, RTDC janv-mars 2007 n° 1 p. 149 note T. Revet ; Cass. Com., 10 févr. 2009, *DGFIP c/ Cadiou*, n° 07-21.806, Bull. 2009, IV n° 19.

²⁸ Le fruit devant s'entendre d'une richesse nouvelle qui émane d'un bien sans en altérer la substance.

²⁹ Article P 2.3.3 du livre II des règles de marché (règles particulières applicables aux marchés réglementés français).

³⁰ Instruction d'Euronext Paris N3-06.

Nous mentionnons pour mémoire qu'à côté de ces CumCum dits « internes », il y a, indépendamment des CumEx³¹, des CumCum dit « externes », opérations peut-être encore plus difficiles à appréhender pour l'administration et la justice car il s'agit dans ce cas, pour l'actionnaire qui est le résident d'un Etat partie à une convention fiscale qui permet à l'Etat de la source de prélever une retenue sur les dividendes, de transférer ses titres, autour de la date de détachement du dividende, à un autre non-résident, mais qui se trouve établi, lui, dans un Etat lié avec l'Etat de la source par une convention qui fait obstacle au prélèvement d'une retenue à la source. En ce qui concerne la France, il pourrait s'agir d'interposer un résident des Emirats Arabes Unis, la convention franco-émiratienne du 19 juillet 1989, telle que modifiée par un avenant du 6 décembre 1993, posant le principe d'une imposition exclusive des dividendes dans l'Etat de résidence de l'actionnaire³².

On peut y voir une forme de chalandage fiscal (*treaty shopping*) qui conduit à faire bénéficier un résident d'un Etat tiers des avantages accordés sur une base de réciprocité entre deux Etats contractants. Avec les CumCum externes, il ne s'agit donc plus de substituer un résident à un non-résident mais de substituer un non-résident non imposable à un non-résident imposable.

7.- Après tous ces détours, nous voilà au pied du mur.

7.1- Il faut commencer par s'intéresser à la lettre du 2 de l'article 119 bis.

Son premier alinéa prévoit que les dividendes « *donnent lieu à l'application d'une retenue à la source (...) lorsqu'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France* » – le cas des OPCVM étant traité à part depuis 2012 pour assurer la compatibilité du régime avec le droit de l'Union européenne, tel qu'il a été interprété par la Cour de justice dans son arrêt *Santander Asset Management SGIIC SA*³³.

Vous le voyez, ces dispositions ne comportent aucune référence explicite à la notion de « *récipiendaire* » d'un revenu mobilier – une telle notion est d'ailleurs inconnue du code général des impôts, on ne la trouve que dans les commentaires actuels du modèle de convention OCDE³⁴.

Elles ne précisent pas non plus que le bénéficiaire du dividende serait celui qui en dispose « *directement ou indirectement* ».

³¹ Qui, relevant de l'escroquerie, tendent à obtenir des remboursements de retenue à la source non acquittée.

³² On peut encore songer à celles des conventions dont les stipulations dérogent, pour certaines catégories de contribuables, à la règle du partage du pouvoir d'imposer les dividendes, à l'image de la convention franco-canadienne du 2 mai 1975 dont le b) du § 7 de l'article 29 prévoit une dispense de retenue à la source sur les dividendes payés par une société cotée résidente de France à un organisme de retraite canadien détenant une participation inférieure à 5% du capital et des droits de vote, lorsque cet organisme de retraite est le « *bénéficiaire effectif* » de la distribution.

³³ CJUE, 3^{ème} ch., 10 mai 2012, C-338/11. La Cour de justice a jugé que le 2 de l'article 119 bis méconnaissait la libre circulation des capitaux en soumettant à la retenue à la source les dividendes de source française perçus par des OPCVM résidents dans un autre Etat que la France, alors que de tels dividendes étaient exonérés dans le chef des OPCVM résidents de France. Le législateur est intervenu, en 2012, pour exclure du champ d'application de la retenue à la source les OPCVM constitués sur le fondement d'un droit étranger situés dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou dans un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et qui présentent des caractéristiques similaires à celles d'OPCVM de droit français.

³⁴ Paragraphe 12.2 des commentaires de l'article 10 du modèle 2019.

Enfin, le premier alinéa du 2 de l'article 119 *bis* ne fait aucune allusion à des « *bénéficiaires effectifs* » – alors même que la notion n'est pas absente du code général des impôts, qui en contient sept occurrences³⁵, apparitions dont nous il faut dire un mot.

Les trois premières se rattachent au contrôle de l'impôt.

L'expression « *bénéficiaire effectif* » figure ainsi aux articles 1649 AD et 1649 AH, qui transposent en droit interne les objectifs de la directive « DAC 6 »³⁶ et instaurent, dans un but de lutte contre la planification fiscale agressive et de prévention du risque d'évasion et de fraude fiscales, l'obligation de déclarer à l'administration fiscale les dispositifs transfrontières présentant certains marqueurs, notamment ceux qui sont relatifs à des montages ou constructions juridiques qui rendent impossibles d'identifier les bénéficiaires effectifs de ces dispositifs.

La notion figure également à l'article 1649 AB qui soumet les administrateurs de trusts qui comprennent des biens ou droits situés en France ou dont l'un au moins des bénéficiaires a son domicile fiscal en France à l'obligation de souscrire une déclaration ayant notamment pour objet d'identifier les bénéficiaires effectifs du trust. La notion de bénéficiaire effectif a été introduite dans cet article à la faveur de la transposition de la cinquième directive anti-blanchiment³⁷, par une ordonnance du 12 février 2020³⁸.

La notion apparaît encore – et ce point retient bien sûr notre attention – dans quatre articles relatifs à des retenues à la source.

Trois de ces textes sont issus – encore – de la transposition de directives : il s'agit des articles 119 *ter*, 119 *quater* et 182 B *bis*. L'article 119 *ter* a été pris pour la transposition de la directive « mère-filles »³⁹ du 23 juillet 1990, tandis que les articles 119 *quater* et 182 B *bis* ont été pris pour la transposition de la directive « intérêts et redevances »⁴⁰ du 3 juin 2003.

Dans les trois cas, il s'agit de mesures anti-abus, dont l'objet est de garantir que l'exonération de retenue à la source sur les dividendes, les intérêts et les redevances versés à des entreprises liées non-résidentes ne s'applique qu'aux revenus payés à des sociétés effectivement établies dans l'Union européenne.

On peut observer que la directive du 3 juin 2003 utilise elle-même la notion de « *bénéficiaire effectif* ».

³⁵ Que l'on trouve indifféremment au singulier ou au pluriel.

³⁶ Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 relative à l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

³⁷ Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE.

³⁸ Article 13 de l'ordonnance n° 2020-115 du 12 février 2020 renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

³⁹ Directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.

⁴⁰ Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents

Si cette même notion ne figure pas, en revanche, dans la directive du 23 juillet 1990, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, dans les motifs de son arrêt du 26 février 2019, *Skatteministeriet c/ T Danmark et Y Denmark Aps* (aff. C-116/16 et C 117/16, point 113), que la qualité de bénéficiaire effectif des dividendes doit être regardée comme une condition du bénéfice de l'exonération de retenue à la source prévue par l'article 5 de la directive.

Les travaux préparatoires à l'adoption de la loi de finances rectificative pour 1991, qui en ont assuré la transposition, montrent quant à eux que le législateur a entendu que l'avantage que constitue l'exonération ne soit pas détourné de son objet. Les rapporteurs généraux du projet de loi pour l'Assemblée nationale et le Sénat, respectivement MM. Alain Richard et Roger Chinaud, ont ainsi noté : « *la personne morale étrangère doit justifier auprès du débiteur ou, le cas échéant, de l'intermédiaire financier qui assure le paiement des dividendes, qu'elle est effectivement le bénéficiaire de ces revenus* » et ils ont tous deux souligné qu'« *Une telle clause figur[ait] d'ailleurs déjà de façon habituelle dans les conventions fiscales internationales* »⁴¹, Alain Richard ayant de surcroît observé que la condition d'être le bénéficiaire effectif d'un revenu figurait « *déjà, dans la même forme, dans d'autres articles du code général des impôts (art. 125 A III)* ».

De ceci, vous avez déduit que le 2 de l'article 119 *ter*, en ce qu'il subordonne le bénéfice de l'exonération à la condition que la personne morale justifie auprès du débiteur ou de la personne qui assure le paiement des dividendes qu'elle en est le bénéficiaire effectif, est compatible avec les objectifs de la directive du 23 juillet 1990 (CE, 9^{ème} et 10^{ème} chr, 5 juin 2020, *Sté Egiom et Sté Enka*, n° 423809, T. pp. 670-705, RJF 2020 n° 692, concl. E. Bokdam-Tognetti C692 et Dr. Fisc. 2020 n° 42 c. 407).

Enfin, la notion de bénéficiaire effectif figure y compris au sein du 2 de l'article 119 *bis*, même si c'est dans d'autres parties du texte que celle qu'il vous revient d'interpréter...

En vertu de dispositions issues de la loi de finances pour 1991⁴², adoptées pour attirer les capitaux étrangers en France et, en particulier, lever les freins à l'investissement par des fonds de pension et autres organismes gestionnaires de retraite⁴³, le législateur a prévu, par des dispositions codifiées aux septième à dixième alinéas du 2 de l'article 119 *bis*, que la retenue à la source sur les produits distribués ne s'appliquerait pas aux distributions des sociétés de capital-risque effectuées à des non-résidents, lorsque trois conditions sont réunies :

- i) la distribution en cause provient de plus-values à long terme entrant dans les prévisions du régime favorable prévu au 5 de l'article 39 *terdecies* du CGI ;
- ii) la distribution est comprise dans les bénéfices déclarés dans l'Etat étranger où le bénéficiaire est exonéré d'impôt ;
- iii) le bénéficiaire effectif est une personne morale qui a son siège de direction effective dans un Etat ayant conclu avec la France une convention fiscale comportant une clause d'assistance administrative.

⁴¹ Rapport n° 175 fait le 12 décembre 1991 par M. Roger Chinaud au nom de la commission des finances du Sénat, Fasc. I, p. 96

⁴² Cf. le 4 du I de l'article 95 de la loi n° 90-1168 du 29 décembre 1990 de finances pour 1991.

⁴³ Cf. JO Débats Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 18 novembre 1990, p. 5561.

L'exonération de retenue à la source a été justifiée, dans les travaux préparatoires, par la condition tenant à ce que le bénéficiaire des dividendes distribués par la société de capital-risque résidente soit exonéré d'impôt dans son Etat de résidence, étant rappelé que la mesure était ciblée sur les actionnaires institutionnels que sont les fonds de pension américains, ces bénéficiaires ne pouvant, par construction, imputer l'impôt français, en l'absence d'imposition dans leur Etat de résidence⁴⁴.

De ce recensement, il découle trois premiers constats :

i) le législateur français manie rarement le concept de bénéficiaire effectif : sept articles du CGI seulement ;

ii) lorsqu'il se réfère à cette notion c'est, en règle générale, parce qu'il transpose les objectifs d'une directive qui comporte elle-même ce standard juridique ;

iii) la référence au bénéficiaire effectif a toujours pour but de prévenir une fraude ou un abus, en identifiant la personne qui bénéficie effectivement d'un revenu, en déjouant les procédés destinés à occulter le bénéficiaire effectif d'un revenu ou en refusant d'attacher des conséquences à des constructions juridiques destinées à obtenir l'octroi d'un avantage fiscal.

7.2.- Pour autant, si le premier alinéa du 2 de l'article 119 *bis* ne comporte pas le *distinguo* récipiendaire / bénéficiaire effectif, ces dispositions n'excluent pas absolument l'interprétation défendue par l'administration.

Lorsque le législateur cible la personne qui « bénéficie » d'un revenu, n'est-ce pas au bénéficiaire réel de ce revenu qu'il entend s'intéresser, à l'exclusion de ceux qui ne sont que des intermédiaires et qui n'ont pas vocation à conserver le revenu et à en disposer, parce qu'ils se sont engagés à le reverser ?

Ne pourrait-on considérer que le législateur a entendu faire prévaloir, sur l'analyse juridique, une lecture économique de la distribution, et attacher plus d'importance à la substance (le revenu revient à un non-résident) qu'à la forme (la distribution est faite à un résident ou par le canal d'un résident) ?

Ne faudrait-il pas, de la même manière, raisonner pour le « titulaire » du droit au dividende comme pour le « bénéficiaire » de revenus réputés distribués en application de l'article 109 ou de l'article 111 du CGI, qui est celui qui a effectivement bénéficié d'un flux d'argent ou qui doit être regardé comme ayant appréhendé des sommes distribuées par l'entreprise du fait de sa qualité de seul maître de l'affaire, et aligner ainsi l'approche retenue pour les distributions régulières sur celle qui prévaut pour les distributions irrégulières ?

Nous relevons, à cet égard, dans le sens de l'interprétation administrative, qu'il vous est déjà arrivé de lire « bénéficiaire effectif » là où il était seulement écrit « bénéficiaire », ou plus exactement « preneur ».

Ainsi, en ce qui concerne les règles de territorialité applicables en matière de TVA, ayant à interpréter l'article 259 B du CGI, dans sa rédaction applicable jusqu'au 31 décembre 2009, dont il résultait que le lieu de certaines prestations de services, notamment les cessions

⁴⁴ Cf. JO Débats Assemblée nationale, 3^{ème} séance du 18 novembre 1990, p. 5561. Rapport général n° 85 fait le 21 novembre 1990 par M. Roger Chinaud au nom de la commission des finances du Sénat, Tome III, p. 96.

et concessions de droits de la propriété industrielle ou intellectuelle, était réputé se situer en France lorsque le preneur était établi en France, vous avez jugé qu'au sens et pour l'application de ces dispositions, « *le preneur s'entend de la personne qui est le bénéficiaire effectif de la prestation de service* » (CE, 9^{ème} et 10^{ème} ssr, 9 oct. 2015, *Sté Bayer Cropscience*, n° 371794, T. p. 657).

Dans cette affaire dans laquelle la société Rhône-Poulenc Agro, devenue Bayer Cropscience, avait concédé des licences de commercialisation de certains de ses produits, vous ne vous êtes pas arrêtés à la circonstance que le contrat avait été conclu avec, respectivement, une société américaine et une société allemande. Vous avez constaté que le bénéficiaire effectif de la prestation de service était une SARL de droit français, filiale de la société américaine signataire du contrat. Dans ses conclusions, le rapporteur public Frédéric Alajdidi avait invité les 9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies à faire prévaloir, comme il sied en matière de TVA, une approche économique, plutôt qu'une lecture purement juridique des stipulations du contrat de concession et, partant, à s'intéresser aux conditions réelles de son exécution.

7.3.- L'interprétation retenue par le ministre n'étant pas exclue par la lettre de l'article 119 *bis*, il faut donc s'intéresser à l'intention législative, en faisant une interprétation historique de la loi.

La retenue à la source sur les dividendes est un lointain successeur de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM), créé par la loi du 29 juin 1872 pour contribuer au financement de l'indemnité de guerre de 5 milliards de francs-or que le Traité signé à Francfort le 10 mai 1871 avait mise à la charge de la France.

La loi de 1872 énonçait que la taxe, au taux de 3%, frappe les « *dividendes, revenus et tous autres produits des actions de toute nature, des sociétés, compagnies ou entreprises quelconques, financières, industrielles, commerciales ou civiles, quelle que soit l'époque de leur création* » (article 1^{er}) et que le revenu est déterminé, pour les actions, par le dividende fixé d'après les délibérations des assemblées générales d'actionnaires (article 2). Elle avait également prévu que le montant de la taxe « *en est avancé, sauf leur recours, par les sociétés, compagnies, entreprises* » débitrices (article 3). L'IRVM était donc prélevé à la source, que le bénéficiaire du revenu soit résident ou non-résident.

Cette architecture a été conservée pendant près d'un siècle. Le principe de la retenue à la source sur les dividendes figure, dans le code général des impôts publié en avril 1950, à l'article 1672, dans la partie « *recouvrement* » du code. Le transfert de son contenu à l'article 119 *bis* est issu de la codification⁴⁵ de l'article 19 de la loi n° 59-1472 du 28 décembre 1959 portant réforme du contentieux fiscal et divers aménagements fiscaux, le législateur ayant maintenu, lors du remplacement de la taxe proportionnelle et de la surtaxe progressive par l'impôt sur le revenu des personnes physiques, le principe d'une retenue à la source applicable aux revenus mobiliers entrant dans les prévisions des articles 108 à 119, que le bénéficiaire soit domicilié ou établi en France ou hors de France.

C'est en définitive la loi n° 65-566 du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers qui a changé la donne en ne maintenant une retenue à la source que pour les non-résidents. Son article 4 était ainsi libellé : « *1. Les*

⁴⁵ Par le décret n° 61-416 du 27 avril 1961 portant incorporation dans le code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code. JORF du 29 avril 1961 p. 3977.

produits des actions et parts sociales et les revenus assimilés ne sont soumis à la retenue à la source prévue à l'article 119 bis du code général des impôts que s'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile réel ou leur siège en France. / 2. Dans ce cas : / a) La retenue est versée au Trésor par la personne qui assure le paiement des revenus ; / b) Son taux est porté à 25 p. 100 (...) ».

Ces dispositions ont été insérées dans le CGI par un décret de codification de 1967⁴⁶. Elles sont devenues respectivement le 2 de l'article 119 *bis* et, pour ce qui concerne le taux de la retenue, le 1 de l'article 187.

Les travaux préparatoires à l'adoption de l'article 4 de la loi du 12 juillet 1965 comportent des développements qui – il est vrai – montrent que le législateur a songé au risque qu'un actionnaire non-résident tente d'éviter la retenue à la source. Celui-ci a en effet décidé (c'est au *c*) du 2 de l'article) de supprimer les dispenses de retenue à la source qui étaient alors prévues en faveur des produits distribués par les sociétés d'investissement et les organismes assimilés, dont le statut avait été fixé par une ordonnance de 1945⁴⁷. L'exposé des motifs de l'article 4 et le rapport présenté au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale par M. Louis Vallon soulignent qu'à défaut de la suppression d'un tel régime, « *les non-résidents pourraient échapper à l'application de la retenue en faisant transiter leurs revenus mobiliers par l'intermédiaire d'un organisme soumis à ce régime* »⁴⁸.

L'inspiration de cette mesure nous semble toutefois distincte de celle ayant présidé à l'adoption des commentaires attaqués. La suppression de l'exonération de retenue à la source sur les distributions effectuées par les sociétés d'investissement avait pour but d'éviter que certains non-résidents ne modifient (définitivement) leurs choix d'investissement en remplaçant, dans leur portefeuille, les titres de sociétés résidentes de France qu'ils détenaient par des titres de sociétés d'investissement résidentes de France, alors que, dans les commentaires attaqués, le recours à la notion de bénéficiaire effectif a pour but de prévenir une fraude ou un abus consistant, pour un non-résident, à conserver sa participation dans une société résidente tout en transférant (temporairement) la propriété des titres lors du détachement du dividende.

Quant à la référence faite au « domicile réel » du contribuable, au 1 de l'article 4 de la loi du 12 juillet 1965, elle ne nous paraît pas déterminante : le législateur a seulement entendu empêcher qu'un non-résident se fasse passer pour un résident, en mentant sur son domicile réel. Ce n'est pas un sujet de bénéficiaire effectif.

Au demeurant, la notion de « *domicile fiscal* » a été substituée à celle de « *domicile réel* » par la loi n° 76-1234 du 29 décembre 1976 modifiant les règles de territorialité et les conditions d'imposition des Français de l'étranger ainsi que des autres personnes non domiciliées en France.

⁴⁶ Décret n° 67-106 du 24 janvier 1967 apportant aux dispositions du code général des impôts les adaptations rendues nécessaires par la loi n° 65-566 du 12 juillet 1965 qui modifie l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers.

⁴⁷ Cf. le III de l'article 19 de la loi n° 59-1472 du 28 décembre 1959 portant réforme du contentieux fiscal et divers aménagements fiscaux. Ces sociétés étaient régies par l'article 144 du CGI, dont les dispositions ont donc été abrogées par le décret de codification n° 67-106 du 24 janvier 1967.

⁴⁸ JO Assemblée nationale, Rapport n° 1349 de M. Vallon au nom de la commission des finances, 1965, p..

Les travaux préparatoires à l'adoption de ce dernier texte nous enseignent que le projet de loi soumis à l'examen du Conseil d'Etat en application de l'article 39 de la Constitution se référait à la notion conventionnelle de « *résidence* ». Dans son avis, le Conseil d'Etat lui avait préféré la notion de « *domicile* », qui est celle qui figurait dans la jurisprudence de ses formations contentieuses. Ce sont deux députés qui, par amendement⁴⁹, ont précisé cette rédaction en faisant valoir que, légiférant « *en matière fiscale* »⁵⁰, il ne pouvait être question, dans l'ensemble des articles mentionnant le « *domicile* » du contribuable, que de son domicile « *fiscal* », afin d'éviter toute confusion avec le domicile au sens du droit civil, tel qu'il est défini par le premier alinéa de l'article 102 du code civil (« *Le domicile de tout Français, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement* »)⁵¹.

L'examen historique ne permet donc pas d'avérer une réelle intention du législateur d'écarter des bénéficiaires de premier rang, ou des bénéficiaires de façade, pour ne saisir que le bénéficiaire effectif du dividende.

7.4.- D'ailleurs, déceler, dissimulée dans le texte de l'article 119 *bis*, tel qu'il est issu d'une loi de 1965, une clause de bénéficiaire effectif, risquerait fort de s'apparenter à un anachronisme.

Les clauses conventionnelles de bénéficiaire effectif n'ont en effet vu le jour qu'après 1965. Elles datent, pour les premières, de conventions négociées dans la seconde moitié des années 1960, par les Etats-Unis et le Royaume-Uni, mais aussi par la France qui insère par exemple, au paragraphe 5 de l'article 4 de la convention conclue le 9 septembre 1966 avec la Suisse, une stipulation excluant que soit reconnue la qualité de résident à une personne qui n'est que le « *bénéficiaire apparent* » d'un revenu « *bénéficiant en réalité, soit directement, soit indirectement, par l'intermédiaire d'autres personnes physiques ou morales, à une personne qui ne peut être regardée elle-même comme un résident* ». Dans le projet de modèle de convention de l'OCDE de 1963, on ne trouve aucune trace de telles clauses.

C'est dans le modèle de convention de 1977 qu'elles font leur apparition, aux articles 10, 11 et 12 concernant respectivement les dividendes, les intérêts et les redevances. Dans le commentaire de l'article 1^{er} (« *La présente convention s'applique aux personnes qui sont des résidents d'un Etat contractant ou des deux Etats contractants* »), le comité des affaires fiscales de l'OCDE indique à cet égard, sous l'intitulé « *Usage incorrect de la convention* », que les conventions ne doivent pas faciliter l'évasion et la fraude fiscales (point 7), notamment lorsqu'une personne agit par l'entremise d'une entité juridique créée dans un Etat dans le but d'obtenir les allègements d'impôts prévus par la législation de cet Etat (point 9), et que « *certaines de ces situations sont traitées dans la Convention, par exemple au moyen de l'introduction du concept de 'bénéficiaire effectif' (aux articles 10, 11 et 12)* » (point 10, p. 48). Dans le commentaire de ces trois articles, il est souligné que la limitation de l'impôt prélevé dans l'Etat de la source (le taux conventionnel) ne s'applique pas lorsqu'un intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire, s'interpose entre le créancier et le débiteur, à moins que le bénéficiaire effectif ne soit un résident de l'autre Etat contractant⁵².

⁴⁹ Amendement n° 1 déposé par M. Mario Bénard et M. Jacques Marette.

⁵⁰ Cf. Assemblée nationale, Débats, compte-rendu intégral de la 1^{ère} séance du 7 décembre 1976, JORF Débats parlementaires, 80^{ème} séance de la session ordinaire 1976-1977, p. 9034.

⁵¹ Ainsi, le décret de codification n° 77-1186 du 18 octobre 1977 s'est borné à remplacer les mots : « *domicile réel* » par les mots : « *domicile fiscal* ».

⁵² Point 12 du commentaire sur l'article 10, point 8 du commentaire sur l'article 11 et point 4 du commentaire de l'article 12.

Il est donc somme toute logique, si l'on se place à la date de l'adoption de la loi du 12 juillet 1965, que le législateur n'ait pas eu la notion de bénéficiaire effectif présente à l'esprit.

Il ne résulte pas, par ailleurs, de modifications législatives postérieures à 1965 que le législateur aurait fait évoluer son interprétation du 2 de l'article 119 *bis* de sorte qu'il n'est pas permis de constater – pour reprendre une terminologie du juge constitutionnel – une modification de la portée de la loi sous l'influence, non pas du droit de l'Union européenne mais du droit conventionnel ou des principes de l'OCDE.

De ce point de vue, la situation est tout à fait différente de celle qui prévaut pour les conventions fiscales internationales.

Si vous admettez d'interpréter de telles conventions en prenant en considération des commentaires du modèle OCDE qui leur sont postérieurs, eu égard à leur valeur « persuasive » (CE, Plénière, 11 déc. 2020, *Min. c/ Société Conversant International Limited*, n° 420174, rec. p. 445 et CE, 9^{ème} et 10^{ème} chr, 20 mai 2022, *Sté Planet*, n° 444451, aux T.), et si vous avez déjà accepté de voir une clause de bénéficiaire effectif dans les stipulations d'une convention bilatérale conclue antérieurement à l'introduction d'une telle clause dans l'article 10 du modèle OCDE (CE, 8^{ème} et 3^{ème} chr, 23 nov. 2016, *Sté Eurotrade Juice*, n° 383838, aux T. sur un autre point⁵³), il nous semble qu'une telle méthode n'est pas de mise pour interpréter la loi.

7.5.- Apercevoir dans ce pur texte de droit interne que constitue l'article 119 *bis* une clause interpolée de bénéficiaire effectif est par conséquent en décalage avec l'historicité de cette notion, mais aussi, en outre, avec notre culture juridique.

La notion d'ayant-droit économique, la distinction du bénéficiaire légal et du bénéficiaire économique comme le concept de propriété fiduciaire ont longtemps plongé le juriste français dans un abîme de perplexité.

Nous avons observé tout à l'heure que les occurrences de l'expression « bénéficiaire effectif » dans le code général des impôts se comptent sur les doigts de deux mains et proviennent dans leur quasi-totalité de la transposition de directives de l'Union européenne, qui elles-mêmes s'inspirent assez directement des principes de l'OCDE, dont la construction progressive et pragmatique, par ajouts et précisions successifs, n'est pas sans rappeler la fabrication du droit dans les pays de *common law*.

Le bénéficiaire effectif n'est pas – si l'on peut dire – une notion de source française. Dans notre tradition juridique de droit écrit, le salut de l'administration passe plutôt par la définition d'une règle générale d'interdiction des opérations ou montages caractérisant un abus de droit ou une fraude à la loi.

La gêne est, à dire vrai, d'autant plus grande que, par essence, une disposition anti-abus ne saurait avoir d'existence qu'entre les lignes. Elle doit être explicite, comme le sont les diverses règles d'assiette anti-abus que comporte le code général des impôts en matière de fiscalité internationale : 238 A, 123 *bis*, 155 A, etc.

⁵³ S'agissant de l'article 8 de la convention fiscale conclue entre la France et le Luxembourg le 1^{er} avril 1958 dans sa rédaction issue de l'avenant du 8 septembre 1970 entré en vigueur le 15 novembre 1971.

Autrement dit, s'il n'est nullement interdit au législateur national de prévoir, de son plein gré et de sa propre initiative, une règle de bénéficiaire effectif, comme il l'a fait pour les sociétés de capital-risque à l'article 119 *bis*, il faut qu'il le dise expressément.

D'ailleurs, dans l'affaire des CumCum, ainsi qu'elle l'a fait connaître publiquement, l'administration fiscale n'a-t-elle pas elle-même commencé par notifier des rectifications selon la procédure de répression de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L. 64 du LPF, avant de se fonder sur la règle du bénéficiaire effectif ?

7.6.- Enfin, l'examen historique est d'autant moins déterminant si, délaissant le XX^e siècle pour le XXI^e, vous prenez en considération les interventions législatives postérieures et, singulièrement, l'insertion dans le code général des impôts, après l'article 119 *bis*, d'un article 119 *bis* A, par l'article 36 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019.

Cet article, dont les dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2019, est issu d'amendements déposés par les membres de six groupes politiques du Sénat lors de l'examen du projet de loi de finances en première lecture par cette assemblée⁵⁴, adoptés avec un avis de sagesse du Gouvernement⁵⁵ et réécrits par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, sur des amendements de députés appartenant à la majorité⁵⁶.

Il se présente comme une disposition anti-abus dont l'unique objet est de traiter le cas des opérations de type CumCum, ce que les travaux préparatoires confirment.

Son 1 pose une présomption qui permet de fiscaliser le flux financier entre le récipiendaire du dividende et le bénéficiaire effectif qui se voit rétrocéder le dividende. Il prévoit ainsi qu'est réputé constituer un revenu distribué, devant par suite être soumis à la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis*, tout « *versement* », dans la limite du montant correspondant à une distribution de dividendes, effectué, sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit, par une personne qui est établie ou a son domicile fiscal en France au profit, directement ou indirectement, d'une personne qui n'est pas établie ou n'a pas son domicile fiscal en France, lorsque deux conditions sont réunies : d'une part, le versement est réalisé dans le cadre d'une cession temporaire de titres ou de toute opération donnant le droit ou faisant obligation de restituer ou revendre les titres ; d'autre part, cette opération est réalisée pendant une période de moins de quarante-cinq jours incluant la date à laquelle le droit à une distribution de dividendes est acquis. Le 2 soumet la personne qui assure le paiement à l'obligation de prélever la retenue à la source. Le 3 permet au bénéficiaire du versement d'obtenir la restitution de l'impôt prélevé à la source lorsqu'il apporte la preuve que ce versement correspond à une opération qui a principalement un objet et un effet autres que d'éviter l'application d'une retenue à la source ou d'obtenir l'octroi d'un avantage fiscal. Enfin, le 4 soumet la personne qui assure le paiement du versement à des obligations déclaratives.

Inévitablement, l'adoption de ce texte confronte le juge, chargé d'interpréter les dispositions du 2 de l'article 119 *bis*, sinon à une question de droit, à une question de cohérence narrative : si le législateur est intervenu pour dire, par des dispositions qui ne sont

⁵⁴ Amendements n° I-536 rect., I-600, I-635, I-816, I-875 et I-1001.

⁵⁵ Sénat, séance du 26 novembre 2018. Compte-rendu intégral p. 71.

⁵⁶ Amendements identiques n° 1198 (députés La République en Marche) et n° 1165 (députés Modem), sous-amendés par M. Charles de Courson pour l'entrée en vigueur du texte, décalée du 1^{er} janvier au 1^{er} juillet 2019.

pas expressément interprétatives, que la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis* devait être prélevée en cas de versement d'un équivalent dividende, n'est-ce pas qu'il a lui-même fait l'analyse que la loi fiscale, à la date à laquelle il a légiféré (fin 2018), ne donnait pas une assise suffisante à l'imposition du bénéficiaire effectif du dividende ?

Par ailleurs, comment faudrait-il agencer la lecture volontariste faite par l'administration dans les commentaires attaqués, qui dégagent (*ex post*) une règle de portée *générale* (application de la retenue à la source à un dividende distribué à un résident lorsqu'un non-résident en est le bénéficiaire effectif) et la règle de portée *spéciale* posée (*ex ante*) par le législateur (la retenue à la source n'est appliquée que dans certaines conditions tenant, notamment, à la durée du transfert temporaire de la propriété des titres ouvrant droit au versement du dividende) ?

Nous entendons bien sûr que toute disposition législative anti-abus ou toute procédure d'abus de droit définie par la loi a un champ déterminé en dehors duquel peut être mis en œuvre le principe général du droit à la répression des abus de droit (CE, Section, 27 sept. 2007, *Sté Janfin*, n° 260050, rec. p. 401), mais il reste à surmonter la question de cohérence narrative que nous indiquions et les efforts que l'on pourrait vouloir consentir pour lire, dans l'intertexte de l'article 119 *bis*, une clause de bénéficiaire effectif, sont ébranlés, si ce n'est réduits à néant, par cette intervention législative qui, aussi imparfaite qu'elle soit pour lutter efficacement contre les montages CumCum, dresse le constat à notre avis honnête de l'inadéquation des instruments juridiques existants, c'est-à-dire de l'inadéquation de la procédure de l'abus de droit fiscal, en l'absence de règle de bénéficiaire effectif.

7.7.- En dernier lieu et en tout état de cause, la position retenue par l'administration dans les commentaires attaqués soulève de redoutables questions de mise en œuvre, qui sont de nature à vous dissuader de faire l'effort d'interprétation auquel le ministre vous invite.

Nous identifions trois problèmes d'inégale importance.

Le premier porte sur la cohérence interne du dispositif. On s'attendrait, dès lors qu'on raisonne en termes de bénéficiaire effectif d'un revenu, à ce que le dividende distribué soit soumis, pour son montant total, à la retenue à la source, et non à ce que, ainsi que le prévoit le rescrit n° 122, seul l'équivalent dividende, c'est-à-dire le dividende moins la commission perçue au passage, soit soumis à la retenue. Nous comprenons bien qu'il s'agit d'éviter une double imposition, la banque étant soumise à l'IS sur la seule commission qu'elle conserve, car l'équivalent dividende est admis en charges déductibles de son résultat. Mais il y a là une première aspérité.

Le deuxième problème est celui du dimensionnement du dispositif anti-abus. Si l'on part de l'idée que tous les contrats de prêt-emprunt de titres et toutes les opérations de couverture conduisant à ce que le droit au dividende soit transféré par l'actionnaire non-résident pendant une période couvrant le détachement du dividende ne sont pas illicites, nonobstant les dispositions du code monétaire et financier que nous avons rappelées, autrement dit si l'on considère que toutes ces opérations ne sont pas par nature abusives, ce qu'il convient à notre avis de tenir comme hypothèse raisonnable, alors se pose la question de savoir si l'interprétation administrative ne conduit pas à appréhender un éventail trop large de situations, et à retenir dans les mailles du filet des opérations qui, relevant du fonctionnement normal des marchés financiers, ne devraient pas être assimilées à des montages artificiels dont le but serait de contourner la législation fiscale française sur la retenue à la source.

Votre décision du 13 octobre 1999 *Ministre de l'économie c/ SA Diebold Courtage*⁵⁷ offre une bonne illustration des difficultés qui sont susceptibles de se présenter. Dans cette affaire, la société Diebold Courtage avait payé des redevances, pendant deux années, à une société néerlandaise, Equilease CV. La convention franco-néerlandaise de 1973 attribuant à l'Etat de la résidence l'exclusivité pour imposer les redevances, la société avait considéré qu'il n'y avait pas lieu pour elle de soumettre les sommes payées aux Pays-Bas à la retenue à la source prévue par l'article 182 B du CGI. Le ministre s'était fondé sur l'importance des sommes reversées par la société néerlandaise à la société liée de droit suisse Equilease Management AG, sous couvert d'un contrat d'apporteur d'affaires, pour en déduire que cette dernière avait la qualité de bénéficiaire effectif. Dans ses conclusions, Gilles Bachelier vous avait suggéré d'accueillir ce moyen en relevant que près de 68% du montant des redevances avait été reversé à la société suisse du groupe.

Si les chambres réunies ont admis d'interpréter la convention franco-néerlandaise comme comportant une clause de bénéficiaire effectif même en l'absence de stipulations en ce sens, solution que vous avez confirmée par la suite dans l'affaire *Eurotrade Juice*⁵⁸, elles ont en revanche considéré, à l'inverse de Gilles Bachelier, qu'il n'était pas établi que la société suisse aurait été le bénéficiaire réel des redevances et que les sommes payées à cette dernière par la société néerlandaise auraient été excessives au regard des prestations fournies.

Notre sentiment est ainsi que, si la circonstance qu'une fraction très importante du dividende (> 90%) soit reversée, après un bref délai, à la personne qui était, peu de temps avant le détachement du dividende, le propriétaire du titre, et qui a en recouvré la propriété après cette date, est de nature à faire présumer que l'intéressé en est le bénéficiaire effectif, cette conviction peut s'émousser si l'on fait varier les variables de l'équation, notamment le taux du reversement ou la durée pendant laquelle le titre est prêté ou transféré, ou encore s'il est justifié de toute autre circonstance particulière.

Il est donc difficile de ne pas concéder à la requérante que l'introduction, par voie doctrinale, d'une règle de bénéficiaire effectif place les établissements bancaires concernés face à une difficulté majeure dans la mesure où les commentaires attaqués leur imposent de rechercher si un bénéficiaire économique ne se cache pas derrière chaque bénéficiaire juridique d'une distribution, sans toutefois que des critères clairs, précis et transparents ne soient définis, et alors que l'absence de prélèvement de la retenue à la source les expose à de graves conséquences, fiscales et le cas échéant pénales.

C'est toute l'ambiguïté des deux rescrits qui, malgré leur apparente précision, échouent à apporter de la sécurité juridique et à chasser le risque d'arbitraire administratif : la diversité des instruments juridiques et financiers est telle que ces rescrits sont contraints de recourir à des formules telles que « *il n'est pas possible d'exclure du champ d'application de la retenue à la source les situations dans lesquelles le dividende n'a pas été directement versé à la banque* », « *le montant de l'équivalent-dividende est celui qui ressort de l'analyse des différents montants encaissés ou décaissés par la banque* », telles opérations sur dérivés « *sont susceptibles de donner lieu au prélèvement de la retenue à la source* », etc.

⁵⁷ CE, 8^{ème} et 9^{ème} srr, 13 oct. 1999, *Min. de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SA Diebold Courtage*, n° 191191, rec. p. 307, concl. G. Bachelier.

⁵⁸ CE, 8^{ème} et 3^{ème} chr, 23 nov. 2016, *Sté Eurotrade Juice*, n° 383838, T. sur un autre point.

Le troisième problème est consubstantiel au caractère implicite de la règle de bénéficiaire effectif qui, selon l'administration, serait incluse dans l'article 119 *bis* : en effet, cette mesure anti-abus ne ménage aucune porte de sortie à l'établissement payeur, à la différence de ce que fait le 3 l'article 119 *bis* A et de ce que font la plupart des dispositifs anti-abus du CGI, en définissant les conditions dans lesquelles le contribuable peut combattre la présomption posée par la loi fiscale, au moyen d'une clause de sauvegarde dont le Conseil constitutionnel a, plus d'une fois, reconnu la nécessité pour assurer le respect du principe de l'égalité devant les charges publiques.

8.- Nous ne voyons donc pas, en définitive, comment ne pas accueillir le recours, en tant qu'il est dirigé contre les énonciations critiquées des paragraphes 1 et 5 des premiers commentaires attaqués.

Vous pourriez avoir une hésitation sur le sort à réserver aux deux rescrits dont la rédaction multiplie les tournures de phrase prudentes.

Cependant, dans la mesure où ils ne font qu'explicitier l'interprétation retenue dans le BOI 30-30-10-10 ou la décliner dans des situations particulières, il nous semble que les conditions sont réunies pour procéder à une annulation par voie de conséquence, par analogie avec les critères retenus par votre jurisprudence *Mme Okosun* s'agissant de décisions administratives (CE, Section, 30 déc. 2013, n° 367615, rec. p.342, concl. X. Domino RFDA 2014 p. 76, chron. A. Bretonneau et J. Lessi AJDA 2014 p. 222), les rescrits constituant clairement des prises de position « consécutives » qui n'auraient pas été publiées en l'absence du BOI annulé.

9.- Il nous reste à dire quelques mots, avant de vous laisser délibérer, sur les conséquences de ce que vous jugerez, si vous nous suivez pour annuler, même si nos propos ne trouveront aucune traduction dans votre décision, car c'est notamment en considération de ces conséquences éventuelles que l'affaire a été portée devant votre formation plénière.

Si vous considérez que le 2 de l'article 119 *bis* ne comporte aucune règle implicite de bénéficiaire effectif, alors l'administration est condamnée à en passer par la procédure de l'abus de droit – ce qu'apparemment elle avait commencé par faire – pour écarter les actes juridiques passés entre l'établissement bancaire résident et l'actionnaire non-résident, incluant le cas échéant un tiers, pour restituer à l'opération son véritable caractère, qui est celui d'une distribution transfrontalière et non d'une distribution purement interne.

Nous disons que l'administration est « condamnée », car vous auriez beau écrire dans votre décision qu'il lui est loisible, en l'absence de règle implicite de bénéficiaire effectif, de mettre en œuvre la procédure de l'article L. 64 du LPF, cette réserve resterait très vraisemblablement théorique.

C'est évidemment un enfer, pour les services vérificateurs, que de devoir caractériser « un » abus de droit ou plutôt « des » abus de droit, lorsque sont en cause des milliers d'opérations conclues en mobilisant toute l'ingéniosité, la créativité et le savoir-faire propres aux établissements bancaires concernés, lorsque les transactions sont croisées et lorsqu'il est recouru à des plateformes d'échange et de négociation où les contreparties ne sont pas supposées être connues...

En outre, dans tous les cas où, se conformant à sa propre doctrine illégale, l'administration aura notifié des rappels de retenue à la source au motif que les dividendes ont été touchés par un bénéficiaire effectif non-résident, il est à craindre que les rectifications tombent.

En effet, l'administration ne pourra plus invoquer un abus de droit, faute d'avoir mis les établissements bancaires concernés en mesure de demander la saisine du comité de l'abus de droit fiscal, dont la consultation a, ainsi que vous le jugez clairement, le caractère d'une garantie (CE, 8^{ème} et 3^{ème} chr, 31 mai 2022, *SE Dassault Systèmes*, n° 453175, rec. p. 135, RJF 2022 n° 765, à nos concl. C765 et Dr. Fisc. 2022 n° 39 c. 345).

Aucune base légale de substitution ne saute aux yeux.

A supposer que l'on regarde « l'équivalent dividende » comme un intérêt qui serait versé, dans un schéma de prêt-emprunt de titres, au prêteur non-résident, cette requalification ne serait d'aucun secours dans la mesure où, depuis le 1^{er} mars 2010⁵⁹, les intérêts de source française payés par un débiteur résident à un créancier non-résident sont exonérés d'impôt à la source, à moins qu'ils ne soient payés dans un Etat ou territoire non-coopératif, ainsi que le prévoit l'article 125 A du CGI.

Les versements effectués à l'actionnaire non-résident dans la limite du montant éludé de la retenue à la source sur les dividendes ne constituent pas davantage, de toute évidence, des revenus entrant dans le champ d'application des retenues à la source prévues par les articles 182 A (traitements, salaires, pensions et rentes viagères de source française), 182 A bis (prestations artistiques fournies ou utilisées en France) et 182 A ter (gains de levée d'option et gain d'acquisition dans le cadre de l'actionnariat salarié).

L'équivalent dividende n'est pas non plus à ranger parmi les divers revenus non salariaux mentionnés au I de l'article 182 B, faute notamment de pouvoir l'analyser comme la rémunération de prestations de toute nature fournies ou utilisées en France. Quelles prestations seraient en cause en effet ?

L'administration dispose certes de la faculté de redresser individuellement chaque non-résident établi dans un Etat lié par la France avec une convention d'élimination des doubles impositions comportant une clause de bénéficiaire effectif ou devant être regardée comme comportant une telle clause, mais, à supposer même que le délai de reprise le lui permette, cette faculté apparaît à ce stade assez théorique.

Enfin, la voie de la compensation d'assiette (c'est-à-dire la compensation entre la retenue à la source mise à la charge de la banque et l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés dû par le bénéficiaire effectif non résident, à supposer qu'on ne regarde pas la retenue à la source comme un impôt distinct de celui sur lequel elle s'impute ou dont elle tient lieu) paraît fermée, ne serait-ce que parce qu'il s'agit de deux personnes différentes⁶⁰.

⁵⁹ Rédaction issue du G du paragraphe I de l'article 125 A issue de l'article 22 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009.

⁶⁰ En outre, la jurisprudence applique à la lettre la condition légale tenant à ce que l'insuffisance ou l'omission d'imposition invoquée par l'administration qui oppose la compensation ait été constatée « au cours de l'instruction de la réclamation » et non avant celle-ci (CE, Plén., 28 juin 1991, *Min. c/ Sté Blumet et Fils*, n° 63066, rec. p. 259, RJF 1991 n° 1073, concl. J. Arrighi de Casanova ; CE, 10^{ème} et 9^{ème} chr, 10 juil. 2017, *Sté GDF Suez Energie Services*, n° 395318, RJF 2017 n° 1038, concl. E. Crépey C1038).

Sur le plan pénal, en revanche, tout espoir n'est pas perdu que les fraudes qui auraient été commises soient effectivement punies.

Il y a certes, dans le paysage juridique, la réserve d'interprétation dont le Conseil constitutionnel a, par ses décisions n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC du 24 juin 2016 (paragr. 13) et n° 2018-745 QPC du 23 novembre 2018 (paragr. 11), assorti la déclaration de conformité à la Constitution de l'article 1741 du CGI, qui incrimine le délit de fraude fiscale.

Le Conseil constitutionnel a jugé, par un *obiter dictum* relatif au principe dit de l'indépendance des procédures pénale et fiscale, avant de se prononcer sur la question du cumul des poursuites et sanctions administratives et pénales, que les dispositions de l'article 1741 ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale.

Par cette réserve, comme le montrent nettement les commentaires aux Cahiers⁶¹, il a entendu revenir sur la jurisprudence pénale⁶² qui s'accommodait de ce qu'un contribuable soit déclaré pénalement responsable pour s'être frauduleusement et volontairement soustrait à l'établissement d'un impôt, y compris dans le cas où le juge de l'impôt – souvent le juge administratif – avait considéré de son côté, dans le contentieux d'assiette, par une décision devenue définitive, qu'il y avait matière à décharge, et ce pour un motif se rattachant à la cause juridique que constitue, dans le contentieux fiscal, le bien-fondé de l'imposition.

Si un établissement bancaire poursuivi pénalement, auquel l'administration fiscale aurait notifié un rehaussement fondé sur le 2 de l'article 119 *bis*, devait contester, devant le juge administratif, les rappels de retenue à la source qui lui auraient été assignés, on peut tout d'abord se demander si la décharge prononcée devrait être regardée comme obéissant à un motif de fond.

Dès lors qu'il y a un effet de vases communicants entre la clause de bénéficiaire effectif et l'abus de droit (si on n'est pas dans l'un, on tombe forcément dans l'autre), on pourrait en effet avoir la tentation de regarder la décharge comme procédant du seul constat que l'administration n'a pas mis en œuvre, ainsi qu'elle était tenue de le faire, la procédure prévue à l'article L. 64 du LPF, et qu'elle a ce faisant saisi un abus de droit « rampant », selon l'expression bien connue de Jérôme Turot, critique qui se rattache à la régularité de la procédure d'imposition⁶³.

⁶¹ Page 22.

⁶² Cass., Crim., 13 juin 2012, n° 11-84.092.

⁶³ Cf. M. Collet et P. Collin, *Procédures fiscales*, Thémis droit PUF, 4^{ème} éd., § 224 : « Lorsque l'administration établit l'imposition en écartant comme ne lui étant pas opposables des actes passés par le contribuable, elle se place nécessairement dans le champ de la procédure de répression des abus de droit. Elle doit alors le préciser dans sa proposition de rectification et accorder au contribuable les garanties spécifiques que la loi attache à cette procédure (...). A défaut, si elle se place sur ce terrain de manière seulement implicite (...), la procédure d'imposition est irrémédiablement entachée d'irrégularité ». Cf. également Ch. de la Martinière, JCl. Procédures fiscales, Fasc. 375 Abus de droit – Textes, historique et notion : « L'abus de droit implicite (...) consiste, pour l'Administration, à commettre un détournement de procédure. En effet, elle procède à un redressement qui revient à reprocher au contribuable une simulation ou une fraude à la loi, mais en mettant en œuvre la procédure contradictoire de rectification prévue à l'article L. 55 du LPF, qui relève du droit commun. Or, l'accusation d'abus de droit contraint le fisc à utiliser la procédure spéciale de redressement de l'article L. 64. Si celle-ci est également contradictoire, elle contient des garanties particulières en vue de protéger le contribuable contre les lourdes sanctions encourues en cas de simulation ou de fraude à la loi, notamment la faculté de saisir le Comité de l'abus de droit fiscal. / Dès lors qu'en se fondant sur l'article L. 55, l'Administration prive

A supposer même que l'on considère que la décharge interviendrait pour un motif de fond, c'est-à-dire pour le motif que le 2 de l'article 119 *bis* n'impose pas que l'établissement payeur du dividende prélève la retenue à la source dans le cas où ce dividende est payé entre les mains d'un résident, serait-il reversé ensuite à un bénéficiaire effectif, nous pensons que la poursuite pénale pour fraude fiscale ne serait pas nécessairement menacée, pour peu que l'on restitue au banquier, dans un tel schéma, son rôle véritable, qui est celui d'un complice, au sens des articles 121-6 et 121-7 du code pénal, de la fraude fiscale commise par un auteur principal qui est l'actionnaire non-résident.

Il faut en effet en revenir à l'idée que la retenue à la source n'est pas un impôt qui serait supporté par l'établissement payeur.

L'impôt élué n'est autre que celui qui est dû par le non-résident : impôt sur le revenu ou impôt sur les sociétés selon le cas.

Par ailleurs, l'analyse que nous avons développée à l'instant sur le recours conduit à mettre en évidence une discordance de champ entre, d'un côté, l'obligation fiscale d'un non-résident, telle qu'elle résulte de la combinaison du droit interne et des stipulations de la convention fiscale internationale applicable, lorsque cette dernière invite à s'intéresser au bénéficiaire effectif, ce qui est généralement le cas, et, de l'autre, la technique de recouvrement que constitue la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 *bis*, dont le champ est plus étroit en ce qu'il n'inclut pas une règle de bénéficiaire effectif.

Dans ces conditions, la circonstance – qui serait relevée par le juge administratif à l'appui de son jugement de décharge – selon laquelle l'établissement bancaire payeur du dividende n'avait pas à prélever la retenue à la source, au regard des dispositions du 2 de l'article 119 *bis*, ne fait pas à notre avis disparaître la circonstance que cet établissement aurait sciemment, par aide ou assistance, facilité la préparation ou la consommation du délit de fraude fiscale commis, en tant qu'auteur principal, par l'actionnaire non-résident, ou aurait donné des instructions pour commettre cette infraction, au sens de l'article 121-7 du code pénal.

De surcroît, il nous semble que le parquet national financier conserve un atout supplémentaire compte tenu des possibilités que lui offre l'infraction de blanchiment (aggravé) de fraude fiscale⁶⁴.

Comme le rappelle inlassablement la Cour de cassation, le délit de blanchiment est – depuis 1996 – une infraction « générale, distincte et autonome »⁶⁵.

l'intéressé de ces garanties, elle commet un vice de procédure rédhitoire. En effet, aucune substitution de base légale n'est possible (...) car elle reviendrait à priver le contribuable des garanties propres à l'abus de droit. La seule possibilité qui s'ouvre au service est d'envoyer une nouvelle proposition de rectification, si son droit de reprise n'est pas éteint. À défaut, l'abus de droit implicite conduit à la nullité de la procédure d'imposition : l'Administration ne peut recouvrer ni les droits, ni les pénalités qui résultent de la rectification faisant le reproche latent d'une simulation ou d'une fraude à la loi ».

⁶⁴ Laquelle est au nombre des infractions pouvant donner lieu à la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public en application de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale.

⁶⁵ Cass., Crim., 16 janvier 2013, n° 11-83.689, Bull. crim. 2013, n° 17.

C'est au nom de cette conception que la chambre criminelle admet la condamnation de l'auteur du blanchiment d'une infraction d'origine qui est elle-même prescrite⁶⁶, dont l'auteur n'a pas été identifié, dont les circonstances de la commission ne seraient pas entièrement déterminées⁶⁷ ou que les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour juger⁶⁸.

C'est aussi ce qui permet de poursuivre pour blanchiment l'auteur d'une infraction d'origine qu'il a lui-même commise⁶⁹.

Enfin, c'est ce qui permet de poursuivre pour blanchiment l'auteur d'une fraude fiscale qui n'a pas été visé par une plainte de l'administration fiscale pour fraude fiscale, déposée après avis de la commission des infractions fiscales, lorsqu'une telle procédure doit être mise en œuvre à peine d'irrecevabilité des poursuites pénales⁷⁰.

En l'espèce, nous n'apercevons aucun obstacle théorique à ce qu'un établissement bancaire établi en France voie sa responsabilité pénale mise en cause sur le fondement de l'article 324-1 du code pénal, qui incrimine le blanchiment, pour avoir apporté son concours à une opération de conversion ou dissimulation du produit de la fraude fiscale commise par l'actionnaire non-résident qui se serait lui-même volontairement et frauduleusement soustrait à l'établissement et au paiement de l'impôt dû en France, en l'espèce en acceptant de lui emprunter ses titres ou de devenir temporairement propriétaire desdits titres à une date couvrant le détachement du dividende.

Malgré le risque de déconvenue(s) fiscale(s), il n'est donc pas dit que certaines pratiques ne puissent être sanctionnées.

PCMNC :

- à l'annulation de la seconde phrase du troisième alinéa du paragraphe 1 des commentaires administratifs publiés le 15 février 2023 au BOFiP-Impôts sous la référence BOI-RPPM-RCM-30-30-10-10 ;
- à l'annulation du paragraphe 5 des mêmes commentaires ;
- à l'annulation des rescrits publiés le 15 février 2023 sous les références BOI-RES-RPPM-000122 et 000123 ;
- à ce que l'Etat verse une somme de 3 000 € à la Fédération bancaire française au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁶⁶ Cass, rim., 31 mai 2012, n° 12-80.715, Bull. crim. 2012, n° 139.

⁶⁷ Cass., Crim., 18 mars 2020, n° 18-86.491.

⁶⁸ Cass., Crim., 24 févr. 2010, n° 09-82.857, Bull. crim. 2010, n° 37.

⁶⁹ Cass., Crim., 14 janvier 2004, n° 03-81.165, Bull. crim. 2004, n° 12 ; Cass., Crim., 9 déc. 2015, n° 15-83.204, Bull. crim. 2015, n° 282.

⁷⁰ Cass, Crim., 20 février 2008, n° 07-82.977, Bull. crim. 2008, n° 43.