

## N° 471147 – Société Foncière Velizy Rose

9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 25 septembre 2024  
Lecture du 8 novembre 2024

### Conclusions

**Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, Rapporteuse publique**

Détenue jusqu'à la fin de l'année 2011 par la société Batripromo, filiale du groupe allemand IVG, la société Foncière Vélizy Rose, qui exerce une activité de location immobilière en France, a ensuite été cédée à la société luxembourgeoise Velizy Rose Investment SARL, laquelle a été constituée aux fins de ce rachat par un consortium de six investisseurs (la société luxembourgeoise Dewnos SARL, quatre fonds situés à Gernesey, et une personne physique demeurant en Allemagne).

Certaines banques françaises ayant, lors du financement en 2014 d'une opération de crédit-bail de la société française Foncière Vélizy Rose, manifesté leurs réticences à contracter avec une société ayant des actionnaires indirects basés à Guernesey, les six investisseurs réunis dans la société Velizy Rose Investment SARL ont fidèlement appliqué l'aphorisme du *Guépard* : tout changer, pour que rien ne change. La société Dewnos SARL est donc devenue seule actionnaire de la société luxembourgeoise Velizy Rose Investment SARL, la société française Foncière Vélizy Rose n'affichant ainsi que des actionnaires directs et indirects luxembourgeois. Mais en parallèle, les membres de l'ancien consortium - la société Dewnos et les cinq autres investisseurs – ont conclu un contrat de fiducie, désignant la société Dewnos SARL comme fiduciaire chargée de reverser 90% des dividendes qu'elle percevrait de la société Velizy Rose Investment SARL aux autres constituants de la fiducie, à hauteur des droits dont ceux-ci disposaient auparavant dans le capital de cette société.

A l'issue d'une vérification de comptabilité de la société française Foncière Vélizy Rose, l'administration fiscale a remis en cause l'exonération de retenue à la source que cette société avait appliquée, sur le fondement de l'article 119 ter du CGI, à raison du versement, en 2014, d'une somme de 3,6 millions d'euros à titre d'avance sur dividendes à la société luxembourgeoise Vélizy Rose Investment SARL, au motif que cette dernière n'en avait pas été le bénéficiaire effectif. Les rappels de retenue à la source réclamés à la société française ont été assortis d'une majoration de 10 % en application de l'article 1728 du CGI.

Son pourvoi vous conduira à aborder successivement une question de procédure mettant en cause la notion d'abus de droit rampant, et trois questions de fond relatives à la qualité de bénéficiaire effectif, à la compatibilité de la loi française avec la liberté d'établissement, et à l'applicabilité d'office des conventions fiscales afférentes aux véritables bénéficiaires de la distribution litigieuse.

Commençons par la question procédurale, qui vous permettra d'affirmer une bonne fois pour toutes l'autonomie de la notion de bénéficiaire effectif par rapport à la procédure de l'article L. 64 du LPF, y compris lorsque cette première notion fait appel au concept d'entité-relais.

L'administration a en l'espèce remis en cause le bénéfice de l'exonération de retenue à la source prévue à l'article 119 ter du CGI au motif que la société luxembourgeoise Vélizy Rose Investment SARL ayant reçu les dividendes ne satisfaisait pas à la condition de bénéficiaire effectif posée au premier alinéa du 2 de cet article. Pour juger que l'administration avait à bon droit dénié à cette société la qualité de bénéficiaire effectif de cet acompte sur dividendes de 3,6 millions d'euros, la cour a relevé que l'administration s'était fondée sur les constats suivants : d'abord, le reversement immédiat par la société Vélizy Rose Investment, dès le lendemain de la réception de ces dividendes et alors qu'elle n'avait pas d'autres fonds disponibles, de l'intégralité de la somme à la société luxembourgeoise Dewnos Investement ; ensuite, le fait que la société Vélizy Rose Investment, qui détenait l'intégralité du capital social de la requérante, avait elle-même pour associé unique la société Dewnos Investement ; et enfin, la circonstance que la société Vélizy Rose Investment ne disposait d'aucun moyen humain et matériel, n'avait pas d'autre activité que celle de porter les titres de la société Foncière Vélizy Rose et que ses deux dirigeants étaient également ceux de son actionnaire unique, la société Dewnos Investement.

Estimant que le dernier groupe de constats n'avait en réalité pas d'autre objet que de remettre en cause la substance économique de la société Vélizy Rose Investment et le caractère artificiel de son interposition en tant que société-relais, la requérante soutient que l'administration ne s'est pas contentée d'appliquer la notion de bénéficiaire effectif comme condition objective du bénéfice de l'exonération prévue à l'article 119 ter du CGI, mais a contesté la substance économique de son actionnaire luxembourgeois de manière à rendre son existence inopposable et s'est ainsi livrée à une opération intellectuelle au cœur même de la procédure de répression de l'abus de droit, similaire à celle mise en œuvre par exemple dans votre décision *min. c./ Société Pléiade* du 18 février 2004 (n° 247729, RJF 5/04 n° 510, concl. P. Collin BDCF 5/04 n° 65). Elle en déduit que la cour a insuffisamment motivé son arrêt, commis une erreur de droit, inexactement qualifié les faits et dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis en jugeant que l'administration n'avait pas implicitement et irrégulièrement mis en œuvre la procédure de répression de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF.

Toutefois, la circonstance que vous ayez, dans l'affaire *Société Bank of Scotland* du 29 décembre 2006 (n° 283314, RJF 3/07 n° 322 avec concl. Y. Bénard, concl. F. Séners BDCF 3/07 n° 33), pratiqué le « circuit long » pour écarter d'abord sur le terrain de la fraude à la loi un contrat de cession temporaire de l'usufruit d'actions et dénier ensuite la satisfaction de la condition conventionnelle de bénéficiaire effectif s'explique par les considérations propres à cette espèce. Elle ne saurait signifier que le détour par le principe général de répression de la fraude à la loi ou par la procédure de l'article L. 64 du LPF s'imposerait, dès lors qu'il s'agirait, au-delà du critère juridique, d'apprécier la réalité économique objective d'un flux aux fins d'appliquer la condition de bénéficiaire effectif, lorsque celle-ci existe.

Or dès lors que l'article 119 ter du CGI subordonne l'exonération de retenue à la source qu'il prévoit à la condition expresse que la personne morale justifie auprès du débiteur qu'elle est le bénéficiaire effectif des dividendes, et dès lors que l'exclusion de la qualité de bénéficiaire effectif ne se limite pas au cas de bénéficiaires apparents tenus juridiquement au reversement des flux perçus, mais peut aussi s'apprécier au vu de considérations de droit et de fait

caractérisant un rôle de simple entité-relais dans la perception et le reversement d'un revenu, l'administration fiscale peut refuser le bénéfice de l'exonération de retenue à la source de l'article 119 ter au motif que les dividendes ont été versés à une société que des considérations fonctionnelles et factuelles, tenant notamment à sa substance en tant qu'indice de sa vocation à être le vrai point d'arrivée du flux, conduisent à regarder comme n'ayant joué qu'un rôle de courroie de transmission, et comme n'ayant pas la qualité de bénéficiaire effectif, sans pour autant, ce faisant, écarter aucun acte ni réprimer aucun abus, et sans d'ailleurs devoir caractériser une quelconque intention exclusivement fiscale dans l'interposition du bénéficiaire apparent.

Pour constater en l'espèce que la condition posée au 2 de l'article 119 ter n'était pas satisfaite, l'administration n'a ainsi pas écarté les actes de droit privé de création de la société VRI, ni n'a soutenu que sa création et son interposition auraient procédé d'un motif purement fiscal. Le moyen tiré d'un abus de droit rampant sera donc, sans hésitation, écarté.

A titre d'analogie, vous avez jugé qu'en se bornant, sans écarter aucun acte comme ne lui étant pas opposable, à faire valoir que les sommes versées par une société A à une société de personnes B, immédiatement appréhendées par C, leur associé commun, devaient être regardées comme ayant été mises à la disposition de C par A par l'intermédiaire de la société B et constituaient des revenus distribués par A taxables entre les mains de C en application de l'article 111, a du CGI, l'administration fiscale ne met pas en œuvre implicitement la procédure de répression de l'abus de droit prévue à l'article L. 64 du LPF (CE, 11 février 2022, *min. c/ Mme S...*, n° 455794, RJF 10/23 n° 723).

Le groupe suivant de moyens a trait à la notion-même de bénéficiaire effectif.

Le moyen d'erreur de droit sur la charge de la preuve ne vous arrêtera pas : contrairement à ce qui soutenu, la cour n'a pas présumé le rôle de société-relais de la société VRI et a bien fait application d'un régime de preuve objective pour apprécier si la société Vélizy Rose Investment était le bénéficiaire effectif des sommes (sur le régime de preuve applicable, cf. CE, 5 juin 2020, *Société Eqiom et société Enka*, n° 423809, aux Tables, RJF 8-9/20 n° 692).

Plus délicat est le moyen d'erreur de qualification juridique des faits (sur votre degré de contrôle, v. par ex. CE, 5 février 2021, *min. c/ Sté Performing Rights*, n° 430594 432845, aux Tables, RJF 4/21 n° 407).

La requérante fait valoir que la société Vélizy Rose Investment, dont la substance économique était réelle, ne pouvait être ravalée au simple rang de société-relais, qu'elle était pleinement propriétaire du dividende et l'avait librement redistribué dans l'exercice de son pouvoir propre d'affectation à la société Dewnos, sans aucune obligation de reversement des dividendes reçus, ainsi que le démontrerait l'absence de reversement à la société Dewnos d'un dividende ultérieurement perçu en 2016. Elle ajoute que le reversement en 2014 de l'intégralité des 3,6 millions d'euros de dividendes à la société Dewnos, de manière que celle-ci répartisse ensuite cette somme entre elle-même et les autres investisseurs membres de la fiducie, se justifiait par le fait que les membres du consortium de départ n'avaient encore reçu aucun retour sur l'investissement de 25 millions d'euros qu'ils avaient opéré en 2011.

Ainsi que le soulignait le président P. Martin dans une étude de la notion de bénéficiaire effectif en 2022 (*Fiscalité internationale*, n° 3-2022, sept. 2022), la notion de bénéficiaire effectif, qui poursuit la finalité d'une attribution fiscale du revenu conforme à la réalité, peut

faire intervenir divers critères, pouvant être qualifiés pour certains « *de juridiques (droits et obligations du bénéficiaire apparent en ce qui concerne l'usage du revenu), d'autres de fonctionnels (fonction économique de l'entité qui reçoit directement le revenu), d'autres encore de factuels (montant des revenus reversés à autrui, délais de reversement...)*. » La notion de bénéficiaire effectif ne se réduisant pas à une approche juridique et n'excluant pas uniquement de son champ les mandataires et agents, une personne peut donc, malgré l'absence d'obligation contractuelle de reverser ce revenu, se voir dénier la qualité de bénéficiaire effectif d'un revenu sur la base de critères factuels et/ou fonctionnels conduisant à la regarder comme un simple relais n'ayant pas, nonobstant la propriété juridique du revenu, économiquement vocation à conserver celui-ci et à en avoir la disposition véritable. La recherche du bénéficiaire effectif reposant sur un faisceau d'indices et dépendant d'appréciations propres non seulement à chaque configuration d'acteurs, mais plus spécifiquement encore à chaque flux de revenus - quand bien même elle peut faire intervenir des considérations générales relatives à la vocation et à la fonction plus large de l'entité au sein d'une chaîne d'acteurs - , hiérarchiser les critères paraît impossible et dessiner des solutions générales, tranchées et systématiques, hors de portée.

Il apparaît néanmoins peu douteux que le concept de bénéficiaire effectif mettra au défi la situation de certaines holdings, en particulier intermédiaires, même pourvues d'une certaine substance économique, ainsi qu'il a été souligné lors de la soirée annuelle de l'IFA dont les actes ont été publiés (Dr. fisc. n° 51-52/2022 étude 429), ces entités n'ayant en règle générale pas vocation à conserver les revenus perçus des filiales. Dans ces actes, Ph. Durand relevait ainsi que, si le critère juridique ne posera guère de difficulté à satisfaire, le critère factuel sera en règle général « mauvais » et le critère fonctionnel, « variable ».

En l'espèce, pour juger que la société Vélizy Rose Investment n'était pas le bénéficiaire effectif du dividende versé le 2 juillet 2014, la cour s'est fondée sur un faisceau d'indices : des critères factuels tenant au constat du reversement intégral de la somme dès le lendemain de la perception du dividende, alors que la société VRI n'avait pas d'autres fonds disponibles ; des critères fonctionnels reposant sur une analyse de la substance de cette société et de son rôle limité au portage des titres de la société Foncière Vélizy Rose SAS, sans activité distincte de celle de relais dans la perception et la redistribution de dividendes ; ainsi que des critères aux confluent du factuel et du fonctionnel, relatifs à la totale maîtrise de ses décisions par son associé unique à 100% et à leur direction par des dirigeants communs. La combinaison de ces constats, qui ne sont pas entachés de dénaturation, a conduit la cour à considérer que, quand bien même la société VRI avait eu la propriété juridique du dividende versé par la société Foncière Vélizy Rose, elle avait agi comme une simple entité-relais et ne pouvait être regardée comme étant le bénéficiaire effectif de ce dividende, et que la redistribution du dividende ne s'analysait pas comme un acte de libre disposition économique du revenu par son bénéficiaire réel. Or le pourvoi ne met pas en échec cette qualification retenue à l'égard du seul flux en litige en soulignant que, deux ans plus tard, un autre dividende avait quant à lui été conservé sans être immédiatement reversé, et moins encore en soulignant que le consortium d'investisseurs qui avaient créé la société VRI pour acquérir les titres de la société Foncière Vélizy n'ayant encore reçu aucun retour sur leur investissement en 2014, il était normal et rationnel de leur reverser immédiatement l'intégralité de l'acompte sur dividende de 3,6 millions d'euros.

Par suite, vous écarterez le moyen d'erreur de qualification juridique des faits dirigé contre l'arrêt, qui est par ailleurs suffisamment motivé et n'est pas entaché de contradiction interne,

pour en venir au troisième volet du pourvoi, afférent à la compatibilité du droit national avec la liberté d'établissement.

A titre liminaire, relevons que si la « victime » de l'atteinte présumée à la liberté d'établissement serait ici la société mère luxembourgeoise, qui seule exerce cette liberté, et non la société française fille, qui n'est que la cible ou le produit de l'exercice de cette liberté et qui est seule partie à l'instance, il nous paraîtrait impossible de refuser à cette dernière, à la charge de laquelle l'administration a mis le rappel de retenue à la source en litige, de se prévaloir objectivement de ce que le prélèvement de cette retenue dans la situation en cause résulterait de la mise en œuvre d'une législation illégale au vu de la liberté d'établissement.

Devant les juges du fond, l'invocation du caractère discriminatoire de la législation française reposait sur plusieurs arguments.

Etait d'abord alléguée une discrimination tirée de ce qu'en cas de remise en cause du régime national des sociétés mères, la charge fiscale du redressement pèse sur la mère, non sur la filiale, alors qu'un rappel de retenue à la source, lorsqu'il fait suite à une vérification de comptabilité, peut être opéré à l'égard de la filiale française distributrice. Mais il s'agit là d'une conséquence de la technique d'imposition choisie, inhérente à la nature de la retenue à la source et par ailleurs sans incidence sur la qualité de contribuable de la société bénéficiaire non-résidente, à laquelle la filiale peut demander la restitution de cette imposition payée pour son compte (cf., sur ce dernier point, CE, 15 novembre 2021, *min. c/ Sté Palomata*, n° 453022, aux Tables, RJF 2/22 n° 199).

Etait ensuite invoquée une discrimination à raison du taux effectif d'imposition, en raison d'un calcul « en dehors » de la retenue à la source non prélevée par rapport à la distribution opérée (voir l'avis de votre section des finances n° 370005, BOI 4 C-7-04 du 27 septembre 2004, RJF 12/04 n° 1246 ; rappr., pour la retenue de l'article 182 B, CE 13 mars 1996, *Min. c/ C...*, n° 148038, aux Tables, RJF 5/96 n° 586 ; CE, 15 novembre 2021, *min. c/ Sté Palomata*, préc. et Cons. cons. 24 mai 2019, *Sté Cosfibel Premium*, n° 2019-784 QPC, RJF 8-9/19 n° 828). Mais la différence de taux effectif d'imposition alléguée manquait en fait, la base retenue visant au contraire, en tenant compte de l'avantage ayant consisté à ne pas prélever la retenue à la source et en regardant le montant effectivement distribué comme un montant net, à assurer l'égalité de traitement au vu de la situation réelle de la distribution opérée.

Etait invoquée enfin une discrimination au regard de la liberté d'établissement en raison de l'exigence figurant à l'article 119 ter, pour pouvoir bénéficier de l'exonération de retenue à la source, d'une condition tenant à ce que le bénéficiaire des dividendes en soit le bénéficiaire effectif, alors qu'une telle condition de bénéficiaire effectif est absente de l'article 145 du CGI, et dont il résulterait un traitement des sociétés-relais à raison de distributions de leurs filiales françaises moins favorables lorsqu'elles ont leur siège à l'étranger que lorsqu'elles ont leur siège en France.

La discrimination alléguée résultait donc de la comparaison entre deux traitements fiscaux des flux financiers entre mères et filiales : celui prévu à l'article 119 ter du CGI pour les dividendes sortants, et celui prévu aux articles 145 et 216, s'appliquant tant aux dividendes entrants qu'aux distributions purement internes.

Mais d'une part, s'agissant de l'article 119 ter du CGI, vous avez, dans une décision du 5 juin 2020 *Société Egiom et Société Enka* (n° 423809, aux Tables, RJF 8-9/20 n° 692), déduit des

motifs de l'arrêt *Skatteministeriet c/ T Danmark et Y Denmark Aps* du 26 février 2019 de la CJUE, rendu en Grande Chambre (aff. C-116/16 et C-117/16, point 113, RJF 6/19 n° 611), 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 90/435/CEE du 23 juillet 1990 et qu'une cour n'avait pas commis d'erreur de droit en jugeant les dispositions du 2 de l'article 119 *ter* du CGI, en ce qu'elles subordonnent le bénéfice de l'exonération à une condition de bénéficiaire effectif, compatibles avec les objectifs de cette directive. Cette décision est transposable à la directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, qui l'a remplacée. Vous pourriez être tentés de vous arrêter à ce premier constat d'une conformité de l'article 119 *ter* du CGI et de la retenue contestée à l'article 5 de la directive pour regarder comme inopérant le moyen tiré du droit primaire, au motif que la directive aurait entièrement harmonisé les conditions d'exonération dans les cas ne relevant pas de l'abus ou de la fraude proprement dite.

Mais en tout état de cause, à supposer d'aller plus loin que les distributions relevant de l'article 5 de la directive, il résulte, d'autre part, d'une jurisprudence constante que les articles 145 et 216 du CGI relatifs au régime des sociétés mères françaises, issus de textes législatifs antérieurs à la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 et qui n'ont pas été modifiés à la suite de l'intervention de celle-ci, doivent être regardés comme assurant la transposition de ses objectifs, et plus particulièrement comme assurant la transposition de l'article 4 de cette directive. De même, ils assurent aujourd'hui la transposition de la directive 2011/93/UE, en particulier son article 4.

Aux termes du 1 de cet article: « *Lorsqu'une société mère (...) perçoit, au titre de l'association entre la société mère et sa filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de cette dernière, l'État membre de la société mère et l'État membre de son établissement stable: / a) soit s'abstiennent d'imposer ces bénéfices; / b) soit les imposent tout en autorisant la société mère et l'établissement stable à déduire du montant de leur impôt la fraction de l'impôt sur les sociétés afférente à ces bénéfices et acquittée par la filiale et toute sous-filiale, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale relèvent des définitions de l'article 2 et respectent les exigences prévues à l'article 3, dans la limite du montant dû de l'impôt correspondant.* »

Vous avez déduit des dispositions identiques de l'article 4 de l'ancienne directive 90/435 que l'obligation d'un Etat membre ayant choisi – comme la France - le système prévu au premier tiret du paragraphe 1 de l'article 4 de s'abstenir d'imposer les bénéfices qu'une société mère reçoit, à titre d'associée, de sa société filiale n'étant assortie d'aucune condition et étant exprimée sous la seule réserve des paragraphes 2 et 3 du même article ainsi que de celle prévue à l'article 1<sup>er</sup> de cette directive s'agissant de la lutte contre les fraudes et abus, la France ne pouvait subordonner le bénéfice de l'exemption d'impôt de la mère à des conditions restrictives supplémentaires qui ne seraient pas prévues par la directive, hormis celles qui résulteraient de l'application de dispositions nationales nécessaires à la lutte contre la fraude et les abus (CE, 12 novembre 2015, *Société Metro Holding France*, n° 367256, aux Tables, RJF 6/16 n° 516).

Par ailleurs, le législateur n'ayant pas entendu traiter différemment les situations concernant uniquement des sociétés françaises et celles qui, concernant des sociétés d'Etats membres différents, sont seules dans le champ de la directive, vous jugez que les dispositions des articles 145 et 216 doivent en conséquence être interprétées à la lumière des objectifs de la

directive, dès lors qu'une telle interprétation n'est pas contraire à la lettre de la loi. Vous en avez, par exemple, déduit dans votre décision *SA Technicolor* du 15 décembre 2014 (n° 380942, p. 387, concl. E. Crépey, RJF 3/15 n° 190), que la condition tenant à l'engagement de conservation des titres prévue par le c du 1 de l'article 145 devait s'interpréter comme s'appliquant, conformément au deuxième alinéa du 2 de l'article 3 de la directive du 23 juillet 1990, aux titres de participation donnant droit à la qualité de société mère.

Dès lors, de deux choses l'une.

Soit l'article 4 de la directive devrait, à l'instar de l'article 5, être interprété comme contenant une condition implicite en matière de bénéficiaire effectif. Mais alors, les articles 145 et 216 du CGI devraient être interprétés, à la lumière des objectifs de la directive qu'ils transposent, comme incluant, eux aussi, une telle condition implicite, y compris pour les distributions d'une filiale française dont le bénéficiaire apparent serait une mère française. Il n'y aurait alors aucune différence de traitement avec les distributions sortantes, soumises par l'article 119 ter du CGI à une condition de bénéficiaire implicite, et la discrimination alléguée manquerait dès lors en fait.

Soit l'article 4 de la directive ne contient pas une telle condition, même implicite. Les articles 145 et 216 du CGI, en n'en comportant pas davantage, seraient alors conformes à la directive. Or il nous semble que le législateur national ne pourrait en ce cas, sans méconnaître la directive, ajouter une telle condition pour les dividendes entrants, dès lors qu'une telle condition ne saurait être assimilée à une disposition nationale nécessaire pour prévenir la fraude fiscale ou les abus au sens du paragraphe 4 de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2011/96, une clause purement objective de bénéficiaire effectif étant en effet indépendante de l'intention abusive ou non des opérateurs comme l'a précisé la CJUE dans son arrêt *T- Danemark* du 26 février 2019 déjà évoqué et dans un arrêt *N Luxembourg 1 e.a.* du même jour (aff. C-115/16). Or il ne saurait être reproché au législateur français, au nom de la liberté d'établissement, de traiter pareillement tous les flux de dividendes perçus par les sociétés mères françaises, qu'ils soient d'origine française ou européenne. L'asymétrie de traitement avec les distributions sortantes reprochée par le pourvoi et liée à la condition de bénéficiaire effectif serait alors uniquement imputable, dans un tel schéma, non à la législation nationale, seule critiquée ici, mais à la directive elle-même.

Dans un cas comme dans l'autre, il nous semble qu'aucune atteinte à la liberté d'établissement ne saurait donc être imputée à la loi française elle-même, sans qu'il soit besoin par suite de prendre parti sur la redoutable question, qui ne pourrait être réglée sans une question préjudicielle à la CJUE, de l'éventuelle présence d'une condition implicite de bénéficiaire effectif à l'article 4 de la directive mère-filles.

Pour écarter les critiques faites par la requérante à la législation française sur le terrain de la liberté d'établissement, la cour administrative d'appel a retenu un autre terrain : celui d'une inopérance de l'invocation de cette liberté faute pour la société mère luxembourgeoise d'avoir eu la qualité de bénéficiaire effectif des dividendes versés par sa filiale.

Mais si, dans son arrêt du 26 février 2019 *T. Danemark* et *Y Denmark* (aff. C-116/16 et C-117/06), la CJUE a dit pour droit que, lorsque le régime d'exonération de retenue à la source prévu par la directive 90/435 n'est pas applicable en raison de la constatation de l'existence d'une fraude ou d'un abus, l'application des libertés consacrées par le TFUE ne saurait être invoquée pour mettre en cause la réglementation de l'État de la source régissant

l'imposition de ces dividendes, la présente affaire relève, compte tenu de ce qu'on a dit plus haut sur l'absence d'abus de droit rampant, d'une autre configuration : celle d'un refus d'application du régime d'exonération motivé par le constat objectif que la société qui est le récipiendaire apparent des dividendes n'en est pas le bénéficiaire effectif, sans caractérisation d'une quelconque intention abusive.

Si l'arrêt *Egiom SAS et Enka SA* du 7 septembre 2017 de la CJUE (aff. C-6/16, RJF 11/17 n° 1145), rappelle que la circonstance que le bénéficiaire des dividendes soit détenu directement ou indirectement par des résidents d'Etats tiers ne saurait le priver de la faculté d'invoquer la liberté d'établissement, il ne tranche pas la question de l'invocabilité de cette liberté lorsque le bénéficiaire légal des dividendes n'en est pas le bénéficiaire effectif.

La liberté d'établissement intéressant les participations qui confèrent à leur détenteur une influence certaine sur les décisions de la société et lui permettent d'en déterminer les activités, c'est seulement, outre l'objet de la législation en cause, la relation entre la société associée et la société filiale qui doit, en principe, déterminer l'invocabilité de cette relation. La liberté d'établissement n'a donc pas en soi pour but et pour objet l'élimination des doubles impositions, mais l'élimination des entraves à la liberté de s'établir dans un autre Etat membre et d'y créer ou de prendre le contrôle d'entreprises. Elle ne s'exerce pas à l'occasion de l'opération de perception de dividendes elle-même en tant que telle, mais à l'occasion de la création ou de la prise de contrôle dans la filiale, puis est mise en œuvre en continu par l'influence exercée sur celle-ci. Elle n'est donc pas une notion s'appréhendant flux par flux, mais au niveau d'une participation et d'une relation. Or la protection offerte par la liberté d'établissement ne nous paraît pas nécessairement dépourvue d'objet et de portée à l'égard de prises de participations substantielles qui s'opéreraient par le biais de sociétés-relais créées pour des motifs juridiques ou commerciaux valables étrangers à des considérations d'évasion fiscale. Il nous semblerait donc difficile d'exclure par principe, comme l'a fait la cour administrative d'appel, à tout le moins sans question préjudicielle, l'invocabilité de la liberté d'établissement pour contester une législation nationale afférente au traitement fiscal de dividendes au motif que l'associé n'en est pas le bénéficiaire effectif dans une situation exempte d'abus.

Vous pourrez toutefois en tout état de cause neutraliser ces motifs et écarter comme inopérant le moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en écartant, en raison de l'absence de qualité de bénéficiaire effectif de la société VRI SARL, le moyen tiré de ce que la loi française instaurerait une discrimination contraire à la liberté d'établissement, en vous appropriant, au stade de la cassation, les développements de pur droit, exclusifs de toute appréciation de fait, que nous avons faits précédemment et qui devaient conduire nécessairement la cour à écarter toute l'argumentation qui lui était soumise sur le terrain de la liberté d'établissement.

Nous en venons donc au dernier moyen du pourvoi, par lequel la requérante soutient que la cour a commis une erreur de droit en ne soulevant pas d'office l'application, à la fraction des sommes dont le bénéficiaire effectif était connu, de la convention fiscale bilatérale correspondante et par suite, en ne faisant pas application à la somme de 384 192 euros du taux réduit de 15% prévu par la convention fiscale franco-allemande et par la convention fiscale franco-luxembourgeoise.

Cet ultime volet de l'affaire, dans lequel la requérante, changeant son fusil d'épaule, ne défend plus la qualité de bénéficiaire effectif de la société Velizy Rose Investment mais



demande de tirer les conséquences de la qualité de bénéficiaire effectif de la société luxembourgeoise Dewnos et d'un investisseur allemand, vous conduira, vous l'aurez compris, dans le sillage de votre décision *Société Planet* du 20 mai 2022 (n° 444451, aux Tables, RJF 2022 n° 771, concl. C. Guibé @C771).

Ainsi que l'a jugé la CJUE dans son arrêt *T. Danmark et Y Denmark* du 26 février 2019 déjà évoqué, une autorité nationale n'est pas tenue, en vue de refuser de reconnaître à une société la qualité de bénéficiaire effectif de dividendes pour l'application de l'exonération de retenue à la source de l'article 5 de la directive, d'identifier la ou les entités qu'elle considère comme étant les bénéficiaires effectifs de ces dividendes. Vous-mêmes, sur le terrain conventionnel cette fois, avez implicitement adopté la même approche en matière de redevances dans l'affaire *Min. c/ Société Performing Rights* du 5 février 2021 (n° 430594 432845, aux Tables, RJF 4/21 n° 407). Il ne saurait en aller différemment en matière de dividendes.

Mais de ce que l'administration peut se contenter de disqualifier le bénéficiaire apparent d'un flux pour refuser d'accorder le bénéfice d'une exonération ou d'un taux réduit prévu par la convention conclue avec l'Etat où est situé ce bénéficiaire apparent, et de ce que le juge de l'impôt n'est, par suite, pas tenu lui-même, en présence d'un redressement dans lequel l'administration s'est bornée à écarter la qualité de bénéficiaire effectif d'un intermédiaire sans identifier le réel bénéficiaire des sommes, de procéder à des mesures d'instruction pour rechercher et identifier ce bénéficiaire effectif lorsqu'il est caché ou demeure incertain, il n'en résulte pas que, lorsque ce bénéficiaire est connu de l'administration fiscale, et que son identité ressort clairement des pièces du dossier soumis au juge, il soit possible de n'en tirer aucune conséquence.

En effet, dans votre décision *Société Planet*, vous avez jugé qu'il était possible, dans le cas d'une rédaction telle celle de la convention franco-néo-zélandaise sur les redevances, d'appliquer les stipulations de cette convention aux redevances de source française dont le bénéficiaire effectif réside en Nouvelle-Zélande, quand bien même elles auraient été versées à un intermédiaire établi dans un Etat tiers. Dans ce précédent, dans lequel l'administration avait d'elle-même appliqué la convention fiscale liant la France à l'Etat de résidence de la personne qu'elle avait considérée comme le bénéficiaire effectif du flux, vous avez par ailleurs précisé que le juge de l'impôt devait, pour confirmer l'application de la convention au litige, se prononcer lui-même sur la qualité de bénéficiaire effectif de cette personne.

Comme le relevait C-E. Airy dans sa chronique sur vos décisions *Société Planet* et *Société Performing Rights* à la RJF 2022, ce pouvoir d'invocation de la convention fiscale bilatérale conclue avec l'Etat de résidence du bénéficiaire effectif n'est pas réservé à l'administration fiscale, mais peut être réversible, au profit du contribuable. Mais plus encore qu'une invocation réversible, c'est parfois d'une invocabilité d'office qu'il sera question.

En effet, l'applicabilité d'une convention fiscale bilatérale étant considérée de manière constante par votre jurisprudence comme une question de champ d'application de la loi fiscale, à tout le moins s'agissant des stipulations relatives à la répartition du droit d'imposer convenue entre les Etats parties, elle est d'ordre public et doit en principe être relevée d'office, pour autant que cette applicabilité ressorte clairement et manifestement des pièces du dossier. Tel est évidemment, selon une jurisprudence constante, le cas des stipulations qui conduisent à réserver le pouvoir d'imposer à l'autre Etat et font obstacle à l'application de la loi française ; l'inclusion des stipulations conventionnelles de taux réduit dans ce champ est en revanche moins évidente, sauf à y voir une stipulation visant à paralyser partiellement

l'application des règles françaises de taux. En effet, vous jugez que des stipulations « qui ne sont pas susceptibles de faire obstacle à l'application de la loi fiscale française mais seulement de modifier le calcul de l'impôt dû », n'ont pas à être soulevées d'office (CE, 19 décembre 2018, n° 413033, RJF 2019 n° 265).

Or à tout le moins lorsque le litige est porté devant le juge par le débiteur du revenu à la charge duquel le rappel de retenue à la source a été mis (sur les hésitations et les difficultés lorsque le redressement a été mis à la charge du bénéficiaire apparent, en l'absence de mandat du bénéficiaire effectif, voir la chronique de Y. Bénard sur votre *Bank of Scotland* à la RJF 4/07 p. 319 ou le commentaire du président Martin sur votre décision *Sté Planet* à la Revue Droit Fiscal 2022 n° 30 comm. 291), il nous semble que le juge, lorsque l'identité du bénéficiaire effectif du flux en litige ressort clairement des pièces du dossier qui lui est soumis, doit appliquer, le cas échéant d'office s'agissant d'une question de champ d'application de la loi, c'est-à-dire quand bien même le contribuable n'invoquerait pas expressément cette convention, la convention fiscale régissant le flux, c'est-à-dire celle conclue avec l'Etat de résidence du bénéficiaire effectif du flux. Lorsqu'une telle applicabilité ressortait manifestement des pièces du dossier soumis aux juges du fond, le contribuable ou l'administration sont alors fondés à soulever, pour la première fois en cassation, un moyen tiré de l'erreur de droit commise par ces juges en n'en faisant pas application.

Mais encore faut-il, pour cela, que le dossier de fond permette manifestement d'établir et de connaître non seulement le bénéficiaire effectif du flux, mais aussi sa résidence fiscale au sens conventionnel. Or la résidence fiscale au sens conventionnel ne se réduit pas à une simple question d'adresse postale ou de localisation du siège social. En particulier, il se déduit de votre jurisprudence *LHV/Santander* du 9 novembre 2015 (*Min. c/ Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk*, n° 370054, p. 376, RJF 2/16 n° 178, et même jour, *Société Santander Pensiones SA EGFP*, n° 371132, inédite au Recueil, RJF 2/16 n° 138) une exclusion de la notion de résident des personnes qui ne sont pas soumises à l'impôt en cause par la loi de l'Etat concerné à raison de leur statut ou de leur activité. Ajoutons que, dans le cas particulier des dividendes, l'article 10 bis de la convention franco-luxembourgeoise de 1958 subordonnait le bénéfice du taux réduit de retenue à la source à la production d'une attestation certifiant de la soumission des revenus en question aux impôts directs, dans les conditions du droit commun, dans l'Etat de résidence.

En l'espèce, s'il ressortait manifestement des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Dewnos Investment et M. Malonn avaient la qualité de bénéficiaires effectifs du versement en litige, à hauteur respectivement des sommes de 360 000 euros et de 24 192 euros, il avait seulement été fait état de ce que M. Malonn était domicilié à une adresse en Allemagne et de ce que la société Dewnos était de droit luxembourgeois – éléments ne suffisant pas à établir et à conclure avec certitude, en l'absence de tout élément relatif à leur soumission à l'impôt dans ces Etats, à la qualité de résidents fiscaux allemand et luxembourgeois au sens des conventions liant la France à l'Allemagne et au Luxembourg de ces deux personnes. Cette résidence, qui n'avait jamais été invoquée devant les juges du fond, n'est d'ailleurs pas plus étayée devant vous.

Dans ces conditions, si l'identité de certains bénéficiaires effectifs était connue, il nous semble que l'applicabilité des conventions fiscales en cause ne ressortait pas manifestement des pièces du dossier soumis à la cour faute pour la résidence fiscale de ces bénéficiaires d'être certaine. Par suite, la cour n'a en tout état de cause pas commis d'erreur de droit en ne faisant pas d'office application des stipulations de cette convention prévoyant un taux réduit.

Si vous nous suivez, vous écarterez donc le dernier moyen du pourvoi.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.