

**N° 434129 – Société France Citévision**

**9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> chambres réunies**

**Séance du 5 février 2021**

**Lecture du 24 février 2021**

## **CONCLUSIONS**

**Mme Céline Guibé, rapporteur public**

L'administration peut-elle se contenter d'opposer à une filiale française servant des intérêts à sa mère européenne la circonstance que celle-ci est contrôlée par les résidents d'un paradis fiscal pour faire obstacle à l'exonération résultant de la directive intérêts-redevances ? C'est l'une des délicates questions auxquelles vous devrez répondre dans cette affaire.

La société France Citévision, opérateur de télécommunications exploitant un réseau dans la ville d'Amiens, est une filiale à 100% de la société de droit néerlandais FCV BV. Cette société néerlandaise est elle-même détenue, à hauteur de 34,05% de son capital, par la société Weststar, domiciliée aux Iles Caïman ainsi que, à hauteur de 25,74% et 13,04% de son capital respectivement, par les sociétés CHV et Citévision, domiciliées aux Iles Vierges Britanniques.

Lors d'une vérification de comptabilité portant sur les années 2009 à 2011, l'administration fiscale a constaté que la mère néerlandaise ainsi que la grand-mère caïmanienne avaient consenti des avances à leur filiale française, rémunérées par des intérêts comptabilisés au crédit de leurs comptes courants d'associés. Elle a soumis les intérêts ainsi versés au prélèvement libératoire sur les produits de placement à revenus fixes prévu par le III de l'article 125 A du CGI. Elle a par ailleurs procédé à divers rappels de TVA, auxquels elle a appliqué la majoration pour manquement délibéré prévue par le a) de l'article 1729 du CGI.

Le litige né de ces rectifications a été porté devant le tribunal administratif d'Amiens, puis devant la cour administrative d'appel de Douai, qui a rejeté les prétentions de la société par un arrêt dont elle vous demande l'annulation.

### **1. Commençons par l'examen du litige relatif au prélèvement libératoire auquel ont été soumis les intérêts versés aux sociétés établies aux Pays-Bas et aux Iles Caïman.**

**1.1.** A la date des faits en litige, les non-résidents détenant une créance sur des personnes résidant en France étaient imposés sur les revenus de source française correspondant aux intérêts servis par la voie du prélèvement forfaitaire libératoire institué par l'article 125 A du CGI<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Le I de l'article 125 A du CGI prévoit que « les personnes physiques qui bénéficient d'intérêts (...) peuvent opter pour leur assujettissement à un prélèvement qui libère les revenus auxquels il s'applique de l'impôt sur le revenu, lorsque la personne qui assure les paiements de ces revenus est établie en France (...) / La retenue à la source éventuellement opérée sur les revenus (...) est imputée sur le prélèvement. / Celui-ci est effectué par le

L'application de ce prélèvement était toutefois peu fréquente dès lors que le législateur en a exonéré, à l'article 131 quater du CGI<sup>2</sup>, « les produits des emprunts contractés hors de France » par des personnes morales françaises, afin d'encourager celles-ci à lever des financements à l'étranger<sup>3</sup>.

Se posait en premier lieu la question de savoir si cette exonération est applicable aux intérêts inscrits par la société France Citévision au crédit des comptes courants des sociétés FCV BV et Weststar.

La réponse est commandée par deux précédents. Par une décision *SARL Méridia France* du 3 novembre 2003 (n° 244437, RJF 1/04, n° 47, concl. L. Vallée BDCF 1/04 n° 11), précisée par une décision *Société Royal Canin* du 3 juillet 2009 (n° 296843, RJF 11/09 n° 937, concl. E. Geffray, BDCF 11/09, n° 127), vous avez défini la notion d'emprunts contractés hors de France au sens de l'article 131 quater du CGI. Ceux-ci s'entendent des produits d'emprunt correspondant à des fonds mis à la disposition de l'emprunteur au moyen de versements effectués par le prêteur depuis l'étranger, en exécution d'un contrat de prêt qui en garantit à l'emprunteur la disposition durant la période au titre de laquelle sont dus ces intérêts. Vous avez admis, dans la première de ces décisions, que puissent être ainsi qualifiés les intérêts acquittés en rémunération de sommes inscrites au crédit de comptes courants d'associés domiciliés hors de France répondant à ces conditions.

La cour de Douai a mis en œuvre les critères définis par votre jurisprudence, dont elle a repris le considérant de principe. S'agissant des intérêts portés au crédit du compte courant de la société Weststar et du compte ouvert au nom de la société mère néerlandaise intitulé « FCB BV 6% », la cour a écarté l'exonération, faute pour la requérante de justifier d'un contrat de prêt dont procéderait le versement des intérêts. S'agissant des intérêts portés au crédit du compte de la mère néerlandaise intitulé « FCB BV 15,125% », la cour a estimé qu'il n'était pas établi qu'ils procédaient du contrat de prêt dont la requérante se prévalait en appel.

A l'appui de son pourvoi, la société soutient que la cour a commis une erreur de droit en subordonnant le bénéfice de l'exonération à l'existence d'un contrat de prêt écrit alors qu'une telle condition n'est pas prévue par l'article 131 quater du CGI. Ce moyen manque en fait, la cour s'étant bornée à apprécier si les sommes en litige rémunéraient des fonds versés en exécution d'un contrat de prêt, comme l'impose votre jurisprudence, sans y ajouter d'exigence formelle particulière. Nous ne voyons guère, au demeurant, comment une société pourrait justifier, en l'absence de convention écrite, l'existence d'un contrat de prêt qui permettrait de garantir à l'emprunteur la disposition des sommes prêtées au cours de la

---

*débiteur ou par la personne qui assure le paiement des revenus* ». A la date des faits en litige, le III du même article prévoyait que « le prélèvement est obligatoirement applicable aux revenus visés ci-dessus, dont le débiteur est établi ou domicilié en France, qui sont encaissés par des personnes n'ayant pas en France leur domicile fiscal ou leur siège social ».

L'article 22 de la loi n° 2009-1674 a modifié les dispositions du III, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2010, pour en limiter l'application aux revenus payés dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A, sauf pour le débiteur à démontrer que les opérations en cause ont un objet principal autre que la localisation de ces revenus dans cet Etat ou territoire non coopératif. En conséquence, les prélèvements opérés sur le fondement de l'article 125 A du CGI sont devenus exceptionnels.

<sup>2</sup> Dans sa version issue de la loi n° 2005-1720. Dans le cadre de la réforme du régime fiscal applicable aux revenus passifs versés aux non-résidents opérée par l'article 22 de la loi n° 2009-1674, cette exonération a été supprimée pour les prêts contractés après le 1<sup>er</sup> mars 2010.

<sup>3</sup> V. les TP cités par E. Geffray dans ses conclusions dans l'affaire Société Royal Canin.

période au titre de laquelle sont versés les intérêts. Cette condition énoncée par votre décision *Méridia* nous semble interdire de déduire l'existence d'un emprunt contracté hors de France du seul constat de l'inscription en comptabilité d'une avance en compte courant correspondant à un transfert de fonds depuis l'étranger, l'actionnaire étant libre de prélever à tout moment les sommes inscrites à un tel compte.

Par ailleurs, compte tenu de la faible valeur probante des pièces produites en appel, la cour n'a, contrairement à ce qui est soutenu devant vous, pas entaché son arrêt de dénaturation en jugeant qu'il n'était pas établi que les sommes en litige aient été versées en exécution d'un contrat de prêt.

**1.2.** La seconde critique du pourvoi porte sur les motifs par lesquels la cour de Douai a écarté l'argumentation de la requérante relative à **l'absence d'appréhension effective des sommes en cause** par les sociétés Weststar et FCB BV, **interdite selon elle par sa situation de trésorerie.**

Vous jugez que les sommes portées au crédit du compte courant d'un associé sont présumées appréhendées par ce dernier dès leur inscription au compte courant<sup>4</sup>. Si vous réservez l'hypothèse dans laquelle l'intéressé est, en droit ou en fait, privé de la possibilité de prélever les sommes à la fin de l'exercice (CE 3 juillet 1985, n° 47921, RJF 10/85 n° 1249), vous jugez que tel n'est pas le cas lorsque l'associé choisit de maintenir les sommes au compte courant afin de ne pas aggraver la situation de trésorerie (s'agissant d'intérêts soumis au prélèvement de l'article 125 A du CGI : CE, 29 septembre 1982, n° 22688, RJF 11/82 n° 1052 ; v. aussi : CE 4 février 1987 n° 61875 : RJF 4/87 n° 371)<sup>5</sup>.

L'affaire *Méridia* déjà évoquée illustre cette rigueur s'agissant de filiales sous-capitalisées. Dans une configuration où le financement des activités de la société était principalement assuré au moyen de sommes, d'un montant très supérieur à celui du capital social, que les associés maintenaient sur les comptes courants ouverts à leur nom, vous avez considéré que l'indisponibilité des intérêts ne pouvait être regardée comme un fait indépendant de la volonté des associés.

Ce mode de raisonnement, dont la décision *Méridia* constitue, à notre connaissance, l'unique exemple dans votre jurisprudence, est original en ce qu'il peut conduire à confirmer l'imposition alors même que l'indisponibilité des sommes serait avérée. Vous avez ainsi admis de rechercher la cause de celle-ci, en examinant le choix de gestion opéré en amont par l'actionnaire entre le financement de sa société par l'emprunt intragroupe ou par des apports en capital, pour assimiler cette indisponibilité à un acte de libre disposition de ses revenus par le contribuable. Cette solution ne s'oppose pas à notre sens à la liberté de gestion de l'actionnaire, dès lors qu'il s'agit uniquement de tirer les conséquences de son choix, sans le remettre en cause sur le fondement de la théorie de l'acte anormal de gestion.

La société requérante ne critique pas le bien-fondé de cette jurisprudence, mais son application par la cour en l'espèce. Celle-ci s'est fondée sur ce que les capitaux propres de la

---

<sup>4</sup> L'article 125 du code général des impôts dispose que l'impôt est dû par le seul fait de l'inscription des intérêts au débit ou au crédit d'un compte.

<sup>5</sup> Si la question de la disponibilité des sommes inscrites sur un compte courant d'associé relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (CE, 29 novembre 2002 n° 228367, Mikutajcis, RJF 03/03 n° 178), ceci n'exclut pas nous semble-t-il la censure d'une éventuelle erreur de droit s'agissant des critères mis en œuvre pour parvenir à cette conclusion.

société France Citévision étaient constamment négatifs au cours de la période en litige, alors que le montant des sommes avancées par la mère néerlandaise s'élevait à 20 millions d'euros en 2009 et à 23 millions d'euros en 2010. La société fait valoir, sous le timbre de l'erreur de droit et de la dénaturation, qu'elle disposait d'un capital social conséquent et que la dégradation de ses fonds propres était liée, non à la structure de financement choisie par ses actionnaires, mais à des pertes opérationnelles chroniques.

La sous-capitalisation d'une entreprise ne s'apprécie cependant pas uniquement au regard du montant de son capital social, c'est-à-dire des apports des actionnaires, mais aussi au regard de celui de ses fonds propres, c'est-à-dire de la différence entre ses actifs et ses dettes<sup>6</sup>, qui résulte également, entre autres, du cumul des bénéfices et des pertes de l'entreprise.

Des critères objectifs utiles pour apprécier ce type de situation peuvent être trouvés dans les dispositions du CGI ayant pour objet de prévenir l'érosion fiscale liée à l'endettement artificiel. Au cours des années en litige, le II de l'article 212 du CGI définissait trois ratios, permettant de mesurer le niveau d'endettement auprès d'entreprises liées, conduisant à ce qu'une entreprise soit réputée sous-capitalisée et à limiter en conséquence le montant des intérêts admis en déduction de ses résultats<sup>7</sup>. Les résultats de la société France Citévision au titre de l'année 2009 ont été rehaussés en application de ce dispositif, cette rectification ayant été acceptée par la requérante. Relevons que, depuis la réforme du régime de déduction des charges financières opérée par la loi de finances pour 2019<sup>8</sup>, la présomption de sous-capitalisation n'est plus fondée que sur l'un seul des trois ratios auparavant applicables, correspondant à des sommes laissées ou mises à la disposition d'une société par des entreprises liées excédant une fois et demie les fonds propres (VII de l'article 212 *bis* du code général des impôts).

Au regard de ces critères, la sous-capitalisation de la société France Citévision est avérée, et, d'ailleurs, nettement plus importante que celle de la société Méridia puisque les fonds propres étaient, au cours des années en cause, négatifs<sup>9</sup>.

Enfin, la situation nous paraît correspondre au libre choix de l'actionnaire de recourir au financement de sa société par des avances de préférence à un apport de fonds propres, quelle que soit l'origine du besoin de financement de l'entreprise - pertes opérationnelles répétées ou politique d'investissement ambitieuse<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Dans sa rédaction applicable dans l'affaire *Méridia*, le II de l'article 282 du CGI définissait la situation de sous-capitalisation par référence au rapport entre les avances des associés et le capital social. Cette définition a ensuite été modifiée (cf. ci-dessous).

<sup>7</sup> En vertu du II de l'article 282 du code général des impôts, dans sa rédaction applicable jusqu'à la loi n° 2018-1317, une entreprise était présumée sous-capitalisée si (i) le montant moyen des avances consenties des entreprises liées excède une fois et demie le montant de ses capitaux propres ; (ii) le montant total des intérêts dus à des entreprises liées n'excédait pas 25 % du résultat courant avant impôts préalablement majoré des intérêts, des amortissements pris en compte pour la détermination de ce même résultat et de la quote-part de loyers de crédit-bail prise en compte pour la détermination du prix de cession du bien à l'issue du contrat ; (iii) le montant des intérêts versés à des entreprises liées excédait le montant des intérêts servis par des entreprises liées.

<sup>8</sup> Article 34 de la loi n° 2018-1317, qui transpose notamment la règle de limitation des intérêts d'emprunt prévue par l'article 4 de la directive ATAD 2016/1164.

<sup>9</sup> Selon les indications des conclusions de L. Vallée, le capital propre de la société Méridia était de 1 MF au regard d'avances en compte courant de 10 MF.

<sup>10</sup> Relevons aussi que le code de commerce (article L. 225-248 s'agissant des SAS) impose aux actionnaires de reconstituer les fonds propres ou de dissoudre la société dès que les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social – ce qui était le cas de la société Citévision.

Nous vous invitons à écarter la contestation soulevée, ce qui vous conduira également à écarter, par voie de conséquence, le moyen dirigé contre les motifs par lesquels la cour a validé les modalités de calcul du prélèvement libératoire, qui ne sont critiqués que du fait de l'absence d'appréhension effective des sommes en cause.

### **1.3. Venons-en au moyen le plus délicat du pourvoi, qui porte sur l'application de l'article 119 *quater* du CGI.**

Cet article, pris pour la transposition de la directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances (dite intérêts-redevances), exonère de la retenue à la source de l'article 119 *bis* et du prélèvement prévu par l'article 125 A, sous certaines conditions, les intérêts payés par une société française à une société associée établie dans un autre Etat-membre de l'Union européenne.

L'administration fiscale a refusé de dispenser de ce prélèvement les intérêts versés par la société France Citévision à sa mère néerlandaise sur le fondement de la clause anti-abus insérée au 3 de cet article. Celle-ci exclut le bénéfice de la dispense « *lorsque les revenus payés bénéficient à une personne morale ou à un établissement stable d'une personne morale contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'Etats qui ne sont pas membres de la Communauté européenne et si la chaîne de participations a comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage des dispositions du 1* », c'est-à-dire celles qui instituent l'exonération.

#### **1.3.1. La cour n'a pas fait droit au moyen d'appel tiré de l'incompatibilité de cette clause avec le droit de l'Union.**

La requérante demandait que soit transposée à l'article 119 *quater* la solution retenue par la CJUE dans l'affaire *Egiom* (7 septembre 2017, C-6/16), en réponse à la question préjudicielle dont vous l'aviez saisie concernant la clause anti-abus « jumelle » figurant à l'article 119 *ter* du CGI, pris pour la transposition de la directive mères-filiales.

Dans sa rédaction alors en vigueur<sup>11</sup>, le 3 de l'article 119 *ter* subordonnait l'exonération de retenue à la source pour les dividendes versés par une filiale française à sa mère européenne, lorsque la mère était contrôlée par une personne établie dans un pays tiers, à la condition que celle-ci établisse que la chaîne de participations n'avait pas comme objet principal ou comme l'un de ses objets principaux de tirer avantage de cette exonération.

Dans l'arrêt *Egiom*, la CJUE a retenu une interprétation stricte de la clause de compatibilité figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2 de la directive mères-filiales (dans sa rédaction alors en vigueur), réservant l'application des dispositions nationales nécessaires afin d'éviter les fraudes et les abus. Selon la Cour, cette clause autorise uniquement les législations nationales dont le but spécifique est de faire obstacle aux comportements consistant à créer des montages purement artificiels ayant pour objet de bénéficier indûment de l'exonération de retenue à la source. Elle a estimé que tel n'était pas le cas de l'article 119 *ter* du CGI. Elle a relevé que « *la seule circonstance qu'une société résidant dans l'Union soit contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'Etats tiers n'implique pas, en elle-même, l'existence d'un*

---

<sup>11</sup> Le législateur a depuis modifié le 3 de l'article 119 *ter* du CGI, qui exclut désormais le bénéfice de l'exonération dans le cas de montages non authentiques, transposant la clause anti-abus générale insérée par la directive (UE)2015/12 du 27 janvier 2015 à l'article 1er, §§ 2 et 3 de la directive mère-fille.

*montage purement artificiel* » (point 34). Elle en a déduit qu'en subordonnant l'exonération à la condition que la société mère établisse que la chaîne de participation n'a pas comme objet principal ou comme l'un de ses objets principaux de tirer avantage de cette exonération « *sans que l'administration fiscale soit tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve de fraude et d'abus* », l'article 119 *ter* du CGI instaurait une présomption générale de fraude et d'abus portant atteinte à l'objectif de prévention de la double imposition économique des bénéfices distribués poursuivi par la directive mères-filiales (point 36). Elle a également retenu l'existence d'une entrave injustifiée à la liberté d'établissement.

La cour de Douai a considéré que ce raisonnement n'était pas transposable à l'article 119 *quater* en s'appuyant sur la différence de rédaction des deux textes. Alors que l'article 119 *ter* faisait peser sur le contribuable la charge de prouver l'absence de fraude dès lors que la société mère bénéficiaire des dividendes était contrôlée par le résident d'un pays tiers, l'article 119 *quater* est en effet muet sur la question de la charge de la preuve. La cour d'appel en a déduit que cet article ne crée pas de présomption d'abus, mais qu'il incombe à l'administration fiscale d'apporter un commencement de preuve de fraude ou d'abus, auquel il appartient au contribuable de répondre, le juge se prononçant au vu de l'ensemble des éléments du dossier.

Nous pensons que vous pourrez valider cette solution, qui est critiquée sous l'angle de l'erreur de droit.

Au jeu des différences entre le présent litige et l'affaire *Eqiom*, la seule pertinente est celle qui a été relevée par la cour s'agissant de la charge de la preuve et nous n'en identifions pas de significative s'agissant de la portée des dispositions du droit de l'Union dont il convient de faire application.

Tout comme la directive mères-filiales, la directive intérêts-redevances poursuit un objectif d'élimination de la double imposition de certains revenus payés entre sociétés associées d'Etats membres différents<sup>12</sup>.

Il est vrai que l'article 5 de la directive intérêts-redevances comporte, outre une clause de compatibilité dite « minimale », identique à celle de l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2 de la directive mères-filiales interprétée par l'arrêt *Eqiom*, une clause anti-abus spécifique, dont la portée peut apparaître, à première vue, plus permissive. Son paragraphe 2 énonce que « *Les États membres peuvent, dans le cas d'opérations dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est la fraude ou l'évasion fiscales ou les abus, retirer le bénéfice de la présente directive ou refuser d'appliquer celle-ci* ». Cette formulation correspond à celle de l'article 6 de la directive 2016/1164 (ATAD) et la rédaction de l'article 119 *quater* du CGI y fait directement écho.

Nous n'en tirons cependant pas pour conséquence que l'article 119 *quater* du CGI pourrait être soumis à un test de compatibilité moins exigeant que l'article 119 *ter*. Selon nous, si le paragraphe 2 de l'article 5 de la directive intérêts-redevances autorise les Etats-membres à remettre en cause, de manière ponctuelle, des opérations frauduleuses avérées, il ne leur permet pas d'adopter une mesure de portée générale excluant automatiquement le bénéfice de l'exonération ou renversant la charge de la preuve au détriment du contribuable dans certains

---

<sup>12</sup> V., s'agissant de la directive mères-filiales, le point 20 de l'arrêt *Eqiom* précité, et, s'agissant de la directive intérêts-redevances, le point 85 de l'arrêt du 26 février 2019, N Luxembourg (C-115/16).

types de situations au seul motif que ces dernières présenteraient un simple risque d'évasion fiscale.

Par ailleurs, la jurisprudence européenne la plus récente tend à retenir une interprétation uniforme de l'abus, en dépit des formulations variables retenues par les textes. Alors qu'elle hésitait jusqu'à une date récente entre la nécessité de caractériser un but exclusivement ou seulement essentiellement fiscal aux fins de reconnaître l'existence d'un abus prohibé, l'arrêt de Grande chambre du 26 février 2019, *N Luxembourg* (C-115/16) a pris clairement parti pour la seconde option (point 107)<sup>13</sup>. Dans ses conclusions, l'avocat général Juliane Kokott explique que l'article 5 de la directive intérêts-redevances reflète le principe général du droit de l'Union prohibant les pratiques abusives et interprète la notion d'abus à la lumière de la directive ATAD (points 59 à 64). Dans son arrêt *X. GmbH* du même jour (gde ch., C-135/17), la Cour qualifie de montage purement artificiel, dans le contexte de mouvements de capitaux transfrontaliers – dont relèvent l'octroi de prêts et le paiement d'intérêts - « *tout dispositif dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est le transfert artificiel des bénéfices générés en vertu d'activités réalisées sur le territoire national d'un Etat membre vers des pays tiers à faible niveau d'imposition* » (point 84).

Nous en déduisons, d'une part, que l'article 5 de la directive intérêts-redevances autorise uniquement les législations fiscales nationales dont le but spécifique est de faire obstacle aux montages artificiels et, d'autre part, que font partie de tels montages les chaînes de participations ayant pour objet principal ou pour l'un de leurs objets principaux de tirer avantage de l'exonération des paiements d'intérêts à une mère résidant dans l'Union.

Son champ matériel étant ainsi à l'abri des critiques, l'article 119 *quater* du CGI nous paraît, en l'absence du venin attaché à une présomption de fraude découlant de règles de preuve défavorables au contribuable, qui a motivé la censure de l'arrêt *Egiom*, compatible avec les objectifs de la directive intérêts-redevances. En réalité, l'évolution de la jurisprudence de la CJUE postérieure à son adoption nous semble avoir, en grande partie, vidé cette clause anti-abus de son utilité, puisqu'aussi bien, il est loisible à l'administration fiscale de se fonder directement sur le principe général du droit de l'Union pour remettre en cause les exonérations abusives.

### **1.3.2. Vous devrez aussi vous prononcer sur le moyen relatif à la compatibilité du 3 de l'article 119 *quater* avec la liberté d'établissement.**

Le paiement d'intérêts liés à un prêt concernant deux sociétés résidentes d'Etats-membres différents relève de la liberté de circulation des capitaux et non de la liberté d'établissement, qui était seule invoquée en appel. Dans l'affaire *N. Luxembourg* déjà citée, la CJUE a examiné la question à l'aune du seul article 63 TFUE, à propos de prêts consentis par une société mère luxembourgeoise à sa filiale danoise (C-115/16, point 158, et jurisprudence citée). Nous ne pensons pas que le fait que les sommes en litige au cas d'espèce constituent des avances en compte courant puisse conduire à modifier l'analyse. Vous pourrez donc substituer au motif par lequel la cour a rejeté au fond le moyen soulevé devant elle celui tiré de son inopérance.

---

<sup>13</sup> V. aussi, s'inspirant de la directive ATAD, au point 127 du même arrêt : « *Peut être considéré comme étant un montage artificiel un groupe de sociétés qui n'est pas mis en place pour des motifs qui reflètent la réalité économique, a une structure purement formelle et a pour principal objectif ou pour l'un de ses objectifs principaux l'obtention d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable* ».

Si vous aviez un doute sur ce point, vous pourriez réserver cette question, dès lors qu'à supposer même que puisse être identifiée une différence de traitement entre les sociétés mères résidentes et non résidentes, la CJUE a donné à l'objectif de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale une portée identique, que celle-ci soit invoquée au regard de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2 de la directive mères-filiales ou comme la justification d'une entrave au droit primaire (arrêt *Eqiom*, point 64). La solution est transposable pour l'application de l'article 5 de la directive intérêts-redevances et serait, à notre sens, la même si l'article 119 *quater* du code général des impôts était examiné au regard de la liberté de circulation des capitaux<sup>14</sup>.

### **1.3.3. Reste à vous prononcer sur l'application concrète que la cour a fait de ces dispositions.**

Au bénéfice d'une interprétation très bienveillante des écritures d'appel du ministre, dont la seule ligne de défense était d'avancer que la société ne démontrait pas que la structure du groupe poursuivait un objectif autre que celui d'obtenir le bénéfice de l'exonération, la cour a considéré que l'administration avait apporté des éléments suffisants dans le cadre du premier temps de la dialectique de la preuve. La cour a estimé que l'administration pouvait, pour soutenir que la chaîne de participations avait un objet principalement fiscal, se contenter de faire valoir que la société mère néerlandaise était contrôlée par des sociétés établies aux Iles Caïman et aux Iles Vierges britanniques, pays à fiscalité privilégiée au sens de l'article 238 A du CGI.

Nous pensons, comme la requérante, qu'un tel motif est entaché d'erreur de droit.

Si l'établissement des actionnaires de la mère dans un pays à fiscalité privilégiée est assurément de nature à éveiller les soupçons, il nous semble constituer un indice mais non un commencement de preuve d'abus acceptable au regard des exigences de la CJUE<sup>15</sup>.

La CJUE n'a pas précisé, dans l'arrêt *Eqiom*, la nature du « commencement de preuve » exigé de l'administration, ni comment il se distingue d'une preuve complète. Mais, postérieurement à cet arrêt, et alors qu'elle était interrogée sur les règles de preuve pour l'application de la directive intérêts-redevances, la Cour a jugé, dans l'affaire *N. Luxembourg*, que, dans le cas où l'autorité fiscale de l'Etat membre d'origine entend, pour un motif tiré de l'existence d'une pratique abusive, refuser l'exonération à une société ayant versé des intérêts à une société établie dans un autre Etat membre, il lui appartient d'établir l'existence d'éléments constitutifs d'une telle pratique abusive en tenant compte de l'ensemble des éléments pertinents.

A notre sens, ces dernières précisions jurisprudentielles, comme d'ailleurs la logique même de l'arrêt *Eqiom*, transposable à la directive intérêts-redevances, imposent aux juges nationaux de retenir un niveau d'exigence élevé vis-à-vis de l'autorité fiscale. Comme nous l'avons indiqué, la Cour y relève que l'existence d'une chaîne de contrôle impliquant des résidents d'Etats-tiers n'implique pas, en elle-même, l'existence d'un montage artificiel (point 34) et qu'il ne ressort d'aucune disposition de la directive que l'origine des actionnaires des sociétés résidant dans l'Union ait une incidence sur le droit de ces sociétés à se prévaloir des avantages fiscaux qu'elle prévoit (point 37). Elle a par ailleurs rappelé que les sommes versées sont soumises à la législation fiscale de l'Etat-membre de résidence de la société mère (point 35).

---

<sup>14</sup> V., par analogie, l'analyse développée par l'arrêt *X GmbH*, déjà cité.

<sup>15</sup> V., par analogie, l'analyse développée par l'arrêt *X GmbH*, déjà cité, point 86.

L'hypothèse d'un actionnariat établi dans un paradis fiscal n'était certes pas soumise à la Cour.

Mais le fait que les grands-mères soient établies aux Iles Caïman et aux Iles Vierges britanniques ne permet pas de présumer que l'interposition de la mère néerlandaise ait eu pour objet principal d'échapper au prélèvement libératoire sur les intérêts versés par la filiale française. Cette structure actionnariale pouvait tout aussi bien être justifiée par une réalité économique ou – puisqu'il ne s'agit pas non plus de faire preuve de naïveté - par la volonté d'obtenir un avantage fiscal d'une autre nature, et notamment d'échapper au pouvoir d'imposition de l'Etat-membre de résidence de la mère.

Les travaux préparatoires de la loi de finances rectificative pour 2003, dont est issu l'article 119 *quater* du CGI<sup>16</sup>, font référence au modèle de convention fiscale de l'OCDE s'agissant des pratiques abusives susceptibles d'être commises par l'intermédiaire d'une chaîne de participations. Les commentaires de l'article 11 de ce modèle, relatif aux intérêts, identifient principalement l'hypothèse des sociétés relais, agissant comme un conduit pour permettre le flux financier entre la société débitrice et le bénéficiaire effectif des revenus établi dans un Etat tiers non couvert par les avantages conventionnels, ce qui permet d'échapper au prélèvement qui aurait été appliqué si le versement avait été effectué directement entre les mains de ce dernier. Les pratiques abusives commises par l'intermédiaire de sociétés relais sont également celles qui sont citées par la CJUE dans son arrêt *N. Luxembourg* à titre d'indices aux juridictions nationales afin de les guider dans l'appréciation des cas d'espèce dont elles ont à connaître pour l'application de la directive intérêts-redevances.

Il nous semble donc que l'administration ne pouvait rester entièrement muette sur le rôle de la société néerlandaise, qui était déterminant pour conclure à l'existence d'une pratique abusive. Cette tâche ne lui était nullement impossible, alors que, si elle ne pouvait certes espérer l'assistance administrative des Iles Caïman ou des Iles Vierges britanniques, elle était en mesure d'obtenir des renseignements pertinents auprès de l'administration fiscale néerlandaise, en vertu des procédures d'assistance applicables entre les Etats-membres de l'Union<sup>17</sup>.

Nous vous proposons d'annuler l'arrêt attaqué pour erreur de droit, en tant qu'il se prononce sur les intérêts versés à la société néerlandaise, et de renvoyer l'affaire à la cour, afin que l'administration puisse, le cas échéant, apporter des éléments sur ce point. Nous rappelons également qu'indépendamment de l'existence d'un abus, l'exonération prévue par la directive intérêts-redevances peut être refusée lorsque la société qui a perçu les intérêts n'en est pas le bénéficiaire effectif.

**1.3.4.** Si vous ne nous suiviez pas pour censurer l'arrêt sur ce point, vous devrez rejeter comme manquant en fait le moyen de dénaturation dirigé contre les motifs par lesquels la cour a estimé que les éléments avancés par la requérante pour justifier que la structure actionnariale du groupe ne répondait pas à un objectif de fraude ne présentaient pas de caractère probant.

---

<sup>16</sup> Sénat, rapport n° 112 sur le projet de loi de finances rectificative pour 2003, p. 162.

<sup>17</sup> Les circonstances diffèrent de celles de l'hypothèse visée par le point 95 de l'arrêt *X GmbH*, dans lequel la CJUE admet un régime de présomption irréfragable dans le cas d'une réglementation visant directement des pays tiers non coopératifs, et prévoyant l'imposition de revenus d'une société établie dans un tel pays tiers dans le chef du résident de l'Union qui y détient une participation.

## **2. Le litige relatif à la majoration pour manquement délibéré appliquée aux rappels de TVA vous retiendra moins longtemps.**

La cour a confirmé l'application de la pénalité au regard de l'importance de l'omission constatée au cours de la période de l'année 2011, ayant fait l'objet des rappels, ainsi que des insuffisances déclaratives répétées constatées au cours des périodes précédentes, bien que ces dernières aient fait l'objet d'une régularisation spontanée en janvier 2011.

La société soutient que la cour a commis une erreur de droit en assimilant une déclaration rectificative spontanée à un manquement pour apprécier le caractère répété de l'infraction.

Vous avez toutefois jugé que la pénalité de mauvaise foi, à laquelle a succédé la majoration pour manquement délibéré, peut être légalement mise à la charge d'un contribuable qui a réparé son insuffisance déclarative avant tout contrôle fiscal, mais après l'expiration du délai de déclaration ou de versement (CE, Ass., 27 avril 1979, n° 7309, RJF 6/79 n° 366 avec concl. B. Martin Laprade p. 192 ; dans le même sens : CE, 2 mars 1990, Etablissements Jacques Thuault n° 57218, RJF 4/90 n° 407 ; CE, 28 janvier 1991, SCI Paul Bert, n° 47795, RJF 3/91 n° 283). Le manquement provient de l'absence de déclaration dans les délais, et n'est pas effacé par une régularisation spontanée. Il peut donc être pris en compte pour caractériser le caractère répété d'une défaillance déclarative.

La cour n'a par ailleurs pas inexactly qualifié les faits en retenant le caractère délibéré du manquement en l'espèce en se fondant d'une part, sur l'importance des montants omis au regard du chiffre d'affaires réalisé et d'autre part, sur l'absence de complexité du régime de déclaration de la TVA collectée, excluant que la répétition des omissions puisse s'expliquer par de simples erreurs.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il se prononce sur la rectification relative aux intérêts versés à la société FCV BV, au renvoi de l'affaire à la cour dans cette mesure, à ce que l'Etat verse à la société France Citévision une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet du surplus des conclusions du pourvoi.