

Impôt sur les sociétés

57 Régime des sociétés mères et société de personnes interposée

1 – Il résulte des termes mêmes de l'article 145 du CGI que le régime fiscal des sociétés mères n'est applicable qu'aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés qui détiennent des participations satisfaisant à certaines conditions. Il résulte par ailleurs des dispositions du Code de commerce, notamment de ses articles L. 233-2 et L. 233-4, qu'à défaut d'indication expresse contraire, une participation dans une société consiste en la détention directe d'une fraction de son capital. Par suite, une cour administrative d'appel n'ajoute pas une condition non prévue par la loi en jugeant que le régime fiscal des sociétés mères n'est applicable qu'aux participations qu'une société détient directement dans une autre société (*consid.* 3).

En outre, les dispositions de l'article 238 bis K du CGI constituent, pour une société assujettie à l'IS détenant des droits dans une société de personnes régie par l'article 8 du CGI, une règle de détermination du bénéfice imposable correspondant à ses droits dans cette société de personnes et non une règle de détermination du régime d'imposition de cette dernière. Elles ne sauraient donc avoir pour effet de rendre applicable aux sociétés de personnes le régime fiscal des sociétés mères, dès lors qu'en réservant ce régime « *aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal* », l'article 145 du CGI exclut du bénéfice de ce régime les produits nets de participation perçus par une société de personnes, même dans le cas où un associé de cette société est lui-même soumis à l'impôt sur les sociétés (*consid.* 6).

2 – Il appartient au juge de l'impôt, saisi d'un litige portant sur le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger, d'identifier d'abord, au regard de l'ensemble des caractéristiques de cette société et du droit qui en régit la constitution et le fonctionnement, le type de société de droit français auquel la société de droit étranger est assimilable. Compte tenu de ces constatations, il lui revient ensuite de déterminer le régime applicable à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française (*consid.* 4).

En l'espèce, le *general partnership* n'était pas soumis aux États-Unis à un régime de sociétés de capitaux et, en application du droit de l'État du Delaware, était doté d'une personnalité juridique distincte de celle de ses associés : il devait ainsi être assimilé à une société de personnes régie par l'article 8 du CGI, dont les associés sont personnellement imposés pour la part des bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société.

En raison de cette interposition, la société mère française ne pouvait pas faire application du régime fiscal des

sociétés mères à la quote-part de ses bénéfices correspondant aux dividendes distribués par la société de capitaux de droit américain au *general partnership* (*consid.* 5).

CE, plén. fisc., 24 nov. 2014, n° 363556, Sté Artémis SA, concl. E. Cortot-Boucher, note Ph. Derouin : *JurisData* n° 2014-029144

Publié au recueil Lebon

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Artémis SA détient 98,82 % des parts du « *general partnership* » Artemis America, enregistré dans l'État du Delaware (États-Unis d'Amérique), qui détient lui-même plus de 10 % du capital de la société de capitaux de droit américain Roland ; que, se prévalant du régime des sociétés mères prévu aux articles 145 et 216 du Code général des impôts, la société Artémis SA a déduit de son résultat fiscal au titre de l'exercice 2002 la quote-part des dividendes distribués par la société Roland au « *general partnership* » Artemis America ; que l'Administration a réintégré le montant déduit dans le résultat fiscal de la société Artémis SA à l'issue d'une vérification de comptabilité ; que cette société se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 16 juillet 2012 par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a rejeté son appel contre le jugement du 24 juin 2010 par lequel le tribunal administratif de Cergy-Pontoise avait rejeté sa demande tendant à ce que la somme en litige soit déduite de son résultat fiscal au titre de l'exercice 2002 ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 145 du Code général des impôts, dans sa rédaction en vigueur lors de l'année d'imposition en litige : « 1. Le régime fiscal des sociétés mères, tel qu'il est défini aux articles 146 et 216, est applicable aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal qui détiennent des participations satisfaisant aux conditions ci-après : a. Les titres de participations doivent revêtir la forme nominative ou être déposés dans un établissement désigné par l'Administration ; b. Les titres de participation doivent représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice ; ce pourcentage s'apprécie à la date de mise en paiement des produits de la participation. (...) c. Les titres de participations doivent avoir été souscrits à l'émission. À défaut, la personne morale participante doit avoir pris l'engagement de les conserver pendant un délai de deux ans. (...) » ; qu'aux termes de l'article 216 du même code, dans sa rédaction alors en vigueur : « 1. Les produits nets des participations, ouvrant droit à l'application du régime des sociétés mères et visées à l'article 145, touchés au cours d'un exercice par une société mère, peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci, déduction faite d'une quote-part de frais et charges (...) » ;

3. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des termes mêmes de l'article 145 du Code général des impôts que le régime fiscal des sociétés mères n'est applicable qu'aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés qui détiennent des participations satisfaisant à certaines conditions ; qu'il résulte par ailleurs des dispositions du Code de commerce, notamment de ses articles L. 233-2 et L. 233-4, qu'à défaut d'indication expresse contraire, une participation dans une société consiste en la détention directe d'une fraction de son capital ; que, par suite, le moyen tiré de ce que la cour administrative d'appel aurait ajouté une condition non prévue par la loi en jugeant que le régime fiscal des sociétés mères n'est applicable qu'aux participations qu'une société détient directement dans une autre société doit être écarté ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'il appartient au juge de l'impôt, saisi d'un litige portant sur le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger, d'identifier d'abord, au regard de l'ensemble des caractéristiques de cette société et du droit qui en régit la constitution et le fonctionnement, le type de société de droit français auquel la société de droit étranger est assimilable ; que, compte tenu de ces constatations, il lui revient ensuite de déterminer le régime applicable à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française ;

5. Considérant que la cour administrative d'appel a relevé, d'une part, qu'il n'était pas contesté que le « general partnership » Artemis America n'était pas soumis aux États-Unis à un régime de sociétés de capitaux et, d'autre part, qu'en application du droit de l'État du Delaware, il était doté d'une personnalité juridique distincte de celle de ses associés ; qu'elle a jugé qu'ainsi, le « general partnership » Artemis America devait être assimilé à une société de personnes régie par l'article 8 du Code général des impôts, dont les associés sont personnellement imposés pour la part des bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société ; qu'elle en a déduit qu'en raison de l'interposition du « general partnership » Artemis America, la société Artémis SA ne pouvait pas faire application du régime fiscal des sociétés mères à la quote-part de ses bénéfices correspondant aux dividendes distribués par la société Roland au « general partnership » Artemis America ; qu'en statuant ainsi et, notamment, en ne tenant pas compte, pour la détermination du régime fiscal applicable aux bénéfices perçus par la société Artémis SA, de ce que le « general partnership » Artemis America obéit, au regard du droit fiscal de l'État du Delaware, à un régime de transparence, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ;

6. Considérant, en troisième lieu, qu'aux termes de l'article 238 bis K du Code général des impôts : « 1. Lorsque des droits dans une société ou un groupement mentionnés aux articles 8, 8 quinquies, 239 quater, 239 quater B ou 239 quater C sont inscrits à l'actif d'une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole imposable à l'impôt sur le revenu de plein droit selon un régime de bénéfice réel, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits (...) » ; que ces dispositions constituent, pour une société assujettie à l'impôt sur les sociétés détenant des droits dans une société de personnes régie par l'article 8 du Code général des impôts, une règle de détermination du bénéfice imposable correspondant à ses droits dans cette société de personnes et non une règle de détermination du régime d'imposition de cette dernière ; qu'elles ne sauraient donc avoir pour effet de rendre applicable aux sociétés de personnes le régime fiscal des sociétés mères, dès lors qu'en réservant ce régime « aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal », l'article 145 du Code général des impôts exclut du bénéfice de ce régime les produits nets de participation perçus par une société de personnes, même dans le cas où un associé de cette société est lui-même soumis à l'impôt sur les sociétés ; que doit, par suite, être écarté le moyen tiré de ce que la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé sa décision sur ce point, aurait méconnu l'article 238 bis K du Code général des impôts et inexactement qualifié les faits en ne déduisant pas de ce que la société Artémis SA était elle-même soumise à l'impôt sur les sociétés que le « general partnership » Artemis America pouvait relever du régime fiscal des sociétés mères ;

7. Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article 7 de la convention fiscale signée le 31 août 1994 entre la France et les États-Unis : « 1. Les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé (...) 4. Un associé d'un partnership est considéré comme ayant réalisé des revenus (...) dans la mesure de sa part du partnership telle qu'elle est prévue par l'accord d'association (...). Le caractère – y compris la source et l'imputabilité à un établissement stable – de tout élément de revenu (...) attribuable à un tel associé est déterminé comme si l'associé avait réalisé ces éléments de revenu (...) de la même manière que le partnership les a réalisés ou en a bénéficié. (...) » ; qu'aux termes de l'article 10 de la même convention : « 1. Les dividendes payés par

une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État (...) » ;

8. Considérant qu'il résulte de leurs termes, notamment de ceux de son premier paragraphe, que les stipulations de l'article 7 de la convention ont pour objet de répartir le pouvoir d'imposer les bénéfices réalisés par les entreprises résidentes de l'un des deux États contractants ; qu'à défaut d'indication expresse contraire, les stipulations du paragraphe 4 de cet article n'ont d'autre objet que de procéder à cette répartition dans le cas particulier où les revenus sont réalisés dans le cadre d'un « partnership » de droit américain ; qu'il résulte notamment de ces stipulations, combinées avec celle de l'article 10 de la convention, que les dividendes distribués par une société résidente des États-Unis à un « partnership » dont l'un des associés est une société résidente de France doivent être regardés comme des dividendes distribués à la société associée, à hauteur de ses parts dans le « partnership », et sont, par suite, imposables en France ; qu'il n'en résulte en revanche pas que ces dividendes devraient être regardés comme directement distribués à la société associée du « partnership » pour l'application de la loi fiscale française ; qu'ainsi, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'aucune des stipulations de la convention fiscale franco-américaine n'autorise la société Artémis SA à déduire de ses bénéfices la quote-part, correspondant à ses droits dans le « partnership », des dividendes que la société Roland a distribués au « general partnership » Artemis America ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société Artémis SA n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ; (...)

CONCLUSIONS

I – La société Artémis, dont le siège social est en France, détient 98,82 % des parts de la société Artemis America, de droit américain.

Cette dernière est constituée, dans l'État du Delaware, sous la forme d'un *partnership*, entité que le droit fédéral américain regarde comme fiscalement transparente.

Ce *partnership* possède lui-même 10 % du capital de la société Roland, également de droit américain, laquelle a procédé, au cours de l'année 2002, à la mise en paiement de dividendes. Les sommes perçues à ce titre par la société Artemis America ont été ensuite appréhendées par la société Artémis, à hauteur de ses droits dans le *partnership* américain.

La société française a alors estimé pouvoir bénéficier du régime mère fille, issu des articles 145 et 216 du CGI, qui prévoient, au bénéfice des sociétés mères et sur option, une exonération d'impôt sur les sociétés à raison des dividendes qu'elles perçoivent de leurs filiales, sous réserve de la taxation d'une quote-part de frais et charges.

La société Artémis a donc retranché de son résultat imposable au titre de l'exercice 2002 les sommes versées par le *partnership* américain et correspondant aux dividendes qu'il avait perçus, soit 4 725 469 euros. Mais à la suite d'une vérification de comptabilité, l'Administration a remis en cause le droit au bénéfice du régime mère fille en estimant que l'interposition du *partnership* faisait obstacle au retraitement extra-comptable auquel la société française avait procédé.

Les sommes versées à la société Artémis ont donc été réintégréées dans le résultat imposable de l'intéressée, ce qui a eu pour effet de minorer son déficit reportable au titre de l'exercice 2002. Les rectifications opérées ont été contestées devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, qui a débouté la société mère. Cette solution a été confirmée par un arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles, publié à la RJF (*CAA Versailles, 3^e ch., 16 juill. 2012, n° 10VE02621, SA Artémis : RJF 12/2012, n° 1108*), dont la société Artémis vous demande l'annulation.

Pour statuer sur la requête dont elle était saisie, la cour s'est placée dans le cadre tracé par votre décision d'assemblée du 28 juin 2002

(CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, *Sté Schneider Electric* : *JurisData* n° 2002-080182 ; *Rec. CE* 2002, p. 233 ; *Dr. fisc.* 2002, n° 36, *comm.* 657 ; *Dr. sociétés* 2002, *comm.* 184, *note* J.-L. Pierre ; *RJF* 10/2002, n° 1080, *chron.* L. Olléon, p. 755 ; *BDCF* 10/2002, n° 120, *concl.* S. Austria ; *Rev. sociétés* 2002, p. 538 *et s.*, *obs.* O. Fouquet ; *LPA* 17 août 2002, p. 4 *et s.*, *note* B. Boutemy, E. Meier *et* Th. Perrot ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, n° 200, *note* Ch. Nouel *et* S. Reeb ; *BGFE* 2002, n° 4, p. 3 *et s.*, *obs.* E. Davoudet ; *FR Lefebvre* 34/2002, p. 14, *obs.* N. Chahid-Nourai *et* P. Couturier ; *GAJF*, 4^e éd. n° 4. – V. P. Dibout, *L'inapplicabilité de l'article 209 B du CGI face à la convention franco-suisse du 9 septembre 1966 (à propos de l'arrêt CE, ass., 28 juin 2002, Schneider Electric) : Dr. fisc.* 2002, n° 36, 28) : elle a d'abord examiné le bien-fondé du redressement litigieux au regard du droit interne, qu'elle a admis, et elle s'est ensuite demandé si une stipulation de la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994 faisait obstacle aux rectifications contestées, ce à quoi elle a répondu par la négative.

Le pourvoi dont fait l'objet son arrêt va vous amener à vous prononcer, pour la première fois, sur la manière dont doit être traité, pour l'application de la loi fiscale française, un *partnership* au sens du droit américain.

1. Différence entre *partnership* américain et société de personnes française

2 – Le terme de *partnership* désigne en langue anglaise, de manière générale, toute forme de société reposant sur un contrat conclu entre des personnes qui souhaitent mettre en commun des moyens personnels en vue de la réalisation d'un projet d'entreprise.

Il s'oppose notamment à ce que le droit américain désigne sous l'expression de *corporate entity* ou de *corporation*, qui vise les formes sociales reposant sur la mise en commun de capitaux, dans lesquelles la personne des associés est reléguée au second plan.

Vous aurez bien sûr reconnu une *summa divisio* dont vous êtes familiers : celle qui oppose les sociétés de personnes aux sociétés de capitaux.

Aux États-Unis, où la compétence en matière de droit des sociétés appartient aux États fédérés, la catégorie des *partnerships* recouvre en général au moins trois formes de sociétés. La première est le *general partnership*, dans lequel les associés sont tous des *general partners*, responsables sur leurs biens propres des actes du *partnership* et dotés d'un très large pouvoir de décision pour tout ce qui concerne la vie de l'entreprise. La deuxième forme existante est le *limited partnership*, dans lequel il existe, à côté des *general partners*, des *limited partners* qui ne sont responsables que dans la limite de leurs apports et qui n'ont pratiquement aucun pouvoir de décision concernant la marche de l'entreprise. Enfin, la troisième forme possible est celle du *limited liability partnership*, dans lequel les associés n'ont qu'une responsabilité limitée à leurs apports mais disposent d'un très large pouvoir de décision sur les affaires de l'entreprise.

Ces trois variantes sont reconnues dans l'État du Delaware, où une loi de 1983 (*Deleware Revised Uniform Partnership Act* de 1983) précise en outre que les *partnerships* y sont dotés de la personnalité morale, et que les contrats d'association selon lesquels ils sont constitués peuvent déroger, au besoin très largement, aux prescriptions légales.

Du point de vue fiscal, ces différentes formes de *partnerships* ont en commun qu'elles sont toutes traitées, par la loi fédérale américaine, comme des entités transparentes.

Cette règle est énoncée au paragraphe 701 de l'*Internal Revenue Code*, qui prévoit qu'un *partnership* en tant que tel n'est pas assujéti à l'impôt fédéral et que les personnes qui ont la qualité d'associé sont soumises à cet impôt à raison des droits qu'ils détiennent dans le *partnership* (« A partnership as such shall not be subject to the income tax imposed by this chapter. Persons carrying on business as partners

shall be liable for income tax only in their separate or individual capacities »).

Il résulte de ces dispositions que, pour l'application de la loi fiscale américaine, un *partnership*, qu'il ait ou non la personnalité morale, est réputé ne pas avoir de personnalité juridique distincte de celle de ses associés. Il n'est donc pas tenu compte de son existence pour la taxation des flux de revenus qu'il perçoit, lesquels sont réputés, pour l'application de la loi fiscale, avoir été appréhendés directement par l'associé.

Dans cette logique, la qualification fiscale des flux regardés comme directement appréhendés par l'associé n'est pas modifiée du fait de l'interposition du *partnership* et se trouve donc identique à celle qui aurait été retenue à propos du même flux au moment de son appréhension par le *partnership*. Ainsi, et à titre d'exemple, des dividendes versés à un *partnership* par une société tierce seront taxés directement entre les mains de l'associé, et ce en qualité de dividendes mis en paiement par la même société tierce.

On comprend, dès lors, que les juristes américains parlent de *flow through entity* et que les fiscalistes français évoquent, pour leur part, une société dénuée de personnalité fiscale.

La transparence dont bénéficient ces entités ne connaît guère qu'une limite, qui concerne les revenus qu'elles retirent, le cas échéant, de l'exercice d'une activité industrielle et commerciale. Dans cette hypothèse, en effet, la compensation entre les produits et les charges de l'exercice s'effectue au niveau du *partnership*, et non entre les mains de l'associé. Le bénéfice imposable est donc arrêté à l'égard du *partnership*, l'associé appréhendant ensuite une quote-part de bénéfices à raison de laquelle il est soumis à l'impôt.

Mais hors de ce cas particulier, et notamment pour les dividendes, comme ceux qui sont en cause dans la présente affaire, ainsi que pour les autres revenus passifs, la transparence issue de la loi fiscale américaine joue à plein et conduit à ignorer, purement et simplement, l'existence du *partnership* pour l'établissement de l'impôt fédéral.

3 – Il est à peine besoin de rappeler que le régime fiscal auquel la loi française soumet les sociétés de personnes relevant de sa juridiction est tout autre.

À une exception près, en effet, celles-ci ne sont pas regardées comme des êtres transparents, mais comme des entités « translucides » ou « semi-transparentes » qui, étant « distinctes de leurs membres, [exercent] une activité ou [effectuent] des opérations qui leur sont propres » (CE, 3^e, 8^e, 9^e et 10^e ss-sect., 11 juill. 2011, n° 317024, *min. c/ Sté Quality Invest* : *JurisData* n° 2011-018330 ; *Dr. fisc.* 2011, n° 36, *comm.* 496, *concl.* L. Olléon, *note* Ph. Derouin ; *Dr. sociétés* 2011, *comm.* 229, *note* J.-L. Pierre ; *RFN* 2011, *comm.* 49, *note* Ph. Derouin ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, n° 12, § 502, *note* P. Serlooten ; *RJF* 10/2011, n° 1063, *chron.* C. Raquin, p. 907 ; *BDCF* 10/2011, n° 117, *concl.* L. Olléon). Il leur revient ainsi d'établir le résultat fiscal afférent à leurs activités et opérations, lequel est réputé attribué aux associés, dès sa réalisation, à hauteur des droits qu'ils détiennent dans la société. Ce sont donc les associés qui, en définitive, sont redevables de l'impôt à raison de la quote-part de bénéfices qu'ils sont réputés avoir appréhendée.

Cette caractéristique a d'abord été formulée par la jurisprudence, notamment par une décision de section du 5 février 1925 (CE, sect., 5 févr. 1925 : *Rec. CE* 1925, p. 120). Elle est désormais codifiée, entre autres, à l'article 8 du CGI, qui prévoit que les associés des sociétés de personnes « sont, lorsque ces sociétés n'ont pas opté pour le régime fiscal des sociétés de capitaux, personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part de bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société ».

Ce régime fiscal est celui de presque toutes les sociétés de personnes constituées selon le droit français : l'article 8 du CGI y soumet les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, en

tout cas pour ce qui concerne les commandités, les sociétés civiles, pour autant qu'elles n'exercent pas une activité commerciale, les sociétés en participation, et les sociétés à responsabilité limitée dont l'associé unique est une personne physique. L'article 8 ter du CGI l'impose aux sociétés civiles professionnelles, l'article 8 quater du CGI aux copropriétés de navire, et enfin l'article 8 quinquies du CGI aux copropriétés de cheval de course et d'étaalon.

Les seules sociétés de personnes qui y échappent sont les sociétés immobilières de copropriété, visées par l'article 1655 ter du CGI, qui ont pour unique objet soit la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions, soit la gestion ou la location de ces immeubles. L'article 1655 ter dispose en effet que celles-ci « *sont réputées, quelle que soit leur forme juridique, ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts directs (...)* ». D'après l'article 8 bis du CGI, leurs associés ou actionnaires « *sont personnellement soumis à l'impôt sur le revenu pour la part des revenus sociaux correspondant à leurs droits dans la société* », et non, comme les associés des sociétés visées à l'article 8, pour la part des bénéfices correspondant à ces droits.

Mais hors de cette exception, grâce à laquelle il est possible d'affirmer que le concept de transparence fiscale n'est pas inconnu du droit français, les sociétés de personnes sont traitées comme des entités translucides dotées de la personnalité fiscale.

Les sociétés de capitaux, quant à elles, sont soumises en tant que telles à l'impôt sur les sociétés et, donc regardées, comme « opaques ». Leurs associés ou actionnaires sont imposés uniquement à raison des distributions qui leur sont faites, lesquelles sont taxées, entre leurs mains, en qualité de revenus de capitaux mobiliers, et non de quote-part de bénéfices.

4 – Sur la scène internationale, la notion de translucidité fiscale fait figure d'originalité tant elle est peu fréquente.

Pour assurer le maintien de cette « exception française », la France a ainsi été amenée à introduire une réserve dans le rapport de l'OCDE de 1999 sur les sociétés de personnes (*Rapp. OCDE, L'application du modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes : Questions de fiscalité internationale, n° 6*).

Il n'empêche que le traitement très particulier que le droit fiscal français réserve à ces sociétés amène inévitablement, quand celles-ci sont impliquées dans des opérations transfrontalières, des questions délicates résultant de conflits de qualification.

Notre jurisprudence y a répondu pour partie, mais pour partie seulement. Au cours des dernières années, votre apport principal en ce domaine a été de clarifier les conditions dans lesquelles les sociétés de personnes qui résident en France peuvent invoquer le bénéfice des conventions fiscales internationales lorsque leurs associés résident à l'étranger.

Avec la décision précitée *Sté Quality Invest*, vous avez confirmé la ligne, issue de votre précédent du 4 avril 1997 (*CE, 9^e et 8^e ss-sect., 4 avr. 1997, n° 144211, Sté Kingroup INC : JurisData n° 1997-041747 ; Dr. fisc. 1997, n° 26, comm. 728 ; RJF 5/1997, n° 424, concl. F. Loloum, p. 293 ; BDCF 3/1997, n° 50, concl. F. Loloum*), selon laquelle les sociétés de personnes, dès lors qu'elles exercent leur activité en France, sont résidentes fiscalement en France, et donc éligibles au bénéfice des avantages prévus par les conventions fiscales internationales auxquelles la France est partie.

Vous en avez déduit que l'associé d'une société de personnes, lorsqu'il réside à l'étranger, ne peut pas utilement invoquer la convention conclue entre la France et le pays où il réside, sauf à ce que cette dernière comporte des stipulations spécifiquement applicables aux associés des sociétés de personnes, et faisant par exemple obstacle à ce que l'impôt dû au titre du bénéfice arrêté par la société leur soit réclamé.

Mais c'est un autre pan de la question que la présente affaire vous conduit à examiner aujourd'hui, puisqu'est en jeu, non pas une société de personnes française dont l'associé réside à l'étranger, mais une société de personnes étrangère dont l'associé réside en France.

2. Examen des moyens du pourvoi

5 – Les trois premiers moyens du pourvoi critiquent le raisonnement tenu par la cour sur le terrain du droit interne, lequel s'expose, en substance, de la manière suivante.

La cour a jugé, d'abord, que le régime mère fille n'est ouvert qu'à la condition que la participation détenue par une société mère dans sa filiale le soit directement et que le produit issu de cette participation puisse être regardé comme un dividende. Elle en a déduit que, lorsqu'une société de personnes dotée de la personnalité morale et soumise à l'article 8 du CGI s'interpose entre une société grand-mère et sa petite-fille, le régime mère fille n'est pas ouvert aux sommes versées par la société interposée à la grand-mère, quand bien même elles proviendraient de dividendes payés par la petite fille à la société interposée et reversés ensuite à la grand-mère.

La cour a ensuite estimé que le *partnership* américain devait en l'espèce être regardé « comme ayant la nature, au sens de l'article 8 du CGI, d'une société de personnes ». Après avoir constaté qu'il était doté de la personnalité morale, elle en a conclu que les sommes appréhendées par la société Artémis n'étaient pas éligibles au régime mère fille.

Enfin, la cour a jugé inopérant le moyen tiré de la violation de l'article 238 bis K du CGI.

A. - Sur l'existence d'une condition de détention directe pour l'application du régime mère fille

6 – Pour critiquer ce raisonnement, la société Artémis soutient en premier lieu que la cour a commis une erreur de droit en jugeant qu'il existait une condition de détention directe pour l'application du régime mère fille.

D'après le paragraphe 1 de l'article 145 du CGI : « *Le régime fiscal des sociétés mères, tel qu'il est défini aux articles 146 et 216, est applicable aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal qui détiennent des participations satisfaisant aux [trois conditions suivantes] (...)* ».

Les titres de participations doivent revêtir la forme nominative ou être déposés dans un établissement désigné par l'Administration. Ils doivent représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice. Enfin, ils doivent avoir été souscrits à l'émission, à défaut de quoi la personne morale participante doit avoir pris l'engagement de les conserver pendant un délai de deux ans.

Lorsque ces conditions sont remplies, l'article 216 du CGI prévoit que : « *Les produits nets des participations (...), touchés au cours d'un exercice par une société mère, peuvent être retranchés du bénéfice net total de celle-ci, déduction faite d'une quote-part de frais et charges* ».

La requérante souligne que ces dispositions ne comportent aucune condition exigeant que les participations donnant lieu à produit soient directement détenues par la société mère qui invoque le bénéfice du régime mère fille. La cour aurait donc ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas.

Il est vrai que la loi ne parle pas de « participation directe », mais seulement de « *participation* ».

Toutefois, la notion de participation telle qu'elle est définie par le droit commercial implique la propriété d'une fraction du capital d'une société, et donc la détention directe de celle-ci. L'article L. 233-2 du Code de commerce dispose ainsi que : « *Lorsqu'une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise*

entre 10 et 50 %, la première est considérée (...) comme ayant une participation dans la seconde ».

Et si le Code de commerce connaît la notion de « participation indirecte », il en résulte clairement qu'une participation indirecte n'est pas une participation au sens de l'article L. 233-2 précité. L'article L. 233-4 du Code de commerce indique en effet que : « Toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société ».

Lorsqu'il vise les sociétés mères détenant des participations dans des filiales, l'article 145 du CGI parle donc nécessairement de participations directes. Car telle est l'acception courante du terme « participation » au sens du droit commercial, sans qu'il soit besoin de lui adjoindre un adjectif explicite à cet effet. Et ce n'est certainement pas à l'occasion de l'interprétation, par nature restrictive, d'une disposition fiscale dérogatoire que vous pourrez vous écarter du sens ordinairement donné à ce terme pour en faire une lecture extensive.

Du reste, votre jurisprudence a déjà pris parti contre la lecture à laquelle vous invite la requérante. Car par une décision du 19 octobre 1983 (CE, 7^e et 8^e ss-sect., 19 oct. 1983, n° 33816 : *JurisData* n° 1983-608457 ; *Dr. fisc.* 1984, n° 26, *comm.* 1255 ; *RJF* 12/1983, n° 1506, *concl.* J.-F. Verny, p. 661), vous avez statué sur la requête d'une société anonyme qui, étant membre d'un groupement d'intérêt économique, avait cru pouvoir bénéficier du régime mère fille à raison des dividendes que le groupement avait reçu de ses filiales et qu'il lui avait reversés à hauteur de sa quote-part. Or vous avez débouté la requérante au motif que les participations détenues dans les filiales ne l'étaient pas directement par la société anonyme, mais par le groupement d'intérêt économique, lequel était doté d'une personnalité morale distincte de celle de ses membres.

Vous retiendrez donc que le régime mère fille ne vise que les participations directement détenues par la société bénéficiaire. Nous vous invitons ainsi à écarter le premier moyen du pourvoi et, avant de procéder à l'examen des autres critiques de la requérante, à prendre note des deux remarques suivantes.

D'une part, la condition relative à la détention directe, dont nous venons de vous parler, n'est évidemment pas suffisante pour accéder au régime mère fille. Outre les conditions mentionnées aux paragraphes a, b et c de l'article 145 du CGI, celui-ci suppose que les sommes candidates au bénéfice du régime puissent être regardées comme constituant « le produit d'une participation », c'est-à-dire qu'elles puissent être fiscalement qualifiées de revenus de capitaux mobiliers. Ce sera notamment le cas s'il s'agit de dividendes, ou encore s'il s'agit du produit retiré du rachat par la filiale à la société mère de ses propres actions (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 20 mars 2013, n° 349669, *min. c/ Société Générale* : *Dr. fisc.* 2013, n° 21, *comm.* 291, *concl.* E. Cortot-Boucher, note É. Davoudet et K. Grudzova ; *RJF* 6/2013, n° 594 ; *BDCF* 6/2013, n° 69, *concl.* E. Cortot-Boucher). En revanche, cette condition fait défaut lorsque la filiale dans laquelle la mère détient une participation est soumise au régime fiscal issu de l'article 8 du CGI, les sommes versées par celle-ci à la mère ayant alors le caractère, ainsi que nous vous l'avons dit, d'une quote-part de bénéfices, et non de dividendes.

D'autre part, il est bien clair que la condition de détention directe que posent implicitement les articles 145 et 216 du CGI pourrait être surmontée en présence d'une disposition fiscale qui, telle celle que l'on trouve à l'article 1655 ter du CGI, commanderait de considérer que, pour l'application de la loi fiscale, l'associé d'une société de personnes est réputé ne pas avoir de personnalité distincte de celle-ci. Il est tout aussi clair à nos yeux que, dans l'hypothèse où cette société de personnes percevrait des dividendes versés par une filiale, la condition relative à la qualification fiscale des sommes versées à la mère serait également regardée comme remplie en présence d'une disposi-

tion fiscale qui indiquerait, comme le fait l'article 8 bis du CGI, que l'associé est imposé sur les revenus perçus par la société de personnes, et non sur les bénéfices de celle-ci.

Autrement dit, une disposition qui commanderait de regarder une société de personnes comme fiscalement transparente permettrait de considérer, dans une hypothèse telle que celle de l'espèce, que les sommes appréhendées par la société mère, sous réserve que les autres conditions posées par les articles 145 et 216 soient remplies, sont éligibles au régime mère fille.

B. - Sur l'assimilation du *partnership* à une société de personnes française

7 – Vous ne serez donc pas surpris que, par son deuxième moyen, la requérante soutienne que la cour a commis une erreur de droit et une erreur de qualification juridique des faits en jugeant que la société Artemis America devait être assimilée à l'une des sociétés visées à l'article 8 du CGI, dont l'interposition fait obstacle à l'application du régime mère fille, alors que, selon le droit américain, elle a le caractère d'une entité fiscalement transparente.

a) La requérante estime en effet que la cour aurait dû tirer les conséquences de la transparence fiscale que possède le *partnership* en vertu de la loi fiscale américaine. Rien ne s'oppose, selon elle, à ce que le juge de l'impôt français tienne compte d'un droit fiscal étranger pour trancher un litige qui lui est soumis.

Nous ne sommes pas de cet avis. Car le droit fiscal, qui a pour objet d'assujettir à l'impôt, procède d'une forme particulière d'exercice de la souveraineté. Il partage en effet cette caractéristique avec d'autres branches du droit public qu'il ne s'envisage pas indépendamment de l'existence de moyens de contrainte propres à en assurer l'application effective. C'est ainsi qu'il est illusoire pour un État de prétendre appliquer sa loi fiscale au-delà des limites de sa juridiction ; et c'est également la raison pour laquelle la loi nationale, étant la seule que l'État est susceptible de faire appliquer, est seule pertinente pour déterminer le montant des impositions qui sont réclamées aux contribuables.

C'est ce que souligne le professeur Mayer lorsqu'il écrit que, « s'agissant de recouvrer les impôts dus à l'État français, seule la loi française est susceptible d'en déterminer le montant, ainsi que les modalités de recouvrement ». Il note ainsi que la loi française a, à cet égard, « une compétence exclusive et illimitée, de même que chaque État étranger a une compétence exclusive et illimitée à l'égard des impôts qui lui sont dus ». Le fait qu'une personne échappe au champ d'application territorial de l'impôt français ne signifie pas que la France a reconnu la compétence à son égard d'une loi étrangère ; il témoigne seulement de ce que, « à l'intérieur de l'ordre juridique français », l'État a renoncé à taxer cette personne (V. P. Mayer, *Le rôle du droit public en droit international privé* : *RID comp.* 1986, p. 467 à 485).

Il en résulte que, sauf convention internationale ou disposition dérogatoire expresse de la loi fiscale nationale, les lois fiscales étrangères ne peuvent pas être appliquées par les juridictions nationales. Nous n'avons d'ailleurs pas connaissance d'un État qui accepterait d'appliquer ou de tenir compte de la loi fiscale d'un autre pays. Et nous observons que, même dans le cas où une convention fiscale internationale a été conclue, vous posez pour principe que la loi fiscale de l'autre État partie à cette convention est, pour la résolution des litiges qui vous sont soumis, totalement indifférente (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 29 juin 2011, n° 320263, *min. c/ M. Chauvin* : *JurisData* n° 2011-016520 ; *Dr. fisc.* 2011, n° 39, *comm.* 532, *concl.* E. Cortot-Boucher ; *RJF* 2011, n° 1084).

Cette indifférence ne fait toutefois pas obstacle à la prise en compte du droit étranger, **dans ses branches non fiscales**, lorsqu'il est nécessaire d'établir les caractéristiques matérielles d'une opération qui a

été soumise à ce droit étranger en vue de la qualifier au regard du droit fiscal français (V. D. Gutmann, *Le juge fiscal et la loi étrangère, Mélanges en l'honneur de Cyril David* : LGDJ, 2005, p. 191).

Dans cette hypothèse, le droit étranger n'est pas appliqué comme une règle juridique contraignante mais plus comme un élément de fait qui va permettre au juge de l'impôt de caractériser une opération afin de la qualifier au vu de la loi fiscale nationale. Celui-ci pourra par exemple mobiliser des éléments relatifs au droit des sociétés, au droit des obligations ou encore au droit de la famille.

Mais, sauf convention internationale ou autorisation expresse prévue par la loi, le juge de l'impôt ne peut pas s'en remettre à la loi fiscale étrangère pour assumer ce qui constitue son office exclusif et qui consiste à qualifier, au vu de la loi fiscale nationale, la manière dont une opération particulière donne prise à l'impôt français.

Vous ne vous êtes à notre avis jamais éloignés de ces principes, qui ont notamment été mis en œuvre dans votre décision du 27 mai 2002 (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 mai 2002, n° 125959, *Sté Superseal Corporation* : *JurisData* n° 2002-080152 ; *Rec. CE* 2002, p. 184 ; *Dr. fisc.* 2002, *comm.* 750, *concl.* G. Goulard ; *Dr. sociétés* 2002, *comm.* 228, *note* J.-L. Pierre ; *RJF* 8-9/2002, n° 900 ; *BGFE* 2002, n° 4, p. 7, *obs.* J.-M. Tirard). Dans cette affaire, vous étiez saisis du point de savoir si l'administration fiscale avait à bon droit qualifié de plus-value, et taxé comme tel, le gain réalisé par une société de droit canadien qui avait repris, à la faveur de la dissolution d'une autre société de droit canadien, les actifs d'un établissement industriel que cette dernière avait acquis en France.

La société repreneuse soutenait que la qualification de plus-value était erronée dès lors que, étant l'unique actionnaire de la société dissoute, l'opération de transmission des actifs de l'une à l'autre ne pouvait pas selon elle être regardée comme une cession. Vous avez écarté cette argumentation en relevant que, « **en vertu du droit des sociétés canadien** auquel elles étaient soumises, les patrimoines respectifs [des deux sociétés canadiennes] étaient distincts, et ne se sont confondus que par l'effet d'un transfert de propriété corrélatif à la dissolution de la société [ayant initialement acquis les actifs] ». Vous en avez déduit que l'opération avait bien constitué une cession au sens des paragraphes 1 et 2 de l'article 39 duodecimies du CGI.

La société requérante estime toutefois que vous avez rompu avec cette approche par deux précédents.

Elle se prévaut, d'une part, de votre décision du 13 octobre 1999 (CE, 8^e et 9^e ss-sect., 13 oct. 1999, n° 191191, *Diebold Courtage* : *JurisData* n° 1999-051277 ; *Dr. fisc.* 1999, n° 52, *comm.* 948, *concl.* G. Bachelier, *note* C. Acard ; *RJF* 12/1999, n° 1492 ; *Bull. Joly Sociétés* 1/2000, n° 10, p. 54, *note* Ph. Derouin ; *RJF* 12/1999, n° 1492, *chron.* E. Mignon, p. 931. – V. J.-P. Le Gall, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes. L'arrêt Diebold : un incident ou un cataclysme ?* : *Dr. fisc.* 2000, n° 15, 100122. – O. Fouquet, *Sociétés étrangères transparentes et droit fiscal français* : *Rev. adm.* 1999, p. 264) dans laquelle vous avez admis que les associés d'une société en commandite néerlandaise puissent bénéficier d'un avantage prévu par la convention fiscale franco-néerlandaise du 16 mars 1973. Cet avantage consistait en une exonération de retenue à la source pour les redevances de source française « payées à un résident néerlandais ». Vous avez jugé que, puisque la société néerlandaise était « **dépourvue de personnalité juridique et fiscalement transparente en droit néerlandais** », il y avait lieu de considérer que les redevances de source française ne lui étaient pas payées à elle, mais à ses associés, lesquels « étaient assujettis à l'impôt en Hollande et avaient la qualité de résidents des Pays-Bas au sens de la convention ».

La requérante voit dans cette décision la preuve que vous admettez de prendre en compte les particularités d'une société étrangère fiscalement transparente, de ne pas l'assimiler à une société suivant le régime de l'article 8 du CGI, et de tirer les conséquences de cette

transparence pour l'application d'une convention fiscale internationale.

Nous ne partageons pas cette opinion. Nous analysons en effet votre décision *Diebold* comme étant fondée sur un raisonnement en deux étapes. Dans un premier temps, vous avez cherché à déterminer à qui étaient « payées » les redevances litigieuses, et vous vous êtes demandé à cette fin à quel patrimoine celles-ci, une fois versées par la source française, s'étaient incorporées. Cette démarche vous a logiquement conduit à vous reporter au droit des sociétés, et non au droit fiscal des Pays-Bas, afin de déterminer si la société en commandite impliquée dans l'affaire était ou non dotée de la personnalité juridique, ce à quoi vous avez répondu par la négative. Vous avez alors constaté que, au contraire, l'associé commandité et l'associé commanditaire étaient, quant à eux, dotés de la personnalité morale, ce dont vous avez déduit qu'ils devaient être regardés comme étant les personnes à qui les redevances litigieuses avaient été payées.

Dans un second temps du raisonnement, vous avez vérifié que ces deux associés étaient bien imposables aux Pays-Bas, et donc résidents dans cet État. Ce faisant, vous avez effectivement, d'une certaine manière, appliqué la loi fiscale néerlandaise, à laquelle il appartient seule de déterminer qui est imposable aux Pays-Bas. Mais cette entorse au principe de l'inapplicabilité des lois fiscales étrangères n'avait rien d'iconoclaste puisqu'elle était prévue par la convention internationale que vous appliquiez, laquelle définissait la notion de résident par renvoi à la législation interne de chacun des États parties.

Nous ne voyons donc pas dans la décision *Diebold* une rupture avec l'état du droit tel qu'il résulte par ailleurs de votre jurisprudence. En particulier, nous considérons que la mention qu'elle fait de l'absence de personnalité fiscale de la société en commandite néerlandaise est surabondante, ou plus précisément, qu'elle pointe un élément de fait qui a été relevé à titre superfétatoire, mais qui ne constitue pas l'un des motifs juridiques fondant le dispositif de votre décision.

Nous ne voyons pas non plus la rupture qu'identifie la requérante dans la décision du 7 septembre 2009 (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 303560, *SNC Immobilière GSE* : *JurisData* n° 2009-081544 ; *Rec. CE* 2009, *tables* p. 685 à 723 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 48, *comm.* 561, *concl.* L. Olléon, *note* P. Fumenier et C. Maignan ; *RJF* 12/2009 n° 1068 ; *RTD com.* 2009, p. 818, *obs.* O. Fouquet), qu'elle invoque d'autre part. Certes, vous y avez annulé l'arrêt d'une cour au motif qu'elle avait délibérément exclu de prendre en compte le droit portugais pour déterminer si l'on était en présence d'un acte anormal de gestion. Mais ce reproche concernait l'absence de prise en compte du droit des sociétés portugais, lequel interdisait la rémunération des apports qu'une société française avait accordés à sa filiale portugaise. Vous en avez déduit que ce droit empêchait de regarder l'absence de rémunération de la société mère comme un acte anormal de gestion. Vous ne trouverez donc pas non plus, dans ce précédent, une preuve de ce que le juge de l'impôt français applique le droit fiscal étranger.

Nous vous invitons donc à retenir que la cour ne devait pas tenir compte du droit fiscal américain, mais se déterminer uniquement au vu de la loi fiscale française.

b) Du point de vue de la loi fiscale française, ainsi que nous vous l'avons expliqué, les sommes que la société Artémis recevait du *partnership* Artémis America ne pouvaient être éligibles au régime mère fille, dès lors que le *partnership* était doté de la personnalité morale, que dans deux hypothèses :

- soit parce que le *partnership* devait être regardé comme une société soumise à l'impôt sur les sociétés, de telle sorte que les distributions qu'il effectuait au bénéfice de sa mère avaient le caractère de dividendes ;

- soit parce que le *partnership*, n'ayant pas le caractère d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés, échappait néanmoins à l'ap-

plication de l'article 8 du CGI en raison d'une disposition de la loi nationale lui conférant le statut d'une entité fiscalement transparente, de telle sorte que les dividendes que la société Roland lui avait versés devaient être regardés comme l'ayant directement été à la société Artémis.

Pour se prononcer, la cour devait donc prendre parti sur le régime fiscal du *partnership* américain au regard de la loi fiscale française, ce qui impliquait de le faire rentrer dans l'une des catégories identifiées par celle-ci : société soumise à l'impôt sur les sociétés, société fiscalement transparente au sens de l'article 8 du CGI, ou société fiscalement transparente. Elle a jugé que le *partnership* devait être regardé comme une société soumise à l'article 8 du CGI, ce en quoi elle a exclu que l'on puisse se trouver dans l'une des deux hypothèses où l'accès au régime mère fille aurait été possible.

Vous devrez d'abord vous interroger sur le point de savoir si la cour a exclu à juste titre la première hypothèse que vous avez envisagée : celle où le *partnership* devrait être regardé comme une société soumise à l'impôt sur les sociétés pour l'application de la loi fiscale française. Certes, cette facette de l'affirmation des juges d'appel n'est pas critiquée par le pourvoi, mais vous devrez vous interroger d'office sur son bien-fondé, au titre du champ d'application de la loi.

À cet effet, vous devrez à notre avis procéder par assimilation. Cette méthode consiste à rechercher, au vu des caractéristiques sociales de la société étrangère, le type de société de droit français dont celle-ci se rapproche le plus, et à lui appliquer ensuite le régime fiscal réservé, par la loi fiscale française, à ce type le plus proche.

C'est ainsi que procèdent l'Allemagne, la Suède et le Royaume-Uni (*D. Reis, Cross-border partnerships and the issue of qualification conflicts : a German perspective : University of Cape Town, 2010*). Et c'est la méthode que vous avez, vous-mêmes, mise en œuvre à plusieurs occasions : d'abord à propos des sociétés anonymes suisses, dont vous avez jugé qu'elles équivalaient à des sociétés anonymes françaises et qu'en conséquence, elles étaient soumises à l'impôt sur les sociétés pour l'application de la loi fiscale française (*CE, 8^e et 9^e ss-sect., 30 mai 1980, n° 12790 et n° 12791 : JurisData n° 1980-606229 ; Dr. fisc. 1980, n° 30, comm. 1635 ; RJF 9/1980, n° 660. – CE, 7^e et 8^e ss-sect., 16 juin 1982, n° 24191 : Dr. fisc. 1982, n° 41, comm. 1871 ; RJF 8-9/1982, n° 771. – CE, 9^e et 7^e ss-sect., 27 févr. 1984, n° 37377 et n° 37378, Sté Valmag : JurisData n° 1984-600613 ; Dr. fisc. 1984, n° 42, comm. 1771, concl. Ph. Bissara ; RJF 4/1984, n° 533 ; Bull. Joly Sociétés 1984, n° 55. – V. P. Dibout, *De quelques arrêts récents concernant l'imposition de personnes morales suisses du fait de leurs activités en France : Dr. fisc. 1984, n° 42, 100033*), puis au sujet des sociétés anonymes belges (*CE, 8^e et 7^e ss-sect., 7 oct. 1988, n° 82784, Sté Immobilière Le Beau Logis : Dr. fisc. 1989, n° 7, comm. 239 ; RJF 12/1988, n° 1305*).*

C'est encore la méthode que vous avez retenue, dans votre décision de section du 30 décembre 2003 (*CE, sect., 30 déc. 2003, n° 233894, SA Andritz : JurisData n° 2003-080472 ; Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 427, concl. G. Bachelier, note P. Masquart ; RJF 3/2004, n° 238, concl. G. Bachelier, p. 166 ; RJF 2/2004, p. 83, chron. L. Olléon ; BGFE 2004, n° 2, p. 12, obs. N. Chahid-Nourai*), en jugeant que « compte tenu de sa forme et de la nature de son activité », une société anonyme autrichienne « aurait été soumise, si elle avait exercé son activité en France, au taux normal de l'impôt sur les sociétés » et qu'elle aurait ainsi eu, au sens de l'article 145 du CGI, la qualité de société mère.

Enfin, c'est la méthode que vous avez appliquée dans votre décision du 31 juillet 2009 (*CE, 3^e et 8^e ss-sect., 31 juill. 2009, n° 297933, min. c/ Sté Swiss International Air Lines AG, n° 303818, min. c/ Sté Swiss International Air Lines AG et n° 296471, Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Ltd : JurisData n° 2009-080250 ; Dr. fisc. 2009, n° 50, comm. 580, concl. E. Glaser, note P. Dibout ; Dr. sociétés 2010, comm. 20, note J.-L. Pierre ; RJF 11/2009, n° 979, chron. V. Daumas, p. 819 ; Dr. et patrimoine 2010, n° 189, p. 74 et s., note D. Gutmann ;*

BGFE 2009, n° 12, p. 16 et s., obs. F. Donnedieu de Vabres ; FR Lefebvre 41/2009, inf. 6, p. 9, obs. S. Austry et D. Gutmann), par laquelle vous avez estimé qu'une société britannique était imposable à l'impôt sur les sociétés en vertu du 1 de l'article 206 dès lors qu'elle avait été constituée, en droit britannique, « sous la forme d'une société de capitaux ».

Votre jurisprudence nous paraît donc assez nettement engagée, mais il faut admettre qu'à ce jour, la méthode d'assimilation ne vous a jamais conduit à affirmer qu'une société étrangère devrait être regardée comme une société soumise à l'article 8 du CGI. À chaque fois que vous l'avez appliquée, en effet, vous êtes parvenus à la conclusion que la société étrangère impliquée devait être regardée, pour l'application de la loi fiscale française, comme étant soumise à l'impôt sur les sociétés.

Avant de vous engager dans cette voie, vous devrez surmonter une petite difficulté de texte, qui tient à ce que l'article 8 du CGI ne vise que des sociétés constituées selon le droit français. À l'inverse, l'article 206 du CGI, qui définit le champ d'application *rationae materiae* de l'impôt sur les sociétés vise, outre la société anonyme, la société en commandite par actions, la société à responsabilité limitée et la société coopérative, « toute autre personne morale se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif ».

Comme certains auteurs l'ont écrit, « on pourrait en conclure que la catégorie des entités translucides est fermée, puisque limitée, tandis que celle des entités opaques est ouverte » (*J.-P. Le Gall, Essai sur le traitement fiscal des sociétés de personnes dans l'ordre international : RD aff. int. 1988, p. 213 et s.*). Il faudrait alors considérer que toute société étrangère, quelles que soient ses caractéristiques propres, doit être regardée comme une société visée par l'article 206, donc comme une société soumise à l'impôt sur les sociétés.

C'est apparemment l'approche que retiennent certains pays, notamment l'Italie et la Finlande, pour déterminer le régime fiscal dont relèvent, pour l'application de leur droit national, des sociétés étrangères (*D. Reis, Cross-border partnerships and the issue of qualification conflicts : a German perspective, préc.*).

C'est du reste sur le fondement des dispositions de l'article 206 du CGI visant les personnes morales exerçant une activité lucrative que vous avez, vous-mêmes, jugé que les *Anstalts* du Liechtenstein devaient être regardés comme des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés lorsqu'ils perçoivent des revenus provenant d'immeubles situés en France (*CE, 7^e et 8^e ss-sect., 18 janv. 1984, n° 24343, Entreprise fiduciaire Tulerb : JurisData n° 1984-608447 ; Dr. fisc. 1984, n° 27, comm. 1307, concl. M^{me} M.-A. Latournerie ; RJF 1984, n° 283. – CE, 7^e et 8^e ss-sect., 24 févr. 1986, n° 54253 et n° 54256, Les Éts Le Mérou : Dr. fisc. 1986, n° 20-21, comm. 997 ; RJF 4/1986, n° 353 ; Rev. sociétés 1986, p. 268, concl. O. Fouquet*).

Cette solution, toutefois, est restée limitée aux *Anstalts* du Liechtenstein, de telle sorte qu'on peut penser qu'elle est justifiée par la difficulté tenant à trouver, en droit français, un équivalent à ces entreprises. Cette perspective conduirait à considérer que les dispositions de l'article 206 du CGI visant les personnes morales ayant une activité lucrative ne trouvent à s'appliquer que dans les cas où l'assimilation à une société de forme française est impossible.

Plus fondamentalement, la lecture qui fait de l'article 8 du CGI un article « fermé » et de l'article 206 du même code un article « ouvert » accréderait l'idée que le premier institue un régime dérogatoire alors que le second correspond au droit commun. Or cette idée ne nous paraît pas exacte, car le régime issu de l'article 8 constitue le droit commun d'une catégorie particulière de sociétés – les sociétés de personnes – dont il est logique de considérer, eu égard au fait qu'elles sont principalement constituées à raison de la personne des associés, que les sommes qu'elles versent à ces derniers sont la rémuné-

nération d'une activité individuelle, et constituent par suite, sur le plan fiscal, un bénéfice.

Nous croyons ainsi que les textes ne s'opposent pas à la méthode d'assimilation que nous vous avons invités à retenir. Cette dernière suppose bien entendu la mise en œuvre de critères, qui doivent permettre de déterminer si la société étrangère dont il est question a été constituée, à titre principal, à raison des capitaux apportés par les associés ou à raison de leur personne.

Il sera ainsi possible de tenir compte du point de savoir si l'identité des associés est ou non connue, et si la cession de parts que ceux-ci détiennent est libre ou non de tout accord préalable de leurs pairs. Surtout, il faudra rechercher si les associés sont ou non personnellement engagés dans la société et si, en cas de pertes réalisées par celle-ci, leur responsabilité est limitée ou non aux apports qu'ils ont bien voulu consentir.

Enfin, vous devrez vous demander si la logique de l'assimilation, poussée à son terme, ne conduit pas à accorder aux sociétés étrangères qui sont regardées comme étant soumises à l'article 8 du CGI le droit d'option que celui-ci institue en faveur du régime fiscal des sociétés de capitaux.

Ce droit d'option, en effet, est ouvert à toutes les sociétés visées par l'article 8, et vous pourriez donc considérer qu'il existe également au bénéfice des sociétés étrangères qui leur sont assimilées. Il en résulterait qu'une société étrangère pourrait, pourvu qu'elle le fasse savoir de manière expresse aux autorités françaises, opter pour le régime fiscal des sociétés de capitaux. Cette possibilité de choix est du reste mise en œuvre par certains pays, notamment par les États-Unis, lesquels permettent aux sociétés résidentes et étrangères, selon un système dit *check the box*, de choisir le régime fiscal auquel elles sont soumises.

Nous croyons toutefois que le droit d'option prévu à l'article 8, et précisé à l'article 239 du CGI, ne vaut que pour les sociétés qui sont effectivement imposables en France. À cet égard, il nous paraît révélateur que l'article 22 de l'annexe IV au CGI exige que l'option soit notifiée « *au service des impôts du lieu d'établissement du principal établissement de la société (...) qui souhaite exercer l'option* ». Compte tenu de l'objet même du droit d'option, il nous semble ainsi que seule une disposition législative expresse pourrait permettre que les sociétés étrangères en bénéficient.

Nous vous invitons donc à écarter la possibilité d'un système à l'américaine et à vous en tenir à une méthode d'assimilation classique.

Au cas d'espèce, la requérante a fait savoir que la société Artemis America est constituée sous la forme d'un *general partnership*, et n'a pas indiqué que ses statuts auraient dérogé, sur certains points, à la loi du Delaware selon laquelle elle est constituée. Or d'après cette loi, les associés d'un *general partnership*, nous vous l'avons dit, sont indéfiniment responsables sur leurs biens des pertes que celui-ci peut réaliser, et ils ont en outre le pouvoir d'engager la société.

Ainsi que l'indique Bruno Gouthière dans son ouvrage de référence, le *general partnership* est donc proche de la société en nom collectif de droit français, qui est de celles visées à l'article 8 du CGI. La qualification de la cour ne nous paraît donc pas critiquable en ce qu'elle admet que la société Artemis America n'avait pas le caractère d'une société de capitaux, ce que la requérante, du reste, ainsi que nous vous l'avons dit, n'a jamais cherché à démontrer.

Vous retiendrez donc que la première des deux hypothèses dans laquelle les sommes versées par la société Artemis America pourraient être éligibles au régime mère fille était fermée. Il vous faudra encore prendre parti sur la seconde hypothèse : celle où le *partnership*, n'ayant pas le caractère d'une société de capitaux, échapperait néanmoins à l'application de l'article 8 du CGI en raison d'une disposition de la loi nationale lui conférant le statut d'une entité fisca-

lement transparente, et qui imposerait de considérer que les dividendes que la société Roland lui a versés l'ont été directement à la société Artémis.

Dans la logique de ce que nous avons indiqué, vous procéderez ici aussi par assimilation, en recherchant si la société américaine peut, compte tenu de sa forme, de ses caractéristiques sociales et de la nature de son activité, être assimilée à une société de forme française qui bénéficierait d'un régime fiscal de transparence.

L'examen sera rapide puisqu'il n'existe en droit français, nous vous l'avons dit, qu'une seule société fiscalement transparente : celle de l'article 1655 ter du CGI. Or l'objet de celle-ci est restreint à des activités de construction, d'acquisition ou de gestion d'immeuble et la requérante n'a jamais soutenu, devant les juges du fond, que cet objet aurait été celui de la société Artemis America.

c) La cour nous semble donc avoir exactement qualifié le régime fiscal de la société Artemis America. Vous ne pourrez toutefois que constater qu'elle l'a fait selon un chemin qui n'est pas celui que nous venons d'exposer, et qui n'est à notre avis pas orthodoxe.

La cour, en effet, a considéré que le *partnership* américain devait être regardé, dès lors qu'il n'était pas contesté qu'il n'avait pas opté, aux États-Unis, pour le régime des sociétés de capitaux, « comme ayant la nature, au sens de l'article 8 du CGI, d'une société de personnes ».

Elle a donc ignoré les caractéristiques propres de la société interposée pour établir une sorte de correspondance entre le régime fiscal américain de cette dernière – la transparence fiscale qui caractérise la notion de *partnership* – et le régime fiscal français auquel celle-ci est soumise – la translucidité qui s'attache aux sociétés soumises à l'article 8 du CGI.

Selon ce raisonnement, tout *partnership* américain devrait être assimilé à une société fiscalement translucide pour l'application de la loi fiscale française, qu'il s'agisse d'un *general partnership*, d'un *limited partnership* ou d'un *limited liability partnership*.

Or ainsi que l'explique à nouveau Bruno Gouthière, le raisonnement par assimilation conduit à considérer que les *limited partnerships* suivent plutôt le régime des sociétés en commandite simple, dont ils sont très proches, et donc qu'ils sont, pour les *limited partners*, des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés. Il en va de même des *limited liability partnerships*, assimilables à des sociétés de capitaux, et cette fois pour la totalité des associés.

La forme juridique du *partnership* est donc fondamentale lorsqu'il s'agit de déterminer le régime fiscal auquel la société en cause est soumise en vertu de la loi fiscale française.

Or il faut bien constater que la cour n'y a prêté aucune attention puisqu'elle n'a fait état, dans son arrêt, que d'un « *partnership* », sans autre précision relative à la forme juridique de la société Artemis America.

C'est donc par une méthode erronée que la cour est arrivée à une qualification juridique néanmoins exacte. Elle n'a pas évité, en effet, l'écueil consistant à tenir compte du droit fiscal américain pour le règlement du litige qui lui était soumis puisque c'est du régime fiscal de la société Artemis America selon le droit américain qu'elle a déduit ce qu'était son régime fiscal au regard de la loi française.

Cette faille de l'arrêt attaqué, toutefois, n'est nullement pointée par le pourvoi, qui se borne à soutenir que la cour aurait dû aller plus loin dans l'application du droit fiscal américain et importer, en droit français, le régime de transparence fiscale qui existe outre Atlantique. D'une certaine manière, donc, la requérante reproche à la cour de ne pas être allée assez loin dans son erreur, et vous ne pourrez que lui donner tort sur ce point.

Vous ne pourrez pas non plus considérer que le moyen tiré de l'erreur de méthode commise par la cour est d'ordre public, et vous devrez donc écarter le deuxième moyen du pourvoi.

C. - Sur le bénéfice du régime mère fille au regard de l'article 238 bis K du CGI

8—La requérante soutient en troisième lieu que, à supposer qu'elle ait à juste titre assimilé la société Artemis America à l'une des sociétés visées à l'article 8 du CGI, la cour a commis une erreur de droit, une erreur de qualification juridique des faits et omis de répondre à un moyen en refusant d'admettre que l'article 238 bis K du CGI lui ouvrait droit, en tout état de cause, au bénéfice du régime mère fille.

Cet article prévoit que, lorsque des droits dans une société de personnes mentionnée à l'article 8 du CGI sont inscrits à l'actif d'une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables aux bénéficiaires soumis à l'impôt sur les sociétés.

Il a été introduit, par une loi n° 79-1102 du 21 décembre 1979 de finances rectificative pour 1979, pour faire échec à une jurisprudence de section du 24 février 1978 (*CE, sect., 24 févr. 1978, n° 97347 : JurisData n° 1978-600180 ; Rec. CE 1978, p. 105 ; Dr. fisc. 1978, n° 41, comm. 1558, concl. P. Rivière ; RJF 4/1978, n° 160, chron. M^{me} M.-D. Hagelsteen, p. 106 ; RJF 1978, chron. J.-F. Verny, p. 346 ; Rev. sociétés 1978, p. 785, note M. Cozian*), par laquelle vous vous étiez prononcés sur la nature des règles applicables pour la détermination du montant de la quote-part de bénéfices d'une société de personnes revenant aux associés lorsque ceux-ci sont soumis à l'impôt sur les sociétés.

À l'époque, la loi était muette sur ce point et deux options étaient possibles : l'une était d'appliquer le principe issu du I de l'article 209 du CGI selon lequel le revenu des personnes morales est déterminé suivant les règles applicables aux bénéficiaires industriels et commerciaux ; la seconde était de faire prévaloir les règles propres à la catégorie de revenus correspondant à la nature de l'activité de la société de personnes.

C'est en faveur de la seconde option que vous avez tranché et, en cela, vous êtes allés au bout de la logique qui veut que, dans le régime fiscal des sociétés de personnes, c'est à l'égard de la société qu'est déterminé le régime d'imposition.

Cette solution, qui contredisait la doctrine administrative, a suscité une réaction rapide du législateur, lequel est intervenu en insérant l'article 238 bis K dans le CGI. Celui-ci impose, nous vous l'avons dit, de déterminer la quote-part de bénéfices revenant aux associés soumis à l'impôt sur les sociétés selon les règles applicables aux bénéficiaires soumis à cet impôt. Ainsi que le notait Marie-Dominique Hagelsteen dans la chronique qu'elle avait consacrée à votre décision de section de 1978, cette logique est celle « de la transparence absolue, l'entreprise étant regardée comme poursuivant au moyen de sa participation [dans la société de personnes] son activité industrielle ou commerciale ».

Il en résulte que, lorsqu'elle a des associés dont certains sont soumis à l'impôt sur le revenu et d'autres à l'impôt sur les sociétés, la société de personnes est astreinte à la tenue de deux comptabilités distinctes et arrête deux résultats imposables, l'un selon les règles de l'impôt sur le revenu, et l'autre selon les règles de l'impôt sur les sociétés.

La société requérante vous demande de tirer toutes les conséquences de cet article et d'en déduire que lorsqu'une société soumise à l'article 8 a un associé soumis à l'impôt sur les sociétés et qu'elle perçoit des dividendes provenant d'une filiale, elle peut faire application du régime mère fille pour déterminer son propre bénéfice et, donc, retrancher de celui-ci, sous réserve d'une quote-part de frais et charge, le produit des dividendes qu'elle a perçus.

Elle espère ainsi vous convaincre que la société Artemis America, dès lors qu'elle avait un associé soumis à l'impôt sur les sociétés, était fondée à bénéficier, en qualité de société mère, de l'exonération pré-

vue par les articles 145 et 216 du CGI à raison des dividendes perçus par la société Roland.

C'est donc à un changement de perspective, et nous y insistons, que vous invite la requérante : il consiste à considérer que le bénéfice du régime mère fille serait dû non pas à la société Artémis, comme elle l'a fait valoir jusqu'à présent, mais à la société Artemis America, à raison des dividendes qu'elle perçoit de la société Roland. L'associé français en bénéficierait indirectement du fait que sa quote-part d'imposition est calculée à partir du bénéfice de la société dont il est membre.

La requérante n'ignore pas la décision précitée de 1983 par laquelle vous avez jugé que l'interposition d'une société de personnes entre une société grand-mère et sa petite fille faisait perdre le bénéfice du régime mère fille. Mais elle note que l'article 238 bis K n'était pas applicable *ratione temporis* dans ce litige et vous invite donc à revenir sur cette jurisprudence selon elle « ancienne et isolée ».

Il est vrai que la règle d'exonération des dividendes prévue par les articles 145 et 216 est une règle d'assiette, et qu'elle est donc au nombre de celles qui, en principe, doivent être appliquées par une société de personnes, lorsque celle-ci compte un associé soumis à l'impôt sur les sociétés, afin de déterminer la quote-part de bénéfice revenant à ce dernier.

Toutefois, il résulte d'une disposition expresse de l'article 145 du CGI que le bénéfice du régime mère fille est réservé « aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal ». Cette condition restreint le champ d'application *ratione materiae* de ce régime en posant une condition organique relative à la société mère qui ne peut pas être regardée comme remplie s'agissant d'une société de personnes.

Vous jugez en effet de longue date que les sociétés de personnes ne sont « passibles ni de l'impôt sur le revenu, ni de l'impôt sur les sociétés » (*CE, 8^e et 9^e ss-sect., 11 juill. 1979, n° 2087 : JurisData n° 1979-600343 ; Rec. CE 1979, p. 316 ; Dr. fisc. 1980, n° 1, comm. 4, concl. P. Lobry ; RJF 1979, n° 587*). Et l'article 238 bis K n'a pas modifié cette ligne : s'il permet l'application, par les sociétés de personnes, des règles d'assiette de l'impôt sur les sociétés, il ne dit rien des règles d'imposition de ces sociétés, qui n'ont pas été modifiées du fait de son intervention.

Tel est en tout cas ce que vous avez très clairement jugé par une décision du 10 juillet 2007 (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 10 juill. 2007, n° 287661, SA SCA Ouest : JurisData n° 2007-081240 ; Dr. fisc. 2007, n° 51, comm. 1056 ; RJF 11/2007, n° 1274, concl. P. Collin, p. 950*) dans laquelle vous avez censuré l'arrêt d'une cour qui avait raisonné « comme si, du fait de ce que l'associé était soumis à l'impôt sur les sociétés et de ce que l'article 238 bis K s'appliquait, la [société de personnes] elle-même devenait un contribuable soumis aux règles des bénéficiaires industriels et commerciaux et de l'impôt sur les sociétés ».

Dans ses conclusions sur cette affaire, Pierre Collin indiquait que l'article 238 bis K ne constitue qu'une règle relative au mode de calcul de la quote-part de l'associé et qu'il ne remet pas en cause la règle selon laquelle c'est à partir de la société de personnes qu'est déterminé le régime d'imposition applicable (*CE, 7^e et 8^e ss-sect., 11 mai 1979, n° 12004, n° 12005 et n° 12032 : RJF 7-8/1979, n° 421. — CE, plén., 13 juin 1979, n° 11560 et n° 11561 : Dr. fisc. 1979, n° 42, comm. 2000 ; RJF 1979, n° 421 et 422, chron. J.-F. Verny, p. 234*).

Vous ne pourrez donc pas suivre la requérante compte tenu de la lettre de l'article 145 du CGI et de la portée de l'article 238 bis K. Les deux arguments qu'elle invoque pour vous convaincre du contraire, à notre avis, ne vous arrêteront pas.

Car d'une part, si l'Administration admet, dans sa doctrine, l'application du régime d'exonération des plus-values à long terme, prévu par les dispositions du a quinquies du I de l'article 219 du CGI,

pour les participations détenues par l'intermédiaire de sociétés de personnes (*Instr. 4 août 2008 : BOI 4 B-1-08, § 98 et 99 ; Dr. fisc. 2008, n° 16, instr. 13879*), cet article ne comporte aucune condition, de nature organique, équivalente à celle qui, à l'article 145 du CGI, exige que la société mère soit soumise à l'impôt sur les sociétés.

Et d'autre part, l'alinéa 4 de l'article 79 de l'annexe II au CGI, ainsi que le 4° de l'article 75 de la même annexe, qui désigne les sociétés visées à l'article 8 comme étant les établissements payeurs des dividendes qu'elles perçoivent ne peuvent, en tout état de cause, pas renter, eu égard au à leur caractère réglementaire, sur l'interprétation qu'il y a lieu de faire des dispositions législatives codifiées à l'article 145 du CGI.

Nous vous invitons donc à écarter le moyen d'erreur de droit de la société, ainsi que le moyen d'erreur de qualification juridique des faits, qui ne fait pas l'objet d'une argumentation autonome.

Vous réserverez le même sort au moyen d'insuffisance de motivation dont vous êtes saisis, même si la formulation de l'arrêté contesté n'est pas des plus explicites. La cour, en effet, a estimé que l'article 238 bis K ne pouvait pas être utilement invoqué en se référant à ce qu'elle avait dit « *ci-dessus* », c'est-à-dire à la décision qu'elle avait prise d'assimiler la société Artemis America à une société de l'article 8.

Il aurait sans doute été souhaitable qu'elle détaille un peu plus les choses, et qu'elle pointe, notamment, la condition organique figurant à l'article 145 du CGI. Il n'en demeure pas moins que cette condition rendait effectivement inopérante l'invocation de l'article 238 bis K, compte tenu de la portée qui est la sienne. Vous pourrez donc donner quitus à la cour, qui a en définitive opposé le bon motif pour écarter le moyen, et qui s'agissant d'un motif d'inopérance, n'était en outre astreinte à aucune obligation de motivation.

D. - Sur la convention fiscale franco-américaine

9 – La société soutient en quatrième et dernier lieu que la cour a violé le paragraphe 4 de l'article 7 de la convention fiscale franco-américaine du 31 août 1994.

En vertu de ce paragraphe, qui trouve sa place dans l'article intitulé « *bénéfices des entreprises* » : « *Un associé d'un partnership est considéré comme ayant réalisé des revenus ou bénéficié de déductions dans la mesure de sa part du partnership telle qu'elle est prévue par l'accord d'association (à condition que les attributions spéciales de résultats aient un fondement économique réel). Le caractère – y compris la source et l'imputabilité à un établissement stable – de tout élément de revenu ou de toute déduction attribuables à un tel associé est déterminé comme si l'associé avait réalisé ces éléments de revenu ou bénéficié de ces déductions de la même manière que le partnership les a réalisés ou en a bénéficié* ».

Vous n'avez à ce jour jamais pris position sur l'interprétation de ces stipulations atypiques, qui ont été introduites à la demande des autorités américaines et n'ont pas d'équivalent dans le modèle de convention de l'OCDE.

Il ne fait guère de doute, et nul ne le conteste d'ailleurs en l'espèce, que ces stipulations organisent une dérogation, pour les bénéfices réalisés par les *partnerships*, aux règles de répartition du pouvoir d'imposition entre la France et les États-Unis prévues par le paragraphe 1 de l'article 7 de la convention.

Ce dernier indique en effet, comme le modèle de convention de l'OCDE, que les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, auquel cas les bénéfices de l'entreprise sont imposables dans l'autre État, mais uniquement dans la mesure où ils sont imposables à cet établissement stable.

Or le paragraphe 4 impose de déroger à cette règle sur deux points. D'une part, il oblige à occulter l'existence du *partnership* et à considé-

rer que les revenus que celui-ci a perçus ou les bénéfices qu'il a réalisés sont en réalité ceux de ses associés. D'autre part, il commande de faire comme si l'associé s'était trouvé substitué au *partnership* pour déterminer trois éléments : d'abord, la qualification du revenu en cause, et notamment s'il s'agit de bénéfices ou de revenus d'une autre nature, par exemple des dividendes ; ensuite, la source du revenu, américaine, française ou autre ; et enfin, l'imputabilité de celui-ci à un établissement stable.

C'est au vu de la fiction ainsi créée que sont appliquées les autres stipulations de la convention. En particulier, c'est au vu de la qualification fiscale à laquelle cette fiction conduit que sont déterminées, par application de l'article pertinent de la convention, les règles de répartition du pouvoir d'imposition entre la France et les États-Unis.

Ainsi, au cas d'espèce, l'article 7, paragraphe 4 commande de considérer que les sommes versées par le *partnership* Artemis America à la société Artémis l'ont été en réalité par la société Roland, et qu'elles ont conservé, lorsqu'elles ont été appréhendées par la société Artémis, la nature de dividendes de source américaine qu'elles avaient lorsqu'elles ont été perçues par le *partnership*. Il convient par suite de se reporter à l'article 10 de la convention, relatif aux dividendes, lequel prévoit que : « *Les dividendes payés par une société qui est résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État* », ainsi que dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident, lequel est habilité à prélever une retenue à la source dont le taux est plafonné en vertu du même article. Il en résulte que les sommes perçues par la société Artémis et ayant pour origine les dividendes mis en paiement par la société Roland sont imposables en France et passibles, aux États-Unis, d'une retenue à la source.

Tel est le point sur lequel s'accordent les parties quant aux conséquences à tirer de la transparence que la convention reconnaît aux *partnerships*. Elles divergent, en revanche, quant aux conséquences que cette transparence emporte, une fois établi le pouvoir d'imposition de la France, sur les modalités d'application du droit interne aux sommes en cause.

Aux yeux du ministre, le paragraphe 4 de l'article 7 ne reconnaît la transparence fiscale des *partnerships* américains qu'« *aux fins de la convention* » ; il ne vise donc qu'à établir des règles de répartition du pouvoir d'imposition entre la France et les États-Unis, mais ne vient pas remettre en cause les modalités d'imposition des sommes perçues par la société Artémis selon le droit interne français.

Selon la société requérante, au contraire, le paragraphe 4 de l'article 7 possède, en plus de celle que lui reconnaît le ministre, une portée en droit fiscal interne. Il vaut engagement des autorités françaises à regarder les *partnerships* américains, pour l'application de la loi fiscale française, comme des entités fiscalement transparentes.

L'issue du litige diffère selon que l'on retient l'une ou l'autre de ces interprétations.

Si l'on suit le ministre, il est bien clair que la société requérante ne peut pas obtenir gain de cause. Car la qualification conventionnelle en vertu de laquelle la France est autorisée à maintenir son pouvoir d'imposition sur des sommes déterminées est sans conséquence sur les modalités d'application du droit interne.

C'est l'essence même du principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales qui le veut. Vous savez en effet que celles-ci ne se donnent normalement pas pour mission de réécrire la loi fiscale interne des États qui y sont parties, et qu'elles ne visent en principe qu'à corriger les effets indésirables de l'application simultanée du droit national de chaque État à des situations comportant des éléments d'extranéité. Elles ne permettent donc pas de remettre en cause les qualifications fiscales issues du droit interne.

Dans cette perspective, le fait que les sommes appréhendées par la société Artémis soient regardées comme des dividendes directement

versés par la société Roland pour l'application de la convention est sans incidence sur le fait que, pour l'application du droit interne, ces sommes sont regardées comme une quote-part de bénéfices versée par la société Artemis America.

Si, en revanche, on adopte la lecture de la requérante, la convention remet en cause les qualifications issues du droit interne et impose de considérer le *partnership* américain comme une entité fiscalement transparente pour l'application de la loi fiscale française.

Car dans l'hypothèse où une convention fiscale internationale sort de son objet habituel et entreprend de modifier, sur certains points, les modalités d'imposition selon le droit interne, l'article 55 de la Constitution impose de faire primer la stipulation conventionnelle sur le droit national, sous réserve que cette dernière soit d'effet direct. La loi du traité se substitue alors à la loi fiscale interne, qui est évincée, et peut, le cas échéant, devenir le fondement direct d'une décision d'imposition ou de décharge.

Cette situation, à dire vrai, n'a rien du cas d'école tant il est vrai que les États qui négocient un traité international sont libres d'y inclure ce qui leur plaît, pour autant qu'ils s'y accordent. En matière fiscale, aucun principe du droit international n'interdit que les conventions conclues entre États puissent se donner, ponctuellement ou même de manière générale, un objet autre que celui d'éliminer les doubles impositions. Et dans cette hypothèse, il ne fait aucun doute que leurs stipulations s'appliquent en lieu et place du droit interne, sans qu'un détour par ce dernier s'impose à titre préalable.

Vous appliquez ainsi de manière directe l'article 7 de la convention franco-monégasque du 18 mai 1963 dont le paragraphe 1 stipule que « [les] personnes physiques de nationalité française qui transporteront à Monaco leur domicile ou leur résidence (...) seront assujetties en France à l'impôt sur le revenu des personnes physiques (...) dans les mêmes conditions que si elles avaient leur domicile ou leur résidence en France ». Ces stipulations évincent les dispositions de l'article 4 A du CGI en ce qu'elles limitent le champ d'application territorial de l'impôt sur le revenu, à raison de la totalité des revenus perçus, aux personnes qui ont leur domicile fiscal en France. Elles servent donc de fondement direct à l'imposition de certains résidents monégasques, ainsi que vous l'avez récemment rappelé dans votre décision de plénière du 11 avril 2014 (CE, plén. fisc., 11 avr. 2014, n° 362237, M. Giorgis : *JurisData* n° 2014-008635 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 21, *comm.* 342, *concl.* É. Crépey, *note* Ch. Louit ; *RFP* 2014, 13, *note* Ch. Laroche ; *RJF* 2014, n° 718 ; *BDCF* 2014, n° 73, *concl.* É. Crépey. – V. Ch. Louit, *Les relations fiscales franco-monégasques : le droit du plus fort* : *Dr. fisc.* 2014, n° 12, 216).

Vous faites également une application directe des clauses de non-discrimination qui figurent dans la plupart des conventions fiscales internationales. Dans la décision du 11 juin 2003 (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 11 juin 2003, n° 221076, n° 221077, n° 221198, n° 221199 et n° 221075, M. et M^{me} Biso : *JurisData* n° 2003-080387 ; *Dr. fisc.* 2004, *comm.* 355, *concl.* L. Vallée ; *RJF* 8-9/2003, n° 1018, *chron.* L. Olléon, p. 663 ; *BDCF* 8-9/2003, n° 115, *concl.* L. Vallée ; *BGFE* 2003, n° 4, p. 25, *obs.* J.-M. Tirard. – V. Ch. Laroche, *L'application de l'article 164 C du CGI à certains résidents de Monaco neutralisée par les clauses de non-discrimination : il ne faut jurer de rien... À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 11 juin 2003*, CE, 11 juin 2003, n° 221075, M. et M^{me} Biso : *Dr. fisc.* 2004, n° 12, 13), vous avez ainsi appliqué directement la clause de non-discrimination contenue dans la convention fiscale franco-britannique du 22 mai 1968 pour écarter l'application de l'article 164 C du CGI, sans vous interroger d'abord sur le point de savoir si l'imposition en litige était due au titre de cet article ou pas.

Enfin, dans la décision du 12 mars 2014 (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline : *JurisData* n° 2014-004866 ; *Dr. fisc.* 2014, n° 22, *comm.* 356, *concl.* F. Aladjidi, *note* Ph. Durand ; *RJF* 6/2014, n° 602, *concl.* F. Aladjidi, p. 531), vous avez appliqué directe-

ment les stipulations de la convention fiscale franco-italienne du 5 octobre 1989 et de la convention fiscale franco-japonaise du 3 mars 1995 selon lesquelles : « L'impôt [étranger] n'est pas déductible pour le calcul du revenu imposable en France ». Vous en avez déduit qu'il y avait lieu d'écarter les dispositions du 1 de l'article 39 du CGI, qui prévoient que le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant notamment les impôts à la charge de l'entreprise. Ce faisant, vous avez confirmé un redressement qui était directement fondé sur des stipulations conventionnelles.

Il apparaît ainsi que, lorsqu'une convention fiscale internationale se préoccupe des modalités d'imposition selon le droit interne, vous abandonnez le guide d'interprétation issu de votre décision *Schneider* pour appliquer la stipulation conventionnelle en lieu et place du droit national. Si la convention prescrit une qualification fiscale donnée, celle-ci évince celle issue du droit national, à laquelle il n'est pas utile de se référer.

Toute la difficulté, dans la présente affaire, est de déterminer si le paragraphe 4 de l'article 7 de la convention fiscale franco-américaine doit être interprété comme modifiant les modalités d'imposition des *partnerships* américains selon le droit interne français ou s'il ne faut lui reconnaître qu'une portée en matière de répartition du pouvoir d'imposition entre la France et les États-Unis.

Pour que la lecture extensive défendue par la requérante soit retenue, il faudrait à notre avis que la lettre de la stipulation en cause soit clairement en ce sens. À défaut, conformément aux principes d'interprétation issus de l'article 31 de la convention de Vienne, qui s'appliquent à la France en tant que principes coutumiers du droit international, il y a lieu d'interpréter le texte « à la lumière de son objet et de son but », c'est-à-dire en tenant compte de son objectif d'élimination des doubles impositions, et donc de considérer qu'il ne modifie pas les qualifications fiscales issues de la loi interne, conformément au principe de subsidiarité.

Or au cas d'espèce, nous ne trouvons dans le paragraphe 4 de l'article 7 aucune indication claire de ce que la France aurait consenti, par cette stipulation, à modifier les modalités d'imposition des *partnerships* américains selon son droit interne.

En particulier, nous n'y trouvons pas la mention, qui aurait levé toute ambiguïté, indiquant que « pour l'application de la loi fiscale française, un associé d'un *partnership* est considéré comme ayant réalisé des revenus ou bénéficié de déductions dans la mesure de sa part du *partnership* telle qu'elle est prévue par l'accord d'association (...) ».

Au contraire, nous croyons que les indices existants plaident plutôt pour considérer que la stipulation n'avait pour objet que de répartir le pouvoir d'imposition entre les États contractants.

À égard, vous noterez que la référence que le paragraphe 4 de l'article 7 fait à l'imputabilité à un établissement stable n'a aucun sens pour la détermination des modalités d'imposition selon le droit interne. Et par ailleurs, vous observerez que la lecture à laquelle vous invite la requérante aurait pour effet de traiter les *partnerships* américains d'une manière plus favorable, pour l'application de la loi fiscale française, que les sociétés de personnes soumises à l'article 8 du CGI. Or il nous paraît peu vraisemblable que ce résultat puisse correspondre à l'intention des États contractants, alors que ceux-ci ont inclus dans la même convention une clause de non-discrimination à raison de la nationalité qui ne comporte aucune réserve particulière pour les *partnerships*.

Nous vous invitons donc à écarter le dernier moyen dont vous êtes saisis. Contrairement à ce que soutient la requérante, cela ne vous conduira pas à entériner une double imposition puisque l'intéressée bénéficie, à raison de la retenue à la source qu'elle a, le cas échéant, acquittée aux États-Unis, d'un crédit d'impôt imputable sur son impôt français.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.

Emmanuelle CORTOT-BOUCHER,
rapporteur public

NOTE

1 – Dans la ligne d'une précédente décision plus que trentenaire (CE, 7^e et 8^e ss-sect., 19 oct. 1983, n° 33816 : *JurisData* n° 1983-608457 ; *Dr. fisc.* 1984, n° 26, *comm.* 1255 ; *RJF* 12/1983, n° 1506, *concl.* J.-F. Verny, p. 661), conforme à la doctrine administrative, fondée sur une exégèse des textes législatifs en vigueur confrontée à une lecture impeccable de la convention bilatérale contre la double imposition pertinente en l'espèce, la décision de plénière fiscale *Artémis* – toute de clarté, voire d'élégance, en la forme – a les apparences du classicisme.

Cependant la solution qu'elle énonce est paradoxale : si le dividende en question avait été imposable en France au titre des articles 123 bis ou 209 B du CGI, le régime des sociétés mères et filiales aurait été appliqué (BOI-RPPM-RCM-10-30-20-20, 12 sept. 2012, § 320, pour l'article 123 bis. – B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales* : Éditions Francis Lefebvre, 10^e éd., 2014, n° 73360, pour l'article 209 B. – V. *infra* n° 9). Pourquoi traiter plus mal les produits de participation perçus par un *partnership* américain que par une entité étrangère quelconque soumise à un régime fiscal privilégié ?

Comment la combinaison de deux dispositifs destinés chacun à éviter la double imposition économique des bénéficiaires distribués par les sociétés peut-elle aboutir précisément à une telle double imposition ? Alors que celle-ci est évitée sans débat dans tous les pays développés, notamment l'Allemagne (V. G. Abate, *Le régime fiscal des sociétés de personnes – Imposition des revenus* : LGDJ, 2014, p. 161), le Canada, les États-Unis et le Royaume-Uni, qui pratiquent à vaste échelle depuis des décennies à la fois un régime des sociétés mères et filiales et un régime des sociétés de personnes, comment expliquer cette persistante « exception française » ? Et surtout comment la justifier alors qu'elle ne joue qu'au détriment des entreprises nationales, spécialement lorsqu'elles se développent à l'international ?

En régime intérieur, les groupes de sociétés ont trouvé des parades depuis longtemps : d'une part, ils prennent soin d'éviter les groupements d'intérêts économique pour détenir des participations en commun et d'organiser leurs pactes d'actionnaires de manière telle qu'ils ne puissent être qualifiés de société en participation ou créée de fait ; d'autre part, ils ont fait opter pour l'impôt sur les sociétés leurs holdings intermédiaires ou communes constituées sous forme de sociétés de personnes de manière à éviter la controverse au prix du péage, relativement modeste à l'origine, que représente l'impôt sur la quote-part de frais et charges. Les contentieux se sont donc naturellement taris et il a fallu le cas rare d'une société de personnes étrangère, sans activité en France ou à l'étranger et percevant passivement des produits de participation éligibles au régime mère-fille, pour que la question soit à nouveau évoquée. Entre-temps, l'environnement juridique a considérablement évolué depuis quarante ans, date des faits de l'affaire du GIE jugée en 1983.

2 – Les faits essentiels sont résumés par la décision et les conclusions du rapporteur public. Même leurs silences paraissent révélateurs. L'imposition en France – et non aux États-Unis – des dividendes de la société de capitaux américaine dénommée Roland, perçus par le *partnership* Artemis America, donne à penser que ce *partnership* n'exerçait aux États-Unis aucune activité d'affaires à laquelle ces dividendes fussent susceptibles d'être rattachés (pas d'*effectively connected income* au sens de la législation fédérale américaine), notamment pas par un établissement susceptible d'être qualifié d'établissement stable au sens de la convention franco-américaine (*Conv.*

31 août 1994, art. 10, § 7 successivement modifiée). La situation déficitaire de la société mère française semble expliquer que la question de la retenue à la source et du crédit d'impôt n'ait pas été évoquée. Ainsi, en dépit de l'extranéité de la source des revenus et de l'interposition du *partnership* américain le litige ne posait apparemment aucune question de territorialité de l'impôt.

3 – En revanche se posait une question de qualification du *partnership* américain, que le Conseil d'État a résolue conformément à sa jurisprudence, prenant en considération les dispositions pertinentes de la loi étrangère qui régit la situation pour en déduire les conséquences fiscales au regard de la loi fiscale française indépendamment de ses incidences fiscales étrangères (V. notamment CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 mai 2002, n° 125959, *Sté Superseal Corporation* : *JurisData* n° 2002-080152 ; *Rec. CE* 2002, p. 184 ; *Dr. fisc.* 2002, *comm.* 750, *concl.* G. Goulard ; *Dr. sociétés* 2002, *comm.* 228, *note* J.-L. Pierre ; *RJF* 8-9/2002, n° 900 ; BGFE 2002, n° 4, p. 7, *obs.* J.-M. Tirard. – CE, 8^e et 3^e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 303560, *SNC Immobilière GSE* : *JurisData* n° 2009-081544 ; *Rec. CE* 2009, *tables* p. 685 à 723 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 48, *comm.* 561, *concl.* L. Olléon, *note* P. Fumenier et C. Maignan ; *RJF* 12/2009 n° 1068 ; *RTD com.* 2009, p. 818, *obs.* O. Fouquet. – CAA Versailles, 3^e ch., 27 mai 2014, n° 13VE00874, *min. c/ SAS Senoble Holding* : *Dr. fisc.* 2014, n° 39, *comm.* 543, *concl.* F. Locatelli, *note* M. Buchet). Le droit des *partnerships* américains a l'avantage d'être uniformisé dans la plupart des États, sauf la Louisiane, qui ont adopté l'*Uniform partnership act*, parfois sous sa forme révisée en dernier lieu en 1997, comme c'est le cas du Delaware et de trente-six autres États.

Aux termes de ces dispositions, un *partnership* est une personne juridique distincte de celle de ses membres (§ 15-201). Sauf disposition ou stipulation contraire, les biens acquis par un *partnership* sont la propriété du *partnership* et non pas de ses membres individuellement (§ 15-203) ; un associé n'est pas copropriétaire d'actifs du *partnership* et n'a aucun intérêt dans aucun actif spécifique du *partnership* (§ 15-501). La part (*interest*) dans un *partnership* est un bien mobilier (§ 15-502).

Sauf exception, tous les associés d'un *partnership* sont tenus conjointement et solidairement (*jointly and severally*) des obligations du *partnership* (§ 15-306) mais l'exécution sur les actifs d'un *partner* d'un jugement rendu contre le *partnership* est subordonné à la défaillance du *partnership* ou à la renonciation de l'associé au bénéfice de discussion (§ 15-307), etc. La similitude avec les sociétés civiles et sociétés en nom collectif du droit français est certaine.

Conformément au souci, déjà exprimé en jurisprudence, d'éviter une dichotomie (*hybrid mismatch*) de traitement fiscal des sociétés, le Conseil d'État a approuvé les juges du fond d'avoir retenu que le *partnership* Artemis America n'était pas soumis aux États-Unis au régime fiscal des sociétés de capitaux (dans le même sens, V. CE, 8^e et 9^e ss-sect., 13 oct. 1999, n° 191191, *Diebold Courtage* : *JurisData* n° 1999-051277 ; *Dr. fisc.* 1999, n° 52, *comm.* 948, *concl.* G. Bachelier, *note* C. Acard ; *RJF* 12/1999, n° 1492 ; *Bull. Joly Sociétés* 1/2000, n° 10, p. 54, *note* Ph. Derouin ; *RJF* 12/1999, n° 1492, *chron.* E. Mignon, p. 931. – V. J.-P. Le Gall, *Fiscalité internationale des sociétés de personnes. L'arrêt Diebold : un incident ou un cataclysme ?* : *Dr. fisc.* 2000, n° 15, 100122. – O. Fouquet, *Sociétés étrangères transparentes et droit fiscal français* : *Rev. adm.* 1999, p. 264). En conséquence, « le *general partnership* Artemis America (...) devait être assimilé à une société de personnes régie par l'article 8 du Code général des impôts, dont les associés sont personnellement imposés pour la part des bénéficiaires sociaux correspondant à leurs droits dans la société ».

Mais, au même titre que, dans l'affaire *Superseal* précitée, le régime fiscal canadien de sursis d'imposition d'un transfert d'actif a été jugé sans pertinence pour l'application de la loi fiscale française, le Conseil d'État a ajouté « qu'en statuant ainsi et, notamment, en ne tenant pas compte, pour la détermination du régime fiscal applicable aux béné-

fices perçus par la société Artemis SA, de ce que le *general partnership* Artemis America obéit, au regard du droit fiscal de l'État du Delaware, à un régime de transparence, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit ».

On peut regretter la relative disharmonie qui en résulte au cas particulier mais l'unité de traitement des sociétés de personnes françaises ou étrangères présente certains mérites au regard de l'égalité devant la loi fiscale française.

4 – Le Conseil d'État a encore écarté le moyen tiré des stipulations de la convention franco-américaine contre les doubles impositions du 31 août 1994 dont plusieurs clauses tendent à faire prévaloir la transparence fiscale des *partnerships*, notamment le paragraphe 4 de l'article 7 qui énonce : « 4. Un associé d'un *partnership* est considéré comme ayant réalisé des revenus (...) dans la mesure de sa part du *partnership* telle qu'elle est prévue par l'accord d'association (...). Le caractère – y compris la source et l'imputabilité à un établissement stable – de tout élément de revenu (...) attribuable à un tel associé est déterminé comme si l'associé avait réalisé ces éléments de revenu (...) de la même manière que le *partnership* les a réalisés ou en a bénéficié (...) ».

Conformément aux règles d'interprétation des conventions internationales, récemment rappelées par le président Philippe Martin dans sa contribution à l'hommage de cette revue au professeur Patrick Dibout (*Ph. Martin, L'interprétation des conventions fiscales internationales : Dr. fisc. 2013, n° 24, 320*), si chaque clause de la convention s'interprète selon le sens ordinaire des mots qui en forment le texte, c'est en fonction de son contexte et à la lumière de son objet et de son but (article 31, § 1 de la convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969 et commentaire officiel de la Commission du droit international). Du contexte et de l'objet de l'article 7 dans lequel s'insère le paragraphe 4, le Conseil d'État a déduit que la règle ainsi posée tend à préciser la répartition du pouvoir d'imposer entre la France et les États-Unis et non pas à guider les modalités de l'imposition en France. En d'autres termes, le paragraphe 4 est un élément de la règle de rattachement ou de conflit de lois ; ce n'est pas une règle de droit matériel, à la différence de certaines autres telles que la méthode pour éviter la double imposition en France, la prohibition des discriminations, etc.

Le texte impose donc de traiter le dividende reçu par le *partnership* Artemis America comme un dividende de source américaine non rattachable à un établissement stable aux États-Unis. Comment ce dividende est imposé en France est une question relevant de la loi fiscale française, sauf application des clauses de non-discrimination et de la méthode pour éviter la double imposition, dont ni l'une ni l'autre n'était en jeu. Tout au plus relèvera-t-on qu'à la différence d'une société de personnes française et établie en France, le *partnership* étranger qui n'a pas d'activité en France ne peut opter pour l'impôt sur les sociétés français afin de bénéficier directement du régime des sociétés mères et filiales et d'en transférer les avantages à ses membres.

5 – Ainsi, par étapes successives, le Conseil d'État a éliminé tous les éléments d'extranéité que comportait l'affaire pour la réduire à la question de principe de l'application du régime des sociétés mères et filiales lorsqu'une société de personnes est interposée entre la société mère et la filiale ou sous-filiale distributrice.

Comme dit en préambule, la solution est conforme à un précédent ancien et s'autorise d'une exégèse fine des dispositions nationales. Un regard neuf, à la lumière du droit de l'Union européenne notamment, pourrait conduire à un résultat différent et plus conforme à la pratique universelle, voire à la pratique française elle-même dans des situations similaires où un contribuable est imposé sur les produits d'opérations réalisées par des entités interposées.

1. Régime mère-fille, détention de participation et produits de filiales ou sous-filiales

A. - Détention directe de la participation dans la société distributrice

6 – Le Conseil d'État rappelle que la condition essentielle pour l'application du régime des sociétés mères et filiales est la détention d'une participation satisfaisant à certaines conditions. Par référence aux dispositions du Code de commerce relatives aux filiales et participations, il retient que, sauf disposition expresse, la notion de détention, appliquée notamment à des titres de capital de sociétés, désigne la détention directe et n'inclut pas la détention indirecte par société ou autre personne interposée.

Dans les matières régies, au moins partiellement, par le droit de l'Union européenne, la référence au seul droit national des sociétés ne suffit plus. L'analyse doit s'étendre aux directives européennes et à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. En application de la jurisprudence *Leur Bloem* (CJCE, plén., 17 juill. 1997, aff. C-28/95, A. *Leur-Bloem* : Rec. CJCE 1997, I, p. 4161, concl. F. G. Jacobs ; Dr. fisc. 1997, n° 38, comm. 979 ; RJF 10/1997, n° 1002. – V. Ph. Derouin, *Fiscalité des fusions de sociétés et échanges d'actions. Droit communautaire et droit national* (À propos de l'arrêt *Leur-Bloem* de la CJCE du 17 juillet 1997 : Dr. fisc. 1997, n° 38, 100050) et du principe constitutionnel d'égalité (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 6 oct. 2008, n° 310146 et n° 311080, C^{ie} *architectes en chef des monuments historiques* : JurisData n° 2008-074267 ; JCP A 2008, act. 890 ; RFDA 2009, p. 132, A. Iliopoulou et A. Jauréguiberry), le souci d'éviter toute discrimination à rebours conduit à étendre l'incidence des directives et de la jurisprudence correspondante aux situations nationales (*Ph. Martin, Le régime français des sociétés mères à la lumière de la directive : les méthodes d'interprétation du juge fiscal* : Dr. fisc. 2014, n° 41, 569, et les arrêts analysés, parmi lesquels CE, 9^e et 10^e ss-sect., 17 juin 2011, n° 324392, SARL *Méditerranée automobiles* et n° 314667, Sté *Finaparco* : Dr. fisc. 2011, n° 37, comm. 502, concl. P. Collin, note P.-F. Racine ; RJF 10/2011, n° 1035. – CE, 10^e et 9^e ss-sect., 20 févr. 2012, n° 321224, Sté civile *Participasanh* : Dr. fisc. 2012, n° 17, comm. 276, concl. D. Hedary, note O. Fouquet ; RJF 5/2012, n° 454 ; *Option Finance* 2 avr. 2012, n° 1167, obs. A. Donguy. – V. aussi, CE, 10^e et 9^e ss-sect., 15 déc. 2014, n° 380942, SA *Technicolor* : Dr. fisc. 2015, n° 1-2, act. 6. – Concl. F. Locatelli sur CAA Versailles, 3^e ch., 18 mars 2014, n° 13VE00873, min. c/ SA *Technicolor* : JurisData n° 2014-010450 : Dr. fisc. 2014, n° 23, comm. 367. – V. C. Acard, *Fiscalité financière* : Dr. fisc. 2014, n° 23, comm. 364, n° 5), voire aux situations impliquant les pays tiers sous certaines conditions d'accès à l'information, clairement satisfaites par les États-Unis (CJUE, gde ch., 13 nov. 2012, aff. C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, pt 89 à 104, n° 4 : Europe 2013, comm. 27, note A.-L. Mosbrucker ; JCP E 2012, n° 46, act. 706. – CJUE, 1^{re} ch., 10 avr. 2014, aff. C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* : Dr. fisc. 2014, n° 16, act. 247. – V. également C. Acard, *Fiscalité financière* : Dr. fisc. 2014, n° 23, 364, n° 9 à 18 et L. Bernardreau et O. Peiffert, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe* (avr./juin 2014) : Dr. fisc. 2014, n° 31-35, 472, n° 84 et s.). La prise en compte du droit de l'Union européenne, y compris dans des situations purement internes, a notamment conduit le Conseil d'État à s'écarter des solutions qu'il déduisait antérieurement de la référence au seul droit national des sociétés (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 17 juin 2011, n° 324392, SARL *Méditerranée automobiles* et n° 314667, Sté *Finaparco*, préc. – Compr., CE, 9^e et 10^e ss-sect., 1^{er} juill. 2009, n° 285718, SA *Supra* : JurisData n° 2009-081495 ; Dr. fisc. 2009, n° 40, comm. 487, concl. P. Collin ; RJF 10/2009, n° 846. – CE, 3^e et 8^e ss-sect., 10 nov.

2010, n° 314046, min. c/ Sté Gaillard : *JurisData* n° 2010-021016 ; *Rev. proc. coll.* 2011, *comm.* 95, *obs. Ph. Neau-Leduc et M. Hubert* ; *RJF* 2/2011, n° 144).

S'agissant du régime commun des sociétés mères et filiales, la condition de détention d'une participation minimale du capital de la filiale est également posée, dans les mêmes termes, tant par la directive d'origine n° 90/435/CE du 23 juillet 1990 en vigueur à l'époque des faits que par la directive n° 2011/96/UE du 30 novembre 2011 qui l'a remplacée. Pour l'appréciation de cette notion, la Cour de justice s'est prononcée dans son arrêt *Vergers du Vieux Tauves* concernant une participation détenue en usufruit (*CJCE*, 4^e ch., 22 déc. 2008, *aff. C-48/07, Les Vergers du Vieux Tauves* : *Rec. CJUE* 2008, I, p. 10627 ; *Dr. fisc.* 2009, n° 12, *comm.* 254, *note J.-Ch. Gracia* ; *RJF* 3/2009, n° 305). Le débat ne portait certes pas sur une participation indirecte mais la motivation retenue par la Cour paraît claire et vise la qualité d'associé de la société filiale : « la notion de participation dans le capital renvoie au rapport de droit existant entre la société mère et la société filiale » (*CJCE*, 4^e ch., 22 déc. 2008, *aff. C-48/07, Les Vergers du Vieux Tauves*, *préc.*, pt 38) ; l'article 4, § 1 vise le cas où « une société mère reçoit, à titre d'associé de sa filiale, des bénéfices distribués » (*CJCE*, 4^e ch., 22 déc. 2008, *aff. C-48/07, Les Vergers du Vieux Tauves*, *préc.*, pt 41). Enfin, pour éviter que la société mère jouisse d'un double avantage fiscal, l'article 4, § 2 de la directive d'origine (devenu § 3 de l'article 4 de la directive n° 2011/96/UE) ouvre aux États la faculté de prévoir que les moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la filiale ne sont pas déductibles des bénéfices imposables de la mère, ce qui implique que la même société reçoive les bénéfices distribués et subisse la moins-value résultant de cette distribution (*CJCE*, 4^e ch., 22 déc. 2008, *aff. C-48/07, Les Vergers du Vieux Tauves*, *préc.*, pt 43). Cette motivation va également dans le sens que la participation qualifiante doit être détenue directement.

On pourrait certes imaginer de poursuivre la discussion sur la situation particulière des sociétés de personnes interposées, dont la personnalité juridique distincte est atténuée par l'obligation solidaire des associés aux dettes sociales, comme si ces dettes avaient été contractées par leur représentant, à savoir la société de personnes ou son dirigeant. Mais, dans toute la mesure où (a) la participation dans la société filiale distributrice est un actif de la société de personnes distinct de ceux des associés, où (b) seule la société de personnes a qualité d'associé de la filiale distributrice et où (c) la moins-value résultant éventuellement de la distribution affecte le patrimoine distinct de la société de personnes cependant que (d) l'incidence éventuelle sur celui de la société mère est incertaine, indirecte voire nulle, l'obligation indéfinie, voire solidaire, aux dettes de la société de personnes interposée ne suffit pas à établir l'équivalent d'une participation directe de la société mère au capital de la société filiale.

L'analyse faite par le Conseil d'État par référence au droit français des sociétés paraît ainsi également conforme à la directive européenne sur la question de la détention.

7 – Est-ce à dire pour autant que l'application du régime mère-fille doit nécessairement être exclue ? Le Conseil d'État paraît le tenir pour acquis sans justifier spécialement sa décision sur ce point. On va voir que la directive européenne, comme la doctrine et la pratique administratives françaises sur les articles 123 bis et 209 B du CGI, sont en sens contraire et prescrivent l'application du régime des sociétés mère et filiales en pareil cas, y compris en présence d'une chaîne de participations à l'égard de chacune des sous-filiales, pourvu que la condition de participation directe minimale soit respectée à chaque niveau.

B. - Chaîne de participations

8 – Depuis la modification apportée par la directive n° 2003/123/CE du 22 décembre 2003, le régime fiscal commun applicable aux

sociétés mères et filiales prévoit que : « Lorsqu'il détermine la part des bénéficiaires de la filiale qui revient à la société mère au moment où naissent ces bénéficiaires, l'État membre de la société mère exonère ces bénéficiaires ou autorise la société mère à déduire du montant de l'impôt dû la fraction de l'impôt sur les sociétés afférentes à la part des bénéficiaires de la société mère que sa filiale et toute sous-filiale ont acquittée, 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 » (*Cons. UE*, *dir.* n° 2011/96/UE, 30 nov. 2011, art. 4, § 2, al. 2, antérieurement *Cons. CE*, *dir.* 90/435/CE, art. 4, § 1 bis, al. 2 modifiée).

Autrement dit, bien que la directive, comme la loi française, détermine le champ d'application du régime mère-fille par référence à la participation directe de la société mère au capital d'une filiale et aux bénéfices perçus par la première au titre de son association avec la seconde, elle prescrit, pour éliminer la double imposition des bénéfices distribués, de prendre en considération les chaînes de participations pourvu qu'à chaque niveau les sociétés concernées remplissent notamment la condition de participation minimale requise.

Mieux encore : la directive envisage le cas où l'État membre de la société mère impose cette dernière sur sa part des bénéfices de la filiale non pas lors de leur distribution mais dès leur réalisation. L'élimination de la double imposition s'applique également en pareil cas et s'étend aux impôts sur les bénéfices acquittés par toutes les sous-filiales, dans les mêmes conditions de participation minimale à chaque niveau.

Certes, par le jeu des renvois, le texte semble viser l'hypothèse où la société filiale – dont les résultats sont imposés par transparence au nom de la société mère – est elle-même assujettie à l'impôt dans l'État membre où elle est établie ; autrement dit un cas de disparité de traitement de la filiale, vue comme une société de capitaux dans son État d'implantation et comme une société de personnes dans l'État de la société mère. Mais il semble qu'*a fortiori* il devrait en aller de même lorsque les deux États considèrent la filiale intermédiaire comme transparente, ou semi-transparente, et la société mère comme le contribuable à raison des bénéfices réalisés par la filiale et notamment des bénéfices distribués par les sous-filiales. C'est ainsi que plusieurs États membres, et non des moindres, l'ont compris et pratiqué, tant en régime intérieur qu'en matière internationale. En cas de doute, il y aurait lieu d'interroger la Cour de justice à fin d'interprétation.

Pour la période antérieure au 1^{er} janvier 2005, date limite de mise en œuvre de la directive n° 2003/123/CE, on pourrait également s'interroger sur le point de savoir si les dispositions introduites comportaient un élément nouveau ou ne faisaient qu'explicitement la directive n° 90/435/CE. Une question similaire a été posée à la Cour de justice à propos des sociétés par actions simplifiées, créées par une loi de 1994 postérieure à la directive d'origine et introduites en 2003 dans la liste des sociétés visées par la directive. La Cour n'a pas retenu une interprétation favorable à une insertion anticipée (*CJCE*, 1^{re} ch., 1^{er} oct. 2009, *aff. C-247/08, Gaz de France – Berliner Investissement SA* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 9225. – V. L. Bernardeau, *Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe* (juill./déc. 2009) : *Dr. fisc.* 2010, n° 4, 92) et l'on peut penser qu'il en irait de même pour les dispositions relatives aux sous-filiales.

9 – Dès avant le 1^{er} janvier 2005, l'application du régime français des sociétés mères et filiales à des produits de participation perçus par des sociétés étrangères dont les résultats sont imposables en France au nom de leur actionnaire a été admise pour la mise en œuvre des articles 123 bis et 209 B du CGI.

Le premier de ces textes, introduit par l'article 101 de la loi n° 98-1266 du 30 décembre 1998 de finances pour 1999 (V. *Dr. fisc.* 1999, n° 1, *comm.* 1, p. 97), concerne l'imposition des personnes physiques à raison des bénéfices et revenus positifs d'une entité juridique dont

elles détiennent directement ou indirectement 10 % des droits, lorsque l'actif de cette entité est principalement composé de capitaux mobiliers et que l'entité établie hors de France y est soumise à un régime fiscal privilégié. Les bénéfices imposables « sont déterminés selon les règles fixées par le (...) [CGI] comme si l'entité juridique était imposable à l'impôt sur les sociétés en France ».

Pour l'application de ce texte, l'Administration a précisé, dès son instruction du 18 février 2000 : « pour la détermination des résultats de l'entité étrangère le régime des sociétés mères peut s'appliquer lorsque les conditions requises par l'article 145 du CGI sont remplies » (*Instr. 18 févr. 2000 : BOI 5 I-1-00 ; Dr. fisc. 2000, n° 11, instr. 12415 repris au BOI-RPPM-RCM-10-30-20-20, 12 sept. 2012, § 320*), alors même que par construction, le contribuable est une personne physique, non assujettie à l'impôt sur les sociétés et qui ne détient pas directement les participations dans les filiales de l'entité juridique étrangère.

De même, l'article 209 B du CGI dispose : « le bénéfice de l'entreprise ou le revenu de capitaux mobiliers [provenant de l'entité juridique hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié] (...) est déterminé selon les règles fixées par le présent code à l'exception des dispositions prévues à l'article 223 A ». La doctrine administrative ne traite pas de l'imposition des dividendes de filiales perçus par l'entité étrangère (*BOI-IS-BASE-60-10-30-20, 12 sept. 2012, § 120*) mais il ne fait pas de doute, et Bruno Gouthière confirme dans son ouvrage que le régime des sociétés mères, avec l'exonération qu'il prévoit, est normalement applicable aux dividendes perçus par une filiale étrangère entrant dans le champ de l'article 209 B (*B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales, préc. – J.-F. Court et G. Enraygues, Gestion fiscale internationale des entreprises, Montchrestien, 2^e éd., 1992, p. 431. – JCl. Fiscal International, Fasc. 3740, n° 132, E. Dinh*).

En l'absence de doctrine administrative ou de pratique suffisamment établie ou connue, la solution devrait être identique en matière de fiducie lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des titres de participation et que le constituant est une entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés (*CGI, art. 238 quater F*). La seule véritable difficulté en matière de fiducie portant sur des titres de participation, mais elle était de taille, concernait la neutralité du transfert de titres de participation dans un patrimoine fiduciaire et la continuité de la détention au regard du régime mère-fille et de l'intégration fiscale. Cette difficulté explique le peu d'application de la fiducie sûreté sur les titres de participation en dépit des textes qui facilitent le transfert de propriété à titre de garantie (*C. civ., art. 2372-1 et s., issus Ord. n° 2009-112, 30 janv. 2009*) ; mais l'obstacle a été levé par l'article 71 de la seconde loi de finances rectificative pour 2014 (*L. n° 2014-1655, 29 déc. 2014, art. 71 : Dr. fisc. 2015, n° 1-2, comm. 19, obs. P. Derouin, A.-S. Kerfant, et B.-P. Chaumont*).

10 – En résumé, il résulte du bref examen de ces trois cas où le contribuable est une personne distincte de celle qui détient les titres et perçoit les dividendes, que le régime des sociétés mères est applicable à la détermination du revenu imposable du contribuable alors même que, par construction, la participation qualifiante est directement détenue par une entité juridique distincte et non pas par le contribuable lui-même. Il en va ainsi alors même que l'entité interposée ou le contribuable, voire les deux, ne sont pas nécessairement soumis à l'impôt sur les sociétés.

Certes, en comparaison de la directive européenne, la doctrine administrative et la pratique sur ces trois cas sont de modestes sources d'interprétation de la loi mais leur convergence est de nature à éclairer celle des articles 145 et 216 du CGI dans toutes les situations où le détenteur des titres de participation, associé de la société distributrice, n'est pas le contribuable cependant que les produits de participations qu'il perçoit sont, par détermination de la loi fiscale, attribués à la société mère, seule contribuable à raison de ces produits,

pour être inclus dans les bénéfices imposés à l'impôt sur les sociétés ou selon les règles d'assiette applicables à cet impôt.

En raison précisément de la dichotomie imposée par la loi fiscale, le régime des sociétés mères et filiales s'applique au contribuable imposé à raison des produits de participation en appréciant la détention directe au niveau de l'actionnaire qui perçoit les produits de participations dont l'imposition lui est attribuée, à raison de sa part dans ces mêmes produits de participations, selon les règles de l'impôt sur les sociétés.

S'il en est ainsi pour assurer la neutralité ou la transparence de la fiducie et pour déjouer l'interposition de structures à l'étranger, à plus forte raison doit-il en aller ainsi pour l'application du régime des sociétés de personnes, où chaque associé est soumis à l'impôt pour la part correspondant à ses droits dans la société, déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits. C'est ce qu'il faut maintenant vérifier.

2. Société de personnes, attribution du revenu imposable et assiette de l'impôt sur les sociétés

A. - Régime fiscal des sociétés de personnes : une règle d'attribution du revenu imposable

11 – Avant d'être un sujet de débat doctrinal sur la transparence fiscale, le régime fiscal des sociétés de personnes se caractérise par une règle d'attribution, aux fins d'imposition, des revenus et bénéfices sociaux à d'autres personnes que la société qui les a perçus ou réalisés : en premier lieu ses associés voire – en cas de chaîne de sociétés de personnes – des associés d'associés et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on trouve un contribuable. L'article 8 du CGI – qui codifie la jurisprudence dégagée par le Conseil d'État en matière d'impôt général sur le revenu (*CE, sect., 5 févr. 1925 : Rec. CE 1925, p. 120 ; Rev. Impôts 1925, art. 1552, p. 135. – V. le rappel historique dans notre étude, Ph. Derouin, La transparence fiscale des sociétés de personnes ou faut-il dissuader les étrangers de participer à des sociétés de personnes françaises ? : Dr. fisc. 1997, n° 50, 100073 ; Dr. fisc. 1997, n° 50, 100074*) – dispose essentiellement que les associés des sociétés de personnes sont personnellement soumis à l'impôt pour la part des bénéfices sociaux correspondant à leurs droits dans la société. Comme l'a rappelé le Conseil d'État dans l'importante décision *Vaillant* relative à l'attribution des bénéfices sociaux entre associés successifs, ils « sont ainsi réputés avoir personnellement réalisé chacun une part de ces bénéfices à raison de leurs droits dans la société à la date (de clôture) » (*CE, 10^e et 9^e ss-sect., 28 mars 2012, n° 320570, M. et M^{me} Vaillant : JurisData 2012-007256 ; Dr. fisc. 2012, n° 51-52, comm. 565, concl. J. Boucher, note J.-M. Vié ; Dr. sociétés 2012, comm. 133, note J.-L. Pierre ; RJF 6/2012, n° 616 ; AJDI 2013, p. 294, note J.-P. Maublanc*).

S'agissant des dividendes, intérêts, plus-values et autres revenus passifs, les sociétés de personnes sont si peu considérées comme les contribuables à raison des revenus qu'elles perçoivent que, tant en droit national que pour la directive n° 2003/48/CE sur l'imposition des produits de l'épargne, elles en sont les agents ou établissements payeurs au moment même où elles les perçoivent (*Cons. CE, dir. n° 2003/48/CE, 3 juin 2003, art. 4, § 2 et 6, § 4 modifiée ; CGI, ann. II, art. 75 et 79, 4 et CGI, ann. III, art. 49, I ter*). Il en va de même pour les plus-values immobilières, comme l'a souligné la récente décision *min. c/ SCI Étienne et a.* (*CE, 3^e et 8^e ss-sect., 20 oct. 2014, n° 367234, min. c/ SCI Saint-Étienne et a. : JurisData n° 2014-025561 ; Dr. fisc. 2014, n° 48, comm. 659, concl. V. Daumas, note A. Maitrot de la Motte*), qui périmé le débat doctrinal et la motivation évolutive et embarrassée des décisions antérieures, lesquelles avaient retenu

comme élément de rattachement de la plus-value le siège d'une société de personnes, successivement considéré comme un établissement stable (*CE, 8^e et 9^e ss-sect., 9 févr. 2000, n° 178389, Sté suisse Hubertus AG : Dr. fisc. 2000, n° 15, comm. 303, concl. J. Arrighi de Casanova ; Bull. Joly Sociétés 4/2000 n° 81 p. 402, note Ph. Derouin ; RJF 3/2000, n° 342 ; BDCF 3/2000, n° 31*) ou comme la « résidence » (*CE, 3^e, 8^e, 9^e et 10^e ss-sect., 11 juill. 2011, n° 317024, min. c/ Sté Quality Invest : JurisData n° 2011-018330 ; Dr. fisc. 2011, n° 36, comm. 496, concl. L. Olléon, note Ph. Derouin ; Dr. sociétés 2011, comm. 229, note J.-L. Pierre ; Bull. Joly Sociétés 2011, n° 12, § 502, note P. Serlooten ; RJF 10/2011, n° 1063, chron. C. Raquin, p. 907 et CE 9^e et 10^e s.-s., 13 févr. 2013, n° 342085, min. c/ M. Barlow : JurisData n° 2013-002493 ; Dr. fisc. 2013, n° 15, comm. 237, concl. F. Aladjidi*) au sens des conventions de double imposition.

La nature de règle d'attribution ou de rattachement est confirmée lorsque l'entité soumise au régime des sociétés de personnes est régie par des dispositions relevant d'ordres juridiques distincts. Voyez le groupement européen d'intérêt économique régi par le règlement n° 2137/85/CE du Conseil du 25 juillet 1985. L'article 40 de ce règlement pose uniquement la règle d'attribution ou de rattachement : « *Le résultat provenant de l'activité du groupement n'est imposable qu'au niveau de ses membres* ». Le quatorzième considérant de ce règlement précise « *pour le reste, c'est le droit national qui s'applique, notamment en ce qui concerne la répartition des bénéfices, les procédures fiscales et toutes les obligations que la législation fiscale nationale impose* ».

C'est donc à juste titre que le Conseil d'État a considéré que l'article 238 bis K du CGI pose « une règle de détermination du bénéfice imposable correspondant (aux droits d'une société assujettie à l'impôt sur les sociétés) dans une société de personnes régie par l'article 8 du Code général des impôts et non une règle du régime d'imposition de cette dernière ». La circonstance que « la société Artemis SA était elle-même soumise à l'impôt sur les sociétés » n'impliquait nullement que le *general partnership* Artemis America fût une des « sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal ». Mais on se permettra de douter que telle ait été la thèse du pourvoi.

12 – Comme on vient de le voir, l'article 238 bis K pose une règle d'assiette en précisant que « *la part de bénéfices correspondant [aux] droits [d'une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés] est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne [...] qui détient ces droits* ».

Réputée par l'article 8 du CGI avoir été personnellement réalisée par l'associé (*CE, 10^e et 9^e ss-sect., 28 mars 2012, n° 320570, M. et M^{me} Vaillant, préc.*), déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par ce dernier, la part des bénéfices sociaux revenant à un associé soumis à l'impôt sur les sociétés est incluse dans les bases imposables de ce dernier, avec le régime d'imposition correspondant, comme si chacun des éléments de l'actif social était directement détenu, amorti voire cédé par l'associé. Voyez les amortissements. La décision SCA Ouest énonce que ceux-ci doivent être déterminés en fonction de la date d'acquisition par la société de personnes et de la durée normale d'utilisation de l'immobilisation (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 10 juill. 2007, n° 287661, SA SCA Ouest : JurisData n° 2007-081240 ; Dr. fisc. 2007, n° 51, comm. 1056 ; RJF 11/2007, n° 1274, concl. P. Collin, p. 950*). La solution est vraisemblablement la même pour le rattachement des créances et dettes de l'exploitation. Autrement dit, lorsqu'une personne morale assujettie à l'impôt sur les sociétés devient membre d'une société de personnes, un « bilan de départ » doit être établi, comme pour l'application de l'article 209 B du CGI.

Voyons maintenant les plus et moins-values de cession de l'actif immobilisé : la cession est le fait de la société, seule détentrice du bien cédé mais l'associé est imposé sur sa part de plus-value sociale selon le

régime d'imposition applicable à celles qu'il réaliserait personnellement. La décision SCA Ouest précitée l'a confirmé au sujet de la part de plus-value – jadis considérée comme à court terme – correspondant aux amortissements (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 10 juill. 2007, n° 287661, SA SCA Ouest, préc.*). L'application à la quote-part de l'associé, même non-résident, du taux réduit des plus-values à long terme sur les produits de brevets ou d'obtentions végétales est constante (*CE, 9^e et 8^e ss-sect., 4 avr. 1997, n° 144211, Sté Kingroup INC : JurisData n° 1997-041747 ; Dr. fisc. 1997, n° 26, comm. 728 ; RJF 5/1997, n° 424, concl. F. Loloum, p. 293. – V. G. Abate, Le régime fiscal des sociétés de personnes – Imposition des revenus, préc., p. 93*). La doctrine administrative actuelle est dans le même sens pour l'application du régime des plus-values de cession de titres de participation (*Instr. 4 août 2008 : BOI 4 B-1-08, § 98 et 99 ; Dr. fisc. 2008, n° 16, instr. 13879, reprise au BOI-IS-BASE-20-20, 12 sept. 2012, § 1 et au BOI-IS-BASE-20-20-10-20, 12 sept. 2012, § 130 à 150*). Conditions de détention, modes et dates d'acquisition comme de cession sont appréciés du chef de la société de personnes et attribués, aux fins d'imposition, au contribuable ayant la qualité d'associé au moment pertinent pour l'établissement de l'impôt dû par ce dernier.

L'impôt est alors établi sur la masse composée du revenu propre de l'associé et de sa quote-part de bénéfices sociaux de la même manière que s'il avait acquis personnellement et détenu directement l'actif social, y compris à une date antérieure à son acquisition de la qualité d'associé. Le régime fiscal des sociétés de personnes conduit donc à apprécier la détention directe de la participation par la société de personnes associée de la société distributrice et l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés de la société mère à qui l'imposition des produits de participation est attribuée.

Ainsi, sauf quelques rares dispositions dérogatoires expresses (*CGI, art. 39 C, II, à propos des « GIE fiscaux »*), le régime fiscal des sociétés de personnes comporte essentiellement l'application distributive des dispositions fiscales pertinentes à l'associé contribuable et à la société de personnes dont une part des résultats lui est attribuée aux fins d'imposition.

B. - Application distributive des règles d'imposition

13 – Au nombre des règles qui déterminent le bénéfice imposable à l'impôt sur les sociétés figure notamment l'article 216 du CGI qui permet de retrancher les produits nets des participations ouvrant droit au régime des sociétés mères, et visées à l'article 145, touchés au cours de l'exercice par les sociétés mères, défalcation faite de la quote-part de frais et charges. Le texte vise ainsi clairement les « *participations satisfaisant aux conditions [de l'article 145]* ». Pour l'application de cette règle à des produits de participations perçus par une société de personnes et dont l'imposition est attribuée à ses associés directs ou indirects, il faut donc appliquer distributivement les règles pertinentes.

Les conditions objectives de détention directe de la participation et de perception au cours de l'exercice s'appliquent au niveau de la société de personnes elle-même, puisque les produits de participation font partie de ses bénéfices sociaux dont l'imposition est attribuée ou rattachée à la société mère. C'est l'équivalent de la jurisprudence SCA Ouest relative aux immobilisations corporelles, à leur amortissement et aux plus-values de cession. Comme on l'a vu précédemment, c'est la solution qu'impose la directive européenne depuis 2005 et c'est celle qu'appliquent la doctrine administrative et la pratique pour la mise en œuvre des articles 123 bis, 209 B et 238 quater F du CGI.

La condition subjective d'assujettissement de la société mère à l'impôt sur les sociétés à raison des produits de participation touchés pendant l'exercice est satisfaite. Celle de la société de personnes – en l'espèce le *partnership* Artemis America – n'est pas pertinente

puisque cette dernière n'est pas le contribuable à raison des bénéfices qu'elle a réalisés ou des produits qu'elle a perçus. Selon la formule classique de la jurisprudence, opportunément rappelée par le rapporteur public dans ses conclusions, les sociétés de personnes ne sont, par détermination de la loi, passibles ni de l'impôt sur les sociétés ni de l'impôt sur le revenu (CE, 8^e et 9^e ss-sect., 11 juill. 1979, n° 2087 : *Juris-Data* n° 1979-600343 ; *Rec. CE* 1979, p. 316 ; *Dr. fisc.* 1980, n° 1, *comm.* 4, *concl.* P. Lobry ; *RJF* 1979, n° 587. – CE, plén. fisc., 27 juill. 1984, n° 37857 : *Dr. fisc.* 1984, nos 45-46, *comm.* 1942, *concl.* P.-F. Racine). Seuls leurs associés sont personnellement imposables sur les produits qu'elles perçoivent et les bénéfices qu'elles réalisent comme s'ils les avaient personnellement perçus ou réalisés eux-mêmes. Par nature, la condition subjective d'assujettissement à l'impôt sur les sociétés ne peut s'appliquer qu'aux seuls contribuables. Le régime mère-fille s'applique à la quote-part des produits de participation correspondant aux droits des sociétés ou personnes passibles de l'impôt sur les sociétés ; il ne s'applique pas à la quote-part revenant aux contribuables passibles de l'impôt sur le revenu, lesquels bénéficient d'autres abattements ou modalités d'imposition propres à limiter la double imposition économique des bénéfices distribués. En revanche, il y a quelque paradoxe à appliquer une condition d'assujettissement à l'impôt à une entité qui n'est pas le contribuable à raison des revenus qu'elle perçoit, lesquels sont, fiscalement, attribués ou rattachés à d'autres !

On ne peut donc pas suivre le Conseil d'État lorsqu'il affirme que « l'article 145 du CGI exclu(ra)it du bénéfice de ce régime les produits nets de participation perçus par une société de personnes même dans le cas où un associé de cette société est lui-même soumis à l'impôt sur les sociétés ».

14 – Sur le seul plan de l'exégèse et de la combinaison des textes, la doctrine et la jurisprudence administratives s'arrêtent en chemin, au seul point où la société de personnes n'est pas assujettie à l'impôt sur les sociétés parce qu'elle n'est pas contribuable à raison des dividendes qu'elle perçoit. Le contexte législatif comme l'objet des dispositions en cause imposent d'aller plus loin et de rechercher le contribuable à qui l'imposition des produits de participation est attribuée. Alors seulement il est pertinent de se demander : ce contribuable est-il soumis à l'impôt sur les sociétés ou selon les règles applicables à cet impôt ?

Autrement dit, pour reprendre le mode de raisonnement de la décision *SCA Ouest*, la société mère Artémis SA est assujettie à l'impôt sur les sociétés sur sa quote-part des résultats du *partnership* Artemis America comprenant les produits de participation litigieux. Le bénéfice imposable correspondant doit être déterminé comme en matière d'impôt sur les sociétés y compris l'article 216 du CGI. Pour l'application de ce texte, comme pour le calcul des amortissements et plus-values dans l'affaire *SCA Ouest*, il y a lieu de retenir les conditions objectives de détention – de l'immeuble dans un cas, de la participation dans l'autre – sans s'arrêter à la condition d'assujettissement à l'impôt sur les sociétés, ou à tout autre impôt sur les bénéfices, qui ne concerne pas la société de personnes.

Dans le même esprit, à propos de l'exonération d'impôt sur le revenu des plus-values de cession de résidence principale et de certains autres logements réalisées par des sociétés civiles dont les asso-

ciés sont des personnes physiques, le Conseil d'État a fait application des textes de façon distributive lorsque la cession d'immeuble génératrice de plus-value est le fait de la société cependant que l'appréciation de la résidence est attachée à la personne du contribuable (CE, 9^e et 8^e ss-sect., 17 mai 1989 n° 62678, *Rousset* : *Dr. fisc.* 1989 n° 46-47 *comm.* 2162, *concl.* M. Liebert-Champagne. – CE, 8^e et 9^e ss-sect., 8 juill. 1988, n° 165227, M. Monvoisin : *Dr. fisc.* 1998, n° 41, *comm.* 882, *concl.* G. Bachelier ; *RJF* 8-9/98 n° 944). La doctrine administrative est désormais en ce sens (BOI-RFPI-PVI-10-40-10, 12 sept. 2012, § 140 et 150 ; BOI-RFPI-PVI-10-40-20, 14 juin 2013, § 60 ; BOI-RFPI-PVI-10-40-30, 1^{er} oct. 2012, § 20).

D'ailleurs, la condition de soumission à l'impôt sur les sociétés insérée à l'article 145 du CGI tend essentiellement à corriger la bizarrerie du classement de ce texte dans le chapitre relatif à l'impôt sur le revenu alors que le régime des sociétés mères et filiales est défini à l'article 216, inséré dans le chapitre consacré à l'impôt sur les sociétés. Ces textes ne sont applicables qu'ensemble et leur combinaison tend à faciliter la circulation des dividendes à l'intérieur d'un groupe de sociétés indépendamment de leur mode d'organisation. Tel est l'objet des textes nationaux comme de la directive européenne. Comme l'a relevé jadis le Conseil constitutionnel à propos de la loi de nationalisation de 1981, l'égalité de traitement des groupes de sociétés sans considération de leur mode de gestion est un objectif de valeur constitutionnelle (V. *Cons. const.*, *déc.* n° 81-132 DC, 16 janv. 1982, *Loi de nationalisation*, *consid.* 55 : *Rec. Cons. const.* 1982, p. 18).

Au regard de cet objet, l'interposition d'une société de personnes entre la filiale distributrice et la ou les sociétés mères imposables est dépourvue de pertinence et devrait être indifférente : la société de personnes interposée ne devrait ni faire acquérir ni faire perdre le bénéfice du régime des sociétés mères et filiales. Ni la décision du Conseil d'État, ni les conclusions du rapporteur public, ni même les décisions des juges du fond ou la doctrine administrative ne fournissent d'éclaircissement sur la raison d'être, le but ou la motivation de la discrimination. On les chercherait en vain.

Conclusion

15 – Comme naguère la motivation retenue par la formation plénière fiscale dans la décision *Quality Invest*, la décision *Artémis* paraît périmée au moment même où elle a été rendue. La solution qu'elle énonce est vraisemblablement contraire à la directive européenne depuis une dizaine d'années. Elle est isolée sur le plan international et sa justification, purement exégétique, ne résiste guère à l'examen. « Exception française » contraire aux intérêts des entreprises nationales dans une économie mondialisée, elle devrait être abandonnée. Espérons que l'Administration consentira à le faire, notamment à l'occasion des mises à jour à venir de sa doctrine à la lumière de la directive européenne modifiée.

Philippe DEROUIN,
avocat au barreau de Paris,
Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP

MOTS-CLÉS : Impôt sur les sociétés - Régime des sociétés mères - Interposition d'une société de personnes : bénéfice du régime (non)

JURISCLASSEUR : Fiscal ID, Fasc. 1132, M.-A. Coudert