

Fiscalité internationale

1 Imputation des crédits d'impôts étrangers par les entreprises : deuxième manche pour le fisc

Par
Philippe DEROUIN,
avocat au barreau de Paris



1 – Par une importante décision de plénière fiscale du 7 décembre 2015 (*CE, plén. fisc., 7 déc. 2015, n° 357189, min. c/ SA Crédit Industriel et Commercial ; Dr. fisc. 2015, n° 51-52, act. 690*), le Conseil d'État, statuant au contentieux, a contredit la solution préconisée par sa section des finances dans un avis du 31 mars 2009 (*V. Dr. fisc. 2010, n° 22, 339*).

Alors que cet avis tendait à neutraliser les effets des prélèvements à la source, sur les revenus en provenance de l'étranger, par une imputation aussi complète que possible sur l'impôt sur les sociétés dû par la société française bénéficiaire des revenus, la décision de plénière fiscale réduit le montant maximal du crédit imputable à raison des charges déductibles liées à l'acquisition, à la conservation, voire à la cession des titres ayant donné lieu à la perception des revenus en question. Comme les retenues à la source sont généralement prélevées sur le montant brut des revenus versés à des non-résidents, sans déduction des charges qui viennent réduire le plafond d'imputation dans l'État de résidence du bénéficiaire, il peut en résulter une surimposition des revenus transfrontaliers.

Soit par exemple un dividende de 100 versé par une société étrangère et supportant une retenue à la source de 15. Si ce dividende n'ouvre pas droit au régime des sociétés mères et filiales, il est normalement inclus dans la base d'imposition à l'impôt sur les sociétés au taux normal de 33,33 %. Tant que les charges déductibles imputables à ce dividende n'excèdent pas 55, le revenu net à retenir pour déterminer le plafond d'imputation de la retenue à la source étrangère est d'au moins $100 - 55 = 45$ et l'impôt français correspondant est au moins égal à $45 \times 33,33 \% = 15$ de sorte que le crédit d'impôt étranger de 15 peut être intégralement imputé. En revanche, si les charges « déductibles » attribuées à ce revenu excédaient 55 (par exemple 73), alors le plafond d'imputation serait réduit en deçà de 15 (en l'occurrence 9), l'excédent de crédit d'impôt étranger (soit 6) serait perdu, ce qui reviendrait à refuser la

déduction de la fraction correspondante de ces charges (à savoir $73 - 55 = 18$).

C'est mathématique : si $0,15 R \leq 0,3333 (R-C)$ alors $C \leq 0,55 R$. Le plafond d'imputation du crédit d'impôt étranger est un plafond de déduction des charges déductibles de l'entreprise imputables à ses revenus de source étrangère ayant supporté une retenue à la source.

2 – Les charges déductibles pour la détermination du bénéfice net de l'entreprise viennent-elles réduire le plafond d'imputation du crédit d'impôt étranger ? Si oui, lesquelles ?

Pour l'imposition des particuliers recevant des revenus mobiliers en provenance de l'étranger, la CJUE a jugé que la liberté de circulation des capitaux interdit d'abaisser la valeur du plafond de déduction à raison des dépenses générales dont la déduction incombe à l'État de la résidence du contribuable (*CJUE, 2^e ch., 28 févr. 2013, aff. C-168/11, Beker ; Dr. fisc. 2013, n° 10, act. 131, concl. P. Mengozzi*). La décision de plénière fiscale tient compte de cette exigence et abandonne la solution retenue dans de précédentes décisions (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 26 juill. 2011, n° 308679 et n° 308754, min. c/ de Türkheim et n° 308968, min. c/ Saucé ; Dr. fisc. 2011, n° 41, comm. 558, concl. L. Olléon, note Ph. Derouin*) qui avaient conduit la Commission européenne à engager une procédure d'infraction : les frais généraux comme les autres déductions fiscales du bénéficiaire du revenu ne réduisent pas le plafond d'imputation du crédit d'impôt étranger. La décision *min. c/ CIC* fragilise aussi – à moins qu'elle n'en implique l'abandon – des solutions qui ont refusé l'imputation du crédit d'impôt étranger en période déficitaire. Le « *montant de l'impôt français correspondant aux revenus [ayant donné lieu à retenue à la source ouvrant droit à crédit d'impôt]* » servant de plafond à l'imputation du crédit d'impôt étranger est un montant théorique et non pas une « fraction » de l'impôt effectivement acquitté sur son résultat net par le bénéficiaire du revenu en question.

3 – En l'absence de stipulation spéciale des conventions de double imposition, **trois analyses paraissent concevables** pour dé-

terminer la base de calcul du « *montant de l'impôt français correspondant à ces revenus* ».

La première tend à retenir que « *ces revenus* » sont les revenus ayant donné lieu à retenue à la source pour leur montant brut, de sorte que c'est ce même montant brut qui servirait de base de calcul au plafond d'imputation du crédit d'impôt. Dans la méthode d'imputation dite « ordinaire », le revenu transfrontalier est imposé au plus élevé du taux de l'État de la source ou du taux de l'État de résidence mais rien n'exclut que ce soit sur une assiette uniforme dans les deux États. Telle a été la solution retenue naguère à propos des opérations dites de « passage de coupon » sur les obligations belges et italiennes pour lesquelles le Conseil d'État a confirmé le droit à l'imputation intégrale du crédit d'impôt par les entreprises (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 24 mai 2000, n° 209699 et n° 209891, min. c/ CRCAM Normand : Dr. fisc. 2000, n° 48, comm. 943, concl. L. Touvet ; RJF 7-8/2000, n° 974 ; Bull. Joly Sociétés 8-9/2000, n° 200, note Ph. Derouin, qui souligne l'opportunité de la solution, à défaut de laquelle se serait créé un double marché suivant que les porteurs de titres au moment du paiement des revenus auraient droit à une imputation intégrale ou partielle du crédit d'impôt).

La deuxième analyse, exposée par l'avis de la section des finances du 31 mars 2009, est moins radicale. Cet avis ne propose pas de retenir la symétrie entre la base de la retenue à la source – soit le montant brut du revenu – ni une analyse économique générale consistant à déduire l'ensemble des charges ayant concouru à l'acquisition du revenu étranger, mais seulement les charges directement liées à la perception des revenus, auxquelles la section des finances ajoute les frais de garde des titres productifs des revenus en question. Concrètement, l'avis de la section des finances conduit à ne déduire de la base servant à déterminer le plafond d'imputation ni le coupon couru à l'achat ni les frais financiers liés à l'acquisition ou à la détention des titres. Ce faisant, la section des finances s'inspirait de la jurisprudence du Conseil d'État en matière de charges déductibles des plus-values de cession imposées à taux réduit, aujourd'hui 0 % (CE, 9^e et 8^e ss-sect., 21 juin 1995, n° 132531, SA Sofige : JurisData n° 1995-044632 : Dr. fisc. 1995, n° 41, comm. 1902 ; JCPE 1995, II, p. 234 ; RJF 8-9/1995, n° 963, concl. Ph. Martin, p. 559), qui distingue entre les frais inhérents à la cession, déductibles au taux réduit, et les charges exposées en vue de la réalisation de la cession, déductibles au taux normal en tant que frais généraux. L'avis de la section des finances préfigurait aussi, en quelque sorte, la solution adoptée par la CJUE en matière de retenue à la source et de répartition des charges déductibles entre les États membres (CJUE, 3^e ch., 17 sept. 2015, aff. C-10/14, JBG T Miljoen, aff. C-14/14, X et aff. C-17/14, Société Générale SA : Dr. fisc. 2015, n° 45, comm. 664, note A. de Waal).

La décision de plénière fiscale s'écarte de ces deux solutions en s'inspirant d'une ancienne circulaire, non reprise dans la documentation administrative de base ni dans la base BOFiP-Impôts, qui préconisait de déduire « toutes les dépenses effectuées en vue de l'acquisition et de la conservation des revenus » (Instr. 1^{er} avr. 1975 : BODGI 14-B-1-76, n° 20 ; Dr. fisc. 1976, n° 17, instr. 5087). Un commentaire du modèle OCDE envisage la même solution et préconise alors d'éliminer la retenue à la source (point 63 du commentaire sur l'article 23 B). Les motifs avancés par le Conseil d'État n'emportent cependant pas la conviction.

Tout d'abord, la référence aux dispositions de droit interne de l'article 220 du CGI paraît dépourvue de pertinence car le *a* du I de ce texte ne concerne que l'imputation des crédits d'impôt internes sur les valeurs mobilières françaises et ne s'applique plus, concrètement, qu'aux produits d'obligations émises avant 1987, s'il en reste encore en circulation. Le *b* du I, créé *ex nihilo* par un décret de codification du 15 avril 1969 ne reproduit ni ne s'inspire d'aucun texte législatif et notamment pas de l'ordonnance du 28 septembre

1967 qu'il prétend codifier car elle ne comporte aucune disposition sur les crédits d'impôt étrangers. Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, ce texte n'a aucune valeur juridique, pas même réglementaire ou doctrinale. On est donc surpris de le voir cité dans les motifs de la décision.

En réalité, à l'exception du 4 et du 5 du I de l'article 209 B du CGI, la loi française ne comporte aucune disposition relative à l'imputation des impôts étrangers. C'est pourquoi les clauses des conventions fiscales définissent directement, en ce qui concerne la France, la manière dont les doubles impositions sont évitées, bien qu'elles fassent souvent référence à la législation nationale des autres États contractants pour ce qui les concerne (notamment États-Unis, Allemagne, Royaume-Uni, Espagne, Belgique, Pays-Bas). Autrement dit, l'élimination de la double imposition internationale est une obligation de résultat qui découle directement de chaque convention avec l'autorité qui s'y attache en application de l'article 55 de la Constitution. L'article 220 du CGI est sans pertinence et sans portée, sauf la clause anti-abus introduite en 2010 à la suite de l'avis du Conseil d'État.

4 – Le « *montant de l'impôt français correspondant aux revenus [ayant donné lieu à retenue à la source ouvrant droit à crédit d'impôt]* » renvoie, certes, au taux d'imposition prévu par la loi française pour s'appliquer à ces revenus. C'est expressément stipulé dans certaines conventions, dont la convention franco-américaine. Ce taux doit-il s'appliquer au montant net du revenu, comme c'est parfois prescrit, notamment dans la convention franco-américaine ? Dans ce cas, les charges déductibles sont-elles seulement les charges inhérentes, ou directement liées, à la perception du revenu ou toutes les charges engagées en vue de la réalisation du revenu en question ? L'article 39 du CGI est d'un faible secours.

Ne devrait-on pas favoriser une lecture conforme à l'objet de la clause – éviter la double imposition – et à la cohérence de la solution : comment prendre en considération la totalité des charges si l'effet de la clause serait d'en plafonner la déduction ? Il y a là une contradiction dans la décision du Conseil d'État que devra résoudre la cour de renvoi.

Plus radicalement, ne doit-on pas faire prévaloir un principe d'affectation et de territorialité des charges entre l'État de la source du revenu et l'État de la résidence du bénéficiaire comme paraît l'indiquer la jurisprudence de la CJUE ?

5 – Celle-ci a établi que, si le droit de l'Union européenne n'oblige pas les États membres à éliminer la double imposition juridique internationale des revenus (CJCE, 14 nov. 2006, aff. C-513/04, Kerkhaert et Morres : Rec. CJCE 2006, I, p. 10967 ; Dr. fisc. 2006, n° 48, act. 224. – CJUE, 3^e ch., 10 févr. 2011, aff. C-436/08, Haribo Lakritzen Hans Riegel Betriebs GmbH et C-437/08, Österreichische Salinen AG : Rec. CJUE 2011, I, p. 305, pts 55 à 58 ; Dr. fisc. 2011, n° 7, act. 54 ; RJF 5/2011, n° 666 ; FR Lefebvre 16/2011, note D. Gutmann), la liberté de circulation des capitaux leur impose, lorsqu'ils exercent leurs pouvoirs d'imposition, de le faire sans discriminer entre les revenus de source nationale et les revenus de source étrangère, spécialement lors de la détermination du plafond d'imputation des retenues à la source étrangères (CJUE, 2^e ch., 28 févr. 2013, aff. C-168/11, Beker, préc. pts 33 et 34).

La solution n'est-elle pas transposable aux autres charges déductibles des entreprises ? Si, comme la Cour l'a jugé, seules les dépenses directement liées à la perception du revenu sont déductibles dans l'État de la source, à l'exclusion du coupon couru à l'achat et des charges financières liées à l'acquisition du titre productif des revenus (CJUE, 3^e ch., 17 sept. 2015, aff. C-10/14, JBG T Miljoen, aff. C-14/14, X et aff. C-17/14, Société Générale SA, préc. pt 58 à 61 et l'arrêt cité), cela n'implique-t-il pas que, comme les dépenses générales liées à la situation personnelle d'une personne physique, ces charges soient déductibles – intégralement – dans

l'État du siège de l'entreprise bénéficiaire, sans réduire la valeur du plafond de l'imputation ?

6— La troisième manche de la controverse se déroulera devant la cour de renvoi et, peut-être aussi, devant la CJUE.