

N° 398727
Société HSBC Bank Plc Paris Branch
Société HSBC France

N° 401490
Société Natixis

N° 403332
Crédit industriel et commercial

N° 403356
Société BNP Paribas

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies
Séance du 9 janvier 2019
Lecture du 28 janvier 2019

CONCLUSIONS

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteur public

Jusqu'à l'abrogation de cette disposition au 1^{er} janvier 2005, la distribution de dividendes par des sociétés françaises s'accompagnait, pour la personne bénéficiaire de cette distribution, en application de l'article 158 bis du CGI rendu applicable aux personnes morales ayant leur siège social en France par l'article 209 bis du même code, de l'octroi d'un crédit d'impôt appelé « avoir fiscal ». L'article 158 ter du code précisait que ces dispositions s'appliquaient exclusivement aux produits d'actions et de parts sociales dont la distribution résultait d'une décision régulière des organes compétents de la société, c'est-à-dire selon l'interprétation donnée par votre décision *G...* du 8 juillet 1992 (RJF 8-9/92 n° 1172, concl. M-D. Hagelsteen Dr. fisc. n° 11/96 comm. 3118) aux « *produits de l'épargne investie en actions, parts sociales ou parts bénéficiaires, qui sont périodiques ou renouvelables, prélevés sur les bénéfices ou les réserves et servis à l'ensemble des associés par suite d'une décision régulière de l'assemblée générale* ».

Lorsque les dividendes auxquels était attaché cet avoir fiscal étaient compris dans la base de l'IS de la société qui les avait perçus, l'avoir fiscal était imputable sur cet impôt. Il devait par ailleurs être inclus dans la base imposable elle-même en tant que revenu – en application de la classique double nature des crédits d'impôt, à la fois revenu et moyen de paiement. Par mesure de simplification, et compte tenu du taux normal de l'IS, la société pouvait choisir d'établir l'impôt

en ne retenant dans sa base que les dividendes perçus – hors avoir fiscal – et n'imputer ensuite sur l'impôt dû que les deux tiers de cet avoir.

Lorsque ces dividendes étaient exonérés d'IS en application du régime des sociétés mères, ce crédit d'impôt ne pouvait par construction pas être imputé sur cet impôt. L'avoir fiscal n'était pas pour autant perdu : il pouvait en effet donner lieu à imputation sur le précompte mobilier dû par la mère, en application des dispositions combinées des articles 146 et 223 sexies du CGI, lors de la redistribution à ses propres actionnaires de ces dividendes – redistribution donnant elle-même lieu à l'octroi d'un nouvel avoir fiscal à ses propres associés.

Si l'objet du système de l'avoir fiscal, instauré en 1965 dans le but de favoriser l'actionnariat des entreprises ainsi que le développement de la place financière de Paris, est d'éliminer ou d'atténuer la double imposition économique des dividendes – soumis à l'impôt une première fois en tant que bénéfices de la société distributrice, puis une seconde fois entre les mains de l'actionnaire en tant que revenus distribués – l'octroi de l'avoir fiscal n'était toutefois pas subordonné au constat d'une imposition effective à l'IS des bénéfices sous-jacents à la distribution. Par souci de simplicité, le législateur a en effet fait le choix d'un octroi de l'avoir fiscal à toutes les distributions de sociétés françaises, indépendant dans son principe comme dans son montant du taux de l'impôt acquitté en amont par la distributrice. Dans une décision *min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding* du 11 avril 2014 (n° 352999, inédite au Recueil, RJF 7/14 n° 709), vos 9^e et 10^e sous-sections réunies ont ainsi expressément relevé que le bénéfice de l'avoir fiscal n'était « *pas subordonné à une double imposition effective des dividendes auxquels cet avoir est attaché* ». Dans le cas des personnes physiques, l'excédent de l'avoir fiscal sur l'impôt sur le revenu de l'actionnaire était d'ailleurs restituable (v., sur ce point et sur l'impossibilité, au regard du principe d'égalité, de plafonner le montant de cette restitution : Cons. cons., 30 décembre 1997, *Loi de finances pour 1998*, n° 97-395 DC, point 23, RJF 2/98 n° 182).

Il ne saurait toutefois s'en évincer que l'avoir fiscal n'avait pas pour objet de remédier à la double imposition économique des dividendes ou aurait manqué sa cible. En effet, parallèlement à l'institution de l'avoir fiscal, le législateur avait soumis les sociétés françaises, au moment de la distribution de leurs dividendes, à un impôt spécifique permettant de garantir, couplé à l'IS ayant le cas échéant frappé en amont ces distributions, un degré minimal d'imposition des revenus avant leur perception par l'actionnaire : le « précompte », prévu à l'article 223 sexies du CGI.

Ce précompte était dû dans deux hypothèses : d'une part, en cas de distributions prélevées sur des bénéfices n'ayant pas été soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal tels ceux correspondant à des plus-values de long terme, à des dividendes reçus de filiales en franchise d'impôt, ou encore à des bénéfices d'entreprises nouvelles ou de PME imposés à un taux réduit (l'objectif étant alors d'assurer une imposition normale de ces bénéfices, « gageant », pour reprendre l'expression consacrée, l'avoir fiscal octroyé à l'actionnaire à l'occasion de la distribution), et d'autre part, en cas de distributions prélevées sur des bénéfices anciens de plus de cinq ans (l'objectif étant d'encourager les distributions rapides).

Si seules certaines distributions donnaient lieu au paiement de ce précompte, toutes devaient en revanche faire l'objet d'une déclaration, indiquant les bénéficiaires sur lesquels elles étaient fiscalement (non comptablement) imputées et garantissant ainsi à l'administration fiscale une traçabilité et un historique complets.

Au cours des années en litige, exception faite de l'année 1999 dont nous redirons un mot dans un instant, le précompte dû par une société française lors d'une distribution de sommes n'ayant pas été soumises à l'impôt sur les sociétés en France était en principe égal à la moitié des sommes effectivement versées à l'actionnaire, c'est-à-dire – simple question d'arithmétique – à un tiers des sommes brutes destinées à être distribuées avant précompte (équivalent du taux normal de l'IS). Le précompte n'étant pas une charge de l'exercice, il ne pouvait en effet être payé que de deux façons : soit par l'imputation d'avoirs fiscaux obtenus à un stade antérieur de la chaîne de distributions/redistributions, soit par amputation des dividendes effectivement versés à l'actionnaire.

La législation avait toutefois instauré la possibilité de plafonner le montant du précompte exigible à un niveau tel qu'ajouté à l'IS déjà subi, il n'excédait pas l'impôt dû au taux normal de l'IS : elle avait prévu dans certaines hypothèses un calcul du précompte par différence entre le montant qui serait résulté de l'application d'un taux d'imposition d'un tiers aux bénéficiaires bruts sous-jacents à la distribution, et le montant d'impôt effectivement acquitté sur ces bénéficiaires. C'est ce que l'on désigne parfois, par commodité, sous le vocable de « précompte différentiel ». A compter du 1^{er} janvier 2001, soit concomitamment à l'instauration au b du I de l'article 219 du CGI de taux réduits d'IS pour les PME, l'article 223 sexies du CGI a expressément prévu l'application d'un tel précompte différentiel lorsque les sommes distribuées ont été prélevées sur des bénéficiaires imposés à ces taux réduits. Avant 2001, une telle faculté n'apparaissait à l'article 223 sexies du CGI que pour les distributions prélevées sur la réserve spéciale des plus-values à long terme – seuls éléments, avec certains produits de cession, à être alors imposés à un taux légal réduit d'IS.

Quant à l'impôt fiscal, il était égal, pour les sociétés mères, à la moitié des sommes effectivement reçues de leurs filiales. Lors de la redistribution de ces sommes à leurs propres actionnaires, ce crédit d'impôt leur permettait donc d'éliminer entièrement, dans la limite d'une imposition d'un tiers, la double imposition économique subie initialement au niveau de la filiale distributrice (précompte compris).

Pour les sociétés non mères, en revanche, l'impôt fiscal a connu une érosion de son taux, conduisant à atténuer un montant chaque année moindre de l'imposition amont de la distributrice.

Il s'établissait ainsi à 40% des sommes versées pour les crédits d'impôts utilisés en 2000, puis 25 % pour ceux utilisés en 2001, 15 % pour ceux utilisés en 2002 et enfin 10 % pour les crédits d'impôt utilisés à compter du 1^{er} janvier 2003. Lorsque la société distribuant les dividendes avait elle-même acquitté un précompte (et sauf prélèvement sur la réserve des plus-values à long terme), ce taux était toutefois majoré d'une fraction de ce précompte, lequel était comme on l'a

dit toujours calculé sur la base d'un taux du tiers. Cette majoration permettait d'éliminer l'impact d'un précompte à taux plein mais aussi, en cas de précompte différentiel (hors réserve spéciale des plus-values à long terme), d'atténuer une partie de l'IS acquitté par la distributrice : il en résultait paradoxalement un traitement plus favorable des distributions ayant donné lieu à précompte que celui des distributions prélevées sur des bénéficiaires imposés à l'IS au taux normal.

Par exception, pour les distributions mises en paiement en 1999, les dispositions combinées des articles 158 bis et 223 sexies du CGI permettaient d'ajuster le montant du précompte (non différentiel) au taux de l'impôt fiscal des actionnaires : ainsi, une distribution donnant droit à son bénéficiaire à un avoir fiscal au taux de 40% des sommes effectivement versées donnait lieu, lorsqu'elle était prélevée sur des bénéficiaires n'ayant pas été soumis à l'IS au taux normal, au versement d'un précompte identique (c'est-à-dire égal à 2/7^e des montants bruts).

L'impôt fiscal n'avait donc pas pour effet, au cours des années en litige, de supprimer entièrement, pour les sociétés non mères qui en bénéficiaient, la double imposition économique en chaîne des bénéficiaires, l'impôt fiscal n'étant pas équivalent au montant de l'IS acquitté sur ces bénéficiaires chez la distributrice, mais seulement d'atténuer cette double imposition.

Quoiqu'imparfait, ce dispositif d'atténuation était néanmoins préférable à une absence de tout correctif. Il était dès lors naturel qu'il suscitât la convoitise des personnes qui s'en trouvaient privées – c'est-à-dire les actionnaires de sociétés non françaises.

L'octroi de l'impôt fiscal étant réservé par l'article 158 bis du CGI aux seules distributions provenant de sociétés françaises, il en résultait une différence de traitement entre distributions de sociétés françaises et européennes, les premières donnant droit au bénéficiaire d'un crédit d'impôt imputable par l'actionnaire sur la cotisation d'IS dû au titre de l'exercice de perception de ces dividendes ou sur la cotisation de précompte acquittée au moment de la redistribution de ceux-ci à ses propres associés, tandis que les secondes étaient imposées en France chez l'actionnaire, lors de leur perception ou de leur redistribution, mais sans pouvoir donner lieu à l'imputation d'aucun crédit d'impôt.

Eu égard à l'objectif de prévention des doubles impositions économiques poursuivi par la législation sur l'impôt fiscal, et compte tenu des choix fiscaux opérés par la France dans l'exercice de son pouvoir d'imposer les dividendes entrants, une telle différence de traitement n'était pas justifiée par une différence objective de situation ni par une raison impérieuse d'intérêt général et constituait une restriction prohibée, selon l'ampleur de la participation dans chaque filiale, à la liberté de circulation des capitaux ou à la liberté d'établissement.

Ce constat d'incompatibilité, opéré par la CJUE dans un arrêt du 15 septembre 2011 (aff. C310-09, RJF 11/12 n° 1402, Dr. fisc. 2012 n° 3 comm. 67 note J-L. Pierre) statuant sur renvoi préjudiciel et dont vos décisions du 10 décembre 2012 *min. c/ Société Accor* et *min. c/ Société Rhodia* (n° 317074 et n° 317075, T. pp. 632-694-898-929-934-935-942, RJF 2/13 n° 161, concl. N. Escaut BDCF 2/13 n° 19, Dr. fisc. 2013 n° 10 comm. 184 note J-L. Pierre et Dr. fisc. 2013

n° 1 act. 1 note O. Fouquet) ont tiré les conséquences dans le cas de sociétés mères ayant acquitté le précompte lors de la redistribution de dividendes provenant de filiales européennes, est transposable aux sociétés ayant été soumises à l'IS à raison de tels dividendes sans avoir davantage pu, pour les mêmes motifs, bénéficier d'un avoir fiscal. De telles sociétés ont dès lors, comme les requérantes dans le contentieux du précompte, un droit à restitution, dont le périmètre a été fixé par l'arrêt de la CJUE comme étant limité aux « *sommes de nature à garantir l'application d'un même régime fiscal aux dividendes distribués par (des sociétés) établies en France et à ceux distribués par (des sociétés) établies dans d'autres États membres* ».

Les présentes affaires vous permettront, non seulement de procéder à la transposition de ce constat d'incompatibilité, mais aussi de préciser le calcul des sommes auxquelles de telles sociétés ont droit, les éléments requis pour y procéder et d'éclaircir le maniement des règles de preuve.

Commençons par le commencement, c'est-à-dire la détermination des sommes de nature à éliminer la différence de traitement in conventionnelle dont les sociétés non mères recevant des dividendes de source européenne ont fait l'objet et dont il convient, pour autant qu'elles établissent que les distributions en cause étaient de la nature de celles ouvrant droit à avoir fiscal en cas de source française, de leur accorder la restitution.

Ainsi que l'a relevé la CJUE dans son arrêt du 15 septembre 2011, « *il appartient (au juge national) de déterminer de quelle manière il convient de remédier en pratique à une violation de l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux* ». La Cour a par ailleurs rappelé dans son arrêt du 4 octobre 2018 (aff. C-416/17, RJF 12/18 n° 1299) que si le droit de l'Union s'oppose à un traitement désavantageux des situations transfrontalières, il n'impose pas, en revanche, de traiter plus favorablement les contribuables investissant à l'étranger que ceux ayant investi dans des situations nationales.

Dans vos décisions du 10 décembre 2012 sur le précompte – que n'a sur ce point pas remis en cause l'arrêt en manquement du 4 octobre 2018 – vous avez opté pour la modalité suivante de rétablissement de l'égalité de traitement entre sociétés mères selon qu'elles redistribuent des sommes provenant de filiales françaises ou européennes.

D'une part, vous avez relevé qu'il ne saurait en tout état de cause être question de restituer plus que le précompte effectivement acquitté par ces mères – c'est-à-dire plus que l'imposition sur laquelle elles auraient pu imputer l'avoir fiscal dont elles ont été discriminatoirement privées. Par suite, même lorsque la filiale a payé dans son Etat d'établissement un impôt supérieur à celui qu'aurait payé une filiale française imposée au taux normal de l'IS, la restitution accordée à sa mère ne peut en tout état de cause effacer plus que le précompte acquitté par cette dernière. C'est la signification, dans vos décisions du 10 décembre 2012, du plafonnement de la restitution au tiers des dividendes versés par la filiale et reçus en franchise d'IS par la mère.

D'autre part, plutôt que d'accorder aux sociétés mères une restitution de précompte équivalente à un avoir fiscal calculé sur les dividendes effectivement reçus de leurs filiales européennes et égal à la moitié de celles-ci, vous avez recherché quelle aurait été la situation effective de ces mères si les dividendes en cause avaient provenu de filiales françaises.

Dans l'hypothèse où ces dividendes seraient provenus de bénéfices imposés au taux normal de l'IS, ils auraient donné lieu à l'octroi d'un avoir fiscal égal au tiers de ces dividendes, c'est-à-dire à la moitié des sommes effectivement versées à l'actionnaire, et qui aurait pu être utilisé lors de la redistribution de ces sommes par la mère en paiement du précompte de même montant. Rétablir l'identité de situation supposait donc d'accorder aux mères de sociétés européennes une restitution égale au tiers des dividendes reçus de leurs filiales.

En revanche, dans l'hypothèse où les dividendes n'auraient pas été prélevés sur des bénéfices imposés au moins au taux normal de l'IS, de tels dividendes auraient subi au moment de leur distribution par une filiale française un précompte différentiel, amputant corrélativement le montant des dividendes effectivement reçus par la mère et servant de base au calcul de l'avoir fiscal de celle-ci. Aussi, appliquer de manière aveugle aux mères de sociétés européennes la législation sur l'avoir fiscal en leur accordant une restitution égale à un avoir fiscal calculé sur les dividendes qu'elles ont dans les faits redistribués, aurait abouti à les placer dans une situation plus favorable que des mères de sociétés françaises, pour lesquelles l'avoir fiscal s'inscrivait dans le cadre d'un système plus vaste incluant le paiement d'un précompte, et à faire fi de ce qu'une mère de sociétés française aurait certes bénéficié d'un crédit d'impôt, mais aurait aussi reçu moins de dividendes.

Par suite, vous avez tenu compte, en cas d'impôt étranger inférieur au taux d'un tiers, de cet écart d'imposition et de son impact sur les sommes effectivement distribuées, en ne restituant aux mères françaises que la somme permettant d'égaliser les sommes restant à ces mères après soumission au précompte à leur propre niveau, entre une situation franco-française et une situation franco-européenne.

Nous vous épargnerons les équations et formules permettant de calculer ce delta et que présentait N. Escaut dans ses conclusions pour ne vous en donner que l'issue : en cas d'imposition étrangère des bénéfices sous-jacents inférieure à l'IS français au taux normal, la restitution de précompte à la mère a été limitée aux deux tiers de l'impôt subi à l'étranger ; en cas d'exonération totale des bénéfices à l'étranger, aucune restitution de précompte n'est par suite due pour rétablir l'égalité de traitement, dès lors que dans une situation française la diminution des sommes distribuables par l'imputation d'un précompte à taux plein aurait entièrement « mangé » l'avantage comparatif lié à l'octroi d'un avoir fiscal sur les sommes distribuées.

L'administration estime qu'il y a lieu de transposer complètement ces modalités de calcul du droit à restitution aux présents contentieux portant sur l'avoir fiscal en tant que moyen de paiement de l'impôt sur les sociétés, la seule adaptation nécessaire étant la proratisation liée à la différence entre le taux d'avoir fiscal octroyé aux sociétés mères et le taux d'avoir fiscal octroyé

aux sociétés non mères. A titre d'illustration, pour un avoir fiscal au taux de 40 % - c'est-à-dire égal à 4/5^e de l'avoir fiscal octroyé aux sociétés mères – il y aurait lieu d'accorder une restitution d'IS égale, en cas d'impôt étranger inférieur à 33 1/3%, à 4/5^e des 2/3 de l'impôt étranger.

Les requérantes contestent une telle transposition – à laquelle les cours administratives d'appel se sont largement livrées. Elles font valoir notamment que leurs litiges ne portent pas sur le précompte dû à l'occasion de la redistribution de dividendes, mais sur l'IS, et que l'avoir fiscal était accordé en France sans considération du montant de l'IS acquitté par la distributrice sur les bénéficiaires sous-jacents à la distribution.

Ces deux points sont exacts. Tout comme il est exact que le raisonnement tenu dans vos décisions du 10 décembre 2012 consistant à égaliser, en tenant compte de toutes les impositions ayant pu frapper en amont les dividendes, les sommes restant disponibles aux mères pour redistribution après précompte, peut sembler particulièrement adaptée en présence d'un impôt tel que le précompte dont le fait générateur est la distribution de dividendes, et être moins évident pour un impôt sur les revenus tel l'IS, qui frappe tous les bénéficiaires d'une entreprise.

Toutefois, ce n'est pas la nature de l'IS qu'il faut prendre en considération pour apprécier les sommes à restituer, mais la nature et l'objet du crédit d'impôt qu'était l'avoir fiscal : un outil d'atténuation de la double imposition économique des dividendes. Et pour apprécier les incidences de la discrimination dont les actionnaires recevant des distributions de sociétés européennes ont fait l'objet, ces incidences doivent être replacées en tenant compte du modèle français d'élimination de la double imposition économique dans son ensemble, en ce compris le couple avoir fiscal/précompte qui s'appliquait au niveau des sociétés distributrices françaises.

Or on l'a vu : quand bien même l'octroi de l'avoir fiscal n'était pas subordonné à la soumission des bénéficiaires de la distributrice à un IS au taux normal, le précompte était là pour garantir que les sommes effectivement distribuées à l'actionnaire subissaient bien une imposition totale minimale, égale au tiers des bénéficiaires sous-jacents à la distribution. S'agissant d'un crédit d'impôt qui, s'il est un moyen de paiement d'un impôt frappant tous les bénéficiaires de l'entreprise, n'en est pas moins attaché à l'imposition de dividendes et qui constitue un mécanisme d'atténuation de la double imposition économique de ceux-ci – la CJUE l'a identifié comme tel – il est logique de tenir compte de l'ampleur de cette double imposition effectivement subie et de comparer ce qui reste en bout de chaîne, mais cette fois après IS, à la société actionnaire après impositions successives des sommes entre les mains de sa distributrice puis ses mains propres.

Dans ces conditions, vous pourrez raisonner comme pour le contentieux du précompte, et limiter les sommes à restituer au montant permettant de replacer une société non mère dans la même situation après IS que celle qui aurait été la sienne si la distribution incluse dans la base de son IS avait été de source française, et tenir compte dans ce cadre du précompte qu'aurait acquitté le cas échéant une distributrice française et de ses incidences sur les sommes qui auraient été effectivement distribuées et auraient donné lieu à avoir fiscal.

Ce mode de raisonnement étant posé, quelles conséquences en déduire sur le montant restituable ?

En tout état de cause, l'avoir fiscal constituant un moyen de paiement de l'IS global et n'étant ni remboursable ni reportable, la somme à restituer ne pourra excéder le montant de l'IS effectivement acquitté par la société non mère, non sur ces seuls dividendes, mais sur ses bénéfices d'ensemble de l'exercice (après imputation des autres crédits d'impôts qu'elle a pu, le cas échéant, utiliser). La restitution sera donc plafonnée au montant de l'IS effectivement payé au titre de l'exercice.

Sous réserve de ce plafonnement, en présence de dividendes prélevés sur des bénéfices ayant été imposés chez la société distributrice à un impôt égal ou supérieur à celui résultant du taux normal de l'IS français, les sociétés mères ont selon nous droit à la restitution de la fraction de leur propre IS que l'octroi de l'avoir fiscal à raison de ces dividendes leur aurait permis d'éliminer si ces distributions avaient été françaises. Leur cotisation d'IS ayant été calculée sur un bénéfice ne comprenant pas l'avoir fiscal en tant que revenu, la restitution sera donc limitée aux deux tiers de l'avoir fiscal, calculé sur la base des dividendes effectivement versés à ces sociétés, dont elles ont été illégalement privées.

En cas d'imposition à l'étranger établie au vu d'un taux égal ou supérieur au taux normal de l'IS, le droit à restitution s'établira ainsi – sous réserve du plafond correspondant à l'IS total effectivement payé – à 4/15^e (soit 26,67%) des dividendes effectivement reçus lorsque les distributions ouvraient à droit à avoir fiscal de 40%, à 1/6^e (soit 16,67%) des dividendes lorsque l'avoir fiscal était de 25%, à 1/10^e (soit 10%) des dividendes lorsque l'avoir fiscal était de 15%, et enfin à 1/15^e (soit 6,67%) des sommes reçues lorsque l'avoir fiscal était de 10%.

En présence de dividendes prélevés sur des bénéfices ayant subi à l'étranger un impôt inférieur à l'IS au taux normal, il vous faudra distinguer selon les années.

Pour les distributions prélevées sur les bénéfices des années 2001 et suivantes, la législation prévoyait expressément l'application d'un précompte différentiel aux bénéfices (autres que les seules plus-values de long terme) imposés à un taux réduit d'IS. Vous pourrez donc comme dans l'affaire *min. c/ Société Rhodia*, pour apprécier le traitement qui aurait été celui d'une distribution de bénéfices provenant d'une société française ayant subi en amont le même montant réduit d'impôt sur les sociétés que celui effectivement acquitté par la société distributrice étrangère, considérer qu'elle aurait acquitté un précompte différentiel calculé par référence à l'IS au taux normal.

Compte tenu par ailleurs, d'une part, de la réduction du taux de base de l'avoir fiscal des sociétés non mères, et d'autre part, du mécanisme corrélatif de majoration de cet avoir en cas d'acquittement d'un précompte compensant partiellement cette baisse, la somme à restituer afin de garantir l'égalité de situation après IS des sociétés bénéficiaires de ces distributions peut être calculée par application d'un prorata à la restitution qui aurait été due à une société mère

bénéficiant d'un avoir fiscal à taux plein dans le cadre de votre jurisprudence *Accor/Rhodia* (égale à 2/3 de l'impôt étranger). Par suite, la restitution devrait s'établir, pour un crédit d'impôt utilisé en 2001, à un tiers de l'impôt acquitté à l'étranger sur les bénéfices sous-jacents, pour un crédit d'impôt utilisé en 2002 à 1/5^e de cet impôt étranger, et pour un crédit d'impôt utilisé à compter du 1^{er} janvier 2003 à 2/15^e de l'impôt étranger.

Pour les distributions antérieures à 2001, l'article 223 sexies du CGI ne prévoyait en droit interne l'application d'un précompte différentiel que pour les distributions prélevées sur la réserve spéciale des plus-values à long terme. Dès lors, pour déterminer le traitement qui aurait été celui d'une distribution provenant d'une société française ayant subi en amont le même montant réduit d'impôt sur les sociétés que la distributrice étrangère, se pose la question de savoir si l'on peut raisonner en faisant application d'un tel précompte différentiel.

Le ministre retient implicitement une telle position et nous vous invitons à le suivre sur ce point – non contesté par les contribuables auxquels l'application du tel raisonnement est plus favorable qu'un précompte à taux plein. En effet, si l'article 223 sexies du CGI ne prévoyait avant 2001 un précompte différentiel que pour les prélèvements sur la réserve spéciale, c'est parce que seules les plus-values à long terme étaient imposées à un taux légal réduit d'IS : il n'était pas besoin, pour couvrir le spectre des distributions à l'égard desquelles un précompte différentiel faisait sens et permettait d'éviter une surimposition, de prévoir expressément l'application d'un tel plafonnement à d'autres distributions. Mais l'existence et l'esprit du précompte différentiel figuraient déjà dans la législation. Dès lors, dans l'exercice de reconstitution fictive de la somme qu'aurait *in fine* conservée, après atténuation de la double imposition des dividendes, la société actionnaire d'une société française ayant acquitté un IS au taux réduit, vous pourrez retenir l'application d'un tel plafonnement du précompte à la somme nécessaire pour atteindre un niveau normal d'imposition à l'IS des bénéfices sous-jacents.

Nous voudrions en effet insister sur un point : le plafonnement que constitue le précompte différentiel a toujours été calculé par la législation — par référence à l'application de l'IS au taux normal, et non par rapport au taux de précompte normal. Il en est allé ainsi y compris en 1999, c'est-à-dire au titre d'une année où le précompte dû par une société non mère sur des bénéfices n'ayant pas été imposés au taux normal de l'IS n'était pas fixé à 50% des sommes effectivement versées, mais à 40% de celles-ci. Cela tient à l'objet et la philosophie de ce plafonnement : éviter que l'on prélève plus (en ajoutant IS et précompte) que l'IS au taux normal, et non pas éviter que l'on prélève plus (en ajoutant là encore IS et précompte) que le montant du précompte « plein » frappant des bénéfices qui n'auraient pas été imposés du tout. Le premier terme de la soustraction servant au calcul du précompte différentiel sera donc, pour l'année 1999 également, égal au tiers des bénéfices sous-jacents, et non à 2/7^e de ceux-ci.

Il en résultera, en cas d'impôt étranger inférieur à l'IS au taux normal, pour les distributions mises en paiement en 2000 ouvrant droit à un avoir fiscal de 40% des sommes versées majoré de 20% du précompte acquitté, une restitution égale à 8/15^e de l'impôt réduit acquitté à l'étranger (soit 4/5^e de la restitution octroyée en cas d'avoir fiscal à taux plein à une société mère). Pour les

distributions mises en paiement en 1999 au profit de sociétés non mères, l'avoir fiscal était aussi de 40% des sommes versées mais il n'existait pas de majoration en fonction du précompte acquitté. Les calculs sur la base d'un avoir fiscal majoré de 40% et d'un précompte différentiel aboutissent, en cas d'impôt étranger non nul mais inférieur à 33 1/3%, à une restitution égale à 2/3 de l'impôt étranger diminué de 2/45^e du bénéfice brut¹.

Dernier point de calcul à préciser – après quoi nous aurons fait le tour des modalités de détermination de la restitution à opérer : le sort des éventuelles retenues à la source ayant frappé les dividendes dans l'Etat d'établissement de la distributrice étrangère, et des crédits d'impôt conventionnels qui leur sont attachés. Faut-il calculer la restitution en faisant abstraction de la retenue à la source prélevée à l'étranger ?

Donnons un exemple simple, sur la base d'un avoir fiscal à 25%.

Prenons une société étrangère réalisant un bénéfice brut de 500 et qui acquitte dans son Etat d'établissement un impôt sur ces bénéfices de 167 (soit un taux d'un tiers, identique à celui de l'IS au taux normal). Elle distribue 333 à son actionnaire français. Etant étrangère, aucun avoir fiscal n'assortit sa distribution. En revanche, ces 333 sont frappés d'une retenue à la source au taux de 15% : l'actionnaire ne recevra donc que 283 de dividendes, auxquels sera attaché un crédit d'impôt de 50. Si cet actionnaire est une société soumise à l'IS, il sera redevable au titre de cet impôt d'un impôt égal à $(283+50)/3$, c'est-à-dire 111, sur lequel il pourra imputer le crédit d'impôt de 50, et ne paiera au final que 61. Sur les 500 de bénéfices bruts sous-jacents à la distribution en début de chaîne, imposés au taux normal chez la distributrice, il restera ainsi à l'actionnaire 222 après IS en bout de chaîne.

Que se serait-il passé en présence d'une distribution d'une société française ? Les 333 de bénéfice net de la société distributrice auraient été intégralement versés à l'actionnaire français, assortis en outre d'un avoir fiscal égal de 83. L'actionnaire français aurait ainsi été redevable d'un IS égal à $(333+83)/3$, soit 139, sur lequel il aurait imputé son avoir fiscal de 83. Au final, il n'aurait payé que 56. Il lui serait resté après impôt 277. Soit 55 de plus que dans une distribution d'origine étrangère.

¹ Soit B le bénéfice brut sous-jacent de la distributrice et I l'impôt sur les bénéfices payé par la distributrice. Si ce taux est de $x/100$ alors $I = Bx/100$.

Si la distributrice n'est pas française, elle distribue $B - I$; l'actionnaire paie donc un IS égal à $1/3$ de $(B-I)$, et il lui reste après impôt $2/3$ de $(B-I)$.

Si la distributrice avait été française, elle aurait en revanche acquitté un précompte égal à $(B/3 - I)$ et aurait distribué $2/3$ de B. Cette distribution aurait ouvert droit pour l'actionnaire à un avoir fiscal égal à 40% des sommes distribuées, c'est-à-dire 40% de $2/3$ de B, soit $4/15^e$ de B. Chez l'actionnaire, l'IS effectivement payé après imputation de l'avoir fiscal se serait élevé à $2/45^e$ de B. Il serait ainsi resté après IS à l'actionnaire d'une telle société $2B/3 - 2B/45 = 28/45^e$ de B.

Pour égaliser les situations en pareil cas, il faut accorder à l'actionnaire de la société étrangère une somme y telle que : $2B/3 - 2I/3 + y = 28B/45$. Donc $y = 2I/3 - 2B/45$.

Si, pour remédier à l'inégalité de traitement dont elle a fait l'objet au regard de l'avoir fiscal, l'on calcule la restitution d'IS due à la société actionnaire en appliquant le taux de l'avoir fiscal de 25% aux sommes effectivement reçues de la distributrice après retenue à la source, c'est-à-dire 283, la restitution ne sera que de 47. La situation franco-française restera donc plus favorable de 8 à la situation transfrontalière en termes de somme restant entre les mains de l'actionnaire après impôt.

Si en revanche on calcule la restitution d'IS sur la base d'un avoir fiscal à 25% calculé sur les sommes distribuées à l'actionnaire avant amputation par la retenue à la source (ou pour le dire autrement, ce qui revient au même, sur un revenu égal aux dividendes effectivement reçus accrus du revenu attaché à ces dividendes que constitue le crédit d'impôt), alors la restitution sera de 55. Les situations finales après impôt seront strictement égalisées.

Le ministre est, sans surprise, partisan de la première option, consistant à calculer la restitution sur la base des sommes versées après prélèvement de la retenue à la source étrangère. Au soutien de cette approche, il fait valoir que cette retenue affecte, non les bénéficiaires de la société étrangère, mais la distribution dont bénéficie l'actionnaire français ; que si elle est acquittée par la distributrice lors du paiement, elle vise à frapper le bénéficiaire de la distribution ; qu'elle est le fait de l'Etat étranger, non de la France ; et enfin, que cette retenue est d'ores et déjà éliminée par un crédit d'impôt conventionnel et n'a pas vocation à être sur-correcte par l'avoir fiscal. Il en déduit qu'il n'appartient pas à la France de neutraliser l'impact fiscal négatif de cette retenue sur la somme restant à une mère de société étrangère par rapport à une mère de société française.

Nous convenons avec le ministre que le postulat de départ de l'inconventionnalité du dispositif français d'avoir fiscal est que, lorsque la France fait le choix d'imposer des dividendes entrants, elle ne peut réserver la correction de la double imposition économique de ces dividendes aux seuls dividendes français. Par ailleurs, l'avoir fiscal est un dispositif visant à éviter, au niveau de l'actionnaire, la double imposition économique des bénéficiaires déjà soumis à l'impôt au niveau de la distributrice, et non la double imposition juridique de l'actionnaire.

Toutefois, vous avez fait le choix, pour remédier aux effets de la restriction à la libre circulation des capitaux que constituait l'octroi de l'avoir fiscal aux seules distributions françaises, de ne pas faire une application mécanique du taux de l'avoir fiscal aux dividendes effectivement distribués par des sociétés européennes, mais de reconstituer dans le détail la charge fiscale globale qui aurait pesé sur les bénéficiaires sous-jacents dans le cas d'une distribution française et dans le cas d'une distribution transfrontalière, et de limiter la restitution d'IS à la somme nécessaire pour replacer l'actionnaire dans la même situation après impôt quelle qu'ait été l'origine des dividendes. Dans le cadre de cet exercice, vous avez pris en compte l'éventuel précompte qu'aurait acquitté une société française. Or s'il est acquitté par la distributrice, le précompte n'en est pas moins un impôt de distribution présentant des points communs avec la retenue à la source : son fait générateur est la distribution d'un revenu et il est prélevé sur le montant distribué, amputant ainsi corrélativement la somme reçue par l'actionnaire. En ce qu'il gage l'avoir fiscal octroyé à l'actionnaire lors de la distribution, il constitue autant un succédané

d'imposition des bénéficiaires au niveau de la distributrice qu'une anticipation du paiement de l'impôt qui aurait dû peser sur l'actionnaire. Il serait selon nous un peu paradoxal de prendre en compte la dégradation liée à cet impôt de distribution, dans la chaîne franco-française fictivement reconstituée, lorsqu'il s'agit d'opposer à un contribuable sollicitant une restitution d'IS la situation qui aurait été la sienne en présence d'une distribution française compte tenu de la charge fiscale française totale, tous impôts confondus (IS de la distributrice, précompte, IS de l'actionnaire), et de refuser en revanche la prise en compte de l'impôt de distribution étranger lorsqu'il s'agit de calculer la somme restée disponible pour le même contribuable compte tenu de la charge fiscale totale subie dans une chaîne transfrontalière (IS de la distributrice, retenue à la source, IS de l'actionnaire).

Bien sûr, le crédit d'impôt conventionnel est là pour éliminer la double imposition. Mais précisément, il est là pour replacer la société dans la situation qui aurait été la sienne sans imposition étrangère, en accompagnant ce prélèvement tout à la fois d'un revenu et d'un moyen de paiement. Pour la réparation des effets liés à l'inconventionnalité de la législation, il nous paraît plus simple et plus juste de calculer la restitution due à l'actionnaire d'une société européenne en faisant comme si aucune retenue à la source n'avait été prélevée, et en accordant ainsi une restitution le replaçant strictement dans la même situation après paiement de l'IS que celle qui aurait été la sienne en présence d'une distribution franco-française. Par suite, nous pensons que la restitution devrait s'opérer en faisant abstraction de l'imposition acquittée à l'étranger par l'actionnaire.

Toutefois, vous n'aurez pas nécessairement besoin de trancher ce point, la société Natixis en cause dans le dernier pourvoi ne vous demandant pas expressément cette neutralisation. Par suite, cette question pourra le cas échéant rester ouverte.

Au regard de l'ensemble des modalités de calcul du droit à restitution que nous venons de vous exposer, un point apparaît en tout cas évident : le montant des sommes à restituer n'est dans les affaires d'avoir fiscal, pas plus qu'il ne l'était dans les contentieux en restitution du précompte, pas indépendant du montant de l'impôt effectivement acquitté à l'étranger par la société distributrice. Afin d'assurer une atténuation de la double imposition économique des dividendes n'allant pas au-delà de l'atténuation qu'aurait emportée l'octroi de l'avoir fiscal, couplé le cas échéant à l'acquittement d'un précompte, en présence d'une distribution d'une société française, il ne saurait être question d'accorder automatiquement à la société actionnaire une restitution correspondant à un crédit d'impôt forfaitaire égal, selon les exercices considérés, à 40%, 25%, 15% ou 10% des dividendes versés, sans s'être préalablement assuré du montant de l'imposition effectivement subie à l'étranger sur les bénéfices sous-jacents à la distribution.

A qui revient-il d'établir ce montant ?

C'est le second point de contestation par les requérantes d'une transposition, aux présents contentieux en restitution d'IS, des principes posés par vos décisions sur le précompte : celui tenant au régime et aux modalités de la preuve de l'impôt acquitté à l'étranger.

Il résulte d'une jurisprudence constante de la CJUE que les autorités fiscales d'un État membre sont en droit d'exiger du contribuable les preuves qu'elles jugent nécessaires pour apprécier si les conditions d'un avantage fiscal prévu par la législation nationale sont réunies et, en conséquence, s'il y a lieu ou non d'accorder cet avantage. Dans son arrêt du 15 septembre 2011, la Cour de justice a précisé, pour le contentieux du précompte, qu'il ne suffit pas d'apporter la preuve que la société distributrice a été imposée dans son Etat d'établissement sur les bénéficiaires sous-jacents aux revenus distribués, sans indication sur la nature et le taux de l'impôt ayant effectivement frappé ces bénéficiaires. Elle a dit pour droit que les principes d'équivalence et d'effectivité ne font pas obstacle à ce que la restitution de ces sommes « *soit subordonnée à la condition que le redevable apporte les éléments qu'il est le seul à détenir et relatifs, pour chaque dividende en litige, notamment au taux d'imposition effectivement appliqué et au montant de l'impôt effectivement acquitté à raison des bénéficiaires réalisés par les filiales installées dans les autres Etats membres* », alors même qu'à l'égard des filiales installées en France, ces mêmes éléments, connus de l'administration, ne sont pas exigés et que l'impôt fiscal est octroyé sans qu'il soit besoin pour l'actionnaire de fournir aucun élément sur l'imposition de la distributrice.

S'agissant du principe d'équivalence, la Cour a plus précisément relevé, d'une part, que la faculté de l'administration fiscale de recourir au mécanisme d'assistance mutuelle n'implique pas qu'elle serait tenue de dispenser la société mère de lui apporter la preuve de l'impôt acquitté par sa filiale dans l'autre Etat membre. Le recours à ce mécanisme ne constitue en effet qu'une faculté, jamais une obligation (v. dans le même sens, CJUE, 10 février 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH*, aff. C-436/08, points 101-102, RJF 5/11 n° 666).

La Cour a jugé, d'autre part, que « *si la société mère bénéficiaire de dividendes ne dispose pas elle-même de l'ensemble des informations relatives à l'impôt sur les sociétés ayant frappé les dividendes distribués par sa filiale établie dans un autre Etat membre, de telles informations sont connues, en principe, de cette dernière société* ». La Cour en a déduit que « *dans ces conditions, toute difficulté dans le chef de la société mère de fournir les informations requises relatives à l'impôt acquitté par sa filiale distributrice de dividendes est liée non pas à la difficulté intrinsèque de celles-ci, mais au défaut de coopération éventuel de la filiale qui en dispose* » et que « *par conséquent, la défaillance du flux d'informations à laquelle la société mère se trouve confrontée n'est pas un problème dont l'Etat membre concerné devrait répondre* » (v., pour une analyse strictement identique, CJUE, 10 février 2011, *Haribo*, préc., point 98).

S'agissant ensuite du principe d'effectivité, la Cour a souligné que si les justificatifs requis doivent permettre de vérifier « *de manière claire et précise* » le respect des conditions d'obtention de l'impôt fiscal par la société bénéficiaire des distributions, l'Etat membre ne doit toutefois pas faire preuve, dans l'appréciation de ces justificatifs, d'un formalisme excessif. Elle a par ailleurs précisé que la production de ces divers éléments ne peut « *être requise que sous réserve qu'il ne se révèle pas pratiquement impossible ou excessivement difficile d'apporter la preuve du paiement de l'impôt par les filiales établies dans les autres Etats membres, eu égard notamment aux dispositions de la législation de ces Etats se rapportant à la prévention de la*

double imposition et à l'enregistrement de l'impôt sur les sociétés devant être acquitté ainsi qu'à la conservation des documents administratifs ». La vérification de ce point a été renvoyée au juge national.

Dans vos décisions du 10 décembre 2012, vous en avez déduit, d'une part, qu'il appartient à une société ayant présenté une réclamation tendant à la restitution du précompte de disposer de tous les éléments de nature à justifier le bien-fondé de sa demande pendant toute la durée de la procédure. Vous avez jugé, d'autre part, que le caractère pratiquement impossible ou excessivement difficile de la preuve du paiement de l'impôt par les filiales établies dans les autres Etats membres s'apprécie pour chaque dividende en litige et, le cas échéant, en fonction de circonstances exceptionnelles invoquées par le redevable, de nature à justifier l'impossibilité matérielle de produire les éléments requis. Vous avez estimé, enfin, que lorsque le redevable produit des éléments ou se prévaut de l'impossibilité matérielle de les produire, il appartient à l'administration d'apporter des éléments en sens contraire, et qu'il revient alors au juge de l'impôt de se déterminer au vu de l'instruction et d'apprécier, compte tenu de l'argumentation des parties, si, pour le dividende en litige, le redevable justifie de sa demande en restitution.

Les grandes lignes sur le régime de preuve ainsi dégagées s'agissant du précompte nous paraissent devoir être transposées aux contentieux tendant à la restitution partielle de cotisations d'IS acquittées par des sociétés actionnaires de sociétés européennes à hauteur de l'avoir fiscal dont elles n'ont pu, en violation de la libre circulation des capitaux, bénéficier compte tenu de la restriction alors prévue par l'article 158 bis du CGI.

Ainsi, c'est au contribuable qu'il appartient d'établir le montant de l'impôt effectivement acquitté à l'étranger sur les bénéficiaires sous-jacents aux dividendes en cause. Il nous paraît essentiel de réaffirmer ici que cette preuve peut être apportée par tous moyens et qu'il ne saurait être question, sans vider de sa portée cette pétition de principe et se heurter à l'écueil d'un formalisme excessif contraire au droit de l'Union – de n'admettre comme seul mode de preuve que la production de l'avis d'imposition ou de la liasse fiscale de la distributrice. Par ailleurs, pour apprécier le montant de l'impôt effectivement acquitté, il est nécessaire de connaître le millésime du bénéfice sur lequel a été prélevée la distribution. En présence d'un dividende dont le contribuable soutiendrait qu'il aurait été prélevé sur des bénéfices antérieurs à ceux du dernier exercice clos, il lui appartient donc d'établir ce fléchage – à défaut de quoi le bénéfice sera regardé, comme dans les affaires *Rhodia* et *Accor*, comme prélevé sur la source la plus vraisemblable : celle des bénéficiaires du dernier exercice. Si le contribuable produit des éléments justifiant, de manière claire et précise, de l'impôt acquitté par la distributrice étrangère pour chaque dividende en litige, mais aussi s'il se prévaut de l'impossibilité de les produire et étaye cette impossibilité, c'est alors à l'administration d'apporter des éléments en sens contraire. Le cas échéant, elle pourra notamment faire usage des facilités tirées de l'assistance administrative pour contester les éléments chiffrés qui auraient été produits par une société.

La circonstance que des actionnaires minoritaires ne disposent, le cas échéant, pas des mêmes facilités qu'une société mère pour obtenir de la distributrice étrangère la communication des

éléments relatifs à l'impôt acquitté dans l'autre Etat ne nous paraît pas disqualifier, par principe, la transposition et l'application du régime de preuve dégagé dans les affaires *Accor* et *Rhodia*. En effet, la CJUE a déjà énoncé, s'agissant de contribuables ne contrôlant pas l'entité disposant de l'ensemble des informations nécessaires à l'obtention de l'avantage fiscal qu'ils sollicitent, qu'un Etat membre pouvait exiger d'eux la production de ces informations (v. par exemple, s'agissant d'un actionnaire relevant de la libre circulation des capitaux, CJUE, 10 février 2011, *Haribo*, préc. ; ou s'agissant des informations exigées d'un donateur d'un organisme sans but lucratif, CJUE, gr. Ch., 27 janvier 2009, aff. C-318/07, RJF 4/09 n° 416). Par ailleurs, ainsi qu'on l'a dit, il résulte de l'arrêt du 15 septembre 2011 que le défaut de coopération de la distributrice, qui n'est pas imputable à l'Etat français, ne saurait, par lui-même, disqualifier l'exigence par l'Etat d'éléments clairs et précis ni, par suite, exonérer le contribuable de l'obligation de produire les justificatifs nécessaires à l'obtention de l'avoir fiscal.

Afin de concilier cette affirmation avec la réserve communautaire de la preuve excessivement difficile ou impossible à rapporter, un double point de vigilance nous paraît toutefois devoir être observé.

Le premier concerne la cause de non-coopération de la société distributrice. Si le refus de communiquer les informations relatives à l'impôt acquitté tient, non à un manque de bonne volonté, mais à une interdiction de communiquer cette information sous peine de violer la législation de son Etat d'établissement, le défaut de coopération se mue alors en impossibilité radicale de coopération. En pareil cas, exiger de la part de l'actionnaire la production d'éléments auxquels la législation de l'autre Etat lui interdirait formellement l'accès nous paraîtrait excessif et relever de la preuve impossible. C'est toutefois à la société invoquant une telle impossibilité d'apporter des éléments en ce sens : si elle en apporte suffisamment, c'est à l'administration, si elle s'y croit fondée, de les contester.

Le second porte sur la liberté de la preuve. Même lorsque l'impossibilité juridique radicale d'une coopération de la distributrice n'est pas établie, mais seulement son refus exprès de communiquer sur ses données fiscales, un actionnaire minoritaire nous paraît devoir pouvoir faire usage de tous les éléments d'analyse auxquels il peut librement accéder aux fins de reconstituer l'impôt qu'a acquitté la distributrice sur les bénéfices sous-jacents aux dividendes versés, sans se voir opposer l'absence de production de la liasse fiscale par la société distributrice elle-même. Pour autant que son effort documentaire soit suffisamment précis, étayé, justifié, et aboutisse à des montants vraisemblables qui ne soient pas purement théoriques.

Le mode d'emploi ayant ainsi entièrement été déroulé, l'examen des quatre pourvois appelés se fera rapidement.

Commençons par les affaires portées devant vous par les sociétés CIC, BNP Paribas et HSBC Bank, qui présentent le point commun de concerner des actionnaires très minoritaires – l'affaire Natixis se présentant en des termes un peu différents, nous en finirons par elle.

Vous écarterez, en réponse au pourvoi de la société HSBC Bank, le moyen tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que le droit à restitution et le montant de cette dernière dépendaient du montant de l'impôt effectivement acquitté à l'étranger sur les bénéficiaires sous-jacents à la distribution, et notamment du point de savoir s'il était inférieur ou supérieur à l'IS français au taux normal. La cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la seule comparaison des taux de l'impôt sur les sociétés applicables dans chacun des Etats membres d'établissement des sociétés distributrices au taux de l'IS français ne permettait pas de vérifier le bien-fondé du droit à restitution invoqué.

Vous pourrez, de même, écarter les moyens soulevés en des termes identiques par les sociétés CIC et BNP Paribas, tirés de ce que la cour administrative d'appel de Paris aurait commis une erreur de droit en se fondant, pour régler les litiges qui lui étaient soumis, sur l'arrêt *Accor* du 15 septembre 2011 alors que leurs contentieux n'étaient pas relatif au précompte mais au seul avoir fiscal et concernaient des actionnaires minoritaires.

Le pourvoi de la société HSBC Bank Paris Branch n'ira guère plus loin.

En effet, la critique qu'il soulève sur le terrain de l'erreur de droit s'agissant de l'application des stipulations conventionnelles relatives à l'impôt fiscal se heurte à vos décisions *Accor* et *Rhodia* dont résulte la nécessaire prise en compte de ces stipulations lorsqu'elles existent. Au demeurant, la cour n'a relevé cet élément qu'en second rideau après l'invocation de l'arrêt de la CJUE du 15 septembre 2011, au soutien d'une conclusion dont le bien-fondé ne fait pas de doute : celle de l'insuffisance d'une simple analyse des taux de droit commun applicables dans chaque Etat en lieu et place d'une recherche de l'impôt effectivement acquitté.

Quant aux moyens tirés d'une insuffisance de motivation sur les difficultés rencontrées pour obtenir les informations demandées et d'une méconnaissance des règles gouvernant la charge de la preuve à avoir fait peser sur les sociétés une preuve impossible, créant un déséquilibre entre les parties au procès au bénéfice de l'administration, elle ne prospérera pas. La cour, qui a souverainement apprécié le caractère trop peu probant et trop imprécis des éléments fournis s'agissant tant de l'imposition effectivement subie que de la complétude des diligences accomplies pour les obtenir et des difficultés alléguées, a suffisamment motivé son arrêt et n'a, au regard du dossier qui lui était soumis, pas fait une inexacte application des règles gouvernant la charge de la preuve.

Par suite, vous rejetterez ce pourvoi.

Différente nous apparaît la situation dans les dossiers portés par les sociétés CIC et BNP Paribas, eu égard à l'ampleur selon nous nettement plus grande des diligences accomplies par ces contribuables devant les juges du fond pour tenter d'établir le montant et la nature des impositions effectivement subies par les distributrices et dont elles justifient, ainsi qu'à la teneur du dossier et à la précision de l'argumentation qu'elles ont présentées en appel.

Dans les deux cas, il ressort en effet des pièces des dossiers soumis aux juges du fond que ces sociétés ont, d'une part, non seulement justifié des demandes adressées à l'ensemble des sociétés distributrices concernées tendant à obtenir communication des liasses fiscales et du montant de l'impôt effectivement acquitté, mais aussi invoqué l'absence de toute possibilité de succès de ces démarches compte tenu du caractère non public de ces informations dans les systèmes juridiques considérés, qui regarderaient ces informations comme non communicables aux tiers – fussent-ils actionnaires. Certes, ces allégations n'étaient pas étayées de références juridiques précises (date ou numéros de lois), mais elles étaient expressément formulées de manière distincte pour chacun des pays concernés. Des réponses obtenues par la société CIC, il ressort en effet, soit que les sociétés distributrices se sont abritées derrière le caractère non public de l'information fiscale demandée et argué de ce que le montant d'impôt effectivement acquitté ne devait pas être dévoilé pour des raisons de confidentialité, soit qu'elles n'ont communiqué que des données correspondant au montant d'impôt payé au niveau du groupe tel qu'il ressort des rapports annuels sans transmettre la liasse fiscale et l'avis d'imposition. Quant à l'impossibilité d'obtenir de telles informations des administrations fiscales étrangères elles-mêmes, outre qu'elle ne paraît faire aucun doute, elle était étayée par la société BNP Paribas par la production d'un extrait de rapport de l'OCDE sur la confidentialité des renseignements fiscaux, dont l'annexe recensait les dispositions de droit national sur cette confidentialité. Or face à ces affirmations – dont on peut au demeurant relever le caractère concordant dans les différents dossiers – l'administration fiscale se bornait à affirmer, en l'étayant encore moins, qu'en tant que banques, les requérantes devaient réussir à se procurer des informations financières poussées.

Dans les deux cas, il ressort également des pièces soumis aux juges du fond que les contribuables ont analysé et exploité toutes les sources publiques d'informations auxquelles elles ont pu accéder. Elles ont mandaté des cabinets appartenant à des réseaux internationaux pour rechercher et reconstituer, non seulement pour chaque société mais pour chaque dividende en litige, les données comptables et fiscales disponibles. Sur la base des comptes de résultats et des rapports annuels qu'ils ont pu se procurer, ces cabinets ont ainsi indiqué non seulement le taux légal d'imposition en vigueur dans le pays – ce qui ne suffisait certainement pas – mais aussi, dans la mesure du possible, le montant des bénéfices de l'exercice et le montant d'impôt sur les sociétés tels qu'ils ressortaient de ces données. Etaient ainsi fournis, tantôt le résultat et le montant d'impôt au niveau social ou statutaire (c'est-à-dire au niveau de la société distributrice prise individuellement), tantôt au niveau consolidé du groupe.

Ces données présentaient des limites, dont le cabinet Deloitte rendait fidèlement compte dans son rapport.

D'une part, les données issues des comptes consolidés, établis à partir des normes IFRS/IAS, intègrent dans le montant d'impôt qu'elles indiquent pour un exercice donné les impôts dits différés, c'est-à-dire les charges ou économies d'impôt futures, et ne correspondent donc pas nécessairement au montant d'impôt effectivement acquitté au titre de l'exercice. Selon cette méthode, la charge d'impôt de l'exercice n'est pas l'impôt exigible dû à l'Etat, mais l'impôt généré par les produits et charges comptabilisés au cours de l'exercice quelle que soit la période

de paiement effectif de cet impôt (c'est-à-dire en tenant compte, par exemple, d'une charge comptable de l'exercice qui ne sera fiscalement déductible que l'année suivante). D'autre part, les données établies de manière consolidée au niveau d'un groupe dans le cadre d'un régime de consolidation ou d'intégration fiscale reflètent le résultat d'ensemble et l'impôt d'ensemble du groupe, dans lequel les déficits des uns peuvent notamment compenser les bénéfices des autres. Enfin, lorsqu'est à l'inverse communiqué le montant d'impôt au niveau social ou statutaire de la seule société distributrice, ce montant n'est pas non plus nécessairement représentatif de l'IS effectivement acquitté par celle-ci, au sein du groupe.

Ces deux dernières observations tenant aux conséquences de l'appartenance d'une société distributrice à un groupe fiscalement consolidé ou intégré ne nous paraissent toutefois pas dirimantes dans toutes les hypothèses. Elles appellent seulement à distinguer selon que la distributrice est ou non la société consolidante et selon que le régime d'intégration ou de consolidation local se traduisait ou non par l'acquittement à son niveau de l'impôt d'ensemble du groupe et/ou par une répartition de la charge fiscale entre ses membres. En présence d'une société consolidante acquittant l'impôt pour l'ensemble du groupe, le montant d'IS acquitté au niveau du groupe est susceptible de constituer le montant d'impôt pertinent pour l'évaluation de la charge fiscale ayant pesé sur les bénéfices sous-jacents aux distributions qu'elle a opérées. En effet, si cette société avait été française, elle aurait en tant que mère d'un groupe intégré été redevable du précompte dû par les sociétés membres du groupe et c'est au regard de l'IS payé par elle sur le résultat d'ensemble du groupe qu'aurait été apprécié, en vertu de l'article 223 H du CGI, la satisfaction de la condition d'imposition des bénéficiaires au taux normal.

Plus gênante apparaît la circonstance que les impôts figurant dans les comptes consolidés intègrent les impôts dits différés, conduisant à une discordance certaine entre l'impôt effectivement acquitté par la société, fût-elle consolidante, au titre de l'exercice et la charge d'impôt indiquée dans les comptes ou rapports annuels. En effet, c'est bien du montant effectivement acquitté que dépend en principe le droit à restitution.

Toutefois, nous relevons que certains des rapports présents dans les dossiers soumis aux juges du fond ne se bornaient pas à faire figurer un montant d'impôt consolidé. En effet, si les tableaux synthétiques de ces comptes et rapports mis en avant par les requérantes comportaient l'impôt consolidé, ces comptes et tableaux étaient parfois assortis dans les rapports de notes explicatives faisant apparaître l'incidence des impôts différés et fournissant la ventilation au sein de l'impôt consolidé entre un impôt présenté comme « l'impôt courant » de l'exercice et les « impôts différés », certains distinguant en outre entre l'impôt domestique et l'impôt étranger.

Par ailleurs, si l'impôt consolidé (ou même l'impôt courant) ne correspond pas (ou pas nécessairement) au montant de l'impôt effectivement acquitté, il n'est pas davantage la simple invocation du taux légal prévu par la législation de l'Etat de la société distributrice : il n'est pas le taux effectif calculé sur l'impôt acquitté, mais n'est pas non plus le produit d'un taux purement théorique. Il s'agit d'une donnée signifiante, réelle et propre à la société, même si elle est globale et peut parfois significativement s'écarter de l'impôt effectivement payé lors de l'exercice. (Au

demeurant, l'écart existant entre l'impôt consolidé et l'impôt effectivement payé pouvant être positif ou négatif, il en résulte à cet égard que la référence à l'impôt consolidé ne crée pas un biais de calcul qui serait systématiquement favorable au contribuable).

Dans une décision de chambre jugeant seule *min. c/ SCA Oddo et cie*, en n'admettant pas le pourvoi du ministre dirigé contre le (seul) arrêt de cour ayant admis qu'une société justifiait du taux d'imposition appliqué aux résultats de ses filiales étrangères en se référant au taux d'imposition ressortant du rapport annuel de chaque filiale, alors que le ministre se bornait à dénier la valeur probante des documents ainsi produits sans apporter d'éléments en sens contraire, vous avez – certes sans grand enthousiasme à la lecture des conclusions de notre collègue B. Bohnert (RJF 2018 n° 1231, concl. C 1231), par une décision non motivée et dans laquelle n'était pour l'essentiel soulevé qu'un moyen de dénaturation peu étayé – accepté du bout de votre plume une telle approche pragmatique.

Si le principe est qu'il appartient au contribuable demandant le bénéfice d'un avantage d'apporter les justificatifs au soutien de sa demande, et si le défaut de coopération de la filiale n'est pas le fait de l'Etat membre qui n'a pas à en répondre, il ne faut en effet pas perdre de vue :

- d'une part, qu'un actionnaire d'une société française n'avait pas à accomplir le moindre effort documentaire pour bénéficier de l'avoir fiscal ;
- d'autre part, même si c'est évidemment insuffisant, qu'il ne fait la plupart du temps pas de doute que les bénéficiaires en cause ont bien fait l'objet d'une double imposition économique ;
- ensuite, que les sociétés ont tout à la fois, fait valoir qu'elles n'étaient juridiquement pas en mesure d'obtenir des distributrices la liasse fiscale permettant de connaître avec certitude le montant de l'impôt effectivement acquitté et produit tous les éléments d'analyse auxquels elles avaient pu accéder, certains clairement insuffisants mais d'autres comportant un degré de précision non négligeable ;
- et qu'enfin, bien qu'elle ne soit jamais tenue de faire appel à l'assistance administrative internationale, l'administration dispose de cet outil auquel il lui est loisible de recourir si elle entend, notamment pour les dividendes aux enjeux financiers les plus forts, remettre en cause le caractère pertinent et exact des données et des taux réels figurant dans les rapports annuels.

Si vous jugez qu'en l'espèce, les éléments produits ne suffisaient, pour aucun des dividendes en litige, pas à amorcer la dialectique de la preuve et à faire reposer sur l'administration la charge de contester les éléments produits, s'agissant tant du caractère excessivement difficile ou impossible de la preuve de l'impôt effectivement acquitté que de la vraisemblance du montant d'impôt sous-jacent aux distributions documenté par les requérantes, cela reviendra à notre sens à dire : hors de la liasse fiscale, point de salut.

Vous abriter derrière l'affirmation de la CJUE – faite sur le terrain du principe d'équivalence et non d'effectivité – relative au refus de coopération de la filiale, et derrière le caractère souverain de l'appréciation portée par les juges du fond sur le caractère probant des éléments fournis, ne

nous paraît ni souhaitable ni – à dire vrai – possible, sauf à méconnaître la dialectique de la preuve que vous avez vous-même posée et l'exigence d'une appréciation « pour chaque dividende en litige » que vous avez précédemment dégagée, et à vous placer en délicatesse avec le principe d'effectivité et les exigences communautaires. Il nous semble que l'on peut difficilement réserver à grands renforts de trompette la preuve impossible ou excessivement difficile et poser le principe de la liberté du mode de preuve, pour ensuite fermer en pratique la fenêtre ainsi ouverte.

Par suite, tout en ayant conscience que sont largement en cause les appréciations souveraines portées par les juges du fond, nous vous invitons, dans ces deux dossiers, à accueillir les moyens tirés de ce que la cour a méconnu le maniement des règles de la preuve et le principe d'effectivité en jugeant que les requérantes n'avaient, pour aucun des dividendes en litige (et au motif qu'étaient notamment en cause des données consolidées), apporté d'éléments de vraisemblance suffisants sur le montant de l'impôt ayant effectivement frappé les bénéficiaires sous-jacents à ces distributions et sur l'impossibilité ou l'excessive difficulté d'obtenir des éléments établissant avec certitude ce montant, alors que l'administration n'apportait aucun élément étayé en sens inverse.

Si vous nous suivez, vous casserez ces arrêts. Après renvoi, il appartiendra aux sociétés de mieux encore cibler leur argumentation en faisant notamment expressément apparaître celles des sociétés distributrices ayant la qualité de consolidante, et en exploitant davantage les données relatives à l'impôt courant figurant déjà dans la matière qu'elles ont produite.

Si en revanche vous ne nous suivez pas, ces affaires s'arrêteront là, le dernier moyen des pourvois des sociétés CIC et BNP Paribas étant voué au rejet : il est en effet tiré de ce que la cour aurait méconnu le principe de coopération loyale entre l'Union et les Etats membres énoncé par l'article 4 du traité sur l'Union européenne en ne sursoyant pas à statuer sur leurs requêtes dans l'attente de l'issue de la procédure en manquement qui était alors pendante devant la CJUE. Certes, ce principe s'applique aux juridictions nationales en tant qu'organes d'un Etat membre et leur fait obligation d'appliquer intégralement le droit de l'Union directement applicable et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers (v. par ex. CJCE, 9 mars 1978, *Sté Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. p. 629, ou plus récemment CJUE, 6 septembre 2012, *Philips Electronics UK*, aff. C-18/11). Néanmoins, une méconnaissance de ce principe ne nous paraît utilement invocable que dans les relations horizontales entre la France et les institutions de l'Union, à l'appui par exemple d'un éventuel recours en manquement de la France, et non dans le cadre du contrôle par le juge de cassation du respect de son office par une cour statuant sur un litige opposant un particulier à l'Etat (sur l'absence d'effet direct de ce principe, v. CE, 16 mars 2009, *European Multifoil Manufacturers GEIE*, n° 309477 310669 311563 312300 ; CE, 18 juin 2014, *Société Orange France*, n° 369077). Au demeurant, si ce principe devait trouver une traduction dans les procédures juridictionnelles de l'ordre interne, cette traduction serait alors celle, non du sursis, mais de la question préjudicielle prévue à l'article 267 du TFUE, lequel ne fait d'une telle question une obligation qu'à l'égard des seules juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours. Le choix par les juges du fond des mesures nécessaires à l'instruction des affaires est souverain (CE, section, 17 avril 1964, *G...*, p. 262). La cour a pu en

l'espèce souverainement estimer qu'un sursis à statuer n'était pas utile. En tout état de cause, l'absence de prononcé d'un tel sursis n'a pas porté atteinte à la protection que les sociétés requérantes tirent du droit de l'Union : il leur demeurerait loisible de contester devant le juge de cassation la conformité au droit de l'Union, sur le fond, de la solution juridique adoptée par le juge d'appel – ce qu'elles ne se sont pas privées de faire.

En ayant terminé avec l'examen des pourvois des sociétés HSBC Bank, BNP Paribas et CIC, vous en viendrez enfin à celui de la société Natixis.

Cette affaire étant un second pourvoi en cassation, vous tiendrez pour acquis les points déjà jugés par votre première décision du 11 mai 2015 (n° 365564, RJF 8-9/15 n° 718, Dr. fisc. 2015 n° 31-35 comm. 526) – sur lesquels l'administration en défense voudrait au stade du règlement au fond, mais sans succès possible, vous voir revenir. Par cette décision, vous avez jugé que la cour administrative d'appel de Versailles avait pu, sans erreur de droit ni erreur de qualification juridique, estimer que la création de la société néerlandaise Audley Finance BV dont l'actif était exclusivement constitué d'obligations avait poursuivi le but exclusif de percevoir des dividendes exonérés d'IS en application du régime des sociétés mères dans des conditions contraires à l'objectif poursuivi par les auteurs des articles 145 et du CGI, et que l'administration était dès lors fondée à lui refuser le bénéfice de ce régime. Vous avez estimé en revanche, vous coulant dans les traces de vos décisions *min. c/ Sté Axa* du 7 septembre 2009 (n° 305586, RJF 12/09 n° 1138) et *min. c/ SARL Garnier Choiseul Holding* des 17 juillet 2013 et 11 avril 2014 (n° 352989, RJF 11/13 n° 1064 et RJF 7/14 n° 709) et tirant les conséquences de l'objectif particulier du régime de l'avoir fiscal, que la cour avait inexactement qualifié les faits en se fondant d'une part, sur l'absence de substance économique suffisante de la société Audley Finance BV et sur la motivation du montage résultant de l'acquisition de cette société par le Crédit national et, d'autre part, sur l'absence de risque d'actionnaire distinct du risque de défaut sur les obligations détenues par la société néerlandaise, pour juger que les opérations en cause procédaient de la recherche par le contribuable du bénéfice d'une application littérale de l'article 158 bis du CGI à l'encontre des objectifs poursuivis par ses auteurs.

Retrouvant l'affaire après cassation, la cour, pour apprécier le bien-fondé de la demande de la société tendant au bénéfice de l'avoir fiscal par invocation du droit de l'Union, a cette fois recherché si les distributions litigieuses étaient de la nature de celles qui, eussent-elles été effectuées par une société française, auraient ouvert droit à l'avoir fiscal. Elle a répondu par la négative, motif pris de ce que, la distribution ayant été décidée par le directoire de la société néerlandaise et aucun procès-verbal d'assemblée générale n'ayant été produit, elle ne pouvait être regardée comme résultant d'une décision régulière des organes compétents de la société au sens du I de l'article 158 ter du CGI.

En vertu de ce dernier article, « *Les dispositions de l'article 158 bis s'appliquent exclusivement aux produits d'actions, de parts sociales ou de parts bénéficiaires dont la distribution est postérieure au 31 décembre 1965 et résulte d'une décision régulière des organes compétents de la société.* »

La cour nous paraît avoir procédé à une interprétation trop littérale de vos décisions *min. c/ Sté Hygiène et dératissage d'Auvergne* (CE, 29 décembre 1995, n° 140219, p. 469, RJF 2/96 n° 196), *min. c/ SA Banque Française de l'Orient* (CE, 13 octobre 1999, n° 190083, T. pp. 732-764, RJF 12/99 n° 1587 avec concl. J. Arrighi de Casanova p. 938) et *min. c/ A...* (CE, 26 février 2001, n° 219834, p. 91, RJF 5/01 n° 619, concl. S. Austray BDCF 2001 n° 66). Si vous y avez jugé que l'avoir fiscal est « *exclusivement attaché aux produits distribués par une société à ses associés à titre de dividendes, en vertu d'une décision prise par l'assemblée générale de ses actionnaires ou porteurs de parts, dans les conditions prévues par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales* », étaient en cause, d'une part, des dividendes, et d'autre part, des sociétés de droit français. Or les distributions litigieuses sont ici des acomptes sur dividendes. Nous ne voyons pas de motif d'exclure du bénéfice de l'avoir fiscal de tels acomptes – qu'au demeurant, la doctrine elle-même incluait dans le champ de l'article 158 bis du code : en effet, un acompte sur dividende, dont le droit français autorise le prélèvement sur les bénéfices de l'exercice en cours dans les conditions prévues à l'article 347 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 codifié au deuxième alinéa de l'article L. 232-12 du code de commerce, n'est jamais qu'un dividende versé de manière anticipée, avant l'approbation des comptes de l'exercice. En vertu de l'article 245-1 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 devenu l'article R. 232-17 du code de commerce, sa répartition est décidée, non par l'assemblée générale, mais par le conseil d'administration, le directoire ou les gérants, selon le cas. Pour la résolution du présent litige, seul compte dès lors le point de savoir si, conformément au I de l'article 158 ter du CGI et compte tenu des statuts de la société Audley Finance et du droit néerlandais, l'acompte sur dividende a été décidé par l'organe compétent. Or il résulte de l'article 22 des statuts de la société Audley Finance BV, pourtant cité par l'arrêt, que l'organe compétent pour décider de la distribution d'un acompte sur dividendes était le directoire et non l'assemblée générale des actionnaires.

Par suite, la société est fondée à soutenir qu'en jugeant que la distribution n'avait pas été décidée par l'organe compétent faute de l'avoir été par l'assemblée générale, la cour a commis une erreur de droit. S'agissant d'une seconde cassation, vous retrousserez vos manches et réglerez l'affaire au fond.

Compte tenu de l'influence déterminante de la mère française sur sa filiale, la liberté en cause est la liberté d'établissement. La distribution aurait, eu égard à sa nature et à ses conditions d'octroi, ouvert droit à l'avoir fiscal si elle avait été décidée par une filiale française. A cet égard, l'absence d'établissement d'un bilan de la société Audley établi et certifié par un commissaire au compte avant distribution de l'acompte, formalité propre au droit français des sociétés, ne saurait être opposée à une distribution néerlandaise. Au demeurant, vous avez jugé, s'agissant de l'abattement ayant succédé au régime de l'avoir fiscal, que par « *décision régulière des organes compétents de la société* », le législateur fiscal avait seulement entendu exclure les décisions qui soit auraient été prises par un organe compétent, soit seraient le résultat d'une fraude, soit encore n'entreraient dans aucun des cas pour lesquels le code de commerce autorise la distribution de sommes prélevées sur les bénéfices, mais non transformer le juge de l'impôt en contrôleur tatillon

de toutes les formalités prévues par le code de commerce (CE, 11 mai 2015, *Mme S...*, n° 369257, T. p. 653, RJF 8-9/15 n° 691, à nos concl. au BDCF 8-9/15 n° 102).

L'administration fiscale ne conteste pas que, pour les motifs constants déjà décrits plus hauts, l'exclusion des distributions de sociétés européennes du bénéfice de l'avoir fiscal méconnaissait le droit de l'Union. Il convient donc de calculer la restitution à laquelle cette société a droit.

En cas d'acompte sur dividendes, les sociétés françaises disposaient, par mesure de tempérament, de la faculté de différer la déclaration et le paiement du précompte correspondant à cette distribution après la clôture de l'exercice, une fois connu le montant d'IS dû et acquitté sur les bénéfices de l'exercice sur lesquels l'acompte avait été prélevé. En l'espèce, eu égard à la date de la mise en paiement de la distribution – intervenue en 1999 – et compte tenu de la date à laquelle, cet acompte eût-il ouvert droit à avoir fiscal, ce crédit d'impôt aurait pu être utilisé – c'est-à-dire à compter du 1^{er} janvier 2000, après la clôture de l'exercice 1999, pour paiement de l'IS dû au titre de cet exercice – vous calculerez le montant de la restitution due à la société Natixis en retenant un taux d'avoir fiscal égal à 40% des sommes versées et un précompte lui aussi calculé sur cette base de 40%.

La société Natixis, qui détient le plein contrôle de la société Audley Finance BV, a pu obtenir de celle-ci, sous la forme d'un avis d'imposition, les éléments justificatifs nécessaires sur le montant de l'impôt sur les sociétés effectivement acquitté aux Pays-Bas.

Nous pensons qu'il y a lieu en outre, pour apprécier la charge fiscale effectivement subie au niveau de la société Audley Finance BV sur les bénéfices sous-jacents à la distribution, de tenir compte de l'impôt acquitté en Suisse par cette société à raison de sa succursale de Zoug et à raison duquel elle a bénéficié aux Pays-Bas d'un crédit d'impôt qu'elle a imputé sur sa cotisation d'impôt néerlandais.

D'une part, en effet, à la différence du système français territorialisé d'imposition des sociétés, l'imposition des bénéfices des sociétés établies aux Pays-Bas s'opère sur une base mondiale, assortie d'un mécanisme d'élimination de la double imposition juridique des bénéfices déjà subie, le cas échéant, à l'étranger.

D'autre part, vos décisions *Accor* et *Rhodia* nous paraissent avoir opté pour une approche simplifiée de la situation fiscale dans laquelle la société distributrice se serait trouvée si, toutes choses égales par ailleurs, elle avait eu son siège en France – ce que nous appellerons la situation française de référence. Vous avez en effet retenu, pour apprécier l'imposition en chaîne des bénéfices, le montant du précompte qui aurait le cas échéant été exigé, et la somme restant *in fine* entre les mains de l'actionnaire, qu'une société française placée dans la même situation aurait acquitté en France une cotisation d'IS d'un montant égal à celui effectivement acquitté par la société étrangère, sans rechercher si ce dernier impôt avait été établi sur une base territoriale ou mondiale, et sans ventiler l'impôt ainsi acquitté selon l'origine des bénéfices imposés.² Refuser la

prise en compte de l'impôt suisse au motif qu'une société française aurait acquitté un précompte à taux plein en cas de distribution de bénéfices provenant de l'étranger, non soumis à l'IS en France en vertu de l'article 209 du code, nous semble donc impossible.

A cet égard, notons que la prise en compte de cette imposition suisse ne conduit pas à étendre à un pays tiers le bénéfice de la liberté d'établissement : est toujours en cause la différence de traitement entre filiales néerlandaises et filiales françaises et l'incitation à investir dans ces dernières que constituait l'octroi de l'avoir fiscal à leurs seules distributions. Or tous les dividendes versés par une société française ouvraient droit à avoir fiscal, quel que soit le lieu de réalisation des bénéfices en cause – la localisation n'ayant d'incidence que sur le précompte dû lors de la distribution.

En l'espèce, l'impôt effectivement acquitté par la société Audley Finance sur les bénéfices sous-jacents à la distribution nous paraît devoir être calculé en tenant compte, non seulement de l'impôt effectivement acquitté au fisc néerlandais après imputation du crédit d'impôt correspondant à l'activité suisse de la société, mais aussi de l'impôt sur les sociétés payé en Suisse sans lequel ce crédit d'impôt n'aurait pas réduit la cotisation néerlandaise et qui a effectivement amputé le montant du bénéfice disponible pour distribution.

Les bénéfices réalisés en 1999 par la société Audley se sont élevés à 8 965 102 euros. Cette société a effectivement acquitté sur ces bénéfices un montant d'impôt total de 1 928 391 euros (1 752 221 euros aux Pays-Bas et 176 170 euros en Suisse). Il en résulte un taux effectif d'imposition de 21,5%. L'acompte de 3 989 790 euros distribué par la société Audley correspond, par suite, à un bénéfice sous-jacent de 5 082 535 euros ayant subi une imposition d'un montant de 1 092 745 euros. Une société française distribuant un dividende prélevé sur un bénéfice ayant subi un montant d'IS français établie au vu de ce taux aurait, s'agissant d'une imposition inférieure au taux normal de l'IS, dû acquitter un précompte différentiel, d'un montant de 601 433 euros, correspondant à la différence entre le montant d'impôt qui serait résulté du taux normal de l'IS (1 694 178 euros) et le montant d'impôt effectivement acquitté (1 092 745 euros). Comme on l'a vu dans la première partie de ces conclusions, le plafonnement que constituait le précompte différentiel fonctionnait, y compris au titre de 1999, par référence au taux normal de l'IS. Par suite, une telle société n'aurait ainsi pu distribuer à son actionnaire français qu'un dividende net d'un montant de 3 388 357 euros, assorti d'un avoir fiscal égal à 40% des sommes versées, soit 1 355 343 euros. Ce montant aurait ensuite été soumis à l'IS au taux normal entre les mains de cet actionnaire, qui aurait toutefois pu utiliser l'avoir fiscal pour le paiement de cet impôt et n'aurait ainsi effectivement payé que 225 890 euros d'IS. A l'issue de ces impositions en chaîne, il lui serait resté une somme de 3 162 467 euros.

² Vous nous paraissez ainsi avoir implicitement raisonné comme si, dans la situation française de référence, tous les bénéfices avaient été français. En réalité, lorsqu'une filiale française distribuait des dividendes prélevés sur des bénéfices réalisés à l'étranger, cette distribution s'accompagnait certes pour son actionnaire de l'octroi d'un avoir fiscal, mais cet avoir fiscal était gagé par le paiement au niveau de la filiale française d'un précompte complet, les bénéfices étrangers étant traités comme n'ayant donné lieu à aucune imposition.

Pour placer la société requérante, qui a quant à elle reçu une distribution de 3 989 790 euros qui a été soumise entre ses mains à l'IS au taux normal sans avoir fiscal mais aussi sans amputation liée à un précompte amont, et à laquelle est donc restée après IS la somme de 2 659 860 euros, dans la même situation que si ces distributions avaient été de source française et avaient bénéficié d'une atténuation de la double imposition économique des dividendes, il convient par suite de lui accorder une restitution de 502 607 euros³. La société ne demande en tout état de cause pas la neutralisation de la retenue à la source qui aurait frappé cette distribution aux Pays-Bas et ne donne par suite pas d'indication sur son éventuel montant.

Par ces motifs, nous concluons :

- sous le n° 398727, au rejet du pourvoi des sociétés HSBC Bank Plc et HSBC France ;
- sous le n° 401490, à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 12 mai 2016 et du jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 13 juillet 2010, à la restitution à la société Natixis d'une fraction de la cotisation d'impôt sur les sociétés acquittée au titre de l'année 1999 à hauteur de 502 607 euros, à ce que l'Etat verse à cette société 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet du surplus des conclusions de la requête d'appel de la société ;
- sous le n° 403332, à l'annulation de l'arrêt du 8 juillet 2016 de la cour administrative d'appel de Versailles, au renvoi de l'affaire à cette cour et à ce que l'Etat verse à la société CIC la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA ;
- et enfin, sous le n° 403356, à l'annulation de l'article 3 de l'arrêt du 8 juillet 2016 de la cour administrative d'appel de Versailles, au renvoi dans cette mesure de l'affaire à cette cour et à ce que l'Etat verse à la société BNP Paribas 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.

³ Ce qui correspond très exactement à 2/3 de l'impôt effectivement acquitté par la distributrice diminué de 2/45^e des bénéfices sous-jacents à cette distribution.