

**N° 412581**  
**Société Cofinimmo**

**9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies**  
**Séance du 19 juin 2019**  
**Lecture du 10 juillet 2019**

## **CONCLUSIONS**

**Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteur public**

Le présent pourvoi vous conduira à vous pencher sur une disposition fiscale donnant lieu à peu de contentieux : l'article 115 quinquies du CGI.

En application du 1 de cet article, « *les bénéfices réalisés en France par les sociétés étrangères* », entendus comme le montant total des résultats, imposables ou exonérés, après déduction de l'IS, « *sont réputés distribués, au titre de chaque exercice, à des associés n'ayant pas leur domicile fiscal ou leur siège social en France* ». Cette présomption de distribution a pour effet mécanique, sans qu'il ait été besoin au législateur de le préciser à l'article 115 quinquies, l'application de la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis du CGI.

Toutefois, le 2 de l'article 115 quinquies permet à la société étrangère de demander une révision de la liquidation de cette retenue, et d'obtenir la restitution de l'excédent perçu, dans une double hypothèse : d'une part, « *dans la mesure où les sommes auxquelles (cette retenue) a été appliquée excèdent le montant total de ses distributions effectives* », d'autre part, « *dans la mesure où elle justifie que les bénéficiaires de ces distributions ont leur domicile fiscal ou leur siège en France, et qu'elle leur a transféré les sommes correspondant à la retenue* ».

En revanche, dès lors qu'elle procède à des distributions à des associés non résidents, la société ne peut combattre la retenue à la source en se prévalant de ce que les bénéfices réalisés en France seraient demeurés investis en France : la présomption selon laquelle les distributions effectives de la personne morale sont réputées portées prioritairement sur ses bénéfices de source française est irréfutable. L'article 115 quinquies exclut également que, pour la comparaison avec le montant des bénéfices réalisés en France, le montant des distributions effectives soit réduit par application du rapport entre les distributions totales effectives et le bénéfice mondial de la société (CE, 7 janvier 2000, *SA Winterthur*, n° 186924, T. p. 952, RJF 2000 n° 198, concl. G. Bachelier BDCF 2/00).

Enfin, depuis les modifications apportées par la loi n° 97-1239 du 29 décembre 1997 de finances rectificative pour 1997, adoptée après un avis motivé de la Commission européenne, ces dispositions ne s'appliquent pas aux sociétés ayant leur siège de direction effective dans un autre Etat membre de l'UE et passibles dans cet Etat de l'impôt sur les sociétés, sans possibilité d'option et sans en être exonérée. En revanche, une société européenne exonérée d'IS dans son Etat de résidence n'échappe pas à l'application de l'article 115 quinquies.

Cette disposition est fréquemment présentée comme la « branch tax » (littéralement « impôt de succursale ») française.

Les « branch taxes » sont des impositions de distribution visant les sociétés disposant de succursales, destinées à assurer l'équivalence de traitement entre les filiales de sociétés non résidentes – dont les bénéficiaires sont taxés une première fois à l'impôt entre les mains des filiales puis, lors de leur redistribution à la mère, taxés une seconde fois par application d'une retenue à la source – et les établissements stables de sociétés non résidentes – dont les bénéficiaires sont imposés à l'IS entre les mains de la société dans l'Etat de l'établissement stable mais dont l'éventuelle remontée au niveau du siège ne donne lieu, sauf dispositif de « branch tax », à aucune imposition faute de distribution juridique à l'intérieur d'une même personne morale. Instaurer une fiction de distribution permet de passer outre l'obstacle lié à l'absence de distinction juridique des personnes en cas de circulation interne des bénéfices entre le siège et les succursales.

L'assiette de ces impositions diffère selon les Etats. Certains assujettissent à une retenue à la source tous les bénéfices de la succursale, automatiquement appréhendés par le siège. D'autres n'assujettissent à la « branch tax » que les seuls bénéfices de la succursale qui sont effectivement rapatriés (« remitted ») vers l'Etat du siège. D'autres encore choisissent un entre-deux, et soumettent à cette imposition de second niveau tous les bénéfices de l'établissement qui n'ont pas été effectivement réinvestis au niveau de celui-ci dans l'acquisition d'actifs destinés à l'exploitation.

Le premier temps d'application de l'article 115 quinquies du CGI – au stade duquel tous les bénéfices réalisés sont réputés distribués – fonctionne sur le modèle d'une branch tax classique. En réputant distribués à des associés non résidents les bénéfices de l'exploitation française, emportant l'application d'une retenue à la source, cet article du CGI rétablit une certaine symétrie de traitement entre filiale et succursale.

Toutefois, ce mécanisme nous semble plus complexe à la lumière, tant de la lettre du 1 de l'article 115 quinquies (ne réputant pas que le siège doit être regardé comme un associé mais présumant que les bénéficiaires français de la société sont réputés distribués à des associés non résidents), que des correctifs apportés par le 2 à la présomption de distribution intégrale des bénéfices de l'exploitation française posée au 1, ainsi que du périmètre de l'assiette imposable résiduelle qui en résulte au stade de la liquidation définitive.

On peut voir dans ces correctifs de simples mesures de tempérament, que le législateur aurait d'ailleurs pu ne pas instaurer, permettant en dépit de l'imposition de principe de la totalité des bénéfices appréhendés par le siège d'obtenir une réduction en fonction des distributions effectives décidées ultérieurement. Mais on peut aussi regarder ces correctifs et l'assiette définitive de la retenue après nouvelle liquidation comme révélant la nature et l'objet véritable de cette disposition, relevant au stade de la liquidation définitive moins d'une logique d'imposition de la remontée des bénéfices de la succursale au siège (fiction dans laquelle le siège serait traité comme un associé fictif et la succursale, comme une personne morale distincte), que d'une imposition anticipée des distributions qui, si elles seront opérées par une société non résidente à des associés non résidents, auront été rendues possibles grâce à la réalisation de bénéfices français.

En tout état de cause, l'article 115 quinquies ne nous paraît pas instituer une nouvelle imposition sur les bénéfices de l'exploitation française, mais vise à frapper une distribution – fût-elle partiellement fictive.

D'abord, si la retenue est exigible dès la constatation de bénéfices français et doit être liquidée en même temps que la déclaration des résultats de l'exploitation française, le fait générateur ne réside pas dans la réalisation de ces bénéfices mais dans la distribution (présumée) de ces bénéfices à des associés non résidents.

Ensuite, si la retenue est liquidée provisoirement sur la base d'une assiette égale à la totalité des bénéfices français, nets de l'IS, cette assiette nous paraît provisoire : la liquidation définitive s'opère sur le montant des seules distributions effectives de la société.

Enfin, si la retenue est liquidée sans que l'on ait, dès ce stade, identifié de distribution effective ni, a fortiori, d'associé bénéficiaire, et si la CJUE appréhende la condition tenant à l'identité de l'assujetti d'une retenue à la source de manière juridique et non économique (v. notamment l'arrêt *X c/ Ministerraad* du 17 mai 2017, aff. 68/15), cette liquidation pourra donner lieu à révision en fonction de l'identité et du domicile des associés et des sommes distribuées. Surtout, l'imposition est prélevée en vertu de l'article 119 bis du CGI. Même si elle est acquittée par la société distributrice, cette imposition n'est donc qu'une retenue à la source dont le véritable assujetti est, comme pour tout revenu distribué ou réputé distribué visé par l'article 119 bis, le bénéficiaire de cette distribution.

D'ailleurs, pour l'application des conventions fiscales, vous avez jugé, par une décision *SA Bank Polska Kasa Opieki* (CE, 31 janvier 2001, n° 199453, T. pp. 898-922, RJF 4/01 n° 489, concl. G. Bachelier BDCF 4/01 n° 54), que la retenue à la source appliquée aux revenus réputés distribués en vertu des dispositions combinées des articles 115 quinquies et 119 bis du CGI ne relevait pas des stipulations relatives à l'imposition des bénéfices des établissements stables, mais – sauf stipulations spécifiques conduisant à assimiler expressément ces revenus réputés distribués à des dividendes au sens conventionnel – de la clause balai de ces conventions. Dans cette même

décision, vous avez par ailleurs, s'agissant du bénéficiaire de ces distributions, retenu l'associé de la personne morale réputée distribuer ses revenus de source française.

Par suite, en jugeant que la retenue à la source pratiquée sur les bénéfices réalisés par l'établissement stable français d'une société étrangère en application des dispositions combinées des articles 115 quinquies et 119 bis du CGI constitue non une imposition sur les bénéfices de la société, mais une imposition sur les distributions effectuées par la société, procédant des bénéfices réalisés en France par son établissement stable, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

Plus délicat est le moyen tiré de ce que la cour a, en jugeant que l'article 115 quinquies n'instaurait pas d'entrave à la liberté d'établissement, commis une erreur de droit.

La société devant les juges du fond pointait une double discrimination par rapport au traitement d'une filiale de société non résidente. D'une part, elle faisait valoir que la filiale aurait pu obtenir l'inapplication des dispositions l'assujettissant en principe à une retenue à la source en invoquant elle-même la liberté d'établissement et la comparabilité de sa situation avec une filiale française de mère française, exonérée d'impôt soit en application du régime mère-filles, soit en application du régime des SIIC. D'autre part, elle soutenait que, même assujettie à la source, cette filiale, comme toute société française ayant des associés non résidents, n'acquitte la retenue à la source que sur ses distributions effectives.

Si la liberté d'établissement s'oppose, ainsi que l'a rappelé votre décision *Office de coordination bancaire et financière* du 9 décembre 2016 (n° 396160, RJF 2017 n° 266), à l'application de toute réglementation nationale qui, en restreignant la possibilité pour les opérateurs économiques établis dans un Etat membre de choisir librement la forme juridique appropriée pour l'exercice de leurs activités dans un autre Etat membre, interdit, gêne ou rend moins attrayant l'exercice de cette liberté, il n'en découle pas un droit autonome à l'identité de traitement entre succursales et filiales de sociétés étrangères. Comme le soulignait Mme Kokott dans ses conclusions sur l'arrêt *X c/ Ministerraad* du 17 mai 2017 (aff. C-68/15), la liberté d'établissement ne prohibe une telle différence de traitement que lorsqu'elle est discriminatoire, en ce que la situation transfrontalière est moins bien traitée qu'une situation purement interne.

Il nous paraît résulter de cette jurisprudence, d'une part, qu'en elle-même, une différence de traitement entre succursales et filiales de sociétés non résidentes n'est pas contraire à la liberté d'établissement. D'autre part, le caractère discriminatoire d'une disposition nationale visant les sociétés non résidentes disposant de succursales doit s'apprécier en principe au regard du traitement réservé aux sociétés résidentes prises comme des entités globales (succursales comprises) et non au regard du traitement réservé aux filiales de sociétés résidentes ou non résidentes. Il ne saurait toutefois être exclu que l'objet même d'une législation conduite à regarder la filiale et la succursale comme comparables.

Appréhendé dans sa globalité, l'article 115 quinquies du CGI nous paraît pouvoir être regardé comme ayant pour objet de taxer, non une distribution fictive de la succursale à son siège, mais les distributions opérées par la société non résidente à ses associés grâce aux revenus de l'exploitation française.

Dès lors, le raisonnement transitif de la société invoquant la discrimination dont seraient victimes les SIIC résidentes, filiales de SIIC non résidentes, lors de la distribution de leurs dividendes à leur mère en comparaison des distributions opérées par une SIIC résidente, filiale d'une SIIC française (bénéficiant, à défaut du régime mères-filles, d'une exonération conditionnelle de prélèvement grâce au régime particulier des SIIC ou à tout le moins, d'un prélèvement de 20% au taux plus avantageux que la retenue à la source), qui justifierait selon elle qu'on écarte la retenue à la source sur les dividendes ainsi distribués, pour demander par ricochet qu'on écarte aussi l'application de la retenue à la source dans le cas des succursales, ne tient pas. Car dès lors que le siège n'est pas assujéti à une retenue à la source sur les dividendes fictifs de sa succursale, mais sur les bénéfices qu'il distribue à ses associés, une succursale ne souffre pas de la discrimination que la requérante entend pointer entre filiales de SIIC résidentes et non résidentes. En effet, les dividendes distribués par une mère française d'une SIIC française donnent lieu à imposition entre les mains des associés de cette mère.

Dans ces conditions, la nature de la distribution taxée, ses destinataires et le niveau auquel l'imposition n'étant pas les mêmes, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la situation de distribution que l'article 115 quinquies du CGI entendait viser n'était pas comparable à celle des revenus distribués par une filiale française à sa mère – que celle-ci soit française ou étrangère –, et en refusant d'entrer dans le jeu de comparaison par translation par lequel la société tentait d'écarter le principe même d'une retenue à la source. Si l'on n'adoptait pas cette approche de l'article 115 quinquies et raisonnait comme s'il visait la remontée de bénéfices de la succursale au siège, la critique nous semblerait plus difficile à écarter. Il y aurait en outre un vrai problème au regard d'une succursale de société résidente, pour laquelle la remontée interne n'est pas taxée.

Reste la question de l'assiette de la retenue et de l'impossibilité pour une société non résidente, dès lors qu'elle distribue des dividendes au niveau mondial, d'y échapper en faisant valoir que les bénéfices de l'exploitation française n'auraient pas cessé d'être à la disposition de celle-ci et seraient demeurés investis dans l'établissement stable.

Les écritures se présentent, sur ce point aussi, sous l'angle d'une comparaison avec la retenue à la source prélevée au niveau d'une filiale française d'une société non résidente, mais la critique peut être lue de manière plus générale comme pointant la différence de traitement entre les sociétés non résidentes ayant un établissement stable en France – dont les distributions donnent lieu à retenue à la source dès lors qu'il existe un bénéfice français – et les sociétés résidentes, qu'elles soient ou non filiales de sociétés françaises ou étrangères – dont seuls les désinvestissements effectifs donnent lieu à imposition en tant que revenus distribués pour leurs bénéficiaires.

La cour a jugé que la présomption instituée par l'article 115 quinquies était justifiée par l'unicité de la personne morale et par le fait que les distributions ne peuvent être identifiées qu'à la suite du retraitement du montant de leurs bénéfices réalisés.

La circonstance que l'établissement et le recouvrement de la retenue à la source soient opérés en deux temps, le premier reposant sur une présomption de distribution de la totalité du bénéfice français, l'ajustement à la réalité des distributions effectives ne s'opérant que par réclamation, au stade de la liquidation définitive, instaure une différence de traitement avec les distributions de sociétés françaises à leurs associés. Mais cette différence nous paraît pouvoir être regardée comme justifiée par des considérations juridiques – tenant à l'unicité de la personne morale – et pratiques – l'information limitée dont dispose la France sur le sort des bénéfices en cause à l'étranger et sur les associés de la société étrangère. Au demeurant, elle n'est pas au cœur du pourvoi.

Est en cause le fait que la seule constatation de bénéfices français suffise à emporter imposition des distributions opérées par la société non résidente à hauteur du montant de ces bénéfices – ce qui revient, en pratique, à une présomption irréfragable selon laquelle les distributions effectives de la société non résidente portent prioritairement sur ses bénéfices de source française.

Là encore, qu'une présomption de distribution prioritaire du bénéfice français soit posée ne nous choque pas, compte tenu de la fongibilité des bénéfices réalisés par les différents établissements de la société non résidente, personne morale unique, et de la difficulté qui en résulte de tracer l'origine territoriale de bénéfices qu'une société distribue. Tous les bénéfices de la succursale sont ceux du siège : tous les bénéfices que la société distribue sont donc potentiellement, dans la limite du montant des bénéfices français, ceux réalisés en France et y trouvent leur source. La difficulté, au regard de la liberté établissement, nous semble uniquement celle de l'impossibilité pour la société d'obtenir une révision de la retenue en démontrant que les bénéfices français sont restés investis dans l'exploitation française.

Cette question peut se voir apporter deux réponses.

La première consiste à relever, d'une part, que les situations purement internes aussi connaissent des présomptions de distribution, et d'autre part, que l'exercice de sa compétence fiscale par la France est légitime.

L'article 109, 1, 1° du CGI dispose en effet que sont réputés distribués tous les bénéfices – entendus comme ceux qui ont été retenus pour l'assiette de l'IS, augmentés de ceux qui sont exonérés de cet impôt et de ceux que la société a réalisés dans des entreprises exploitées hors de France – qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital. Les revenus ainsi distribués sont imposés dans le chef de leurs bénéficiaires, à l'IR ou l'IS s'ils sont résidents, ou sous forme d'une retenue à la source pour les non résidents. Pour la mise en œuvre de cette présomption de distribution, le désinvestissement s'apprécie au niveau de la société, personne morale, sans s'interroger sur l'origine territoriale des bénéfices effectivement désinvestis.

L'article 115 quinquies ne ferait que transposer cette présomption de distribution de la totalité des bénéfices désinvestis en l'appréciant et en l'appliquant – comme la loi nationale le fait pour les sociétés françaises – au niveau de la personne morale étrangère, mais en plafonnant – compte tenu de la compétence fiscale limitée de la France – le montant des distributions imposables à retenue à la source en France au montant des bénéfices français.

Par ailleurs, il ne s'agirait pas tant de l'instauration d'une règle de priorité irréfragable, au sein des distributions effectives, des bénéfices français sur les autres bénéfices distribués, que d'une disposition tirant les conséquences de ce que la réalisation de bénéfices français participe de la faculté distributive de la société non résidente. Dès lors que celle-ci distribue des dividendes, elle fait usage de cette faculté née, à hauteur des bénéfices français, de la réalisation de ces bénéfices – quand bien elle choisirait de laisser les bénéfices français investis en France. Cette imposition serait justifiée par l'objectif de préservation de la répartition du pouvoir d'imposer entre la France et les autres Etats membres, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour sauvegarder cette répartition. Enfin, l'unicité de la personne morale rendrait impossible tout fléchage interne des distributions sur des bénéfices donnés.

La potentielle multiple imposition en résultant pour une société non résidente disposant de plusieurs établissements stables, dans l'hypothèse où tous les Etats appliqueraient le même raisonnement que la France, ne procéderait que de l'exercice parallèle, mais non discriminatoire, de leurs compétences fiscales par les Etats membres d'implantation de ces établissements.

Ainsi, l'article 115 quinquies ne traiterait pas une société non résidente ayant une succursale française (et leurs associés) plus défavorablement qu'une société française ayant des succursales en France ou à l'étranger. Quant à la différence de traitement entre sociétés non résidentes ayant des succursales et celles ayant des filiales, outre que la liberté d'établissement n'implique pas un droit autonome à leur égal traitement, elle serait justifiée par l'unité de la personne morale et la fongibilité des bénéfices.

Mais l'on peut aussi voir les choses d'une autre façon.

D'une part, comparer la situation d'une société française ayant des succursales en France et à l'étranger à celle d'une société non résidente disposant d'une succursale en France, peut apparaître peu adapté pour apprécier le caractère discriminatoire de la présomption de distribution prioritaire des bénéfices français posée dans le second cas.

En effet, tous les bénéfices distribués par une société française acquérant, de ce seul fait, le caractère de revenus de source française, et la France disposant pour ce motif d'un titre juridique à l'exercice de sa compétence fiscale, il n'est pas besoin en pareil cas de s'interroger sur l'origine des bénéfices ayant alimenté ces distributions pour justifier leur imposition la France : s'il n'existe pas de règle de priorité de distribution des bénéfices français par les sociétés françaises, c'est parce qu'elle est inutile et n'aurait pas de sens.

Dès lors, la circonstance que tous les bénéfices désinvestis au niveau d'une société française soient regardés comme distribués et imposés chez les associés, quelle que soit leur origine, ne permet pas, pour autant, de conclure à la compatibilité avec la liberté d'établissement d'un mécanisme tel que l'article 115 quinquies. A cet égard, ce dernier pourrait paraître procéder de la déclinaison de règles identiques à des situations non comparables, eu égard à l'absence de compétence fiscale française sur les bénéfices non français de la société non résidente.

Si la situation d'une société implantée en France sous forme de filiale n'est, compte tenu de l'unicité de personne morale, pas similaire à celle d'une société ayant une succursale, et si la comparaison de la retenue frappant la filiale à celle frappant la société non résidente lors de la distribution de ses bénéfices n'est pas pertinente, examiner la situation d'une mère de filiale française n'est en revanche pas dépourvue d'intérêt pour l'appréciation de l'imposition liée à la distribution de bénéfices aux associés.

Or dans le cas d'une société belge disposant d'une succursale belge réalisant 100 de bénéfices et d'une filiale française qui réalise 100 de bénéfices mais ne désinvestit rien, la société belge, qui n'acquies aucune retenue à la source dans ses relations avec la filiale, n'acquies pas davantage de retenue à la source en France lorsqu'elle distribue ensuite un dividende de 100 à ses propres associés. Dans le cas d'une société belge ayant une succursale belge réalisant 100 de bénéfices et une succursale française réalisant 100 de bénéfices, et alors même que les 100 de bénéfices français n'auraient pas cessé d'être à la disposition de l'exploitation française, la société belge acquies une retenue à la source en France au moment de la distribution de ce dividende de 100.

L'on ne peut s'empêcher de ressentir, compte tenu de la similarité économique des situations de départ, une gêne au vu de la dissimilitude des situations d'arrivée en cas d'absence de désinvestissement français. En particulier, si l'unicité de la personne morale est un élément décisif, nous notons que, pour l'application de la taxe de 3% sur les revenus distribués, l'article 235 ter ZCA disposait que « *pour les bénéfices réalisés en France par les sociétés étrangères et réputés distribués en application du 1 de l'article 115 quinquies, la contribution est assise sur les montants qui cessent d'être à la disposition de l'exploitation française* ». En dépit de la fongibilité des bénéfices, il n'est donc pas exclu qu'une société soit en mesure d'établir que les bénéfices de son exploitation française n'ont pas été rapatriés.

L'article 115 quinquies du CGI procède ainsi d'un exercice agressif par la France de sa compétence fiscale qui aboutit à soumettre à l'impôt français des distributions opérées au niveau mondial par une société non résidente au seul motif que cette société a réalisé des bénéfices en France. Lorsque les bénéfices français sont restés à la disposition de la seule exploitation française et ont été réinvestis dans celle-ci, l'article 115 quinquies du CGI conduit la France à prélever une retenue à la source sur des distributions opérées par une société non résidente, à des associés non résidents, prélevées sur des bénéfices réalisés à l'étranger.

Or dans un arrêt du 17 mai 2017, *X c/ Ministeraad*, la CJUE a énoncé « *qu'il appartient à tout État membre d'aménager, dans le respect du droit de l'Union, son système fiscal relatif à l'imposition de bénéfices, pour autant que ces bénéfices relèvent de la compétence fiscale de l'État membre concerné.* »

Dans cette affaire, était en cause une taxe belge frappant les sociétés distribuant un montant de bénéfices supérieur au montant du résultat fiscal ayant été retenu, en raison des avantages fiscaux prévus par le droit belge, pour l'assiette de l'IS. Y étaient assujetties tant les sociétés résidentes, y compris les filiales de sociétés non résidentes, que les sociétés non résidentes ayant un établissement stable belge : le droit national traitait pareillement, au regard de la détermination des redevables, sociétés résidentes et non résidentes, dès lors qu'elles avaient réalisé en Belgique des bénéfices. La Cour a jugé que cette taxe ne méconnaissait pas la liberté d'établissement à la condition que le mode de détermination de l'assiette de cet impôt ne conduise pas, de fait, à traiter la société non-résidente d'une manière moins avantageuse qu'une société résidente, et a renvoyé au juge national le soin de vérifier que, compte de l'objet de la loi belge, le mode de calcul de l'assiette ne conduise pas à ce qu'une société non résidente soit imposée sur des bénéfices ne relevant pas de la compétence fiscale belge.

Or comme dans ce précédent, l'article 115 quinquies taxe les revenus distribués par des sociétés non résidentes au motif que ces sociétés ont réalisé des bénéfices relevant de la compétence fiscale nationale. Par ailleurs, lorsque la société non résidente procède à des distributions qui n'ont pas été prélevées sur ses bénéfices français, la charge fiscale pesant sur les bénéfices distribués par cette société à ses associés non résidents peut, en tenant compte de la charge fiscale totale française et étrangère, être plus élevée que celle pesant sur une société française procédant à la même distribution à ses associés non résidents (s'ajoute, à la retenue à la source française, à l'imposition subie dans l'Etat de résidence du bénéficiaire et à l'éventuelle imposition dans l'Etat du siège de la distributrice, l'éventuelle autre retenue à la source prélevée par l'Etat dont sont effectivement originaires les bénéfices distribués).

Certes, la circonstance que l'usage parallèle de leurs compétences par les Etats membres crée des désavantages pour les contribuables n'est pas en soi une restriction à la liberté d'établissement. Il est essentiel de maintenir ce cap. Mais l'arrêt du 17 novembre 2017 nous paraît révéler qu'un exercice très extensif de sa compétence fiscale par un Etat membre sur des distributions prélevées sur des bénéfices ne relevant pas de celle-ci peut être constitutif d'une méconnaissance de la liberté d'établissement. Non pas au motif qu'un usage agressif de sa compétence fiscale serait en soi contraire à cette liberté, mais en ce qu'un tel usage peut au regard de l'objet de la loi être discriminatoire. Tel nous paraît être le cas lorsqu'un Etat procède à une assimilation excessive des situations transfrontalières à des situations internes conduisant à traiter pareillement, dans l'exercice de sa compétence fiscale, des situations qui ne sont pas comparables.

Or l'article 115 quinquies du CGI nous paraît encourir ce reproche.

Tel que nous l'interprétons, ce dispositif revient à poser le principe d'une compétence française sur les distributions opérées par une société non résidente au seul motif que cette société a réalisé des bénéfices en France, et à apprécier au niveau mondial l'existence d'un désinvestissement caractérisant une distribution de ces bénéfices français justifiant l'application de la retenue. Il équivaut, à hauteur des bénéfices issus de l'exploitation française, à gommer toute extranéité dans la situation de la société non résidente, en l'imposant comme si elle n'avait réalisé aucun bénéfice autre que français. Or la situation d'une telle société ne nous paraît pas comparable, au regard de la compétence fiscale française sur les distributions de source française et de l'objet de l'article 115 quinquies, à celle d'une société française qui distribue ses bénéfices sociaux. Si elle devait se rapprocher d'une situation, ce serait plutôt, compte tenu de l'objet du dispositif en cause, de celle d'une mère de filiale française, laquelle ne lui aurait distribué aucun dividende, qui procéderait sur la base de ses bénéfices propres à des distributions et ne serait pas imposable en France à raison de cette distribution.

Dans ces conditions, en dépit de la difficulté à identifier le terme pertinent de comparaison et le caractère quelque peu hétérodoxe du raisonnement, la loi française nous paraît, lorsqu'elle conduit à soumettre à retenue les distributions d'une société non résidente à ses associés non résidents alors que les bénéfices réalisés par l'établissement stable français n'ont pas cessé d'être à la disposition de ce dernier, traiter les bénéfices distribués par des sociétés non résidentes ayant un établissement stable français de manière désavantageuse et instituer une restriction à la liberté d'établissement. Si la préservation du pouvoir d'imposer de la France peut justifier une présomption de distribution prioritaire des dividendes français, elle ne saurait, au regard de l'objet de l'article 115 quinquies, justifier qu'elle soit irréfragable : la loi fiscale va trop loin au regard de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Dès lors, en jugeant que la présomption posée par l'article 115 quinquies du CGI et la différence de traitement entre mères de filiales françaises et sociétés non résidentes ayant un établissement stable en France ne procédait que d'une simple différence de technique d'imposition et en écartant, pour ce motif, le moyen tiré d'une atteinte à la liberté d'établissement, la cour a commis une erreur de droit.

La portée pratique de cette inconventionnalité sera limitée : d'une part, elle ne concernera que les sociétés européennes non soumises à l'IS dans leur Etat de résidence et, d'autre part, elle ne nous paraît pas devoir conduire à écarter de manière générale l'application de l'article 115 quinquies aux bénéfices distribués par de telles sociétés, mais seulement à écarter la loi nationale en tant qu'elle il s'oppose, en cas de demande de révision de la liquidation de la retenue, à ce qu'une telle société établisse que tout ou partie des bénéfices de l'exploitation française n'ont jamais cessé d'être à la disposition de celle-ci et y ont été réinvestis. En d'autres termes, cette inconventionnalité permettra seulement de faire tomber la retenue à la source dans l'hypothèse très particulière où une société européenne parviendrait à apporter cette démonstration.

En revanche, si vous n'êtes pas convaincus par le raisonnement qui précède, vous écarterez le moyen en retenant la première approche esquissée dans nos conclusions, ou adresserez à la CJUE une question préjudicielle l'invitant à préciser sa jurisprudence sur la fairness tax belge dans l'hypothèse d'une imposition telle celle aujourd'hui en cause.

Par ces motifs nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 17 mai 2017 de la cour administrative d'appel de Paris ;
- au renvoi de l'affaire à cette cour ;
- et à ce que l'Etat verse à la société Cofinimmo 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.