10^e et 9^e chambres réunies
Séance du 13 novembre 2019
Lecture du 27 novembre 2019

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

Société en commandite simple à responsabilité de limitée de droit allemand (*GmbH & Co. KG*), la société Vorwerke Electrowerke GmbH & Co. KG, qui a pour associé commandité unique la société Vorwerk Electrowerke Verwaltungs GmbH et pour associé commanditaire la société Vorwerk & Co. KG, toutes deux également de droit allemand, a reçu fin décembre 2008 de la société française Vorwerk Semco SAS, qu'elle détient à 100%, un dividende de 32 M €, qui a été soumis à la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis du CGI à un taux ramené à 15% par application de l'article 9 de la convention fiscale franco-allemande du 21 juillet 1959¹, pour un montant de 4,8 M €.

Après avoir vainement réclamé à l'administration la décharge de cette retenue à la source qu'elle estimait contraire aux principes de libre circulation des capitaux et de liberté d'établissement, elle a porté le litige devant le juge administratif, sans plus de succès à ce stade. Elle vous saisit d'un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 29 septembre 2016 (n°15VE00991, classé C+, mentionné au BF 10/19 n° 900), par lequel la cour administrative d'appel de Versailles a en dernier lieu refusé de faire droit à ses prétentions.

En réponse à la requérante, qui se prévalait d'une différence de traitement contraire au traité entre sociétés en commandite simple de droit allemand et sociétés en commandite simple de droit français au motif que, contrairement à ces dernières, elle ne pouvait bénéficier de l'exonération attachée au bénéfice du régime des sociétés mères, la cour a jugé que les sociétés en commandite simple n'étaient pas au nombre des sociétés passibles de l'impôt sur les sociétés mentionnées au 1 de l'article 206 du code général des impôts, la circonstance que l'impôt sur les sociétés s'applique à la part du résultat correspondant aux droits de l'associé commanditaire ne suffisant pas selon elle à les regarder comme soumises à l'impôt sur les sociétés au sens de l'article 145 du CGI relatif au régime des sociétés mères (point 12 de l'arrêt attaqué).

Rappelant le considérant de principe de votre décision *Société GBL Energy* (9 mai 2012, n° 342221, 342222, p.195, RJF 7/12 n° 774, ccl. L. Olléon BDCF 7/12 n° 92, chronique

¹ « (1) Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un Etat contractant à un résident de l'autre Etat contractant sont imposables dans cet autre Etat. / (2) Chacun des Etats contractants conserve le droit de percevoir l'impôt sur les dividendes par voie de retenue à la source, conformément à sa législation. Toutefois, ce prélèvement ne peut excéder 15 p. 100 du montant brut des dividendes. (...) ».

E. Bokdam-Tognetti RJF 7/12 p. 587), elle a également écarté toute différence de traitement entre sociétés en commandite simple de droit français et de droit allemand après avoir relevé que la part des bénéfices sociaux correspondant aux droits des commanditaires était soumise en France à l'impôt sur les sociétés au taux normal de 33,3 % en vertu du 4 de l'article 206 du CGI et que celle correspondant aux droits des commandités, si elle n'était pas imposée au niveau de la société, était directement taxée entre les mains de ces derniers. Précisons qu'à la différence de ce qui est prévu en France, les dividendes reçus par des sociétés en commandite simple sont intégralement taxés entre les mains de leurs associés tant s'agissant de la part relevant des commandités que de celle relevant des commanditaires. Elle a observé qu'en tout état de cause, l'associé commandité de la société requérante avait en l'espèce renoncé à ses droits dans la répartition de son résultat, appréhendé dans sa totalité par l'associé commanditaire (points 8 et 9 de l'arrêt attaqué).

Sur chacun de ces deux points, l'arrêt attaqué nous semble poser problème.

Comme vous le savez, le droit de l'Union européenne, et en particulier les principes de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux (voyez sur l'invocabilité de ces deux principes en matière de retenue à la source sur les dividendes versés à des sociétés non résidentes : CJCE 18 juin 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, C 303/07, point 30) s'oppose à ce que la législation d'un Etat membre prévoie, pour les seules sociétés mères non résidentes, une imposition par voie de retenue à la source des dividendes versés par leurs filiales résidentes tandis que les sociétés mères résidentes seraient de leur côté partiellement ou totalement exonérées (CJCE 14 décembre 2006, *Sté Denkavit international et Sarl Denkavit France* aff. 170/05 : RJF 7/07 n° 807 ccl. Geelhoed BDCF 3/07 n°39 ; CJCE, 14 septembre 2006, *Centro di musicologia Walter Stauffer*, aff. C-386/04, Rec. 2006, p. I-8203 et dans la même logique, s'agissant d'OPCVM, CJUE, 10 mai 2012, *Sté Santander Asset management SGIIC SA et autres*, aff. C-338/11 : RJF 2012 n° 775).

En revanche, il ne fait pas obstacle à ce qu'il soit tenu compte de la différence de situation dans laquelle se trouvent les sociétés résidentes et les sociétés non résidentes au regard du recouvrement de l'impôt en les soumettant, alors même qu'existeraient des mécanismes effectifs d'assistance administrative entre Etats, à des modalités de perception différentes, pour autant qu'elles ne fassent pas peser sur les sociétés non résidentes une charge fiscale plus lourde que sur les sociétés résidentes (en ce sens CJCE 22 décembre 2008, *Truck Center SA*, aff. 282/07 : RJF 3/09 n° 302 ccl. J. Kokott BDCF 3/09 n° 40). Vous en avez dans un premier temps tiré que l'imposition d'une retenue à la source sur les dividendes versés à des sociétés non résidentes déficitaires, alors que ceux versés à des sociétés résidente déficitaires sont soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal, de manière décalée dans le temps, au titre de l'exercice où leurs résultats redeviennent bénéficiaires, ne constituait pas une différence de traitement caractérisant une restriction à la libre circulation des capitaux (voyez votre décision de plénière *GBL Energy* du 9 mai 2012, déjà citée ; dans la même veine 29 octobre 2012, *Société Kermadec*, n° 352209, RJF 2013 n° 45, ccl. N. Escaut ; 25 novembre 2015, *Société Kermadec*, n° 373128, RJF 2016 n° 139, ccl. E. Cortot-Boucher C 139).

Mais cette vision des choses, vraisemblablement déjà audacieuse à l'époque, a volé en éclats à la faveur d'une question préjudicielle que vous avez renvoyée à la Cour de justice (20 septembre 2017, *Société Sofina et autres*, n°s 398662, 398663, 398666, 398672, 398674, 398675, RJF 12/17 n° 1262, ccl. E. Bokdam-Tognetti C 1262). Par sa décision *Société Sofina*

du 22 novembre 2018 (aff.C-575/17, ccl. Wathelet) - c'est-à-dire postérieure à l'arrêt attaqué -, la Cour a notamment dit pour droit que l'exclusion d'un avantage de trésorerie dans une situation transfrontalière alors qu'il est octroyé dans une situation équivalente sur le territoire national constituait une restriction à la libre circulation des capitaux, l'existence d'un éventuel traitement désavantageux devant être apprécié exercice par exercice. Or, lorsqu'une société résidente clôture son exercice par un résultat déficitaire, la charge fiscale qui résulte pour elle de la perception des dividendes est nulle, tandis qu'une société non résidente placée dans la même situation aura pour sa part subi une imposition définitive. Et comme le relève la Cour, le report de l'imposition peut même aboutir à une exonération lorsque la société résidente n'enregistre aucun exercice bénéficiaire avant de cesser ses activités. Faute de justification d'une telle restriction à la libre circulation des capitaux, qui aurait pu résider dans l'absence de comparabilité objective des situations en cause ou dans l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général², elle a conclu que le droit de l'Union européenne s'opposait à une réglementation en vertu de laquelle les dividendes distribués par une société résidente font l'objet d'une retenue à la source lorsqu'ils sont perçus par une société non-résidente, alors que lorsqu'ils sont perçus par une société résidente, leur imposition selon le régime de droit commun de l'impôt sur les sociétés ne se réalise à la fin de l'exercice au cours duquel ils ont été perçus qu'à la condition que le résultat de cette société ait été bénéficiaire durant cet exercice, une telle imposition pouvant le cas échéant ne jamais intervenir si ladite société cesse ses activités sans avoir atteint un résultat bénéficiaire depuis la perception de ces dividendes.

Vous avez tiré les conséquences de l'arrêt de la Cour de justice en revenant sur votre jurisprudence *GBL Energy* pour juger que le droit de l'Union faisait obstacle à ce qu'une retenue à la source soit prélevée, en vertu du 2 de l'article 119 bis du CGI, sur les dividendes versés à une société non-résidente en situation déficitaire, en précisant, au passage, que le caractère déficitaire du résultat devait s'apprécier au regard de la législation de l'Etat de résidence de cette société (27 février 2019, *Sté Sofina et autres*, n°s 398662, 398663, 398666, 398672, 398674, 398675, RJF 5/19 n° 441, ccl. E. Bokdam-Tognetti C 441).

Pour en revenir au pourvoi, la requérante soulève pour commencer un moyen, infondé, tiré de ce que les juges d'appel auraient jugé à tort que le tribunal n'avait pas relevé d'office un moyen en estimant qu'elle ne satisfaisait pas aux conditions ouvrant le bénéfice du régime des sociétés mères pour écarter son moyen tiré de la méconnaissance de la liberté d'établissement : mais la cour n'a commis aucune erreur de droit en jugeant que le tribunal administratif avait exercé son office en apportant la réponse qu'il estimait fondée au moyen soulevé devant lui (sur cette façon de faire voyez 2 juin 2010, *Fondation de France*, n° 318014, p. 176, RJF 8-9/10 n° 872, ccl. N. Escaut BDCF 8-9/10).

Pour le reste, est d'abord contesté, dans la logique de l'arrêt *Denkavit International*, l'application de la retenue à la source dans un cas où une société en commandite simple française aurait été exonérée d'impôt sur les sociétés pour la part revenant aux

² Le gouvernement faisait valoir, sur chacun de ces points, d'une part que les sociétés résidentes et non-résidentes se trouvaient placées dans des situations différentes en termes de recouvrement, l'Etat français n'agissant dans le second cas qu'en tant qu'Etat de la source des dividendes, et, d'autre part, que la soumission des dividendes versés à des sociétés non résidentes à une retenue à la source était justifiée par les exigences liées au respect de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre Etats membres et à l'efficacité du recouvrement de l'impôt.

commanditaires, sous réserve d'une quote-part de frais et charges de 5%, en application du régime mère-fille. A supposer que vous écartiez le moyen tiré de l'erreur commise par la cour à avoir jugé qu'une société en commandite simple française ne pouvait bénéficier de ce régime, le pourvoi fait valoir, dans la logique de l'arrêt *Sté Sofina*, que cette retenue à la source ne pouvait être prélevée sur les dividendes reçus par la société Vorwerk Eletrowerke GmbH de la part de la société française Vorwerk SAS au motif que son associé commanditaire, qui les avait appréhendés en totalité, n'avait pu imputer la somme ainsi acquittée sur le montant de son impôt en Allemagne en raison de pertes fiscales afférentes à d'autres catégories de revenus.

La cour nous semble bien avoir commis l'erreur de droit qui lui est reprochée sur le premier point, ce que ne conteste d'ailleurs pas le ministre, qui s'en remet à votre sagesse.

L'article 145 du code général des impôts prévoit que le régime fiscal des sociétés mères, qui permet, pour éviter la double imposition, que les produits de participation reçus par la mère ne soient pas pris en compte dans son résultat imposable, sous réserve d'une quote-part de frais et charges, lorsque lesdites participations respectent certaines conditions, est applicable « *aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal* ».

Comme l'a relevé la cour, il est vrai que les sociétés en commandite simple ne sont pas au nombre de celles soumises de plein droit à l'impôt sur les sociétés en vertu du 1 de l'article 206. Le 3 de cet article prévoit seulement la possibilité pour ces sociétés d'opter pour leur assujettissement à cet impôt. Mais la poursuite de la lecture du texte nous apprend qu'une telle option n'existe en réalité qu'en ce qui concerne les droits des commandités, son 4 disposant que « *Même à défaut d'option, l'impôt sur les sociétés s'applique (...) dans les sociétés en commandite simple (...), à la part de bénéfices correspondant aux droits des commanditaires et à ceux des associés autres que ceux indéfiniment responsables ou dont les noms et adresses n'ont pas été communiqués à l'administration* ».

Autrement dit, les sociétés en commandite simple font en France l'objet d'un traitement fiscal hybride, puisqu'elles sont soumises à l'impôt sur les sociétés, en leur nom propre, pour la part des bénéfices correspondant aux droits des commanditaires en vertu du 4 de l'article 206, tandis qu'à défaut d'exercice de l'option prévue au 3 de cet article pour le régime des sociétés de capitaux, les associés commandités sont pour leur part personnellement soumis à l'impôt sur le revenu à raison de leur quote-part des bénéfices sociaux selon le régime des sociétés de personnes (articles 8, 60 et 218 bis du code général des impôts).

Ce traitement différencié constitue en réalité la manifestation fiscale de la particularité des sociétés commerciales que sont les sociétés en commandite simple, régies par l'article L. 222-1 du code de commerce, tenant à l'existence obligatoire de ces deux catégories d'associés : les commanditaires, qui répondent des dettes sociales à concurrence de leurs seuls apports et ne peuvent s'immiscer dans la gestion de la société, et les commandités, qui exercent le pouvoir de direction et ont le statut des associés des sociétés en nom collectif, c'est-à-dire qu'ils ont la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales (article L. 221-1 du code de commerce). On notera au passage qu'une telle différence

de traitement fiscal ne s'imposait pas nécessairement, comme l'illustre le régime allemand qui comporte pourtant la même spécificité tenant à la dualité des associés.

Que les sociétés en commandite simple présentent des particularités est donc une chose certaine, mais contrairement à la cour nous pensons que celles-ci ne font aucunement obstacle à l'application du régime mère-fille, y compris à défaut d'option pour le régime des sociétés de capitaux, dès lors que ces sociétés sont toujours au moins partiellement passibles de l'impôt sur les sociétés.

La lettre de l'article 145 du code général des impôts se borne en effet à mentionner les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés au taux normal, sans exiger qu'elles le soient sur l'intégralité de leurs bénéfices. Et comme le souligne le ministre en défense, les travaux préparatoires de la loi n° 88-1149 du 23 décembre 1988 de finances pour 1989, d'où elles sont issues, font état de ce que l'objectif recherché par ces dispositions était d'ouvrir le bénéfice du régime mère-fille à l'ensemble des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, totalement ou partiellement, alors qu'il était auparavant réservé aux seules sociétés par actions et SARL³.

De plus, plusieurs de vos décisions tendant à regarder les sociétés en commandite simple comme passibles de l'impôt sur les sociétés même en l'absence d'option (en ce sens 28 janvier 1987, *Société Candelier Brumaire*, ccl. B. Martin-Laprade, n° 55852, RJF 1987 n° 273, jugeant que sont exclues du régime du forfait les sociétés en commandite simple alors même que la part de leur résultat soumise à l'impôt sur les sociétés serait faible, ou dans la même veine 16 mai 1990, *Société Hourcade et Cie*, n° 69747, RJF 1990 n° 809, ccl. Mme. Liébert-Champagne). Vous avez en particulier récemment jugé que les sociétés en commandite simple étant légalement passibles de l'impôt sur les sociétés, fût-ce pour une partie seulement de leurs bénéfices, en vertu de l'article 206 du code général des impôts, le régime de l'article 210 A s'appliquait aux opérations de fusion ou assimilées auxquelles elles participent (11 avril 2018, *Ministre c/ Société GE Medical Systems*, n° 409027, RJF 7/18 n° 731 ccl. R. Victor C 735).

Nous ne voyons pas de raison de juger différemment pour l'application du régime mère-fille. La doctrine administrative et les ouvrages spécialisés sont d'ailleurs en ce sens, précisant tout de même qu'à défaut d'option pour le régime des sociétés de capitaux, le régime mère-fille n'est applicable qu'à concurrence de la part relevant du commanditaire (BOI-IS-BASE-10-10-10-10-20190703 n° 90 ; Mémento groupe de sociétés 2019-2020 n° 26835 ; Mémento fiscal n° 37775), restriction qui nous paraît cohérente avec le fait que chaque fraction du bénéfice social de la société en commandite simple est calculée selon les règles propres à l'impôt dont elle relève.

Si vous nous suivez, vous censurerez l'erreur de droit commise par la cour en jugeant le contraire, la conduisant à écarter par principe toute différence de traitement entre sociétés en commandite française et allemande au regard de l'application du régime mère-fille. Même si l'on peut hésiter, nous sommes finalement d'avis que ce motif pourrait à lui seul entraîner la cassation totale de l'arrêt attaqué, bien que l'application à la requérante d'un traitement comparable à celui d'une société en commandite simple française qui aurait reçu des

³ Voir en ce sens l'exposé des motifs de l'article 56 du PLF pour 1989 ainsi que le rapport fait au nom de la commission des finances de l'assemblée sur l'examen de la deuxième partie de ce projet, p. 92.

dividendes de sa filiale française ne pourrait aboutir à l'exonérer de la retenue à la source sur la quote-part de frais et charges de 5%, raison pour laquelle le ministre soutient à titre subsidiaire que la restitution ne devrait intervenir qu'à hauteur de 4, 266 M €.

Mais il nous semble que vous feriez œuvre utile en dérogeant à la règle de l'économie de moyens pour faire droit à un second moyen de cassation dont les conséquences pourraient être plus radicales et qui nous paraît imparable : dans son mémoire en réplique produit le 2 mai dernier, la requérante se prévaut de la décision *Société Sofina* de la Cour de justice, dont elle déduit que la retenue à la source litigieuse ne pouvait lui être appliquée en raison de la situation déficitaire de son associé commanditaire, qui a en l'occurrence intégralement appréhendé les dividendes reçus. La question conserve précisément un intérêt parce que comme nous venons de le souligner l'application du régime mère-fille ne pourrait entraîner la restitution que partielle de la retenue à la source litigieuse. Le moyen n'est par ailleurs pas nouveau en cassation, la question des pertes subies par les associés empêchant l'imputation de la retenue à la source ayant été soulevée devant les juges du fond.

En dépit de l'ancienneté de l'affaire, il justifie cependant le renvoi à la cour : les termes du débat sur ce sujet ont été profondément renouvelés par l'intervention de l'arrêt *Sofina*, de sorte qu'il nous paraît souhaitable qu'il soit discuté sur ces bases nouvelles par les parties devant les juges du fond. C'est d'autant plus vrai que la configuration particulière du litige pose la question nouvelle à notre connaissance de savoir si, dans le cas où la société non-résidente est une société de personnes, l'existence d'une situation déficitaire de nature à faire échec à l'application de la retenue à la source doit être appréciée au niveau de la société elle-même ou au niveau de ses associés.

La réponse à cette question nous semble à rechercher dans l'analyse des caractéristiques du régime allemand des sociétés en commandite à responsabilité limitée (GmbH & Co. KG). Il est vrai que vous avez jugé qu'il appartenait au juge de l'impôt, saisi d'un litige portant sur le traitement fiscal d'une opération impliquant une société de droit étranger, d'identifier dans un premier temps, au regard de l'ensemble des caractéristiques de cette société et du droit qui en régit la constitution et le fonctionnement, le type de société de droit français auquel la société de droit étranger est assimilable et que, compte tenu de ces constatations, il lui revenait ensuite de déterminer le régime applicable à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française (24 novembre 2014, *Société Artémis*, n° 363556, p. 345, RJF 2/15 n° 102, ccl. E. Cortot-Boucher BDCF 2/15). Mais ce mode d'emploi concerne le traitement fiscal en France d'une opération impliquant une société de droit étranger. Le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire *Sofina* procède d'une logique différente, par essence finaliste, tendant seulement à l'éradication de toute différence de traitement injustifiée entre sociétés résidentes d'une part, et non-résidentes d'autre part.

Déterminer le niveau auquel doit être caractérisée l'existence d'une situation déficitaire au regard du droit étranger présenterait en outre l'avantage de la cohérence, car comme nous le rappelions vous avez déjà jugé dans cette formation que le caractère déficitaire ou bénéficiaire du résultat de la société non-résidente devait lui-même s'apprécier au regard de la législation de l'Etat de résidence de cette société (27 février 2019, *Sté Sofina et autres*, n°s 398662, 398663, 398666, 398672, 398674, 398675, RJF 5/19 n° 441, ccl. E. Bokdam-Tognetti C 441).

Précisons que s'il elle ne faisait pas droit à cette argumentation, il appartiendrait à la cour, après s'être assurée que la société en commandite simple allemande est bien assimilable à une société en commandite simple française - point qui nous engagé dans l'affirmative par votre récente décision *Société Masterfoods Holding* du 8 novembre 2019 (n° 430543 ccl. Romain Victor) - de tirer les conséquences de ce que le régime mère fille aurait trouvé à s'appliquer à l'opération litigieuse au regard de la loi fiscale française en déchargeant la société à hauteur de l'exonération dont elle aurait bénéficié.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la CAA de Versailles et à ce qu'une somme de 3000 euros soit mise à la charge de l'Etat au titre des frais de procédure.