

N° 449723

M. E...

10<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 13 février 2023

Décision du 15 mars 2023

## CONCLUSIONS

### M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public

M. E..., domicilié en France, est administrateur et actionnaire de la société « CA Animation », holding du groupe « CA Traiteur & Salaisons ». Cette société a été créée en France en 2002 avant de devenir une société anonyme de droit luxembourgeois en 2005. A l'occasion d'une vérification de comptabilité de l'établissement stable en France de cette société, portant sur les exercices clos de 2006 à 2011, l'administration fiscale a estimé que la société avait son centre de direction effective en France. Elle en a tiré les conséquences au niveau de M. E...<sup>1</sup> en rectifiant son niveau d'imposition sur le revenu tant à raison des dividendes que des tantièmes qui lui ont été versés en 2010 et 2011 par cette société.

Le tribunal administratif de Montpellier, par jugement du 15 janvier 2018, puis la cour administrative d'appel de Marseille, par un arrêt du 15 décembre 2020, ont rejeté les demandes de décharge, totale à titre principal et partielle à titre subsidiaire, présentées par M. E..., qui se pourvoit en cassation.

Le litige devant vous ne porte plus que sur une seule question : le sort de l'imposition par le Luxembourg des dividendes versés à M. E....

Lorsqu'ils ont été versés à M. E... par la société CA Animation, en 2010 et 2011, les dividendes en litige, imposables en France au nom de M. E... au titre de revenus perçus à l'étranger, ont fait l'objet d'une retenue à la source de la part des autorités luxembourgeoises, comme le permettaient les stipulations de l'article 8 de la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1<sup>er</sup> avril 1958 alors applicables. M. E... pouvait toutefois, comme il était prévu à l'article 19 § 3 b) de la même convention, bénéficier d'un crédit d'impôt correspondant au montant de l'impôt luxembourgeois.

En redressant l'imposition sur le revenu de l'intéressé au titre des années 2010 et 2011, l'administration fiscale a remis en cause le bénéfice de ce crédit d'impôt puisque, considérant que le centre effectif de direction de la société, qui est le critère de domiciliation fiscale des personnes morales selon la convention, se trouvait en France, l'administration en a déduit que les dividendes n'ont pas été versés à l'intéressé par une société qui a son domicile fiscal dans

---

<sup>1</sup> Pour la société, v. CAA Versailles, 8 juin 2021, SA CA Animation, n° 18VE01549.

l'autre Etat, et qu'ils ne pouvaient donc donner lieu à l'application des articles 8 et 19 de la convention, mais ont été versés dans un cadre purement national. L'arrêt attaqué a validé ce raisonnement.

Le contribuable le conteste en portant en premier lieu le débat, par des moyens d'erreur de droit, d'insuffisance de motivation, d'erreur de qualification juridique des faits et de dénaturation des pièces du dossier, sur la question du centre de direction effective de la société CA Animation.

La convention franco-luxembourgeoise de 1958, pas plus que celle de 2018, ne comporte pas de définition de cette notion. C'est du reste assez rare dans les conventions fiscales bilatérales (pour un contre-exemple, v. la convention fiscale franco-allemande du 21 juillet 1959 qui se réfère (art. 2 § 5) au « centre de la direction générale de l'affaire » ; de manière générale, v. B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales, EFL, § 41400 et s.).

Dans votre jurisprudence, le siège de la direction effective de l'entreprise est généralement défini par le lieu où les personnes exerçant les fonctions les plus élevées prennent les décisions stratégiques qui déterminent la conduite des affaires de cette entreprise dans son ensemble (16 avril 2012, P..., n° 323592, RJF 7/12 n° 674, concl. J. Boucher, BDCF 7/12 n° 80, pour la convention fiscale entre la France et la Nouvelle-Zélande du 30 novembre 1979, s'agissant du siège de la direction effective d'une entreprise exploitant des navires en trafic international).

Il s'agit essentiellement d'une question de fait, qui, à défaut de réponse évidente, repose sur la réunion d'un ensemble d'indices et, le cas échéant, si une société dispose de plusieurs centres, sur la confrontation des données propres à chacun de ces centres dès lors qu'une société ne peut avoir qu'un seul centre de direction effective.

Votre jurisprudence ne doit au demeurant pas être comprise dans un sens restrictif : les décisions stratégiques qui déterminent la conduite des affaires de l'entreprise ne recouvrent pas seulement les décisions prises par le conseil d'administration, mais s'étendent également aux décisions les plus importantes en matière de direction, d'administration et de contrôle de la société.

Le comité des affaires fiscales de l'OCDE, dans ses commentaires de 2008, estimait d'ailleurs pour sa part que « le siège de direction effective est le lieu où sont prises, quant au fond, les décisions clés sur le plan de la gestion et sur le plan commercial qui sont nécessaires pour la conduite des activités de l'entité dans son ensemble. Tous les faits et circonstances pertinents doivent être pris en compte (...) » (v. B. Gouthière, préc.).

En l'espèce, pour juger que le centre de direction effective de la société CA Animation devait être fixé en France, la cour s'est fondée, d'abord, sur la faiblesse des moyens humains et matériels de la société au Luxembourg. Elle a relevé que la société CA Animation a signé un bail avec la société Aurea Finance Company, dont l'une des activités est la domiciliation d'entreprises, lui permettant de disposer d'un local de seulement 13 m<sup>2</sup>, au 50 rue Basse à Steinsel, qui est également l'adresse du siège social de la société bailleresse. Le seul

administrateur de la société CA Animation au Luxembourg était un dirigeant de cette société Aurea Finance Company. Le comptable de la société CA Animation, employé pour 10 heures par semaine, était aussi un des salariés de la société Aurea Finance Company.

La cour s'est ensuite fondée sur l'importance des moyens mobilisés en France, au 49 avenue d'Iéna à Paris, pour la gestion financière, comptable et fiscale de la société CA Animation. C'est à cette adresse que sont établies plusieurs des sociétés composant le groupe. La cour a relevé que des ordres de mouvement de titres et des ordres de virement bancaires de la société CA Animation étaient émis depuis le 49 avenue d'Iéna, que les relevés périodiques des comptes bancaires détenus par la société CA Animation dans les établissements HSBC, BNP Paribas et Banque de Luxembourg, étaient envoyés au cabinet comptable Aurion, situé 15 avenue de l'Opéra à Paris, et que ce cabinet était destinataire des déclarations de taxe sur la valeur ajoutée de la société CA Animation avant leur dépôt au Luxembourg.

La cour a enfin constaté que les deux cofondateurs et administrateurs de la société CA Animation, qui détiennent chacun 50 % de son capital, qui sont statutairement habilités à engager la société, et sont par ailleurs mandataires sociaux des sociétés du groupe exerçant leur activité en France, sont domiciliés en France où ils ont signé de 2007 à 2011 des conventions cadres d'apport d'affaires et des avenants avec différentes sociétés du groupe.

L'arrêt de la cour nous apparaît, en premier lieu, dépourvu d'erreur de droit. La cour a en effet eu raison de ne pas forger sa conviction en se fondant :

- d'une part, sur la volonté de la Société CA Animation d'internationaliser ses activités. Comme l'indique le pourvoi, la société a souhaité amoindrir l'image « franco-centrée » du groupe. Mais cette stratégie d'image n'implique pas de transférer au Luxembourg le centre de direction effective de la société tête de groupe, elle peut se limiter à une simple domiciliation de convenance, pour bénéficier d'une d'adresse « à l'étranger » ;

- d'autre part, sur la volonté de la société de faciliter son accès au marché obligatoire luxembourgeois. Mais, là aussi, il n'est nullement établi que seul le transfert du centre de décision effective de la société au Luxembourg permettrait d'atteindre cet objectif ;

Et d'ailleurs, les éléments du dossier le confirment : la société vous explique qu'elle a, grâce à son implantation au Luxembourg, diversifié ses financements et déployé ses activités à l'international ; ce qu'elle a pu faire, sans que, à notre sens, elle ne dispose au Luxembourg de son centre de direction effective.

En outre, la cour n'a pas plus commis d'erreur de droit pour ne pas avoir, selon le pourvoi, tenu compte de la circonstance que le société CA Animation est une holding pure, ce qui lui permet de fonctionner avec des moyens humains et matériels limités.

Cependant, la cour n'a pas exigé que le centre de direction effective, même pour une holding, soit nécessairement de grande taille et occupé par plusieurs administrateurs et de nombreux salariés, mais elle a recherché si l'installation matérielle et l'implication humaine au Luxembourg avaient une consistance minimum, ie que s'y trouvaient « les services

nécessaires à l'activité de holding » (v. 7 mars 2016, Société Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme, n° 371435, Droit Fiscal, 2016, concl. A. Bretonneau).

Enfin, toujours sous l'angle de l'erreur de droit, la cour a pu, alors que M. E... faisait valoir que les conseils d'administration et les assemblées générales des actionnaires concernant la société avaient lieu au Luxembourg, juger, sans commettre une telle erreur, que si le lieu où se tiennent les conseils d'administration d'une société peut constituer un indice pour l'identification d'un siège de direction, ce seul élément ne saurait, confronté aux autres éléments du dossier, suffire à le déterminer, car tel est exactement le sens de votre jurisprudence (7 mars 2016, Société Compagnie internationale des wagons-lits et du tourisme, préc.).

La cour n'a, en deuxième lieu, pas insuffisamment motivé son arrêt. En effet, la cour n'était pas tenue de répondre précisément à chacun des arguments invoqués par M. E... et, en tout état de cause, si elle n'a cité que deux conventions signées au Luxembourg, elle a bien tenu compte de l'ensemble des pièces du dossier.

Enfin, en troisième lieu, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits qu'elle a souverainement appréciés sans commettre de dénaturation.

Les deux actionnaires de la société, qui en sont aussi les administrateurs, gèrent la société depuis son établissement français, en même temps que les sociétés à la tête des différentes branches du groupe, le troisième administrateur étant le dirigeant de la société de domiciliation d'entreprises. Que les assemblées générales ou les conseils d'administration, réunissant ces deux ou trois personnes, aient physiquement lieu au Luxembourg apparaît tout à fait formel, alors que, le reste du temps les locaux du Luxembourg sont dépourvus de toute activité décisionnelle, administrative ou financière. Et si des contrats ont été conclus au Luxembourg ou si c'est un cabinet luxembourgeois qui établissait les comptes consolidés de la société, ce n'est pas pour autant que la direction effective de la société s'y trouvait, dès lors que les décisions stratégiques étaient prises à Paris.

Au cours des années en litige, 2010 et 2011, la cour n'a donc pas eu tort de juger que la société CA Animation avait en France le centre de sa direction effective.

Il n'en demeure pas moins que les dividendes versés à M. E... ont subi, au Luxembourg, une retenue à la source et que le contribuable estime pouvoir continuer à bénéficier du mécanisme de crédit d'impôt destiné à éliminer la double imposition prévu à l'article 19 § 3 b) de la convention franco-luxembourgeoise.

La cour lui a répondu que dès lors que la société CA Animation n'était pas fiscalement domiciliée au Luxembourg au sens de la convention, il ne pouvait se prévaloir du crédit d'impôt qu'elle prévoit. C'est imparable.

La convention permet d'éliminer la double imposition découlant des prévisions de son article 8 desquelles il résulte que les dividendes versés par une société domiciliée au Luxembourg à

un résident français sont taxés en France mais peuvent aussi faire l'objet, dans une certaine mesure, d'une taxation à la source au Luxembourg.

Dès lors que l'on considère que la société qui a versé les dividendes n'est pas domiciliée au Luxembourg, mais est domiciliée en France, ces dividendes sont donc versés par une société domiciliée en France à un contribuable domicilié en France et il n'y a donc plus lieu de faire jouer la clause d'élimination de la double imposition, car, dans ce cas, il y a lieu de considérer, du point de vue français, que la retenue à la source luxembourgeoise ne relève pas de la convention. L'arrêt de la cour, qui est suffisamment motivé, n'est ainsi pas entaché d'erreur de droit.

Dans cette configuration, il appartient en réalité à M. E..., non pas de réclamer auprès de l'administration française un crédit d'impôt, mais, s'il s'y croit fondé et si une voie de droit le lui permet encore, de demander la décharge de la retenue à la source à l'administration du Luxembourg. L'administration du Luxembourg ne sera cependant nullement tenue par la position de l'administration française, ni par les décisions du juge français, et elle pourra très bien considérer que, selon elle, la société CA Animation a son siège de direction effective au Luxembourg ou que, en tout état de cause, elle est fondée, compte-tenu de son droit national, de pratiquer des retenus à la source sur ces dividendes versés par une société luxembourgeoise. Dans ce genre de situations, c'est alors le mécanisme de la procédure amiable de l'article 24 de la convention qui peut permettre, le cas échéant, de rapprocher les points de vue.

Toutefois, le droit fiscal français n'est pas totalement insensible à l'impôt luxembourgeois ayant grevé les dividendes versés à M. E..., qui n'en est donc pas réduit à s'en remettre à la bienveillance fiscale de l'administration luxembourgeoise, mais peut aussi poursuivre son action devant l'administration française.

Les articles 120 et 122 du CGI, qui concernent l'imposition en France des dividendes versés par des sociétés dont le siège social est à l'étranger (c'est le cas de la société de droit luxembourgeois CA Animation), prévoient que le revenu procédant de ces dividendes est déterminé par la valeur brute en euros des produits encaissés d'après le cours du change au jour des paiements, sans autre déduction que celle des impôts établis dans le pays d'origine et dont le paiement incombe au bénéficiaire.

M. E..., à titre subsidiaire, en réclamait le bénéfice, à savoir la déduction de l'impôt luxembourgeois de son revenu imposable.

La cour a sèchement répondu que ces dispositions font obstacle à ce que M. E... puisse se prévaloir du prélèvement à la source acquitté par la société luxembourgeoise CA Animation sur les dividendes qu'elle lui a versés. Un moyen d'insuffisance de motivation eût été fondé. Le moyen d'erreur de droit soulevé l'est aussi, et le ministre en convient en défense.

En effet, M. E... doit être regardé comme le bénéficiaire auquel incombe le paiement de l'impôt luxembourgeois, alors même que le prélèvement a été, s'agissant d'une retenue à la

source, opéré par la société CA Animation. C'est bien M. E... qui a été redevable d'un impôt sur son revenu.

En outre, quand bien même la retenue à la source luxembourgeoise ne rentrait pas dans les prévisions de l'article 8 de la convention franco-luxembourgeoise, toujours est-il que le Luxembourg, en vertu de son droit national, a taxé à la source les dividendes en litige, versés par une société dont le siège est au Luxembourg. Les dividendes ont ainsi supporté un impôt établi dans le pays d'origine.

Or, en vertu de l'article 122, le dividende taxé en France est un dividende net de cet impôt étranger. L'article 122 doit s'appliquer à M. E....

S'agissant de l'imposition des bénéficiaires, c'est votre jurisprudence qui s'était engagée dans la voie d'une déduction de l'impôt étranger acquitté en contradiction ou en dehors du cadre conventionnel (v. 20 novembre 2002, SA établissements Soulès & Cie, n° 230530 ; RJF 2/03 n° 153, concl. G. Goulard p. 111, obs. N. Chahid-Nouraï BGFE 1/03 p. 1 ; 12 mars 2014, Société Céline, n° 362528, p. 155, RJF 6/14 n° 602, concl. F. Aladjidi BDCF 6/14 n° 59 ; Dr. fisc. 2014 n° 22, comm. 356, concl. F. Aladjidi et note P. Durand ; 12 octobre 2018, Sté Smith International France n° 407903, RJF 1/19 n° 16, concl. M.-A. Nicolazo de Barmon, C 16 ; 7 juin 2017, min. c/ Sté LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton, n° 386579, RJF 10/17 n° 942, concl. É. Bokdam-Tognetti, C 942 ; sur cette problématique en général, v. O. Fouquet et Ph. Durand, « Impôt étranger : déductible à défaut d'imputation ? », RJF 2009 p. 10). Ce que l'article 39, 1-4° du code général des impôts dans sa rédaction issue de l'article 14 de la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 n'a pas infirmé.

Dans la mesure où, dans notre affaire, le mécanisme d'élimination de la double imposition est tenu en échec, parce qu'il existe une divergence entre les deux Etats, ou plus exactement, parce que la position française a fait sortir M. E... de ce mécanisme, l'article 122, qui n'a certes pas pour objet d'éliminer des doubles impositions, mais qui, en définissant le revenu comme étant net de l'impôt étranger, peut être regardé comme ayant cette portée, doit s'appliquer.

Aucune stipulation conventionnelle (qui n'est pas subsidiaire s'agissant de l'élimination des doubles impositions, v. 31 mai 2022, min. c/ Sté HSBC Bank PLC Paris Branch, n° 461519, aux tables et RJF 8-9/22 n° 772, concl. R. Victor C 772) n'y fait obstacle (comp. 20 novembre 2002, SA établissements Soulès & Cie, préc).

Dès lors, en jugeant que M. E... ne pouvait déduire la retenue à la source alors qu'il n'entrait pas dans les prévisions du mécanisme conventionnel d'élimination de la double imposition, la cour a commis une erreur de droit.

PCMNC : à l'annulation partielle de l'arrêt ; au renvoi de l'affaire dans cette mesure devant la cour et à ce que l'Etat verse une somme de 3 000 euros à M. E... au titre des frais d'instance.