



**HAL**  
open science

## **Pour la reconnaissance d'un "avantage détachable" : déductibilité de la retenue à la source étrangère en cas de situation déficitaire**

Georges Cavalier

► **To cite this version:**

Georges Cavalier. Pour la reconnaissance d'un "avantage détachable" : déductibilité de la retenue à la source étrangère en cas de situation déficitaire. *Revue Internationale des Services Financiers*, 2017, 3, pp.86-99. hal-01729439

**HAL Id: hal-01729439**

**<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01729439v1>**

Submitted on 12 Mar 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## V.A. Fiscalité directe

### POUR LA RECONNAISSANCE D'UN « AVANTAGE DÉTACHABLE »

#### DÉDUCTIBILITÉ DE LA RETENUE À LA SOURCE ÉTRANGÈRE

#### EN CAS DE SITUATION DÉFICITAIRE



**Georges CAVALIER**  
Maître de conférences HDR  
Université de Lyon  
Co-directeur du Master 2  
Droit fiscal

*Propos subversifs à partir de C.E., 7 juin 2017, Société LVMH, où le Conseil d'État fait l'application désormais classique de sa jurisprudence Céline (2014) dans un cas où des conventions fiscales n'excluent pas expressément qu'une société résidente de France déduise de son bénéfice imposable la retenue à la source supportée sur des redevances perçues à l'étranger si elle ne peut, en raison de sa situation déficitaire, imputer le crédit d'impôt correspondant à l'impôt qu'elle y a acquitté. En même temps et surtout, cet arrêt incite à ouvrir d'autres pistes – notamment communautaires – pour examiner si le traitement défavorable du contribuable français, dans l'hypothèse où la convention – telle celle conclue entre la France et l'Italie – interdit de déduire l'impôt étranger du bénéfice imposable en France, peut être supprimé ou, à tout le moins, atténué.*

L'arrêt du Conseil d'État du 7 juin 2017<sup>(1)</sup> ne peut être rattaché ni à la fiscalité financière (encore qu'il concerne des flux financiers – redevances de marques) ni à la fiscalité comparée (même si sont en cause nos relations avec sept pays économiquement majeurs). C'est une règle franco-conventionnelle de fiscalité générale qu'il se borne à appliquer. En substance, la question est de savoir si une société déficitaire peut déduire les retenues à la source étrangères de son résultat imposable en France. Loin d'être anecdotique puisqu'elle concerne de nombreuses sociétés destinataires de flux internationaux et se pose ailleurs qu'en France, la réponse justifie donc, à elle seule, une mention dans ces colonnes. Mais l'arrêt du 7 juin 2017 invite également à renouveler l'approche traditionnelle de cette problématique en insistant sur

l'influence de principes fondamentaux sur le droit à déduction.

Les faits de l'espèce sont relativement banals même si les principaux protagonistes fleurent bon le parfum de l'opulence et de la séduction. Dans le vent de l'affaire se trouve la société anonyme LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton (ci-après « LVMH »). Comme chacun sait, LVMH est issue du rapprochement, en 1987, des entreprises Moët Hennessy et Louis Vuitton<sup>(2)</sup>. Moët Hennessy était elle-même née de la fusion entre le producteur de champagne Moët et Chandon et le fabricant de cognac Hennessy. LVMH est la tête d'un groupe fiscalement intégré dont elle demande la majoration des déficits d'ensemble du groupe pour un total d'environ 3,9 millions d'euros au titre des exercices clos de 2001 à 2004<sup>(3)</sup>. En cause est un portefeuille de plus de soixante-dix marques de prestige, notamment dans la mode avec Givenchy, dont la société intégrée du même nom (SA Givenchy) perçoit des redevances de concessions de licences de fabrication et de commercialisation d'articles en provenance de sept pays, dont un seul européen : Chine, États-Unis, Italie, Japon, Mexique, Nouvelle-Zélande et République de Corée. Dans ces États, la société Givenchy supporte des retenues à la source sur les redevances perçues qu'elle déduit comme charges de ses résultats<sup>(4)</sup>. L'administration fiscale remet en cause cette déduction et réduit à due concurrence les déficits constatés par la société Givenchy au cours de ces exercices.

Pour solutionner en droit le litige ainsi posé, le Conseil d'État commence par l'examiner au regard du droit fiscal conventionnel en faisant référence à sa juris-

1. C.E. (9<sup>e</sup>-10<sup>e</sup> ch. réunies), 17 juin 2017, n° 386579, *Min. c. Société LVMH, B.* ; *Dr. fisc.*, 2017, n° 36, comm. 430, concl. É. BOKDAM-TOGNETTI, note R. ZAGHDOUN et Q. PHILIPPE ; É. BOKDAM-TOGNETTI, « Crédit d'impôts d'origine étrangère : des possibilités élargies d'utilisation », *FR 35/17*, p. 3.

2. Voy. *LVMH*, Document de référence 2015, 1<sup>er</sup> janvier 2016, p. 1.

3. Les règles de l'intégration fiscale n'ont pas d'incidence sur la solution du litige. On considère qu'il ne s'agit pas de déficits pré-intégration puisqu'ils ont une incidence sur le résultat d'ensemble. On relèvera que les exercices concernés par l'affaire (2001 à 2004) ne voient pas l'imputation de leurs déficits limitée à 1 million d'euros plus 50 %, laquelle s'applique pour les exercices clos à compter du 31 décembre 2012 (60 % avant) : rapp. P. MORGENSTERN, *L'intégration fiscale*, 11<sup>e</sup> éd., 2015, para. 1060.

4. Pendant la durée de l'intégration fiscale, chaque société, telle la société Givenchy, est tenue de calculer son résultat comme si elle avait été imposée séparément (déclaration « bis »).

prudence *Céline*. Il convient en préambule, et pour un maximum de pédagogie, de rappeler le contexte doctrinal et jurisprudentiel avant d'énoncer la décision *Céline* pour déterminer le sort en France de la retenue à la source étrangère. L'environnement est le suivant : lorsqu'un résident d'États étrangers verse une redevance à une personne non résidente (du point de vue de ces États étrangers, c'est-à-dire la France dans l'arrêt *LVMH*), les dispositions du droit interne de ces États obligent souvent le débiteur à effectuer une retenue à la source lors du paiement au résident français. Cette technique de la retenue à la source est justifiée par la difficulté de procéder au recouvrement des sommes dues par la société française aux administrations américaine, japonaise, etc. Mais le revenu diminué de la retenue à la source sera également imposable en France : il aura donc supporté une double imposition : le prélèvement à la source à l'étranger et l'impôt en France. Comme nous allons le démontrer, cette double imposition est réduite en l'absence de convention fiscale par une disposition du droit interne français mais pas totalement éliminée. Elle ne l'est qu'en présence d'une convention fiscale n'interdisant pas expressément la déduction. Le raisonnement est comme suit.

“ Cette technique de la retenue à la source est justifiée par la difficulté de procéder au recouvrement des sommes dues à l'étranger par la société française. ”

*En l'absence d'une convention fiscale*, il faut d'abord se référer au droit fiscal interne. L'article 39, 1, 4<sup>o</sup>, du CGI dispose : « Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges, celles-ci comprenant (...) notamment (...) 4<sup>o</sup> Sous réserve des dispositions de l'article 153, les impôts à la charge de l'entreprise, mis en recouvrement au cours de l'exercice ». Cet article fonde la solution suivante : l'impôt prélevé à la source lors du paiement des sommes par une personne non résidente à une société française bénéficiaire du revenu n'ouvre pas droit à crédit d'impôt mais est déductible de son résultat fiscal. Voici une illustration : supposons qu'une société

française soit créancière d'intérêts à hauteur de 100 ayant subi une retenue à la source à l'étranger de 10. Le résultat fiscal français sera donc égal à 90 et l'impôt sur les sociétés supporté à hauteur de 30. Au final, le taux effectif d'imposition sur ce revenu brut de 100 sera de 40 %, alors qu'il est de 33,1/3 % (taux de l'impôt sur les sociétés en France) si le revenu était franco-français.

Au contraire, *en présence d'une convention fiscale*, celle-ci prévoit un système exceptionnel : plutôt que de permettre l'imputation de l'impôt étranger sur la base d'imposition en France, par faveur, la convention fiscale prévoit généralement l'imputation sur l'impôt français d'un crédit d'impôt égal au montant de la retenue à la source. En imputant directement « l'impôt sur l'impôt » (et non sur la base imposable) via le crédit d'impôt, cette méthode aboutit à un partage d'imposition du revenu entre les deux États et surtout à une élimination *totale* de la double imposition. Reprenons l'exemple précédent : on constate que le taux global d'imposition est égal à 33,33 %, soit le taux d'IS français, réparti entre les deux États : 10 % pour l'État étranger, et 23 % pour l'État français.

Pourtant, l'application des conventions soulève des *difficultés* que cet arrêt rappelle notamment *lorsque les résultats de la société française sont déficitaires*. En effet, en l'absence d'impôt sur les sociétés, le crédit d'impôt ne peut pas être imputé au titre de l'exercice de perception des revenus. Quel sort alors lui réserver ? Comment appliquer les principes aux faits de l'espèce de l'arrêt *LVMH* qui présentent la particularité de poser la question de la déduction de la retenue à la source étrangère alors que le résultat en France est déficitaire ?

Dans cette hypothèse, tant la doctrine administrative<sup>(5)</sup> que le Conseil d'État<sup>(6)</sup> confirment l'*impossibilité* pour la société française *de demander le remboursement* du crédit d'impôt en l'absence de disposition expresse en ce sens. Se pose alors la question de savoir si le contribuable pourrait imputer ce crédit sur l'impôt sur les sociétés lorsqu'il redeviendra bénéficiaire ? S'appuyant sur le a du 1 de l'article 220 du CGI, le paragraphe précité de la doctrine administrative est clairement en sens contraire : « le crédit d'impôt (...) ne peut être ni imputé, ni reporté (...) et tombe donc en non-valeur ». Un contribuable vient de confronter

5. BOI-IS-RICI-30-10, 27 juin 2014, § 550.

6. C.E. (9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch.), 27 juin 2016, n° 388984, *SA Faurecia*, *Dr. fisc.*, 2016, n° 41, comm. 547, concl. E. CRÉPEY ; dans cet arrêt *Faurecia*, le Conseil d'État avait confirmé la position de la doctrine administrative selon laquelle la société ne peut en demander le remboursement. Il est de principe que le remboursement des différents crédits d'impôt est subordonné à une disposition expresse (par exemple en matière de crédit d'impôt recherche). Or une telle disposition n'existe pas pour les crédits d'impôts étrangers. De plus, la retenue à la source, qui est versée à un État étranger, ne peut avoir la nature d'un acompte sur l'impôt sur les sociétés payé au Trésor public français. Le crédit d'impôt ne peut donc constituer une créance sur le Trésor.

la constitutionnalité dudit article<sup>(7)</sup> sans qu'il ait été besoin de l'examiner au regard des conventions fiscales internationales qui sont muettes sur ce point, mais qui ont néanmoins pour objet d'éviter une double imposition<sup>(8)</sup>. À propos de cette impossibilité de report d'imputation des crédits d'impôts correspondants à des retenues à la source étrangères sur des exercices ultérieurs, le Conseil constitutionnel décide que cette disposition traite de la même manière toutes les sociétés, quels que soient leurs résultats. Cette disposition ne crée pas non plus, s'agissant des crédits d'impôts d'origine étrangère, de différence selon l'État d'origine des revenus<sup>(9)</sup>. Compte tenu de cette décision du Conseil constitutionnel, les contribuables s'intéressent à plus forte raison à ce que l'on pourrait qualifier de « pis-aller », c'est-à-dire le sort, non plus de ce crédit d'impôt français correspondant à la retenue à la source étrangère, mais à celui de la retenue à la source elle-même : cet impôt acquitté à l'étranger peut-il, faute de mieux, constituer une charge déductible en France ? Autrement dit, la retenue à la source acquittée à l'étranger peut-elle être déduite du résultat français et augmenter proportionnellement le déficit reportable ? En d'autres termes, la société française pourrait-elle se prévaloir des dispositions du CGI précitées (art. 39, 1, 4°), traditionnellement applicables lorsque la convention fiscale n'existe pas, pour déduire du résultat les impôts prélevés à l'étranger alors même qu'une convention fiscale s'applique et l'interdit expressément ?

Pour les seuls revenus mobiliers, et tirant les conséquences de la comptabilisation en net des dividendes, la doctrine administrative autorise en pratique la déduction<sup>(10)</sup>. Pour les redevances, il est probable que pendant longtemps les sociétés déficitaires ont déduit la retenue à la source étrangère qu'elles supportaient de leur base imposable en France ; en effet, le contentieux avec l'administration est relativement récent, et la réponse à la question posée est donnée par le juge depuis 2014 dans l'arrêt *Céline* qu'il convient à ce stade

de rappeler : celui-ci décide que la retenue à la source ne constitue pas une charge déductible lorsque la convention s'y oppose expressément<sup>(11)</sup>. Le Conseil d'État, après avoir constaté que la retenue à la source est déductible en application du CGI, relève que les conventions fiscales conclues avec l'Italie et le Japon privent le contribuable du droit de déduire de son résultat imposable acquitté à l'étranger et que le juge ne peut faire dire à une convention le contraire de ce qu'elle a écrit. Ainsi, la convention franco-italienne stipule que « l'impôt italien n'est pas déductible pour le calcul du revenu imposable en France »<sup>(12)</sup>. Il choisit donc « de faire application des stipulations claires d'une convention », sans qu'il y ait alors lieu de se référer à l'objectif poursuivi par les auteurs de la convention d'élimination des doubles impositions<sup>(13)</sup>. En revanche, lorsque les conventions fiscales – comme la convention franco-grecque<sup>(14)</sup> qui n'est pas en cause dans l'arrêt *LVMH* – n'interdisent pas cette déduction, leur interprétation qui n'est alors plus littérale mais se réfère à leur objet (éliminer les doubles impositions) autorise la déduction de la retenue à la source : tout ce qui n'est pas interdit est permis.

“ La retenue à la source ne constitue pas une charge déductible lorsque la convention s'y oppose expressément. ”

C'est ainsi qu'il faudrait régler dans le cas *LVMH* le sort en France de la retenue à la source étrangère. Dans cette espèce, le Conseil d'État considère que les disposi-

7. C.E. (9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch.), 26 juin 2017, n° 406437, *Sté BPCE*, *Dr. fisc.*, 2017, n° 29, comm. 408, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI, note Ph. DURAND ; rapp. C.E. (9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ch.), 20 septembre 2017, n° 398662, *Sté Sofina et a.* (renvoi préjudiciel sur la retenue à la source de l'article 119bis, 2, du CGI : simple décalage dans le temps ou différence de traitement ?).

8. E. Crepey, dans ses conclusions sous l'arrêt *Faurecia*, se demandait – sans trancher – si, « contrairement (...) au droit à restitution en numéraire, qui exigerait une stipulation expresse venant compléter la règle, toute différente de l'imputation, il y [aurait] la place pour la discussion sur le point de savoir si le report du crédit d'impôt sur un exercice excédentaire serait, ou non, compatible avec la lettre de clauses qui tendent à l'élimination des doubles impositions par un mécanisme d'imputation qui ne précise pas ses modalités d'application dans le temps ».

9. C. const., décision n° 2017-654 QPC du 28 septembre 2017, *Sté BPCE*.

10. BOI-IS-RICI-30-10, 27 juin 2014, § 250.

11. C.E. (9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss.-sect.), 12 mars 2014, n° 362528, *Sté Céline*, *Dr. fisc.*, 2014, n° 19, aperçu rapide 275, note E. MEIER et M. VALETEAU ; *Dr. fisc.*, 2014, n° 22, comm. 356, concl. F. ALADJIDI, note Ph. DURAND ; *Dr. sociétés*, 2014, n° 112, obs. J.-L. PIERRE ; *R.J.F.*, 2014, n° 602.

12. Art. 24.A.a).

13. Rapp. de la décision *Schneider Electric*, où le Conseil d'État a souligné qu'à supposer qu'il soit établi qu'un objectif de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales ait été assigné à la convention, cet objectif ne permet pas, faute de stipulation expresse le prévoyant, de déroger aux règles d'imposition énoncées par la convention.

14. Rapp., à propos de la convention fiscale franco-grecque, CAA Versailles (3<sup>e</sup> ch.), 18 juillet 2013, n° 12VE0572, *Sté Egis SA*, *Dr. fisc.*, 2014, n° 4, comm. 93, concl. F. LOCATELLI, note J.-L. PIERRE.

tions des conventions fiscales conclues entre la France d'une part, et la Chine et la Nouvelle-Zélande d'autre part, n'interdisent pas expressément l'imputation de la retenue à la source. Ces conventions présentent toutefois une particularité en ce qu'elles stipulent que les revenus étrangers sont imposables en France « pour leur montant brut ». Cette formulation exclut-elle la déductibilité de l'impôt acquitté à l'étranger ? L'administration fiscale répond positivement, alors que d'autres commentateurs proposent une interprétation contraire<sup>(15)</sup>. Dans l'affaire *LVMH*, le rapporteur public, Emilie Bokdam-Tognetti, considère que « la formulation “imposable pour leur montant brut” n'est certainement, dans l'esprit et le sens, guère différente de celle stipulant la non déductibilité de l'impôt étranger »<sup>(16)</sup>. Cependant, reconnaissant les inconvénients de la décision *Céline*, elle estime nécessaire de la cantonner strictement « aux cas où il est impossible de retenir une autre solution » en saisissant « la perche salvatrice [nous y reviendrons] tendue par la notion de stipulation “claire” ». Elle invite donc à valider l'interprétation retenue par la cour administrative d'appel, estimant que l'exclusion absolue de la faculté de déduire l'impôt acquitté à l'étranger ne résultait pas de la seule mention que les redevances sont imposables en France « pour leur montant brut ». Suivant son rapporteur public sans d'ailleurs davantage préciser ce point, le Conseil d'État juge que les stipulations des conventions franco-néo-zélandaise et franco-chinoise « ne faisaient pas obstacle à l'application des dispositions du 4° du 1 de l'article 39 du Code général des impôts ».

À l'opposé, pour les retenues à la source prélevées en Italie, Japon<sup>(17)</sup>, États-Unis, République de Corée et Mexique, pays dont les conventions fiscales respectives conclues avec la France excluent *expressément* la possibilité de déduire l'impôt acquitté dans ces États du revenu imposable en France, l'arrêt *LVMH* juge qu'il n'y a aucune possibilité de déduire la retenue à la source. Mais n'était-il pas possible « de retenir une autre solution » en saisissant non pas la perche salvatrice tendue par « la notion de stipulation “claire” », mais celle tendue par le droit de l'Union européenne et sa notion d'« avantage détachable » ? Il convient en effet d'approfondir cette piste. À défaut de principes constitutionnels mobilisables, les libertés communautaires n'ont-elles pas de potentielles conséquences sur la question posée ? Après tout, le Conseil d'État commence par viser outre le Code général des impôts et les diverses conventions fiscales tendant à éviter les doubles impositions évoquées ci-dessus, le traité instituant la Communauté européenne et celui sur le fonctionnement de l'Union européenne. Comme la matière

fiscale est surtout concernée par ce dernier, et plus vraiment par le premier, on peut s'interroger sur la raison d'être de ce double visa. L'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles du 18 novembre 2014<sup>(18)</sup> s'est borné à viser « le traité instituant la Communauté européenne, devenu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Ce changement de titre est issu de la signature du traité de Lisbonne du 13 décembre 2007. En dissociant, dans deux visas distincts, ce même traité, le Conseil d'État a peut-être voulu montrer que la nouvelle dénomination est pertinente en cas de question préjudicielle qui serait posée aujourd'hui, alors que l'ancienne appellation se réfère au texte applicable aux faits de l'espèce (déficits de 2001 à 2004). Plus fondamentalement, la lecture des considérants de l'arrêt nous révèle que la société LVMH a soulevé dans un pourvoi incident la contrariété des *conventions fiscales* s'opposant expressément à la déduction des retenues à la source avec les principes de *liberté d'établissement et de circulation des capitaux*. Pour la société LVMH en effet, « dès lors que les retenues à la source supportées sur des redevances provenant d'États n'ayant pas signé de convention fiscale avec la France » (situation théorique car non applicable au cas d'espèce), « ou ayant signé avec la France une convention ne faisant pas obstacle à la déduction de l'impôt acquitté dans ces États » (cas de la Chine ou de la Nouvelle-Zélande par exemple) sont déductibles du bénéfice imposable, il y aurait une discrimination par rapport aux retenues à la source italiennes, américaines, etc., où la déductibilité en France est interdite.

Le Conseil d'État confirme pourtant la solution de la cour administrative d'appel et balaye l'argumentaire du contribuable d'un revers de main : « En jugeant, pour écarter ce moyen, que la société n'invoquait aucun traitement différent qui serait appliqué à des situations effectivement comparables, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ». Pour autant, cette motivation lapidaire peine à cacher toutes les potentialités que recèle le droit de l'Union européenne : celui-ci – appréhendé plus directement sous l'angle de la clause fiscale de la nation la plus favorisée – n'aurait-il pas pu en effet fournir des éléments de solution visant à atténuer les doubles impositions persistantes sur certains flux internationaux ? S'engager dans l'aventure implique sans doute une certaine hardiesse tant ces sentiers ont été déjà fréquentés récemment<sup>(19)</sup>. À ce stade, il convient donc d'envisager de nouvelles pistes de réflexion, plus téméraires, incitant à compléter ce raisonnement initial afin d'asseoir, ou au contraire questionner, cette solution qui n'est somme toute pas entièrement satisfaisante. Car après tout, selon que vous investissiez en

15. Ph. DURAND, O. FOUQUET, « Impôt étranger : déductible à défaut d'imputation ? », *R.J.F.*, 2009, p. 10. Ph. Durand est par la suite moins affirmatif dans son commentaire sous l'arrêt *Céline* précité.

16. Voy. les conclusions d'E. BOKDAM-TOGNETTI, p. 4.

17. Des revenus de sources italienne et japonaise étaient également en cause dans l'arrêt *Céline*.

18. N° 12VE00639 publié à la *R.J.F.*, 2015, n° 182.

19. M. VERBAN, C. DALARUN, N. BASTIEN, « À la recherche de l'élimination de la double imposition sur les flux internationaux », *Dr. fisc.*, 2016, n° 41, étude n° 536 ; Ph. OUDENOT, « Retenues à la source et crédits d'impôt : actualités et perspectives », *Dr. fisc.*, 2016, n° 49, étude n° 627.

Italie, en Grèce, ou en Nouvelle-Zélande, la déduction de la retenue à la source étrangère n'est pas toujours de mise en France, et la double imposition persistante. Et disons-le tout de go, il nous semble pouvoir être soutenu l'existence d'une double imposition même lorsque l'impôt français est insuffisant : les charges non déduites au cours d'un exercice déficitaire réduisent en proportion le déficit reportable, et la base ainsi que l'impôt dû se trouvent augmentés d'autant lorsque la société devient bénéficiaire ; le revenu correspondant aura bien été taxé deux fois, une fois dans l'État étranger de sa source et une autre fois en France au moment où la société devient bénéficiaire. Dans ces conditions, la témérité impose de parcourir de nouvelles contrées. Et chemin faisant, il faudra peut-être même faire preuve d'un peu d'audace. L'audace pourrait creuser de nouveaux sillages, non de droit conventionnel, mais tout aussi fondamentaux. Un premier, qui puise ses sources dans nos principes constitutionnels, sera évacué rapidement et de façon liminaire : dans l'espèce *LVMH*, ne pouvait-on pas soutenir que la loi de ratification des diverses conventions prévoyant l'absence de déduction immédiate de la retenue à la source (interdite par les conventions franco-italienne et franco-japonaise par exemple) alors que celle-ci peut-l'être lorsqu'elle est prélevée en Chine ou en Nouvelle-Zélande, ne repose pas sur des critères objectifs et rationnels au sens des principes constitutionnels d'égalité devant l'impôt et devant les charges publiques ? Le problème est que tant le Conseil d'État que la Cour de cassation jugent qu'une question prioritaire de constitutionnalité (« QPC ») portant sur une telle loi de ratification d'un traité international est irrecevable, car la QPC vise alors à faire juger la conformité à la Constitution d'une des clauses conventionnelles alors que le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que de questions portant sur la conformité à la Constitution de « dispositions législatives »<sup>(20)</sup>.

C'est donc vers les libertés communautaires qu'il convient de se tourner. La porte d'entrée récemment enchâssée par l'arrêt *Brisal*<sup>(21)</sup>, et parfois

ouverte<sup>(22)</sup>, nous semble ici devoir être également refermée dans l'affaire *LVMH*, laquelle ne concerne pas une discrimination entre résident et non résident s'agissant de la législation des *flux sortants*, mais plutôt le traitement d'un seul résident fiscal français s'agissant de divers *flux entrants*<sup>(23)</sup>. À quelle situation communautaire la société *LVMH* pouvait-elle alors se rattacher ?

La lecture de l'arrêt d'appel, plus précis à cet égard que la décision commentée, nous apprend que la société *LVMH* se borne « à invoquer une distinction *entre sa situation et celle des contribuables* [nous soulignons] ayant perçu des revenus provenant d'États n'ayant pas signé de convention ou ayant signé une convention ne prévoyant pas la

de l'impôt. Elle confirme ainsi la jurisprudence *Truck Center* (C.J.C.E. (4<sup>e</sup> ch.), 22 décembre 2008, *Truck Center SA*, aff. C-282/07, *Rec. CJCE*, 2008, I, p. 10767 ; *Dr. fisc.*, 2009, n° 26, comm. 389 ; *R.J.F.*, 2009/3, n° 302 ; *B.D.C.F.*, 2009/3, n° 40, concl. J. KOKOTT. Voy. E. MEIR et R. TORLET, « Le fabuleux destin des retenues à la source... », *Dr. fisc.*, 2009, n° 26, 382). S'agissant de la seconde question relative à l'application d'une méthode de calcul de la base imposable différenciée – pour les non-résidents, la législation refuse la déduction des frais professionnels alors que les résidents peuvent les déduire –, la Cour raisonne classiquement en trois temps : elle relève d'abord que les prestataires résidents et les prestataires non résidents sont à cet égard placés dans une situation comparable et décide que l'article 49 CE s'oppose à une législation fiscale nationale qui, en règle générale, prend en compte, lors de l'imposition des non-résidents, les revenus bruts sans déduction des frais professionnels, alors que les résidents sont imposés sur leurs revenus nets après déduction de ces frais. Elle recherche ensuite s'il existe une justification à cette discrimination ; cette justification ne peut, selon la Cour, être trouvée dans aucune des dispositions du traité CE qui traiteraient différemment les services des banques des autres prestations de services en raison du fait qu'il serait impossible d'établir un quelconque lien caractéristique entre les coûts supportés par les premières et leurs revenus d'intérêts acquis. La justification ne peut davantage être tirée de l'application aux institutions financières non résidentes d'un taux d'imposition plus favorable (15 %) que celui appliqué aux institutions financières résidentes (25 %). Depuis l'affaire de « l'avoir fiscal » en effet, il est de jurisprudence constante qu'un traitement fiscal défavorable contraire à une liberté fondamentale ne saurait être justifié par l'existence d'autres avantages fiscaux (C.J.C.E., 28 janvier 1986, *Commission c. France*, dit « avoir fiscal », aff. C-270/83, point 21, *Rec. CJCE*, 1986, n° 102). Les autres lignes de défense du Portugal (répartition équilibrée du pouvoir d'imposition, risque de double déduction des frais professionnels, efficacité du recouvrement de l'impôt et efficacité des contrôles fiscaux) n'ont pas davantage prospéré devant la Cour. S'agissant du risque de double déduction des frais professionnels, cette justification avait été balayée par l'avocat général au motif qu'il est manifestement possible de faire valoir deux fois les frais professionnels dès lors que l'État de source et l'État de résidence imposent tous deux les revenus en cause.

22. Voy. Ph. OUDENOT, « Retenues à la source et crédits d'impôt : actualités et perspectives », *op. cit.*, spéc. § 7, *in fine*.
23. Voy. *infra*, l'analyse des situations de comparabilité.

20. *Crim.*, 17 mai 2011, n° 10-82.938 ; *C.E.*, 14 mai 2010, req. n° 31305.

21. Voy. G. BERETTA, « The *Brisal and KBC Finance* Decision: Once Again the CJEU Assesses the Compatibility with EU Law & Cross Withholding Taxation of Non-Residents », (2017) 26 *EC Tax Review*, n° 4, pp. 193 et s. *Brisal* avait versé à l'État portugais une retenue à la source portugaise sur les intérêts qu'elle devait à la société irlandaise KBC, en même temps qu'elle formait un recours gracieux au motif d'une discrimination au détriment des institutions financières non résidentes par rapport aux institutions financières résidentes. Le *Supremo Tribunal Administrativo* (équivalent portugais du Conseil d'État français) pose alors une question préjudicielle à la Cour qui distingue deux branches : la première est relative à la retenue à la source. La Cour admet l'application aux prestataires de services non résidents d'une retenue à la source comme technique d'imposition même si les prestataires résidents ne sont pas soumis à une telle retenue à la source. En effet, cette restriction est justifiée par la nécessité de garantir l'efficacité du recouvrement

non-déductibilité de l'impôt acquitté dans ledit État »<sup>(24)</sup>. Il s'agirait d'une discrimination. Mais le rapporteur public offre davantage de précisions dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État. La société LVMH invoque la jurisprudence *Société Gist Brocades International BV*<sup>(25)</sup>, laquelle reprend le raisonnement du juge européen dans l'affaire *ACT Test Claimants*<sup>(26)</sup>, et sur lesquelles nous reviendrons. Si nous partageons l'appréciation des juges administratifs, nous pouvons nous demander si la société LVMH n'aurait pas dû, plus profondément qu'elle ne l'a fait, invoquer le traitement fiscal plus favorable (retenue à la source grecque déductible par exemple) pour tenter d'éliminer la non-déductibilité de la retenue à la source étrangère, en insistant sur le caractère détachable de cet avantage dans certaines conventions, plutôt que sur une stricte non-discrimination au demeurant rejetée par le Conseil d'État ? Si cette hypothèse comportait une part de vérité, alors il serait possible dans certains cas de neutraliser, par la technique de l'inopposabilité, les clauses conventionnelles interdisant expressément de déduire la retenue à la source étrangère. Avec cet objectif en tête, vérifions si la société LVMH pouvait se prévaloir de la clause de la nation la plus favorisée dans un premier temps, en invoquant l'existence d'un avantage détachable de la convention dans un second temps.

“ La société LVMH invoquait la jurisprudence Société Gist Brocades International BV, laquelle reprend le raisonnement du juge européen dans l'affaire ACT Test Claimants. ”

24. Voy. le considérant n° 14 de l'arrêt d'appel, et les conclusions de B. COUDERT sous cet arrêt (publiées au *B.D.C.F.*, 3/14, n° 26) éclairent cette question davantage que le Conseil d'État.
25. C.E., 12 mai 2015, n° 366398, *T. R.J.F.*, 8-9/15, n° 744, concl. Voy. DAUMAS, *B.D.C.F.*, 8-9/15, n° 111 ; *Dr. fisc.*, 2015, n° 30, comm. 499, A. MAITROT DE LA MOTTE.
26. C.J.C.E. (gde ch.), 12 décembre 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, aff. C-374/04, *Rec. CJCE*, 2006, I, p. 11673, concl. L. A. GEELHOED ; *Dr. fisc.*, 2006, n° 52, act. 265 ; *R.J.F.*, 2007/3, n° 376 ; 1 CMLR 36. Il existe de nombreux autres arrêts comprenant l'intitulé « Test Claimants », e.g. *FII Test Claimant* (aff. 464/04), *Thin Cap Test Claimants* (aff. 524/04), ou *CFC Test Claimant* (aff. 201/05).

## I. Invocation de la clause de la nation la plus favorisée

L'invocation de la clause fiscale de la nation la plus favorisée semble – à l'analyse – d'effet utile malgré les précédents jurisprudentiels la rejetant d'une part, d'autant plus que les faits de l'affaire *LVMH*, de par leur singularité, ne permettent pas de les y assimiler totalement d'autre part.

### A. Les précédents

Ces précédents doivent d'abord être situés dans le décor du droit fiscal international et de l'Union européenne. Au second plan, on trouve le principe selon lequel les conventions fiscales internationales ne peuvent s'opposer à l'élimination des entraves fiscales prohibées par le droit primaire de l'Union européenne. La primauté de ce dernier repose sur des fondements divers. On décèle en toile de fond le principe *lex posterior derogat legi priori*<sup>(27)</sup>, l'obligation faite aux États membres de s'abstenir « de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent Traité »<sup>(28)</sup>, ou encore – pour les conventions conclues avec des États tiers antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1958 – l'obligation de recourir à « tous les moyens appropriés » pour éliminer les incompatibilités constatées vis-à-vis du droit de l'Union, le cas échéant en regardant comme *inopposable* la disposition contestée<sup>(29)</sup>. Ces soubassements théoriques varient simplement selon que les conventions en cause lient des États membres ou des États membres et des États tiers, ou encore selon qu'elles sont antérieures ou postérieures à l'adhésion d'un État à l'une des Communautés ou à l'Union. Ils signifient tous que la Cour est en droit de contrôler les conventions fiscales souscrites par les États membres, au même titre que leurs dispositions internes. Cette scénographie dépeinte, braquons le projecteur sur ses acteurs situés au premier plan.

En tête d'affiche, on trouve l'arrêt sur « l'avoir fiscal »<sup>(30)</sup>, où la Commission européenne elle-même attaque la France, laquelle tente de justifier la compatibilité de son dispositif avec le droit communautaire en soutenant que des conventions fiscales conclues avec quatre États membres autorisent la restriction contestée. Mais la Cour veille et contrôle les restrictions fiscales liées aux conventions fiscales internationales. Toujours à l'affiche, mais quelques années plus tard, la société Saint-Gobain<sup>(31)</sup> permet à la Cour

27. Tel qu'appliqué par la jurisprudence C.J.C.E., 27 février 1962, *Commission c. Italie*, aff. 10/61, *Rec.*, p. 1.
28. Traité sur l'Union européenne, art. 4.3, § 3.
29. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 351.
30. Préc.
31. C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Cie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung (ZN) Deutschland*, aff. C-307/97, *Rec.*

d'ajouter qu'aucune convention fiscale internationale ne peut justifier, amplifier ou instaurer une discrimination dès lors que nonobstant la compétence exclusive des États membres pour souscrire à ces conventions et répartir entre eux le pouvoir d'imposition<sup>(32)</sup>, « les États membres ne peuvent (...) s'affranchir du respect des règles communautaires »<sup>(33)</sup>. Dans le même temps, et pour préserver les compétences externes des États membres en matière fiscale, la Cour affirme deux principes concurrents. Elle considère que le refus d'un État de ne pas éliminer des doubles impositions ne constitue pas nécessairement une restriction fiscale à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux. En outre, elle ne reconnaît pas l'existence d'une clause fiscale de la nation la plus favorisée au sein de l'Union européenne, sauf exception. Or celle-ci pourrait bien être au cœur de la solution à trouver aux maux affectant la déduction de l'impôt étranger d'une société déficitaire.

“ Elle ne reconnaît pas l'existence d'une clause fiscale de la nation la plus favorisée au sein de l'Union européenne, sauf exception. ”

Le premier rôle revient en effet à Monsieur D<sup>(34)</sup>, contribuable allemand possédant des biens aux Pays-

Bas et qui y est assujéti à l'impôt sur la fortune. Cet allemand prétend pouvoir y être assimilé à un résident belge possédant, lui aussi, une partie de sa fortune aux Pays-Bas. Selon lui, les deux situations sont comparables, seule la nationalité permettant de les distinguer selon la législation fiscale néerlandaise : en effet, le jeu des conventions fiscales internationales liant les Pays-Bas à la Belgique d'une part, et à l'Allemagne d'autre part aboutit à ce que le résident allemand est soumis à un traitement fiscal moins favorable que le résident belge. La convention belgo-néerlandaise prévoit un abattement que la convention néerlandaise ne contient pas. Monsieur D. réclame l'élimination de cette différence de traitement et demande à la Cour de reconnaître l'existence d'une *clause fiscale de la nation la plus favorisée*. En d'autres termes, l'argumentation tend à faire bénéficier une personne résidente d'un État tiers (un contribuable allemand) à une convention fiscale bilatérale (la convention belgo-néerlandaise) d'un avantage prévu en faveur d'une personne entrant dans le champ de cette convention (le résident belge).

Dans cette affaire *D.*, la Cour relève que la convention belgo-néerlandaise contient une règle selon laquelle les personnes physiques résidentes de l'un de ces deux États bénéficient dans l'autre État des déductions personnelles accordées par ce dernier à ses propres résidents. Chemin faisant, la Cour juge que ces droits et obligations réciproques convenus entre la Belgique et les Pays-Bas empêchent d'assimiler la situation d'un assujéti résident de Belgique à celle d'un assujéti résident en dehors de la Belgique en ce qui concerne l'impôt sur la fortune établi sur les biens immobiliers situés aux Pays-Bas<sup>(35)</sup>. En conséquence, la Cour ne regarde pas l'avantage revendiqué par le résident d'Allemagne comme *détachable* du reste de la convention : il en fait partie intégrante et contribue à son équilibre général<sup>(36)</sup>. Dans cette affaire, la Cour ne fait pas expressément référence à « la clause de la

CJCE, 1999, I, p. 6161, concl. J. MISCHO ; *D.*, 2000, p. 461, note G. TIXIER et A.-G. HARMONIC-GAUX ; *R.J.F.*, 1999/12, n° 1629.

32. Point 57.

33. Point 58.

34. C.J.C.E., 5 juillet 2005, *D. c. Inspecteur van de Belastingdienst/particulieren/ondernemingen buitenland te Heerlen*, aff. C-376/03, *Rec.*, p. I-5821, concl. D. RUIZ-JARABO COLOMER ; A. MAITROT DE LA MOTTE, « La Cour de justice et le principe de non-discrimination : remarques sur l'arrêt *D.* du 5 juillet 2005 », in *L'année fiscale 2006*, Paris, PUF, p. 99 ; Ph. DEROUIN, « Différences de traitement fiscal résultant des conventions de doubles impositions entre les États membres de l'Union européenne. Clause de la nation la plus favorisée (NPF) ou chalandage fiscal (*treaty shopping*) ? », *Dr. fisc.*, 2005, n° 30-35, 29 ; G. KOFLER et Cl. PHILIPP SCHINDLER, « Dancing with Mr D (etc.) », *European Taxation*, décembre 2005, p. 530 ; S. VAN THIEL (ed.), *The European Union's Prohibition of Discrimination, Most-Favoured-Nation Treatment and Tax Treaties* :

*Opinions and Materials*, Confédération Fiscale Européenne, 2006 ; P. J. WATTEL, « EC Law Does Not Require Most-Favoured Nation Tax Treatment and a Disparity is Not a Discrimination: *D. v. Inspecteur van de belastingdienst* », *British Tax Review*, 2005, p. 575.

35. Point 61 de l'arrêt *D.* : « Le fait que ces droits et obligations réciproques ne s'appliquent qu'à des personnes résidentes de l'un des deux États membres contractants est une conséquence inhérente aux conventions bilatérales préventives de la double imposition. Il en découle qu'un assujéti résident de la Belgique ne se trouve pas dans la même situation qu'un assujéti résident en dehors de la Belgique en ce qui concerne l'impôt sur la fortune établi à raison de biens immobiliers situés aux Pays-Bas ».

36. *Ibid.*, point 62 : « Une règle telle que celle prévue à l'article 25, paragraphe 3, de la convention belgo-néerlandaise ne saurait être analysée comme un avantage détachable du reste de la convention, mais en fait partie intégrante et contribue à son équilibre général ».



nation la plus favorisée », à l'inverse de son avocat général Colomer. Ce dernier propose de l'appliquer en concluant à la présence d'une situation comparable<sup>(37)</sup>. Si, dit-il, « outre la similitude des faits et des normes applicables – il fallait établir une similitude entre les raisons des normes, leur motivation, la procédure suivie pour leur adoption et les ordres juridiques dans lesquels elles s'insèrent, aucune situation d'égalité ne pourrait jamais être constatée et il n'y aurait jamais ou presque jamais de cas comparable »<sup>(38)</sup>. La Cour ne le suit pourtant pas en jugeant que les situations n'étaient pas comparables.

Dans l'affaire postérieure *ACT Test Claimants*<sup>(39)</sup>, la Cour décide que les contribuables ne sont pas fondés à faire état d'une discrimination incompatible avec les articles du traité instituant la Communauté européenne relatifs aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux « qui ne s'opposent pas à ce qu'un État membre n'étende pas les conditions du droit au paiement de l'impôt fiscal, prévues dans une convention préventive de la double imposition conclue avec un autre État membre pour les sociétés résidentes de ce dernier État qui perçoivent des dividendes d'une société résidente du premier État, à des sociétés résidentes d'un troisième État membre avec lequel il a conclu une convention qui ne prévoit pas les mêmes conditions pour des sociétés résidentes de ce troisième État ». En ce qui concerne l'imposition de dividendes versés par une société résidente du Royaume-Uni, la Cour juge donc qu'une société résidente d'un État membre qui a conclu avec le Royaume-Uni une convention de prévention des doubles impositions qui ne prévoit pas un crédit d'impôt ne se trouve pas dans la même situation qu'une société résidente d'un État membre ayant conclu une convention qui en prévoit un<sup>(40)</sup>.

Comme la Cour de Luxembourg, le Conseil d'État a lui aussi rejeté dans l'affaire *Société Gist Brocades International BV*<sup>(41)</sup> l'invocation de la clause de la nation la plus favorisée en matière fiscale. Transposant la décision *ACT Test Claimants*, le rapporteur public Vincent Daumas relève certes que les sociétés requérantes ne revendiquent pas le bénéfice de l'impôt fiscal prévu par la convention franco-italienne alors que la convention franco-néerlandaise ne le prévoit pas, puisque les deux conventions envisagent au contraire l'attribution de l'impôt fiscal aux sociétés de l'autre État. Cependant, ces conventions soumettent cette attribution à des conditions différentes, celles de la convention franco-italienne étant plus favorables. La lecture du reste des conclusions sous cet arrêt pourrait laisser le lecteur insatisfait en ce qu'elles semblent assimiler le fait que les sociétés ne sont pas dans une

situation comparable à ce que l'avantage revendiqué n'est pas détachable de la convention franco-italienne ; or l'examen de comparabilité ne se situe pas tout à fait au même niveau : à situation comparable, la clause fiscale défavorable de la convention fiscale franco-néerlandaise ne doit-elle pas être neutralisée ? Tel serait le cas uniquement si l'avantage de la convention franco-italienne était détachable. C'est en effet ce que semble juger le Conseil d'État en considérant, sans rejeter la comparabilité des situations, que « l'octroi de l'impôt fiscal à une société mère résidente d'Italie percevant des dividendes d'une filiale résidente de France, tel qu'il est prévu dans la convention fiscale franco-italienne, en fait partie intégrante et contribue à son équilibre ; qu'il ne saurait donc être analysé comme un avantage détachable du reste de cette convention ». Ce faisant, en n'insistant pas sur l'absence de comparabilité et s'intéressant au contraire à l'étape suivante du raisonnement, à savoir l'absence de caractère détachable de la clause, le Conseil d'État ne semble pas totalement faire siennes les conclusions de son rapporteur public. En laissant de côté cette dernière remarque, il faut maintenant admettre que ces trois affaires font peut être ressortir un certain particularisme de l'espèce *LVMH* n'interdisant pas cette fois-ci l'invocation utile de la clause fiscale de la nation la plus favorisée.

## B. La singularité

La singularité des faits de l'arrêt *LVMH* peut d'abord être développée au regard des termes de comparabilité. Le point de départ pourrait être la très éclairante synthèse offerte, il y a quelques années, par Michael Lang dans la *EC Tax Review*<sup>(42)</sup>. M. Lang y développe une analyse très fouillée des difficultés rencontrées lors de la comparaison de situations<sup>(43)</sup>. S'agissant des *flux entrants*, Michael Lang en distingue particulièrement trois groupes : (i) celui opposant la situation du résident et à celle du non-résident, (ii) celui opposant la situation d'un unique résident percevant à la fois des revenus nationaux (purement internes) et des revenus communautaires, et (iii) celui opposant la situation de différents non-résidents : cette dernière hypothèse est indirectement confirmée par l'affaire *D.*, où la Cour fait comprendre que différents non-résidents peuvent être dans une situation comparable<sup>(44)</sup>. Cette dernière

37. Conclusions de l'avocat général M. D. RUIZ-JARABO COLOMER, 26 octobre 2004, points 90 à 106.

38. Voy. point 100.

39. Voy. *supra*.

40. Point 91.

41. Voy. *supra*.

42. M. LANG, « Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions », *EC Tax Review*, 2009/3, p. 98.

43. Rapp. A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, n° 153.

44. Dans l'affaire *CLT-UFA*, la situation d'une filiale d'une société mère située dans un État membre a été jugée comparable à la situation d'un établissement stable ayant un siège social dans cet autre État membre (C.J.C.E., 23 février 2006, *CLT-UFA*, aff. 253/03, *Rec.*, p. I-1831, spéc. point 31).

situation relève de la « clause de la nation la plus favorisée » interdisant, en cas d'avantage détachable, les discriminations entre non-résidents d'États membres différents qui, en dehors du lieu de leur résidence fiscale, se trouvent l'un vis-à-vis de l'autre dans une situation « objectivement comparable » dans l'État où ils ne résident pas. Cette dernière situation ne relève pas de la « non-discrimination », entendue au sens le plus traditionnel (situation (i) ci-dessus), entre un résident et un non-résident se trouvant dans une situation comparable.

Le cas LVMH nous semble donc distinct de la configuration classique de la clause de la nation la plus favorisée (affaire *D.*) puisque c'est le même résident (la société LVMH) qui invoquerait l'avantage résultant de la convention restée silencieuse sur la déductibilité de l'impôt étranger pour éliminer la clause fiscale contenue dans une autre convention dont *cette même société* bénéficie par ailleurs. Il ne s'agit pas ici de comparer, comme dans l'affaire *D.*, la situation de la société LVMH avec celle d'une *autre* société non résidente. Il s'agit de comparer la taxation différenciée en France de deux flux reçus par cette unique société résidente. On retrouve cette configuration dans l'arrêt *Cadbury Schweppes*, où une société anglaise ayant une filiale dans un pays à fiscalité privilégiée a été considérée comme comparable à une société anglaise ayant une filiale en Angleterre, mais également avec des sociétés anglaises ayant des filiales dans d'autres États membres ne prévoyant pas un tel régime de faveur<sup>45</sup>. De façon plus courte, la société invoquerait le traitement fiscal le plus favorable (retenue à la source grecque déductible par exemple) pour rendre inopposable la stipulation prévoyant la non-déductibilité de la retenue à la source italienne.

“ Le cas LVMH nous semble encore distinct de la configuration classique de la clause de la nation la plus favorisée (affaire *D.*) ”

45. C.J.C.E., 12 septembre 2006, aff. 196/04, *Rec.*, p. I-7995, point 44. Voy. aussi C.J.C.E., 14 décembre 2006, *Denkavit Internationaal and Denkavit France*, aff. 170/05, *Rec.*, p. I-11949, point 36.

À l'inverse de l'affaire *ACT Test Claimants*, la société LVMH n'est pas un résident d'un État membre n'ayant pas la qualité d'État partie à une convention dont elle revendiquerait un avantage : la société LVMH est résident d'un État membre ayant une double qualité, celle d'État partie à une convention ne prévoyant pas l'avantage (interdiction de la déduction de l'impôt étranger) et celle d'État partie à une convention prévoyant cet avantage en laissant la possibilité de déduire l'impôt étranger. Il s'agit donc de savoir si une société française qui a conclu avec, par exemple, la Grèce, une convention de prévention des doubles impositions qui ne prévoit pas l'interdiction de la déduction en France de la retenue à la source étrangère est dans une situation comparable avec cette même société, résidente du même État membre, qui a conclu avec, par exemple, l'Italie, une convention de prévention des doubles impositions qui ne prévoit pas l'interdiction de la déduction en France de la retenue à la source étrangère. Autrement dit, la société LVMH ne pourrait-elle pas demander que les stipulations favorables d'une convention fiscale internationale dans le champ duquel elle entre lui fussent appliquées pour éradiquer la clause d'une autre convention applicable interdisant la déduction de la retenue à la source étrangère ?

La singularité de l'arrêt *LVMH* se retrouve également lorsqu'on le confronte au précédent *Société Gist Brocades International BV* refusant de reconnaître un avantage détachable. En effet, dans les considérants LVMH, ni le Conseil d'État ni la cour administrative d'appel avant lui ne relèvent l'absence d'un tel « avantage ». S'arrêtant à la première étape du raisonnement, ils considèrent « que la société n'invoquait aucun traitement différent qui serait appliqué à des situations comparables » tout en laissant le commentateur un peu sur sa faim quant à l'examen de comparabilité des situations. Pour le Conseil d'État, il ne peut y avoir une situation comparable, et donc discrimination, entre un contribuable payant une retenue à la source italienne et un autre payant une retenue à la source européenne ou même chinoise. Or la singularité de la situation LVMH est que c'est la même société qui invoque deux traités auxquels son État de résidence (la France) est bien partie. Outre ces termes de comparabilité de situation, il nous semble que sa singularité mérite d'être également soulignée au regard des libertés communautaires en cause.

Les libertés communautaires, *ensuite*, invoquées par la société LVMH, sont les libertés d'établissement et de circulation des capitaux. Cette dernière liberté serait remarquablement applicable à des redevances de marques en provenance de pays tiers. On comprend pourquoi la société LVMH l'invoque : la liberté d'établissement ne s'applique qu'aux situations communautaires, alors que la liberté de circulation des capitaux devrait être applicable dans les situations impliquant des États tiers, tels la Chine ou les États-Unis, comme semble d'ailleurs implicitement l'admettre le Conseil d'État dans l'arrêt *LVMH*. L'extension de la liberté de circulation des capitaux aux situations extra-européennes s'explique par l'objectif de

cette liberté qui est « d'assurer la crédibilité de la monnaie unique communautaire sur les marchés financiers mondiaux et de maintenir dans les États membres, des centres financiers de dimension mondiale »<sup>(46)</sup>. Elle n'est donc pas seulement destinée à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Mais, en l'espèce, cette liberté est-elle applicable pour les redevances prenant leurs sources dans des États extérieurs à l'Union européenne ? Pour circonscrire la notion de « capitaux », on consulte habituellement la directive du 24 juin 1988 supprimant les restrictions qui subsistaient à leur circulation, et notamment son Annexe I relative à la « nomenclature des mouvements de capitaux visés à l'article 1<sup>er</sup> de la directive »<sup>(47)</sup>. On y trouve sans surprise les opérations sur titres normalement traités sur les marchés, les crédits, les cautionnements et autres transferts en exécution de contrats d'assurances. De façon plus étonnante, sont pointés comme constitutifs d'un mouvement de capital les investissements immobiliers effectués sur le territoire national par des non-résidents<sup>(48)</sup>. S'agissant des droits d'auteur en revanche, sont seuls visés dans une rubrique « Autres mouvements de capitaux », les « brevets, dessins, *marques de fabrique et inventions (cessions et transferts découlant de telles cessions)* ». Or quels sont les flux de l'espèce ? En cause est le paiement de « redevances » de concessions de licences de fabrication et de commercialisation d'articles consentis par la société Givenchy en Chine, aux États-Unis, en Italie, au Japon, au Mexique, en Nouvelle-Zélande et en République de Corée. Dans l'affaire *LVMH*, il n'est pas certain qu'il s'agisse uniquement de redevances d'une marque de fabrique (les redevances concernaient probablement également des marques de commerce)<sup>(49)</sup>, sans qu'il soit possible de distinguer la part relative du montant rémunérant la marque affectée à la fabrication et/ou à la commercialisation. Surtout, les faits de l'arrêt *LVMH* semblent impliquer une simple mise à disposition de la marque (concession), et non pas un transfert ou une cession. Pourtant, l'Annexe I prend soin de préciser que « la présente nomenclature n'est pas limitative de la notion de mouvement de capitaux » (d'où la présence de la rubrique « Autres mouvements de capitaux : Divers »), et elle « ne saurait donc être interprétée comme restreignant la portée du principe d'une libération complète des mouvements de capitaux », il est probable que le paiement d'une redevance résultant d'une simple

concession de marque relève aussi de la libre circulation de capitaux<sup>(50)</sup> comme la perception de dividendes<sup>(51)</sup>. D'ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a pu dire pour droit, certes dans un tout autre domaine (règlement Bruxelles I) qu'« un contrat, par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit de l'exploiter en contrepartie d'une rémunération, n'est pas un contrat de fourniture de services »<sup>(52)</sup>. Même si, comme au sens des traités, « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux, et des personnes »<sup>(53)</sup>, il nous semble admissible que les redevances en cause dans l'affaire *LVMH* relèvent de la libre circulation des capitaux avec des États non européens, comme la Chine, les États-Unis ou encore la République de Corée.

Pour l'Italie dans cette affaire, mais également pour les autres conventions fiscales internationales conclues avec d'autres États membres de l'Union comme l'Allemagne<sup>(54)</sup>, la question de la reconnaissance de la clause fiscale de la nation la plus favorisée est encore plus pertinente<sup>(55)</sup>. Or en admettant le principe même de l'hypothèse de la clause fiscale de la nation la plus favorisée, quel serait son avantage dans la mesure où la Cour de Luxembourg n'admet pas qu'elle puisse en principe jouer ? Le bénéfice de ce raisonnement tient en ce que cette position fondamentale de rejet connaît heureusement une exception, laquelle fait produire ses effets à la clause fiscale de la nation la plus favorisée en cas d'« avantage détachable » de la convention.

## II. Reconnaissance d'un avantage détachable de la convention

Reconnaître un « avantage détachable » de la convention est, en droit positif, le seul moyen pour mettre

46. C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Skatteverket c. A*, aff. C-101/05, *Rec.*, p. I-11531, point 31.  
 47. Cette directive n'est plus en vigueur mais elle conserve une importance pour identifier les capitaux relevant de la liberté (voy. C.J.C.E., 16 mars 1999, *Trummer & Mayer*, aff. C-222/97, *Rec.*, p. 1661).  
 48. Voy. généralement C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2013, p. 583 ; M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2002, pp. 196 et s. ; L. DUBOIS et Cl. BLUMAN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 6<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2012, n° 964.  
 49. C. propriété intellectuelle, art. L. 711-1, sous réserve que le droit français soit applicable à la qualification.

50. Rapp. F. PICOD, « Libre circulation communautaire des capitaux et des moyens de paiement », *JurisClasseur*, 2009, fasc., Libertés, n° 1380, § 15, rappelant la directive 2003/48 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne mais pas celle 2003/49 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances (nous soulignons) effectués entre des sociétés associées d'États membres différents.  
 51. C.J.C.E., 4 juin 2000, *Verkooijen*, aff. C-35/98, *Rev. dr. fisc.*, 2000, n° 42, note P. DIBOUT.  
 52. C.J.C.E., 23 avril 2009, *Falco*, aff. C-533/07.  
 53. Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, art. 57.  
 54. Article 20(2)(a) de la convention franco-allemande.  
 55. Pour les pays tiers, l'exploration de la clause de la nation la plus favorisée dans le droit de l'OMC n'est pas fructueuse : rapp. M. SADOWSKY, « Droit OMC, droit communautaire et fiscalité directe », *Dr. fisc.*, 2009, n° 9, comm. 211.

en jeu la clause de la nation la plus favorisée : c'est en effet l'unique hypothèse réservée par la Cour de Luxembourg dans l'arrêt *D*. Il ne s'agit en effet pas d'uniformiser les avantages conventionnels en général, mais bien de faire jouer la clause de la nation la plus favorisée uniquement en cas d'identification d'un avantage détachable. Autrement dit, il faudrait que la déduction de l'impôt étranger non interdit par la convention soit analysée comme un « avantage détachable » de cette convention, pour pouvoir l'étendre (techniquement rendre « inopposable » l'interdiction de déduction) à un contribuable qui résiderait dans un État tiers aux États contractants<sup>(56)</sup>. Nous ne reviendrons pas sur la singularité de l'affaire *LVMH* où n'est pas en cause un État tiers, mais bien l'État français partie à chacune des conventions en cause<sup>(57)</sup> pour examiner ce qu'il faut entendre par « avantage » et d'autre part contrôler son caractère « détachable ».

### A. Avantage

L'« avantage » réside dans la possibilité de déduire de l'impôt étranger et cet avantage soulève au moins deux questions. Peut-on *d'abord* tirer un « avantage » du simple consentement silencieux d'une convention<sup>(58)</sup> ? Le *Dictionnaire Larousse* désigne par « avantage », « ce qui constitue ou apporte un profit matériel ou moral ». En matière fiscale, le profit moral n'est rien sans le gain financier... Et ne peut-on pas admettre que le silence, voulu ou fortuit, de la convention, est en l'état du droit positif et de la jurisprudence *Céline* un « avantage » de la convention ? Les conclusions du rapporteur public sont clairement en sens contraire, car la convention n'aurait que pour effet, et non pour objet, de laisser sur ce point s'appliquer le droit interne. Pourtant, lorsque les conventions ont voulu priver les contribuables de cet avantage, elles l'ont prévu expressément – non pour éviter une double imposition – mais pour éviter une double déduction. Au contraire, en conservant silencieusement le principe de la déduction, la convention conserve bien son objet qui est d'éviter une double imposition. Car si la double déduction demeure très théorique, la double imposition, elle, est bien réelle. Et à choisir entre deux maux, ne faut-il pas embrasser le moindre ? Asseoir ce choix implique de déceler la justification de cet avantage.

56. Rappr. C.J.C.E., 20 mai 2008, *Orange European Small-cap Fund NV*, aff. C-194/06, *Rec.*, p. I-3747, point 51.

57. *Voy. supra*.

58. Quant à la stipulation interdisant la déduction de l'impôt étranger, il ne s'agit pas à proprement parler d'un avantage en tant que tel. Car, par sa comparaison avec l'avantage tiré du silence de la convention, c'est précisément cette interdiction que l'on souhaite éradiquer.

“ La crainte de certains négociateurs de voir le contribuable utiliser un double avantage : le premier avantage découle du principe de faveur exorbitant de ce droit commun prévu par la convention. ”

Pourquoi donc, et *ensuite*, certaines conventions, comme celle conclue entre la France et l'Italie, prévoient expressément l'interdiction de l'avantage, alors que d'autres (e.g., franco-grecque) prévoyant un système similaire d'élimination des doubles impositions (via l'imputation d'un crédit d'impôt) permettent en effet au contribuable (notamment déficitaire) de conserver cet avantage ? On peut avancer deux ordres de raisons non exclusifs : le premier aurait trait à la crainte de certains négociateurs de voir le contribuable utiliser un double avantage : le premier avantage découle du principe de faveur exorbitant de ce droit commun prévu par la convention : cette dernière autorise la déduction de l'impôt étranger, non pas du *bénéfice* (assiette) imposable en France, mais de l'impôt français via l'imputation d'un crédit d'impôt. Ce premier avantage est plus profitable que l'application du droit commun, laquelle n'autorise pas l'imputation de l'impôt sur l'impôt, mais la *déduction* de l'impôt étranger de la *base imposable* en France (exprimé en droit interne par l'article 39, 1, 4<sup>e</sup>) : c'est le second avantage. C'est probablement pour prévenir une double utilisation de ces deux avantages que certains négociateurs ont pris soin d'interdire le second. Ce faisant, ils ont sans doute perdu de vue<sup>(59)</sup> que ce second avantage demeurait utile en cas de situation déficitaire du contribuable, puisque ce dernier ne pouvait alors plus utiliser le premier avantage. Même si sonder les âmes est un exercice difficile, il est permis de penser que

59. C'est clairement l'opinion de Ph. Durand dans son commentaire (*voy. § 7*) sous l'arrêt *Céline* (cité *supra*) pour qui « il apparaît que, focalisés sur ce sujet, les négociateurs ont méconnu l'hypothèse d'un déficit en France qui sortait de cette problématique de double imposition ».

d'autres négociateurs avaient, eux, à l'esprit la situation des sociétés déficitaires et n'ont pas jugé utile de reproduire l'interdiction du second avantage. Sans doute parce qu'une telle double déduction ne devrait jamais avoir lieu en pratique. Sauf à voir le mal partout, on imagine difficilement un contribuable déduire l'impôt étranger de l'impôt français (via le crédit d'impôt) et, dans le même temps, déduire aussi l'impôt étranger de sa base imposable en France<sup>(60)</sup>. Si des négociateurs n'ont pas expressément prévu l'interdiction, c'est bien que cette règle de droit commun a voulu être conservée dans la convention comme « avantage » pour le cas où la société serait déficitaire. Or le contribuable privé de déduction, dans toutes les hypothèses, sans mettre de côté le cas où il est déficitaire, ne contribue plus à l'équilibre général de la convention franco-italienne puisqu'elle ne permet pas d'atteindre l'objectif de cette convention, à savoir l'élimination des doubles impositions. Il faut tout simplement admettre, surtout lorsque l'interprétation proposée va dans le sens d'un contribuable déjà en difficulté et de la justice voulue par les conventions fiscales, que la possibilité de déduire est un « avantage » de la convention qu'il convient d'étendre, par le biais de la clause fiscale de la nation la plus favorisée. Passé l'admission de l'avantage, il reste à démontrer que cet avantage est « détachable ».

### B. Détachable

Un avantage peut être « détaché » si l'on peut démontrer qu'il peut être « séparé de ce dont la chose qualifiée fait partie »<sup>(61)</sup>. De ce point de vue, et *d'abord*, on peut se demander ce qui doit être détaché : est-ce l'article tout entier d'élimination des doubles impositions dans les conventions ? Probablement pas dans son entièreté, tant il participe par ses ressorts de l'essence de la convention<sup>(62)</sup>. Ne faut-il pas plutôt isoler – au sein de cet article – la règle d'assiette non écrite et conforme au droit commun autorisant la déduction de la retenue à la source étrangère ? Une « clause »<sup>(63)</sup> n'est pas nécessairement un « article ». Après tout, s'il a été jugé utile d'interdire cette possibilité de déduction, dans certaines conventions et pas dans d'autres, n'est-ce précisément pas un indice du caractère *détachable*

60. On pourrait objecter que le crédit d'impôt recherche, en France, autorise bien – en plus de ce crédit d'impôt – la déduction de la charge correspondante à ce crédit d'impôt. On répondra alors que l'objectif du crédit d'impôt recherche est celui d'une incitation/aide fiscale, alors que celui du crédit d'impôt étranger (pour appeler de façon plus courte ce qui est le crédit d'impôt en France correspondant à la retenue à la source payée à l'étranger) cherche simplement à supprimer/atténuer la double imposition.

61. *Dictionnaire Larousse*, v° « Détachable ».

62. *Contra*, opinion du rapporteur public dans l'affaire LVMH.

63. Du latin médiéval, *clausula*, qui signifie « membre de phrase ».

de l'avantage ? En interdisant la déduction de l'impôt étranger, la convention franco-italienne de 1989 s'écarte non seulement du point d'équilibre atteint par la précédente convention fiscale de 1958 conclue entre la France et l'Italie<sup>(64)</sup> mais encore par rapport à celui proposé par les conventions modèles de l'OCDE, tant dans leurs versions actuelles que celles en vigueur dans les années 1990, et – *a fortiori* – par rapport aux commentaires OCDE sous leurs articles 23 (méthodes d'élimination des doubles impositions)<sup>(65)</sup>.

“ D'autres négociateurs avaient, eux, à l'esprit la situation des sociétés déficitaires et n'ont pas jugé utile de reproduire l'interdiction du second avantage. ”

Pour tenter de redonner un peu de cohérence à la matière, émettons l'hypothèse que la présence de l'avantage (ou non) tient seulement à la personnalité des négociateurs des conventions fiscales plus qu'à un possible « effet de mode ». Pour la vérifier, procédons à un rapide rapprochement chronologique : au soutien de la thèse (inverse) selon laquelle cette interdiction de déduction, rédigée en 1989 dans la convention franco-italienne, avait cours dans la rédaction des conventions conclues à cette époque, on pourrait faire observer que la convention fiscale franco-japonaise conclue le 3 mars 1995, seulement quelques années après celle de 1989, interdit, elle aussi, la déduction de l'impôt japonais<sup>(66)</sup>. Sauf que les conventions avec le Mexique et les États-Unis, respectivement conclues en 1991 et 1994, ne contiennent plus l'interdiction. On peut conclure non

64. Décret de publication n° 68-228 du 12 mars 1968, *J.O.*, 14 mars 1968, p. 2621, spéc. p. 2623, convention du 29 octobre 1958, et spécialement son article 20 prévoyant une méthode d'exemption. Le rapport au soutien de la loi de ratification de la convention de 1989 ne fait pourtant pas mention de cette différence avec la convention qu'elle remplace (celle de 1958) : rapport n° 204 (1989-1990) de M. Yves Guena, fait au nom de la commission des finances, déposé le 2 avril 1990, notamment pp. 11 et s.

65. Voy. les commentaires OCDE sous article 23 A et 23 B (méthode d'exemption et méthode d'imputation).

66. Art. 23.1.a). Cette convention a été modifiée en 2007 sans que l'interdiction soit rapportée.

seulement que la méthode d'élimination de la double imposition (côté français) a probablement été rédigée par des négociateurs (français) différents, mais encore que la présence (ou pas) de l'interdiction ne participe pas effectivement de l'économie globale de la convention.

Même s'il n'existe pas – à notre connaissance – de jurisprudence où un juge français ait décelé un tel « avantage détachable », l'arrêt *LVMH* démontre sa réticence à en identifier, car d'aucuns pourraient prétexter que c'est la technique rédactionnelle des arrêts de la Cour, hésitante à poser des principes généraux sans immédiatement les assortir d'une exception, qui expliquerait la réserve de « l'avantage détachable ». Pourtant, au point 51 de l'arrêt *Orange European Small Cap Fund*, la Cour relève que « lorsqu'un avantage prévu par une convention fiscale bilatérale ne peut être analysé comme un avantage détachable de cette convention, mais contribue à son équilibre général »<sup>(67)</sup> alors il n'existe plus de situation comparable. La Cour souligne donc à nouveau la possibilité qu'un avantage soit analysé comme détachable de la convention. Après tout, il serait trop facile de juger que toute disposition qui détermine *in fine* la charge d'impôt à payer par le contribuable n'est pas détachable de la convention car elle viendrait rompre l'équilibre de cette dernière. Il n'y aurait plus aucune possibilité de détacher quoi que ce soit dans une convention fiscale internationale. Ne faudrait-il pas plutôt pouvoir identifier précisément dans les conventions interdisant la déduction de l'impôt étranger quelles sont les obligations/contreparties participant à l'équilibre prévu, par rapport aux conventions autorisant une telle déduction ? En d'autres termes, quelle est la justification de l'avantage ? Et si l'on peine, comme nous le soutenons, à pouvoir justifier cette différence de traitement, plus grande encore sera la difficulté à prouver que l'avantage et/ou l'interdiction est *relatif et proportionné* à cette différence de situation. Si l'on nous suit dans cette analyse, il nous semble alors que la reconnaissance d'un avantage détachable dans les faits de l'affaire *LVMH* permettrait sinon d'éliminer la double imposition lors de certains flux internationaux de redevances perçus par des sociétés déficitaires, du moins de l'atténuer en autorisant la déduction de la retenue à la source *y compris dans les situations où une convention l'interdit*.

Et si, à ce stade, l'admission de la clause fiscale de la nation la plus favorisée dans son exception de « l'avantage détachable » n'emportait toujours pas la conviction, elle pousse à s'interroger si en dépit de discrimination, un ensemble de mesures fiscales peut être incompatible avec le droit communautaire parce qu'il instaure des entraves à la libre circulation<sup>(68)</sup>. Ainsi, l'ensemble des règles applicables à la société LVMH

ne rendent-elles pas plus « difficile le libre transit de capitaux entre la France et l'Italie » qu'entre la France et la Grèce, par exemple, dont la convention n'interdit pas la déduction de la retenue à la source ? En tenant compte, par exemple, de l'accord liant la France et la Grèce, ne faut-il pas définitivement conclure que la convention conclue entre la France et l'Italie décourage les sociétés françaises à consentir des contrats de licence de marque en Italie puisque les retenues à la source prélevées sur « de tels contrats » conclus avec des entités grecques sont déductibles du résultat imposable en France alors qu'elles ne le sont plus lorsque prélevées en Italie ?

“ La convention conclue entre la France et l'Italie décourage les sociétés françaises à consentir des contrats de licence de marque en Italie puisque les retenues à la source prélevées sur « de tels contrats » conclus avec des entités grecques sont déductibles du résultat imposable en France alors qu'elles ne le sont plus lorsque prélevées en Italie. ”

67. C.J.C.E., 20 mai 2008, aff. C-194/06, *Rec.*, p. I-3747.

68. Rappr. des conclusions de M. D. RUIZ-JARABO COLOMER sous l'arrêt *D.*, et A. MAITROT DE LA MOTTE, « La Cour de justice et le principe de non-discrimination : remarques sur l'arrêt *D.* du 5 juillet 2005 », *op. cit.*, at 121.

En l'état de la construction fiscale communautaire, répondre positivement à ces questions pouvait encore, jusqu'à un passé récent, apparaître prématuré<sup>(69)</sup>.

69. Encore plus tranché : A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 138, *in fine*, qui

Pourtant, la Commission européenne vient de demander à la France de supprimer la retenue à la source appliquée aux dividendes de source française perçus par entreprises non résidentes déficitaires<sup>(70)</sup>... Peut-être qu'en s'attaquant à la retenue à la source elle-même, plutôt qu'à son traitement dans l'État de résidence du bénéficiaire du revenu, la Commission aura, de premier abord, des difficultés à justifier sa demande de suppression dans le seul cas d'une situation déficitaire. Cette salve qui vise les flux sortants, et non les flux entrants comme ceux de l'arrêt *LVMH*, atteste de

conclut sur cette question : « Car en fin de compte, refuser aux contribuables de bénéficiaire du meilleur traitement fiscal n'est-il pas incompatible avec l'idée d'un démantèlement des frontières fiscales et douanières entre les États ? ». Rappr. *SERVAAS VAN THIEL*, « Why the ECJ Should Interpret Directly Applicable European Law as a Right to Intra-Community Most-Favoured-Nation Treatment », Parties 1 et 2, *European Taxation*, juin et août 2007, pp. 263 et s., et pp. 314 et s. Voy. aussi *A. CORDEWENER & E. REIMER*, « The Future of Most Favoured-Nation Treatment in EC Tax law: Did the ECJ Pull the Emergency Brake Without Real Need? », Parties 1 et 2, *European Taxation*, juin et juillet 2006.

70. Comm. UE, MEMO 17/1280, 17 mai 2017. Rappr. en matière d'impôt sur le revenu, Comm. UE, MEMO 17/1935, 13 juillet 2017. Toutefois, ces avis motivés ne sont pas encore rendus publics, conformément au règlement (CE) n° 1049/2011 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission.

la sensibilité de la Commission européenne aux questions soulevées par l'arrêt *GBL Energy*<sup>(71)</sup>. Or, pour les redevances, l'un des mérites de la voie proposée de « l'avantage détachable », voire de celle de l'entrave, est d'anticiper une possible action en manquement de la Commission. Moins radicale, en ménageant tant les partages d'imposition des États que les finances de sociétés déficitaires qui ont parfois plus besoin que les autres de n'être pas imposées deux fois sur le même revenu, la solution ici prônée serait de mise en œuvre jurisprudentielle rapide.

Au final, en se surprenant à rêver, si le Conseil d'État consacrait la notion « d'avantage détachable » pour – sinon éliminer – réduire la double imposition dont fait l'objet certains flux internationaux en cas de situation déficitaire, ce ne serait assurément pas méconnaître la jurisprudence européenne mais plutôt lui rendre hommage.

71. Rappr. C.E. (plén. fisc.), 9 mai 2012, n° 342221 et n° 342222, *Sté GBL Energy*, *Dr. fisc.*, 2013, n° 4, comm. 80, concl. *L. OLLÉON*, note *G. BLANLUET* ; *R.J.F.*, 2012/7, chron. *E. BOKDAM-TOGNETTI*, p. 587 ; *R.J.F.*, 2013/1, n° 45. Voy. aussi C.J.U.E. (3<sup>e</sup> ch.), 17 septembre 2015, *J. B. G. T. Miljoen*, aff. C-10/14, X, aff. C-14/14, et *Société Générale SA c. Staatssecretaris van Financiën*, aff. C-17/14, points 78-79, et 88, *Dr. fisc.*, 2015, n° 45, comm. 664, note *A. DE WAAL*. Rappr. *TA Montreuil*, 16 mars 2017, n° 1600342, *Sté Vivendi*, *R.J.F.*, 2017, n° 668 avec concl. *S. HUMBERT* (à propos du régime du bénéfice mondial consolidé).

## V.B. Fiscalité indirecte

### ASSUJETISSEMENT À LA TVA DES PRIMES DE CAPTURE DE CARTES BANCAIRES PLACÉES EN OPPOSITION OU UTILISÉES DE MANIÈRE FRAUDULEUSE

CAA VERSAILLES, 15 NOVEMBRE 2016, *STÉ DES AUTOROUTES ESTÉREL*, AFF. N° 14VE03680



**Sabrina LE NORMAND-CAILLÈRE**  
Maître de conférences  
à l'Université d'Orléans  
Co-directrice du Master 2  
Droit des affaires et fiscalité

À l'occasion d'un arrêt rendu le 15 novembre 2016, la cour administrative d'appel de Versailles est reve-

nue sur la question de l'assujettissement à la TVA des primes de capture de cartes bancaires frauduleuses. Pour aboutir à cette solution, la cour a dû interpréter les clauses du contrat conclu.

En l'espèce, une société d'autoroute (Société des autoroutes Estérel, Côtes d'Azur, Provence, Alpes (ESCOTA)) a perçu d'un groupement d'intérêt économique (GIE) des primes de capture pour l'interception de cartes bancaires en opposition ou utilisées de manière frauduleuse. La société n'a pas acquitté de