

Régime mère-fille et *partnership* : le Conseil d'Etat a donné son avis

N° Lexbase : N6089BU3



par Guillaume Massé, Avocat à la Cour et Danièle Cohen, Avocat, Marvell

Réf. : CE 3°, 8°, 9°, et 10° s-s-r., 24 novembre 2014, n° 363 556, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A5450M4M)

Par un arrêt du 24 novembre 2014 (1), le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur de l'inapplicabilité du régime mère-fille pour une société de capitaux française détenant une *partnership* de droit américain et percevant des dividendes de sa (sous) filiale également américaine.

I — Rappel des faits

Les faits de la cause étaient les suivants.

Une société de capitaux française détenait 98,82 % des parts d'une société de droit américain et était constituée sous la forme d'une *partnership* de droit américain.

Cette dernière détenait 10 % d'une autre société de droit américain.

L'organigramme se présentait donc avec trois sociétés interposées, la société française détenant des parts de la *partnership* américaine, lui-même détenant des parts d'une autre société américaine.

En 2002, cette autre société américaine met en paiement des dividendes qui sont appréhendés par la *partnership* à hauteur de sa participation de 10 % dans l'autre société de droit américain.

A la suite de cette distribution de dividendes, la société française estime pouvoir bénéficier du régime mère-fille et retrace de son bénéfice fiscal au titre de l'exercice 2002 les sommes versées par la *partnership*, résultant elles-mêmes de la distribution de dividendes de la société américaine à la *partnership*.

Lors d'une vérification de comptabilité, cette exonération a été remise en cause : les sommes correspondant aux dividendes exonérés par la société française au titre de ses dividendes reçus de la *partnership* sont réintégrées dans son bénéfice fiscal, et corrélativement le déficit reportable de la société française est diminué à due concurrence.

Cette dernière a introduit un recours devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise qui rejette sa demande par un jugement du 24 juin 2010 (TA Cergy-Pontoise, 24 juin 2010, n° 0 708 886). L'affaire est ensuite portée devant la cour administrative d'appel de Versailles, qui confirme le jugement par un arrêt du 16 juillet 2012 (2).

L'affaire a ensuite été portée devant le Conseil d'Etat où les trois moyens invoqués se basaient sur les éléments suivants :

- le régime mère-fille et son application aux participations indirectes (CGI, art. 145 N° Lexbase : L9522ITT et C. com., art. L. 233-2 N° Lexbase : L6305AID et L. 233-4 N° Lexbase : L6307AIG);
- la qualification en droit interne d'un véhicule de droit étranger;
- les dispositions de l'article 238 bis K du CGI (N° Lexbase : L4886HLK).

Avant d'analyser ces trois moyens, il faut rappeler le concept de *partnership* en droit américain, et étudier ses conséquences en droit interne.

II — La notion de *partnership* en droit américain et son traitement fiscal

La *partnership* en cause était un véhicule de droit américain permettant la mise en commun de moyens personnels en vue de la réalisation d'un projet. Il s'agissait de l'équivalent d'une société de personne, forme sociétale qu'on oppose traditionnellement à la société de capitaux (*corporation*).

Il existe en droit américain trois grands types de *partnership* : *limited partnership*, *general partnership* et *limited liability partnership*. Si des divergences existent d'un point de vue de la responsabilité, ils ont tous la personnalité morale.

D'un point de vue fiscal, ce sont des entités transparentes (régies par le droit fédéral) comme l'indique l'article 701 de l'IRC (3) qui stipule : "*a partnership as such, shall not be subject to the income tax imposed by this chapter. Persons carrying on business as partners shall be liable for income tax only in their separate or individual capacities*".

Cette disposition met en exergue le fait qu'il n'est pas tenu compte de la personnalité morale de la *partnership* pour la taxation de ses flux : ses flux sont considérés, par fiction, comme appréhendés directement par les associés de la *partnership*. Cela signifie que la *partnership*, qui a bien une personnalité juridique (cette précision sera utile dans les suites de cet article en ce qui concerne la comparaison avec un arrêt en date du 13 octobre 1999), n'a, en revanche, pas de personnalité fiscale.

La *partnership* pouvait ici être qualifiée de véhicule fiscalement transparent dès lors qu'en droit fiscal américain l'existence de la *partnership* est, en principe, purement et simplement ignorée pour l'établissement de l'impôt fédéral. Ce principe ne connaît qu'une exception, laquelle concerne les revenus provenant d'une activité industrielle et commerciale où il y a une compensation entre les charges et les produits au niveau de la société. En l'espèce, cette exception n'était toutefois pas applicable car les revenus litigieux étaient des revenus passifs (dividendes) qui étaient appréhendés directement par les associés de la *partnership*.

En droit français, la situation est différente car les sociétés de personnes sont considérées comme des véhicules translucides : leur résultat fiscal est d'abord déterminé au niveau de la société (assiette). C'est ensuite, seulement, qu'ils vont faire l'objet d'une attribution aux différents associés à hauteur de leur quote-part respective (CGI, art. 8 N° Lexbase : L2685HNR) et donner lieu à un impôt dont le recouvrement se fait entre les mains de ses associés. Ces sociétés de personnes ont donc bien et une personnalité juridique et une personnalité fiscale (véhicule translucide), contrairement aux *partnership* de droit américain qui n'ont que la personnalité juridique (véhicule transparent).

III — Régime mère-fille et détention directe des participations

La requérante soutenait que la cour administrative d'appel de Versailles ajoutait une condition au régime mère-fille en rejetant son applicabilité en cas d'interposition d'une société, c'est-à-dire dans le cas où il s'agissait d'une participation indirecte. En l'espèce, les dividendes avaient été appréhendés après avoir été préalablement encaissés par la *partnership*.

L'article 145 du CGI prévoit trois conditions cumulatives qui, si elles sont remplies, permettent de bénéficier du régime mère-fille prévu par l'article 216 du CGI (N° Lexbase : L0666IPD). Ces trois conditions concernent les "participations" des sociétés mères dans les sociétés filles, sans autre précision textuelle.

Dans le chapitre du Code de commerce relatif aux définitions, l'article L 233-2 précise que : "*lorsqu'une société*

possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %, la première est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme ayant une participation dans la seconde". Il n'est donc pas expressément exigé par ce texte que la participation soit directe.

Toutefois, l'exigence supposée d'une participation directe nous semble cohérente avec la notion de personnalité morale. En effet, exiger que soit expressément mentionnée une participation directe au sens de détention directe aurait implicitement pour conséquence de retirer au véhicule interposé sa personnalité morale.

Sur ce point, le Rapporteur public de l'arrêt commenté rappelle d'ailleurs que le Conseil d'Etat s'était déjà prononcé en 1983 dans une affaire où une société avait reçu des dividendes par l'intermédiaire d'un GIE (4).

En l'espèce, le tribunal administratif (TA Dijon, 3 février 1981) avait fait droit à la prétention de la société requérante au motif que *"celle-ci devait être regardée comme détenant des participations dans le capital de la société Y sans qu'il y ait lieu de s'arrêter à la circonstance que ces participations étaient détenues par l'intermédiaire d'un groupement d'intérêt économique, celui-ci n'ayant aucune personnalité fiscale [...]"*.

Au contraire, dans ses conclusions sous l'arrêt de 1983, le Commissaire du Gouvernement indiquait qu'il était *"abusif de dire que cette disposition révèle une absence de personnalité fiscale [...] que le groupement d'intérêt économique jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité à dater de son immatriculation au registre du commerce [...] et que la pleine capacité et le fait que le groupement peut être doté d'un capital conduisent nécessairement à admettre qu'il peut disposer d'un patrimoine propre"*.

Le Conseil d'Etat avait suivi ces conclusions et décidé que la société ne pouvait pas prétendre au régime mère-fille, au motif que le GIE ayant une personnalité propre, ses membres ne pouvant donc pas être réputés détenir directement les titres de sociétés dans lesquelles le groupement avait lui-même une participation.

Au final, dans la mesure où la lettre de l'article 145 du CGI vise le terme "participations" sans autre précision, il pourrait être utilement précisé que la détention de participations doit être directe pour lever toute équivoque.

IV — Qualification en droit français d'un véhicule de droit étranger et incidence sur le régime mère-fille

La requérante soutient ensuite que parce qu'en droit fiscal interne américain la société est transparente, le juge aurait dû en tenir compte dans son analyse pour l'applicabilité du régime mère-fille. A défaut, la requérante en déduit que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que le régime mère-fille devait être rejeté du fait de l'interposition de la *partnership*, alors qu'elle était une société de personnes.

Le Rapporteur public conteste cet argument en soutenant que les lois fiscales étrangères ne peuvent pas être appliquées par les juridictions nationales. Il va d'ailleurs plus loin dans le raisonnement puisqu'il affirme qu'un Etat ne peut ni appliquer ni même tenir compte de la loi fiscale étrangère. Il nuance seulement sa position en admettant la prise en compte du droit étranger pour les branches non fiscales (par exemple branches juridiques, patrimoniales, etc.).

Or, selon la requérante, le Conseil d'Etat aurait déjà tenu compte du droit étranger dans deux jurisprudences précédentes.

D'abord dans un arrêt du 13 octobre 1999 (5), où la question portait sur le point de savoir si une exonération de retenue à la source bénéficiait aux associés d'une société en commandite néerlandaise encaissant des redevances de source française. Le Conseil d'Etat y juge que la société en cause était *"dépourvue de personnalité juridique et fiscalement transparente en droit néerlandais"*, et que c'était donc les associés (résidents néerlandais) qui étaient réellement payés, et non la société en commandite.

Toutefois, la situation, dans ce cas, diffère de notre espèce. En effet, dans l'arrêt de 1999, la société néerlandaise était transparente juridiquement et fiscalement. Or, ici, au contraire, la *partnership* américaine est transparente uniquement en matière fiscale, car elle a, par ailleurs, une personnalité juridique à part entière dès lors qu'il est relevé qu'il s'agit d'une *partnership* doté d'une personnalité distincte de celle de ses membres (associés).

Le Rapporteur, lui, écarte l'analogie avec cette jurisprudence au motif que le Conseil d'Etat y faisait d'abord application du droit des sociétés puisqu'il a d'abord déterminé à qui avaient été payées les redevances litigieuses.

Le juge rejette également aussi ce moyen du contribuable.

Le rejet de ce raisonnement par analogie avec l'arrêt de 1999 est logique dès lors que le droit fiscal français se limite à considérer comme transparentes les seules sociétés visées par l'article 1655 ter du CGI (6). Pour mémoire,

il s'agit des sociétés qui ont pour objet social exclusif soit la construction d'immeubles en vue de leur division par lots, soit la gestion ou la location de ces immeubles.

Deuxièmement, la requérante invoquait un arrêt de 2009 (7) par lequel le Conseil d'Etat annule l'arrêt d'appel au motif que la cour avait exclu de prendre en compte le droit étranger (CAA Marseille, 11 janvier 2007, n° 02MA02 451 [N° Lexbase : A8959DTY](#)).

Le Rapporteur public y précisait qu'*"il apparaîtrait absurde de faire litière d'un droit étranger qui qualifie expressément de fonds propres une certaine catégorie de versements quand il s'agit de déterminer si, pour l'application de la loi fiscale française, il faut regarder ces versements comme des avances ou comme des fonds propres"*.

Toutefois, dans cet arrêt, il s'agissait simplement pour le Conseil d'Etat de censurer une cour administrative d'appel ayant refusé de tirer les conséquences de l'interdiction du droit portugais de procéder à la rémunération des apports en compte courant, et ainsi de juger qu'il ne pouvait pas y avoir d'acte anormal de gestion. Cette solution, si elle faisait donc bien application du droit étranger, n'était donc pas non plus transposable.

En ce qui concerne la méthode utilisée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt commenté, il a été fait application du droit fiscal français à un concept américain, pour considérer que la *partnership* était une société qui répondait bien aux dispositions de l'article 8 du CGI. Dans ses précédentes décisions, le Conseil d'Etat faisait application de la méthode dite d'assimilation, laquelle méthode consiste à analyser le droit étranger, puis ensuite à identifier le concept de droit français qui s'en rapproche le plus.

Or, comme souligné à juste titre par le Rapporteur public, la lettre de l'article 8 du CGI ne vise que des formes sociétales limitativement énumérées et précises de sociétés de droit français. En effet, l'énumération de l'article 8 vise des formes franco-françaises de telle sorte qu'il semble s'agir d'une "liste fermée" pouvant conduire à considérer que le système de translucidité de l'article 8 du CGI (et non de transparence) serait applicable exclusivement à des sociétés de droit français.

Dans l'affirmative, l'applicabilité d'une telle méthode d'assimilation serait très critiquable dès lors que cette disposition du droit interne (l'article 8) restreindrait alors son champ d'application à des sociétés de nationalité française.

V — L'application de l'article 238 bis K du CGI

La requérante invoque un autre argument en considérant qu'elle aurait eu le droit d'appliquer, en tout état de cause, le régime mère-fille, en vertu de l'article 238 bis K du CGI.

Cet article prévoit que lorsque des droits d'une société régie par les dispositions de l'article 8 du CGI, sont inscrits à l'actif d'une personne morale soumise à l'impôt des sociétés, la part quote-part de bénéfice qui correspond à ces droits est déterminée selon les règles applicables aux bénéfices soumis à l'impôt des sociétés.

Par suite, les modalités de détermination de la quote-part de chaque associé de la société de personnes peuvent différer quand le régime fiscal de ses associés n'est pas le même.

Selon la requérante, appliqué au cas d'espèce, une bonne exégèse de cet article 238 bis K devrait conduire à considérer que, quand une société de l'article 8 du CGI (ici la *partnership*) a un associé à l'impôt des sociétés (ici la société française) et qu'elle perçoit des dividendes d'une filiale (ici l'autre société de droit américain), elle (la société française) peut faire application du régime mère-fille directement sur les dividendes de l'autre société américaine reçus par la *partnership*.

Si l'assiette d'une société de personne est effectivement arrêtée au niveau de la société de personne elle-même, en revanche, il résulte de cet article 238 bis K du CGI que la quote-part d'un associé soumis à l'impôt des sociétés est déterminée en appliquant pour l'associé concerné les règles de détermination de l'impôt des sociétés.

Tirant toutes les conséquences de cette modalité de détermination pour un associé soumis à l'impôt sur les sociétés, le requérant en déduit, de façon probablement extensive, que le régime mère-fille s'applique puisque l'associé (ici la société française) remplit toutes les conditions de l'article 145 et 216 du CGI.

Le Conseil d'Etat rejette cet argument en considérant qu'il convient de considérer que les dispositions de l'article 238 bis K ont pour objet de poser une règle de détermination du bénéfice correspondant aux droits d'un associé dans une société de personnes, et non une règle de détermination du régime fiscal, lequel est déterminé au niveau de la société de personnes. Ainsi, l'article 145 du CGI exclut du champ d'application du régime mère-fille les dividendes perçus par une société de personne, quand bien même son associé est soumis à l'impôt sur les sociétés (considérant 6 de l'arrêt).

- (1) CE 3°, 8°, 9°, et 10° s-s-r., 24 novembre 2014, n° 363 556, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A5450M4M).
- (2) CAA Versailles, 16 juillet 2012, n° 10VE02 621 (N° Lexbase : A2533IRA).
- (3) *Internal Revenue Code* (Code fiscal américain).
- (4) CE, 7° et 8° s-s-r., 19 octobre 1983, n° 33 816, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A1283AMH) : RJF, 12/1983, n° 1506, conclusions J. — F. Verny, p. 661.
- (5) CE, 8° et 9° s-s-r., 13 octobre 1999, n° 191 191, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : A3307AXR) : RJF, 12/1999, n° 1492, conclusions G. Bachelier.
- (6) CGI, art. 1655 ter (N° Lexbase : L1910HMP) : "[...] les sociétés qui ont, en fait, pour unique objet soit la construction ou l'acquisition d'immeubles ou de groupes d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance, soit la gestion de ces immeubles ou groupes d'immeubles ainsi divisés, soit la location pour le compte d'un ou plusieurs des membres de la société de tout ou partie des immeubles ou fractions d'immeubles appartenant à chacun de ces membres, sont réputées, quelle que soit leur forme juridique, ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts directs, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière exigible sur les actes qui donnent lieu à la formalité fusionnée en application de l'article 647 (N° Lexbase : L7679HLY), ainsi que des taxes assimilées".
- (7) CE, 3° et 8° s-s-r., 7 septembre 2009, n° 303 560, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : A8912EKB) : RJF, 12/2009 n° 1068, conclusions L. Olléon, note P. Fumenier.