

Julie USSEGLIO-VIRETTA

# L'IMPACT DE LA RÉFORME DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES : L'EXEMPLE FRANCO-ALLEMAND

Master 2 Droit des affaires et fiscalité

Majeure Stratégie fiscale et juridique internationale – HEC

Année universitaire 2010-2011



*Mémoire réalisé sous la co-direction du Professeur Daniel GUTMANN et Maître Olivier DAUCHEZ, avocat associé au cabinet Gide, Loyrette & Nouel, Membre de l'Observatoire des conventions fiscales internationales.*

# REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier vivement le Professeur Daniel GUTMANN, qui m'a fait confiance mais qui a surtout contribué à confirmer et développer mon goût pour le droit fiscal. Je le remercie pour ses conseils avisés, et de la rigueur dont il a fait preuve dans l'appréhension de ce sujet, rendant possible l'approfondissement de cette question.

Je remercie également Maître Olivier DAUCHEZ, membre de l'Observatoire des Conventions Fiscales Internationales, pour le temps qu'il a consacré à cette étude et pour son regard éclairé de praticien, qui a donné à ce mémoire toute sa dimension pratique. Y ont aussi contribué les avocats du Cabinet Charles SCHEER, m'ayant inspiré plusieurs de mes remarques, mais aussi fait prendre conscience du rôle de l'avocat praticien et des préoccupations et réflexions qui doivent être les siennes.

*« L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, l'Ecole de droit de la Sorbonne ainsi que l'Observatoire des Conventions Fiscales Internationales n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires de fin d'études ; ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs »*

# SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	6
-------------------	---

<b><u>PREMIERE PARTIE : LA NEUTRALISATION INTERNATIONALE DE LA DETENTION D'UNE SOCIETE DE PERSONNES FRANCAISE.....</u></b>	<b>18</b>
--	-----------

<b>A) <u>Le choix de la transparence des sociétés de personnes françaises</u>.....</b>	<b>18</b>
--	-----------

1) <u>Le principe de transparence « raisonnée »</u> .....	18
---	----

a) <i>La création d'une nouvelle catégorie fiscale d'entités transparentes</i> .....	19
--	----

b) <i>Les modalités pratiques de cette transparence à la française</i> .....	22
--	----

2) <u>Mise en œuvre de ces critères : l'asymétrie des solutions</u> .....	28
---	----

a) <i>Les associés soumis à l'impôt sur les sociétés : l'application de l'article 209-I     du Code général des impôts</i> .....	28
--	----

b) <i>Les associés soumis à l'IR</i> .....	33
--	----

<b>B) <u>La transparence à l'épreuve des systèmes juridiques internationaux : relations franco-allemandes et société de personnes françaises</u>.....</b>	<b>36</b>
---	-----------

1) <u>Les spécificités de la convention franco-allemande</u> .....	36
--	----

2) <u>Application aux différentes catégories de revenus</u> .....	39
---	----

a) <i>Revenus d'activité industriels et commerciaux</i> .....	39
---	----

b) <i>Revenus passifs</i> .....	43
---------------------------------	----

i. <i>Les dividendes</i> .....	43
--------------------------------	----

ii. <i>Les revenus mobiliers</i> .....	49
--	----

iii. <i>Les plus-values de cessions de valeurs mobilières</i> .....	52
---	----

**DEUXIEME PARTIE : L'ASSIMILATION RAISONNÉE DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ÉTRANGÈRES.....55**

**A) Les nouveaux critères d'identification des sociétés de personnes étrangères : le choix final de l'assimilation.....55**

1) L'abandon de la jurisprudence Diebold : l'assimilation sur la base de critères français.....55

a) *La doctrine de l'administration avant l'arrêt Diebold Courtage*.....56

b) *L'arrêt Diebold Courtage : une nouvelle règle de caractérisation à l'essai*..59

c) *L'adoption de la troisième technique : l'assimilation par comparaison juridique et fiscale*.....62

2) Mise en œuvre : l'imposition en France des sociétés de personnes étrangères selon leur degré d'assimilation.....66

a) *Une société de personnes étrangère assimilée à une entité transparente dont les associés sont soumis à l'impôt sur les sociétés*.....66

b) *Les sociétés de personnes étrangères assimilées à une entité transparente dont les associés relèvent de l'impôt sur le revenu*.....70

c) *Les sociétés de personnes étrangères non assimilées à une société de personnes française*.....72

**B) Illustration : l'assimilation des sociétés de personnes allemandes aux sociétés de personnes françaises.....76**

1) Les sociétés allemandes à l'épreuve des régimes juridiques et fiscaux français...76

a) *Critère juridique*.....77

b) *Critère fiscal*.....81

2) <u>Les conséquences du test d'assimilation sur l'imposition des différentes catégories de revenus</u> .....	87
a) <i>Revenus industriels et commerciaux</i> .....	88
b) <i>Revenus passifs</i> .....	91
i. Les dividendes.....	91
ii. Les revenus mobiliers.....	95
iii. Les plus-values de cession de valeurs mobilières.....	97
<b>CONCLUSION</b> .....	100
<b>ANNEXES</b> .....	102
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	109

# INTRODUCTION

A moins de faire preuve d'une ingratitude certaine, on ne peut commencer une étude sur le régime fiscal des sociétés de personnes sans citer au préalable le professeur Maurice Cozian ni la célèbre formule du « *sac d'embrouilles* »<sup>1</sup> qu'il a utilisée pour qualifier le régime fiscal des sociétés de personnes. Et il faut bien l'admettre, la complexité du régime des sociétés de personnes est bien réelle, à tel point que son utilité est remise en question.

La complexité du régime fiscal des sociétés de personnes vient de la transparence fiscale qui caractérise ces entités, tel qu'elle est conçue, comprise et appliquée en France. Si l'on s'en tient à une définition générale, la transparence fiscale peut se définir comme l'absence de conséquences fiscales attachées à l'existence juridique de l'entité dans le cadre de laquelle les associés se regroupent pour exercer une activité en commun. Si sur le plan juridique la société reste le support de l'activité, les résultats et l'ensemble des revenus générés par ses activités sont fiscalement réputés être réalisés directement par les associés de ladite société. Ce sont donc ces derniers qui, proportionnellement à leur participation au capital de la société, déterminent le résultat fiscal de la société, le déclarent et acquittent l'impôt dû sur les bénéfices réalisés.

La transparence fiscale des sociétés de personnes est reconnue par de nombreux systèmes juridiques dans le monde. Une étude comparative de leur statut fiscal à l'international fait apparaître deux grands modèles de transparence<sup>2</sup>. Une entité fiscalement transparente relèverait soit de l'"*entity theory*" – selon laquelle la société de personnes est une entité distincte de ses associés sur un plan fiscal et le revenu qu'elle réalise est alors déterminé à son niveau, avant d'être alloué à chaque associé – soit de l'"*aggregate theory*" – qui est l'application du concept originel de transparence exposé ci-dessus, voulant que la société de personnes n'ait pas d'existence fiscale propre et que l'associé se voie attribuer sa quote-part des flux financiers générés par l'activité (produits, charges...), à charge pour chacun de déterminer et déclarer sa part de résultat au sein de la société de personnes.

---

<sup>1</sup> « Un "sac d'embrouilles" : le régime fiscal des sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu » in *Droit fiscal*, 1994, p. 205 et suivantes.

<sup>2</sup> A. EASSON et V. THURONYI « Fiscal Transparency » in V. THURONYI (ed.) *Tax law design and drafting*, IMF, 1998, vol. 2, Chap. 21.

Cette étude constate par ailleurs l'existence d'un lien entre l'appartenance à l'une de ces catégories de transparence fiscale et le fait que la société de personnes soit dotée ou non de la personnalité morale. Une société à laquelle on reconnaît une personnalité juridique à part entière serait plus facilement considérée comme un acteur fiscal indépendant, relevant alors de l'"entity theory", tandis que l'absence de personnalité morale autonome de la société de personnes irait dans le sens d'une transparence totale au plan fiscal, relevant ainsi de l'"aggregate theory". De l'existence de ce lien entre la personnalité juridique et le degré de transparence fiscale d'une société de personnes, on peut déduire le concept de personnalité fiscale, puisque la reconnaissance de l'existence de la société comme une entité juridiquement indépendante incite à un traitement fiscal similaire. On peut dès lors définir la personnalité fiscale comme la prise en compte des caractéristiques juridiques et sociales propres à l'entité à travers laquelle l'activité génératrice de flux est exercée pour la détermination de l'impôt à payer, résultant du fait que la société soit dotée de la personnalité morale.

Si l'on cherche à faire entrer la société de personnes française dans cette typologie, on peut dire assez aisément qu'elle est un exemple parfait de l'"entity theory", car la quasi-totalité des sociétés de personnes françaises sont dotées de la personnalité morale, et que par conséquent la détermination et la déclaration de leur résultat sont effectuées à leur niveau. La personnalité fiscale leur est d'ailleurs expressément reconnue. Cependant, comme beaucoup d'autres régimes, la transparence à la française se révèle hybride, en ce qu'elle emprunte à la fois de l'"entity theory" et de l'"aggregate theory", au gré des dispositions. L'emblématique article 238 bis K du Code général des impôts<sup>1</sup> est un exemple flagrant de ce que l'on peut qualifier de *transparency theory shopping*, auquel se livre le régime fiscal actuel des sociétés de personnes. Si la première partie de cet article relève de l'"aggregate theory" car le résultat de la société est déterminé selon les règles applicables à son associé (cas des associés soumis à l'impôt sur les sociétés, des bénéficiaires industriels et commerciaux et des bénéficiaires agricoles selon un régime réel), la seconde partie applique un raisonnement relevant pleinement de l'"entity theory" puisque le résultat est déterminé

---

<sup>1</sup> Article 238 bis K I. du Code général des impôts « Lorsque des droits dans une société ou un groupement mentionnés aux articles 8, [...] sont inscrits à l'actif d'une personne morale passible de l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun ou d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou agricole imposable à l'impôt sur le revenu de plein droit selon un régime de bénéfice réel, la part de bénéfice correspondant à ces droits est déterminée selon les règles applicables au bénéfice réalisé par la personne ou l'entreprise qui détient ces droits ».

selon les règles applicables à l'activité telle qu'elle peut être définie au niveau de la société de personnes elle-même<sup>1</sup>.

La transparence des sociétés de personnes à la française pourrait donc être résumée à un agrégat de règles antagonistes, dont aucune logique réelle et cohérente ne peut être dégagée. Il est d'ailleurs plus étonnant de parler de « semi-transparence », voire de translucidité, pour qualifier la complexité du régime fiscal des sociétés de personnes – pour reprendre la terminologie du professeur Cozian et sa célèbre typologie du degré de transparence des sociétés de personnes<sup>2</sup>. En la matière, la doctrine française est particulièrement isolée sur la scène internationale, du fait qu'elle reconnaisse une personnalité juridique (sauf exception de la société en participation), et par conséquent la personnalité fiscale aux sociétés de personnes, et ce même lorsque la société n'est pas dotée de la personnalité morale.

Les sociétés de personnes allemandes au contraire constituent des entités hybrides au regard de cette typologie. En effet, bien qu'elles ne soient pas dotées de la personnalité morale, elles relèveraient plutôt de l'"*entity theory*", en ce que leur résultat fiscal est déterminé et déclaré au niveau de la société. Pour autant, la société de personnes allemande n'est pas dotée de la personnalité fiscale comme la société de personnes française et ses associés sont considérés comme étant les sujets de référence en matière fiscale. Le système allemand est en réalité très cohérent, ne conservant des aspects d'"*entity theory*" uniquement pour des besoins pratiques et non pas conceptuels. C'est pourquoi le projet de réforme du régime français se traduit par un rapprochement important des concepts allemands. On le constate notamment lorsque le projet de réforme, tout en faisant de l'associé de la société de personnes le sujet fiscal de référence en matière d'imposition des bénéfices des sociétés de personnes, conserve la détermination du résultat au niveau de la société de personnes.

Suite à des constatations toujours plus nombreuses des difficultés posées par le régime actuel des sociétés de personnes, le Gouvernement a envisagé en 2010 de réformer ce

---

<sup>1</sup> Article 238 bis K II. du Code général des impôts « *Dans tous les autres cas, la part de bénéfice ainsi que les profits résultant de la cession des droits sociaux sont déterminés et imposés en tenant compte de la nature de l'activité et du montant des recettes de la société ou du groupement* ».

<sup>2</sup> « Images fiscales : transparence, semi-transparence, translucidité et opacité des sociétés » in *Les Petites Affiches*, 24 janvier 1996, page 5 et suivantes.



régime, selon les dires du Ministre du Budget, François Baroin, afin de « *supprimer tant les frottements fiscaux que les opportunités d'évasion fiscale qui naissent, en interne et à l'international, des conflits de qualification entre États* »<sup>1</sup>. La réforme des sociétés de personnes a été annoncée dès la fin du premier semestre 2010 par l'administration fiscale, qui a publié un projet de réforme soumis à une consultation publique et mis en ligne le 6 mai 2010, intitulé « *Transparence fiscale des sociétés de personnes – Modalités techniques de la réforme* »<sup>2</sup>. A en croire son titre, on peut légitimement penser que ce projet se veut d'envergure, en s'attaquant au cœur identifié du problème des sociétés de personnes, à savoir la question de la transparence et en réalité de la personnalité fiscale des sociétés de personnes. Cependant, avant d'examiner la philosophie générale de cette réforme (2), il nous faut replacer cette réforme dans le contexte général de rapprochement entre la fiscalité française et la fiscalité allemande (1).

## **1. La solution de la réforme dans un contexte général de rapprochement de la fiscalité allemande**

La convergence fiscale entre l'Allemagne et la France n'est plus une simple tendance, mais elle est affichée depuis 2010 comme un véritable objectif politique. Le 2 août 2010, le Gouvernement a demandé à la Cour des comptes de réaliser une étude comparative entre les systèmes fiscaux allemands et français, qui a fait l'objet d'un rapport rendu en mars 2011<sup>3</sup>. Si l'on s'en tient aux seules constatations en matière d'imposition des entreprises, il semblerait que le traitement global de la fiscalité des entreprises soit assez différent dans son esprit.

Pour accroître sa compétitivité fiscale, l'Allemagne a, à l'occasion de deux réformes de l'impôt des sociétés en 2000 et 2008, cherché à accroître son attractivité en baissant de façon drastique le taux de son impôt sur les sociétés (15% aujourd'hui), tout en étendant son assiette<sup>4</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, la limitation de la déductibilité des intérêts est

---

<sup>1</sup> Discours de présentation du Projet de loi de finances rectificative pour 2010, débats parlementaires, Séance du 7 décembre 2010 à l'Assemblée Nationale, JORF 2010 p. 9057.

<sup>2</sup> *Transparence fiscale des sociétés de personnes – Modalités techniques de la réforme*, Ministère de l'Economie et des Finances, document de consultation élargie sur le projet de réforme des sociétés de personnes, du 6 mai 2010 : [www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_5562.pdf](http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_5562.pdf).

<sup>3</sup> *Les prélèvements fiscaux et sociaux en France et en Allemagne*, Rapport de la Cour des comptes, mars 2011.

<sup>4</sup> Rapport de la Cour des comptes précité, pages 156 à 158.

beaucoup plus étendue que celle permise par le régime français de sous-capitalisation, car elle comprend l'ensemble des prêts souscrits par les sociétés, dont bancaires, et pas seulement les prêts intra-groupes<sup>1</sup>. De même, la faculté de report des déficits sur les exercices antérieurs (*carry back*) est limitée à un seul exercice contre trois en France. Le report en avant est quant à lui illimité mais plafonné à 60% du résultat lorsque le déficit reportable excède un million d'euros<sup>2</sup>. Il est vrai que la France a, au contraire, un taux d'impôt sur les sociétés qui peut sembler élevé, alors que son assiette est réduite. Les taux effectifs d'imposition de l'impôt sur les sociétés sont donc relativement proches : 31% pour l'Allemagne contre 34,4% pour la France<sup>3</sup>.

Cependant, il ne faut pas surestimer ces différences. Les systèmes français et allemands d'imposition des entreprises sont relativement similaires et s'inspirent mutuellement. Comme le rappelle Johannes Viegner<sup>4</sup>, la France et l'Allemagne partagent de nombreux dispositifs en matière d'imposition des sociétés. L'Allemagne a, comme la France, un système d'intégration fiscale au sein des groupes de sociétés (*Organschaft*) et exonère les distributions de dividendes entre une filiale et sa mère (régime mère-fille). S'agissant de la fiscalité des particuliers, l'Allemagne avait emprunté à la France le système l'avoir fiscal, qu'elle a remplacé en 2000 par le système de la demie-base (*Halbeinkünfteverfahren*), adopté en France depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2006. L'Allemagne et la France partagent donc un certains nombres de concepts en matière de fiscalité, qui les incitent à se rapprocher.

Il ne faut pas se le cacher, la convergence fiscale franco-allemande – ou plutôt le rapprochement français du système fiscal allemand – s'explique en premier lieu par des considérations budgétaires et de finances publiques. En effet, l'économie allemande se porte globalement mieux que celle de la France, et attire plus les investisseurs. Pour obtenir ce résultat, l'Allemagne a réduit le taux de son impôt sur les sociétés et consolidé son assiette avec des règles de constitution plus strictes. Ce nouveau régime attire les investissements car l'effet d'annonce d'un taux à 15% est indéniable, mais aussi par ce que le système fiscal allemand leur offre une certaine sécurité juridique par la stabilité de ses régimes. Au contraire, la France utilise la fiscalité comme outil d'incitation économique,

---

<sup>1</sup> Rapport précité de la Cour des comptes, page 182.

<sup>2</sup> Rapport précité de la Cour des comptes, page 183.

<sup>3</sup> Rapport précité de la Cour des comptes, page 171.

<sup>4</sup> « La convergence fiscale franco-allemande est déjà une réalité ! » in *Les Echos*, 28 mars 2011.

en réduisant l'assiette de l'imposition des sociétés au gré des postes politiquement favorisés. A titre d'exemple, la déductibilité des intérêts n'est limitée que dans les relations intragroupes, les intérêts excédentaires pouvant même être déduits sur des exercices ultérieurs (article 212 du Code général des impôts), ou encore la niche fiscale par excellence en matière d'impôt sur les sociétés, à savoir le crédit d'impôt recherche, est modifié à l'occasion de chaque loi de finances (ou presque). Ainsi, dans la loi de finances pour 2011, les dépenses de fonctionnement allouées à la recherche, sur lesquelles est basé le calcul du crédit d'impôt ne sont plus prises en compte qu'à hauteur de 50%, et plus 75%, ce qui peut représenter des sommes particulièrement importantes et augmenter le taux d'imposition effectif de la société, sans que cette charge d'impôt supplémentaire ne soit prévisible ni évitable. Ce système engendre donc une forte insécurité juridique car selon l'orientation que le Gouvernement souhaite donner à l'économie, une disposition favorable à un investissement donné sera abandonnée pour une autre. Une convergence vers la fiscalité allemande se voudrait alors le gage d'une plus grande sécurité juridique et budgétaire, mais aussi d'une plus grande neutralité de la fiscalité, rendant le territoire français plus attractif.

En effet, depuis 2000, l'Allemagne a réformé son système fiscal pour assurer une plus grande neutralité, et ce particulièrement en matière d'imposition des entreprises, par la suppression progressive des écarts d'imposition résultant des différences de structuration juridique des entreprises, notamment entre les sociétés de capitaux soumises à l'impôt sur les sociétés et les sociétés de personnes, soumises à l'impôt sur le revenu. Cette orientation s'est traduite par des mesures concrètes d'alignement des taux effectifs d'imposition des sociétés de personnes et de capitaux, comme la possibilité, pour l'associé personne physique d'une société de personnes, au même titre qu'une société de capitaux, de bénéficier d'un taux réduit d'imposition sur des revenus agricoles, forestiers, commerciaux ou industriels par rapport à son taux d'imposition personnel à l'impôt sur le revenu (réforme de 2008)<sup>1</sup>.

La réforme française des sociétés de personnes s'inscrit clairement dans ce contexte de convergence. Le projet de réforme qui a été élaboré par la Direction de la législation fiscale s'inspire très largement du système allemand, en allant vers plus de neutralité entre les différentes formes de sociétés. Ainsi, les sociétés de personnes ne vont plus faire écran au

---

<sup>1</sup> *Allemagne – juridique, fiscal, social*, Editions Francis Lefebvre, 8<sup>ème</sup> Edition, §2162.

bénéfice du régime mère-fille, ni à celui de l'intégration fiscale, ou des plus-values de cession des titres de participation. Ces dispositions sont présentées comme visant à instaurer une plus grande transparence de la fiscalité des sociétés de personnes. Si ce point de vue est incontestable, on constate que la transparence nous conduit également à rapprocher les régimes d'imposition des sociétés de personnes de ceux des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, dont la similitude en l'état actuel du régime se limite au cas où l'associé de la société de personnes est lui-même une société soumise à l'impôt sur les sociétés.

Cette tendance masquée mais bien réelle répond à différents objectifs comme le souci d'une plus grande neutralité fiscale et de traitement égalitaire. Elle est aussi symptomatique de la tendance actuelle du droit des sociétés, à savoir l'atténuation des effets de la responsabilité illimitée des sociétés de personnes et donc l'absence croissante de différence de traitement entre sociétés de personnes et de capitaux – du point de vue du droit des sociétés. On comprend donc bien que le choix réformer le régime des sociétés de personnes, dans le cadre d'une convergence franco-allemande, est moins le choix d'une harmonisation que la constatation d'un état de fait, qui a fait perdre aux sociétés de personnes leur intérêt par rapport aux sociétés de capitaux, ne justifiant plus leur différence de traitement. Mais n'est-il alors pas contradictoire de suivre une tendance de neutralisation juridique des sociétés de personnes en allant vers plus de transparence au plan fiscal.

## **2. Les frottements fiscaux et doubles exonérations identifiés dans le projet de loi : la transparence comme source du problème des sociétés de personnes**

La complexité du régime fiscal français des sociétés de personnes vient principalement de l'indécision du législateur français qui ne parvient pas à opter pour un régime de transparence franche ou de personnalité fiscale de la société de personnes. Ces options, situées aux extrémités de la question du degré de transparence, ne sont bien sûr pas la seule alternative qui s'offre pour constituer ce régime. Mais pour autant un régime hybride n'implique pas nécessairement de créer un véritable "*sac d'embrouilles*".

Le problème majeur réside dans la tendance du régime français actuel des sociétés de personnes – que l'on a appelé *transparency theory shopping* – à emprunter des deux théories exposées ci-dessus. L'exemple que nous citons de l'article 238 bis K du Code général des impôts est d'ailleurs frappant, en ce sens que pour une même question, à savoir la méthode de détermination du résultat fiscal, deux règles sont applicables en fonction du régime fiscal de l'associé de la société de personnes. Sur un plan purement théorique, cette solution n'est pas satisfaisante, mais sur un plan pratique, elle engendre des conséquences autrement plus dommageables, notamment en termes de gestion. Ainsi une société de personnes dont les associés sont une société soumise à l'impôt sur les sociétés et une personne physique relevant du II de l'article 238 bis K est contrainte de tenir deux comptabilités : une comptabilité d'engagement et une comptabilité de trésorerie, pour pouvoir déterminer le résultat fiscal attribuable à chacun.

Selon le Gouvernement, cette incohérence du système est la source de "*frottements fiscaux*", tant au plan interne qu'international. Il faut entendre par frottements fiscaux à la fois les incohérences de ce régime prétendument transparent, qui se révèle en réalité opaque, mais aussi les optimisations fiscales non souhaitées. Le Gouvernement les a donc identifiés et a proposé en conséquence une réforme du système fiscal des sociétés de personnes.

Au plan interne, les principales difficultés identifiées sont de deux ordres. L'un des volets de ce projet de réforme propose de remédier au problème rencontré par les associés de sociétés de personnes soumis à l'impôt sur les sociétés, auxquels le bénéfice de certains dispositifs propres aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés est refusé du fait de l'interposition d'une société de personnes entre deux sociétés soumises à cet impôt. Il

s'agit notamment du régime mère-fille d'exonération des distributions de dividendes, qui serait désormais applicable à la part de dividendes reçue par une société de personnes, venant d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés et attribuée à un associé lui-même soumis à l'impôt sur les sociétés. De plus, l'existence d'une société de personnes au sein d'un groupe de sociétés ne ferait plus obstacle à l'entrée au sein du groupe fiscalement intégré de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés détenues par la société tête de groupe. Précisons cependant que la société de personnes ne ferait pas pour autant partie du groupe intégré. D'autres mesures d'ouverture aux régimes favorables d'imposition réservés aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés sont aussi envisagées : la création d'un régime de faveur applicable en cas de fusion de sociétés de personnes entre elles, similaire à celui que le droit fiscal français connaît aujourd'hui en cas de fusion de sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés<sup>1</sup>, mais aussi le bénéfice de l'exonération des plus-values de cession de titres de participation<sup>2</sup>. Cette présentation ne se veut pas exhaustive, mais elle nous laisse déjà deviner que cette ouverture assez large des régimes jusqu'à présent réservés aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés va dans le sens d'une plus grande transparence du régime des sociétés de personnes.

Par ailleurs, on ne peut pas comprendre la portée d'une partie de cette réforme sans avoir en tête le choc qu'a représenté pour l'administration fiscale la solution de l'arrêt Laffort<sup>3</sup>. Dans cette espèce, des contribuables détenaient des parts dans une société civile agricole (soumise à l'impôt sur le revenu) via une société à responsabilité limitée ayant opté pour le régime des sociétés de personnes et exerçant une activité commerciale. Les contribuables étaient donc imposés dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux (BIC) professionnels au titre des résultats des deux sociétés, du fait de la théorie du bilan. Cette assimilation des bénéficiaires agricoles (BA) aux BIC résultant de l'inscription des parts de la société agricole au bilan de la société à responsabilité limitée s'est révélée particulièrement avantageuse du point de vue de la possibilité de déduire les déficits de l'activité agricole puisque le régime des BIC professionnels est beaucoup plus intéressant. Cette optimisation déduite à la fois la théorie du bilan, mais aussi la personnalité fiscale de la société de personnes, permettait à la société intermédiaire de former un écran fiscal entre l'associé et la seconde société de personnes et de contourner les règles de tunnelisation des déficits. C'est pourquoi la suppression de la théorie du bilan a été proposée, et adoptée dans la loi

---

<sup>1</sup> Article 210-0 A du Code général des impôts.

<sup>2</sup> Article 219 quater I-a du Code général des impôts.

<sup>3</sup> CE, 7 août 2008, *Laffort*, n° 290465 et 290555.

de finances pour 2011. Cette disposition, selon la présentation qui en est faite par l'administration fiscale<sup>1</sup>, s'inscrit dans un contexte plus général de réforme tendant à ce que « *les modalités d'imposition des bénéficiaires des sociétés de personnes soient dorénavant déterminées de manière systématique selon les règles applicables aux associés* ». Rien n'est moins sûr en ce qui concerne la suppression de la théorie du bilan, création jurisprudentielle.

Néanmoins, en plus de l'ouverture aux régimes des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, il nous faut relever une avancée notable vers plus de transparence avec la prise en compte de l'associé comme point de référence pour l'appréciation des seuils pour le bénéfice des certains régimes fiscaux, notamment pour l'appréciation d'un seuil de chiffres d'affaires, la durée ou le taux de détention d'un bien. Cette évolution du rôle de l'associé dans la détermination du résultat fiscal de la société de personnes serait d'autant plus significative que ces principes feraient l'objet d'une disposition générale, le nouvel article 239-0 B du Code général des impôts, applicable à l'ensemble des règles fiscales constituant le régime d'imposition des sociétés de personnes.

Au plan international, cette réforme viendrait consacrer les premières avancées du droit français en la matière. La conception française des sociétés de personnes, et notamment le fait qu'elles soient dotées d'une personnalité fiscale, se heurte aux concepts étrangers puisque la société de personnes est considérée comme la personne assujettie à l'impôt, et non pas ses associés, empêchant entre autres les associés étrangers d'une société de personnes française d'invoquer le bénéfice de la convention fiscale liant la France à leur Etat de résidence fiscale<sup>2</sup>. La position de la France s'est assouplie en la matière, suite à l'arrêt *Diebold*<sup>3</sup>, où le concept de transparence fiscale totale a été reconnu, mais seulement pour les sociétés de personnes étrangères. On accepte alors de ne pas prendre en compte la société de personnes mais ses associés comme assujettis fiscaux, si le droit de l'Etat dans lequel la société de personnes est implantée la considère comme fiscalement totalement transparente. Cette jurisprudence a été acceptée par l'administration fiscale dans une

---

<sup>1</sup> *Transparence fiscale des sociétés de personnes – Modalités techniques de la réforme*, Ministère de l'Economie et des Finances, document de consultation élargie sur le projet de réforme des sociétés de personnes, daté du 6 mai 2010 : [www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_5562.pdf](http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_5562.pdf).

<sup>2</sup> CE, 4 avril 1997, Société Kingroup, n° 144211.

<sup>3</sup> CE, 13 octobre 1999, Diebold Courtage, n° 191191.

instruction de 2007<sup>1</sup>. Cependant, cette évolution ne concernait pas les sociétés de personnes françaises, plus translucides que jamais.

Ce projet de réforme apporterait une réponse à cet isolement français sur la scène internationale en redéfinissant la territorialité des sociétés de personnes françaises. Pour ce faire, il est prévu de ne prendre en considération que la situation des associés de sociétés de personnes, réputés exécuter eux-mêmes l'activité de la société et percevoir directement ses revenus. Les associés d'une société de personnes seraient donc redevables de l'impôt sur les sociétés au titre de leur participation dans cette société uniquement si les bénéficiaires sont rattachables à une activité de la société de personnes réputée constituer en France un établissement stable au sens des conventions fiscales. Ainsi, si une société de personnes française possède des parts d'une société immobilière étrangère gérant des immeubles à l'étranger, elle ne pourrait pas être considérée comme un établissement stable français et ses associés ne seraient alors pas soumis à l'impôt sur les sociétés en France.

Cette réforme s'appliquerait aux sociétés de personnes françaises et étrangères. Il s'agit en définitive de substituer la notion d'établissement stable à celle de personnalité fiscale de la société de personnes. Dans ce cas, l'objectif de transparence semblerait atteint, puisque serait appliquée la convention fiscale liant la France à l'Etat de résidence de l'associé de la société de personnes.

Si la réforme de la fiscalité des sociétés de personnes, à cette date encore en suspens, était finalement adoptée, les conséquences de son entrée en vigueur sur la territorialité de l'imposition des revenus des sociétés de personnes françaises mais aussi étrangère seraient très importantes, puisqu'elles modifieraient toute la structure du régime de territorialité de l'imposition des sociétés de personnes. En effet, le droit de taxer ces revenus ne serait plus accordé à la France en considération de la société de personnes elle-même, mais de ses associés. D'autres difficultés pourraient également se révéler dans l'application des conventions fiscales internationales signées par la France, qui ont prévu un système spécifique de répartition de la taxation des sociétés de personnes en considération de la spécificité française, à savoir la transparence. La convention fiscale franco-allemande en est un exemple.

---

<sup>1</sup> Instruction publiée au BOI 4 H-5-07 du 29 mars 2007.



Ainsi, il nous a paru tout à fait intéressant d'étudier la portée de cette réforme, en nous concentrant, à titre d'illustration, sur les questions de territorialité des sociétés de personnes, tout en mettant en perspective les effets de cette réforme dans le contexte franco-allemand, partenaire économique privilégié. La question de la territorialité est en effet un des enjeux principaux de la fiscalité internationale, qui cherche à lutter à tout prix contre les situations de double imposition.

En effet, la réforme des sociétés de personnes, telle qu'elle est à ce jour envisagée, répond-elle aux difficultés posées par la translucidité des sociétés de personnes, tant sur le plan interne qu'internationale, et serait-elle un facteur de redynamisation de l'attractivité fiscale de la France, bien que le choix du législateur se soit porté sur une transparence dite raisonnée ?

Nous tenterons de répondre à cette question en examinant successivement l'application de la réforme à la territorialité de l'imposition des sociétés de personnes françaises en interne et à l'international (I), mais aussi à celle des sociétés de personnes étrangères, et plus spécifiquement allemandes, qui exerceraient une activité en France ou dont l'associé serait un résident fiscal français(II).

## **I) LA NEUTRALISATION INTERNATIONALE DE LA DETENTION D'UNE SOCIETE DE PERSONNES FRANCAISE**

La jurisprudence *Kingroup*<sup>1</sup>, toujours en vigueur, fait de la société de personnes française un sujet fiscal autonome et indépendant de ses associés. Cette théorie constitue un obstacle majeur pour l'investissement en France de personnes étrangères, en instaurant une double taxation économique du revenu transitant par la France. Le choix d'une transparence raisonnée au plan interne, conciliant transparence de principe et reconnaissance fiscale pratique, permet d'éliminer cette double-imposition (A), facilitant les investissements en France d'associés étrangers, comme l'illustre le cas des associés allemands investissant dans des sociétés de personnes françaises (B).

### **A) Le choix de la transparence des sociétés de personnes françaises**

Afin d'éliminer au plan international les différences de traitement des sociétés de personnes pouvant exister entre le droit français et ceux d'autres régimes juridiques, le législateur tenterait d'instaurer un régime spécifique de transparence des sociétés de personnes (1), dont la mise en œuvre permettrait de neutraliser l'impact de la personnalité morale de la société de personnes sur son régime d'imposition (2).

#### **1) Le principe de transparence « raisonnée »**

L'instauration d'un régime de transparence raisonnée passe à la fois par la création d'un article unique définissant le champ d'application de la nouvelle catégorie des « entités transparentes (a), qui ne feront plus écran pour l'application de régimes en considération de la personne de l'associé (b).

---

<sup>1</sup> Conseil d'Etat, 4 avril 1997, Société Kingroup, n° 144211.

a) *La création d'une nouvelle catégorie fiscale d'entités transparentes*

La réforme des sociétés de personnes envisagée par le législateur dans la loi de finances rectificative pour 2010 prévoyait d'insérer dans le Code général des impôts un nouvel article énumérant l'ensemble des entités juridiques, de droit français ou étranger, pouvant bénéficier du régime des « entités transparentes ».

Ce nouvel article 239-0 A du Code général des impôts simplifierait le régime actuel des sociétés de personnes et autres groupements pouvant bénéficier du régime des articles 8 et 60 du Code général des impôts. Du fait de réformes et d'ouverture progressive du bénéfice de ce régime depuis sa codification, on constate un éparpillement des dispositions permettant à tel ou tel groupement de bénéficier du régime de transparence des sociétés de personnes au sein du Code général des impôts. Ce regroupement a donc des vertus pratiques incontestables.

Cette énumération serait également l'occasion d'inclure de nouvelles catégories juridiques dans le champ du régime d'imposition par transparence. On peut citer l'exemple de l'indivision, mentionnée à l'article 239-0 A 3° du Code général des impôts, jusqu'à présent imposée selon le régime des sociétés de personnes du fait de la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>1</sup>, mais dont le sort en matière d'imposition n'avait jamais été légalisé ni même évoqué dans ledit Code.

Au-delà d'une simple visée pratique, le législateur créerait une nouvelle catégorie fiscale à part entière, bénéficiant d'un régime qui lui est propre. On parlerait désormais d'"entités transparentes", et non plus de régime des sociétés de personnes ou des sociétés de l'article 8 comme il y est souvent fait référence dans le Code général des impôts. Cette nouvelle terminologie permettrait entre autres, au plan international, de juguler un de principaux problèmes que posait le régime des sociétés de personnes, à savoir leur individualité juridique et/ou fiscale.

En effet, le régime de transparence à la française a, à l'origine, été créé uniquement pour l'imposition de certaines sociétés<sup>2</sup>. Qui dit société en droit français implique nécessairement que cette entité juridique soit dotée de la personnalité morale (à l'exception de la société en participation et de la société créée de fait, apparue ensuite dans la

---

<sup>1</sup> Conseil d'Etat, 6 mars 1991, *Baudrand* n° 61863.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, 5 février 1925, *Sieurs X, Y et Z*, Recueil Lebon 1925 page 120.

jurisprudence). Cette comparaison et l'origine même de ce régime ont pu ainsi contribuer en droit interne à la naissance du principe de personnalité fiscale des sociétés de personnes françaises et à leur individualité dans la détermination de l'impôt, déduit de leur personnalité morale. L'évolution du droit fiscal en la matière a pourtant amené le législateur à placer sous ce régime d'imposition des entités non dotées de la personnalité morale, ce qui aboutit aujourd'hui à une incohérence juridique et fiscale entre l'absence de personnalité morale de l'entité pourtant autonome sur le plan fiscal. On peut citer le cas des fiducies, imposées de manière translucide, ou encore des sociétés en participation, imposées au niveau de leurs associés.

La création de cette catégorie d'entités transparentes permettrait donc d'éradiquer cette assimilation entre régime fiscal des sociétés de personnes et personnalité fiscale de l'entité soumise à ce régime, prenant en compte le fait que le principe même d'une imposition transparente vient de ce que l'entité réalisant le revenu n'a qu'une substance juridique et pratique limitée. Créer cette catégorie est donc nécessaire pour aller vers plus de transparence, et donc réduire à son strict minimum l'autonomie fiscale des entités transparentes (notamment pour les modalités pratiques d'imposition comme les obligations déclaratives et le contrôle fiscal). La société de personnes ne serait plus le sujet fiscal de référence en matière d'imposition des entités transparentes.

Par ailleurs, cela contribuerait à l'intégration du droit fiscal français au niveau international, car le régime de transparence fiscale des autres Etats repose justement sur l'absence de personnalité morale des entités qui y sont soumises, comme en Allemagne où les sociétés de personnes ne sont pas dotées d'une personnalité juridique distincte de celle de ses associés. La transparence de ces entités, dans ces systèmes juridiques, se traduit majoritairement par le fait que ces entités ont une existence fiscale réduite voire nulle. Ainsi, reconnaître une catégorie d'entités transparentes détache le droit fiscal de la transparence du concept de personnalité morale et par delà, du principe de personnalité fiscale, permettant la mise en place de cette réforme, malgré le maintien par ailleurs de la personnalité morale des sociétés de personnes.

Cependant, le principe de transparence raisonnée prônée par le législateur ne serait pas pour autant facteur d'uniformisation et d'abandon total du principe de la personnalité fiscale des sociétés de personnes. Nous en voulons pour preuve le cas des sociétés en participation qui même après la réforme, pourront être imposées à leur propre niveau, à

l'impôt sur les sociétés, sur la quote-part de l'associé dont le nom n'a pas été dévoilé à l'administration fiscale, ou encore le cas des sociétés en commandite dont la quote-part de résultat sera toujours imposée au niveau de la société au titre de l'impôt sur les sociétés, ce qui n'est pas le cas par exemple en Allemagne où commandités et commanditaires sont tous deux soumis à l'impôt sur le revenu. La transparence raisonnée, comme son nom l'indique, ne semble donc pas éluder la notion de personnalité fiscale des sociétés de personnes dans sa totalité, contribuant néanmoins à cette neutralisation internationale tant recherchée.

b) *Les modalités pratiques de cette transparence à la française*

Le principe de transparence raisonnée a pour but, à en croire l'administration fiscale<sup>1</sup>, de concilier le concept de transparence en évitant des écueils pratiques d'une « *pure transparence, dont la complexité en terme de suivi déclaratif et l'absence de cohérence avec les règles juridiques et comptables, interdisent la mise en œuvre généralisée* ». En effet, le projet de réforme maintiendrait une personnalité fiscale résiduelle pour les entités transparentes, permettant une meilleure mise œuvre des diverses procédures fiscales, allant de l'établissement de l'impôt à son contrôle. Le résultat fiscal global serait toujours, d'un point de vue pratique, déterminé au niveau de la société de personnes, et les résultats et quotes-parts de chaque associé déclarés par cette entité. Les procédures de contrôle fiscal seraient également toujours réalisées au niveau de l'entité transparente, l'article L53 du Livre des procédures fiscales étant modifié en conséquence<sup>2</sup>.

Mais même ici, le principe de transparence serait accru, le projet de réforme prévoyant d'inclure un troisième alinéa disposant que « *chacun des associés est informé, dans la proposition de rectification [...] des rectifications des déclarations de l'entité et du montant des droits, pénalités et intérêts de retard à sa charge à proportion des droits dans l'entité* », et prévoit expressément dans un alinéa 2 du même article un principe général d'opposabilité de l'ensemble des actes de procédure de vérification de la société de personnes à ses associés. Ces dispositions étaient auparavant absentes de ce Livre, puisque la personne fiscale vérifiée était bien la société et pas ses associés, confirmant que le paiement de l'impôt par les associés n'étaient jamais qu'une modalité de recouvrement. L'instauration de principe d'opposabilité et de ce droit d'information prouve que même au niveau de la procédure de contrôle, on peut parler de transparence raisonnée puisque la personne vérifiée est l'associé, le contrôle s'effectuant en pratique au niveau de la société.

Ce principe a une portée encore plus grande puisque la vérification de comptabilité peut porter en principe, s'agissant des sociétés, sur les impôts directs, la taxe sur la valeur ajoutée et les droits d'enregistrement. Donc l'article L53 dudit Livre, en posant le principe d'opposabilité générale des procédures de contrôle aux associés, reconnaît à la société de personnes une transparence encore plus élargie que ne le fait le droit de l'établissement de

---

<sup>1</sup> *Transparence fiscale des sociétés de personnes – Modalités techniques de la réforme*, Ministère de l'Economie et des Finances, document de consultation élargie sur le projet de réforme des sociétés de personnes, du 6 mai 2010 : [www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive\\_5562.pdf](http://www.impots.gouv.fr/portal/deploiement/p1/fichedescriptive_5562.pdf), page 1.

<sup>2</sup> Point II, § 363 à 366, de l'article 12 du projet de loi de finances rectificative pour 2010.

l'impôt, l'étendant à des impositions qui sont pourtant acquittées par l'entité elle-même et pas par ses associés. On voit bien ici que la notion française de sociétés de personnes serait modifiée en profondeur, prônant à presque tous les niveaux la prééminence de l'associé.

Le rôle de l'associé serait accru via un principe posé dans un nouvel article 239-0 B, inséré au Code général des impôts, disant que « ... *les opérations d'une entité transparente sont réputées avoir été réalisées, à proportion de ses droits dans l'entité, par chacun des associés, y compris lorsque l'entité est établie à l'étranger* ». Cette disposition viendrait compléter le régime actuel des sociétés de personnes, qui prévoit à l'article 60 du Code général des impôts, que « *le bénéfice des sociétés visées à l'article 8 est déterminé, dans tous les cas, dans les conditions prévues pour les exploitants individuels* ». En effet, si le principe d'une détermination des bénéfices au niveau de la société demeure, l'associé devrait être beaucoup plus pris en compte pour déterminer ce résultat. Cette prééminence de l'associé se traduirait par exemple au niveau de l'appréciation des seuils pour la détermination de l'éligibilité à certains régimes fiscaux. Le projet de réforme prévoit au même article 239-0 B du Code général des impôts de faire de l'associé le niveau auquel sont appréciés ces seuils. A titre d'exemple, lorsqu'une disposition comme le régime d'exonération de la plus-value de cession de titres réalisée par un dirigeant partant en retraite, lorsqu'il cède son entreprise, de l'article 150-0 D ter du Code général des impôts, exige que la société soit détenue à hauteur d'au moins 25% de son capital par le cédant pour bénéficier de ce régime d'exonération, ce pourcentage de détention serait celui de l'associé via l'entité transparente. Il en serait de même pour les seuils de chiffre d'affaires ou de durée d'activité. Cela serait susceptible de créer une dissymétrie de traitement entre les associés, selon leur date d'entrée dans l'entité transparente, puisque, pour reprendre notre exemple, si la société de personnes détient des titres à hauteur de 60% mais que l'associé détient lui-même un tiers de la société de personnes interposée, il ne serait réputé que détenir 20% de la société dont les titres sont cédés et ne bénéficierait pas de l'exonération.

Cette dissymétrie compliquerait les modalités d'imposition et le calcul des quotes-parts au niveau de la société. Cependant, le législateur va ici au bout de sa logique d'instauration d'un régime non plus de translucidité mais de transparence des sociétés de personnes, en ne réservant aux associés le bénéfice de certains régime qu'en proportion de leur participation dans la société de personnes, et non plus, comme le voulait la jurisprudence *Kingroup* et le principe de personnalité fiscale autonome des sociétés de personnes, un

bénéfice à tous les associés du fait que la société elle-même remplisse à son niveau les conditions et les seuils requis. On voit cependant ici une manifestation pratique du concept de transparence raisonnée, puisque ces modalités d'appréciation auraient pu ne pas être modifiées. Le principe de l'article 239-0 B du Code général des impôts serait celui d'une transparence à proportion de la participation de l'associé dans la société de personnes. Or le législateur aurait tout autant pu faire le choix d'une transparence totale, éludant l'interposition de la société de personnes et déterminant les seuils fiscaux en fonction de la participation de l'associé dans l'entité détenue via la société de personnes, sans calcul de proportion.

On voit bien que la différence doit être faite néanmoins entre une détention directe et une détention indirecte, et qu'elle ne doit pas permettre de bénéficier d'avantages fiscaux que l'associé n'aurait pas sans l'interposition de la société de personnes. En effet, pour reprendre notre exemple de l'exonération de la plus-value de valeur mobilière réalisée par l'associé d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés partant en retraite, si l'associé détient 60% de la société de personnes, elle-même détenant un tiers de la société, il pourrait bénéficier de l'exonération si seule la détention de la société de personnes était prise en compte pour l'appréciation du seuil de 25%. Or, cette réforme s'inspire largement de la réalité économique de l'opération, qui est que l'associé, en détention directe, n'aurait pu acquérir, au moment où il l'a fait, que 20% de la société soumise à l'impôt sur les sociétés. Seule la mutualisation de l'acquisition avec un autre associé a pu lui permettre d'en acquérir un tiers. Si le jeu des majorités lui permet, en fait, de contrôler la totalité de ce tiers de détention, puisqu'il est majoritaire au sein de la société de personnes, la détention économique et capitalistique est toute autre. Dans ce cas précis, on pourrait contester ce choix du législateur de réserver le bénéfice de dispositions sur la base de seuls liens capitalistiques et économiques, surtout pour ce genre de disposition dont le but essentiel est de favoriser la transmission d'entreprises par leur gérant, car si le gérant contrôle dans les faits un tiers de la société, il remplit les conditions d'implications au sein de la société dont les titres sont cédés. Cette vision économique des seuils fiscaux risque donc d'être en contradiction avec les objectifs et la philosophie de certains régimes fiscaux.

Si la transparence est désormais le principe en droit français, et si l'on s'en tient à la lettre du nouvel article 239-0 B du Code général des impôts, la territorialité du revenu perçu par



les sociétés de personnes s'appréciera également au niveau de leurs associés. Le changement serait très important, notamment par rapport à la jurisprudence *Kingroup* encore en vigueur aujourd'hui<sup>1</sup>, qui prend la société de personnes comme référence en matière d'appréciation de l'Etat de source du revenu et de détermination de la territorialité de l'imposition. Dans le régime actuel, est considéré comme de source étrangère un revenu perçu par une société de personnes française lorsqu'il est réalisé dans un Etat autre que celui de l'Etat de résidence de la société, soit la France. Cela a pour conséquence principale d'imposer en France au nom de l'associé non résident français un revenu provenant du même Etat de résidence que celui de cet associé mais ayant transité via la société de personnes française, quand bien même il serait réputé avoir perçu directement ce revenu dans son Etat de résidence. En effet, la jurisprudence<sup>2</sup> et la doctrine administrative<sup>3</sup> ont étendu à la question de la territorialité les règles applicables en matières de détermination du résultat des sociétés de personnes de l'article 238 bis K du Code général des impôts, voulant que selon la qualité de l'associé, les règles applicables sont celles de l'impôt sur les sociétés ou celles de l'impôt sur le revenu. Ainsi si l'associé de la société de personnes est une société soumise à l'impôt sur les sociétés, il ne serait imposé sur sa quote-part de résultat de la société de personnes que sur les revenus de source française, au sens de l'article 209 I du Code général des impôts.

Si la réforme des sociétés de personnes était adoptée, l'associé serait réputé avoir lui-même exercé l'activité génératrice de revenus et l'élément d'extranéité déterminant la source du revenu et son caractère étranger ou non serait apprécié au niveau de l'associé et pas au niveau de la société de personnes. Les articles 209 I et 4 A (et 164 B pour les non résidents) du Code général des impôts s'appliqueraient donc toujours, mais seraient appréciés au niveau de l'associé et non pas de la société de personnes. Ainsi, à titre d'exemple, si l'associé résident fiscal allemand d'une société de personnes française reçoit, via cette société de personnes française, des revenus de source allemande, ce revenu ne sera pas imposable en France, puisqu'étant réputé directement perçu par l'associé, le revenu est considéré ne pas avoir franchi le Rhin pour le droit français.

Au contraire, dans le régime actuel, le revenu perçu par la société de personnes sera imposé en France au nom de l'associé résident fiscal allemand, puisqu'en l'absence

---

<sup>1</sup> Conseil d'Etat, 4 avril 1997, Société Kingroup, n° 144211.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, 27 juin 2008, Société Progémo, n° 282910.

<sup>3</sup> Documentation administrative 4 H 1422 § 56.

d'établissement stable en Allemagne, le revenu est réputé être réalisé en France, même en l'absence d'établissement stable en France, car la société de personnes française est traitée comme un sujet de droit fiscal et résidente fiscale française de plein droit. Il en serait de même pour l'associé français d'une société de personne étrangère percevant des revenus d'un troisième Etat.

On comprend donc l'impact de cette réforme en matière de territorialité de l'imposition, puisque le transit de revenus via une société de personnes française serait neutralisé et n'entraînerait plus d'imposition systématique en France, à moins que cette société de personnes française ne soit réputée constituer un établissement stable en France ou que son associé soit résident fiscal français, au sens des conventions fiscales internationales, et/ou dispose en France d'un établissement stable.

En définitive, ce principe de transparence raisonnée neutralise, au plan fiscal, l'impact de la principale spécificité française en matière de sociétés de personnes, à savoir la personnalité morale de ces entités. Cette neutralisation vient du fait d'une part que l'on retire à la société de personnes sa personnalité fiscale en réputant les opérations qu'elle réalise faites directement par l'associé, mais aussi en substituant à des règles de droit interne spécifiques à l'imposition des sociétés de personnes le droit international, et notamment les conventions fiscales internationales.

Ainsi, le droit interne ne trouvera à s'appliquer que si l'un des associés de la société de personnes est résident fiscal français, permettant ainsi à la société de personnes de localiser son revenu en France. En l'absence d'un associé résident fiscal français, seul le droit international et l'attribution à la France de l'imposition du revenu fondé sur la présence d'un établissement stable permettrait à la société de personnes d'être imposée en France, via ses associés. La réforme opérerait donc la neutralisation internationale des sociétés de personnes françaises en leur retirant la possibilité d'être résidente fiscale de France au sens du droit interne, ce qui va contraindre l'ensemble des juristes français à revoir intégralement la perception qu'ils ont de la résidence au sens du droit français.

Cette réforme pourrait également éradiquer les problèmes d'application des conventions fiscales internationales résultant des différences de perception des sociétés de personnes entre deux Etats. En effet, la plupart des conventions conclues par la France ne traitent pas du cas des sociétés de personnes. La notion de résidence est souvent définie par référence à

la notion de personne, qui, dans le modèle OCDE, est définie comme « *les personnes physiques, les sociétés et tous autres groupements de personnes* », le terme société étant défini comme « *toute personne morale ou toute entité qui est considérée comme une personne morale aux fins d'imposition* ». Ces définitions sont larges et permettent, selon la conception qu'un Etat a de ses propres sociétés de personnes, de considérer une société de personnes ou non comme résident au sens de la convention et donc éligible ou non à l'application des dispositions de la convention.

Comme le fait remarquer Bruno Gouthière<sup>1</sup>, cette différence de point de vue peut avoir des conséquences regrettables en présence d'un triumvirat d'Etats, pour savoir quelle convention serait applicable. Si l'Etat de source du revenu considère la société de personnes comme transparente, l'Etat de la société de personnes voulant appliquer celle le liant à l'Etat de la source s'il considère sa société de personnes comme transparente. Cette réforme aurait pour vertu entre autres d'éviter ces divergences de point de vue entre Etats, puisque la France s'alignerait sur la conception internationale majoritaire en matière de sociétés de personnes.

---

<sup>1</sup> *Les impôts dans les affaires internationales*, Bruno Gouthière, Editions Francis Lefebvre, §31558.

## 2) Mise en œuvre de ces critères : l'asymétrie des solutions

Ce nouveau principe de transparence aurait des conséquences importantes sur la détermination, en droit interne et international, du droit d'imposer en France les revenus d'une société de personnes. Cette mise en œuvre nous conduirait à deux situations très différentes entre le cas de l'associé soumis à l'impôt sur les sociétés (a) ou celui soumis à l'impôt sur le revenu (b).

### a) *Les associés soumis à l'impôt sur les sociétés : l'application de l'article 209-I du Code général des impôts*

Par application du nouvel article 239-0 B du Code général des impôts, l'associé d'une société de personnes française soumis à l'impôt sur les sociétés sera considéré comme ayant directement exercé l'activité de la société de personnes, et donc comme ayant directement perçu le revenu généré par la société de personnes. Les associés de sociétés de personnes françaises soumis à l'impôt sur les sociétés se verront donc appliqués, à leur niveau, le principe de l'article 209 I du Code général des impôts, disposant que « *les bénéficiaires passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés [...] en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France, [...], ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions* ». Ce principe d'imposition reposant sur ce qu'il est convenu d'appeler la territorialité de l'impôt sur les sociétés, les revenus de la société de personnes ne seront imposés en France – via la quote-part revenant à ses associés soumis à l'impôt sur les sociétés – que s'ils ont été réalisés en France. On entend par associé soumis à l'impôt sur les sociétés les associés résidents fiscaux français soumis de plein droit à l'impôt sur les sociétés ou sur option, ainsi que les sociétés résidentes fiscales étrangères non assimilées à des sociétés de personnes au sens du nouvel article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts. En conséquence, la solution serait différente, selon que l'associé exploite ou non une entreprise en France, comme le montre le tableau récapitulatif placé en Annexe n°1<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Annexe n°1 : L'imposition en France des associés soumis à l'impôt sur les sociétés de sociétés de personnes françaises.

Le revenu généré par la société sera imposé en France au nom de l'associé, mais sur un fondement différent selon que ce dernier est ou non résident fiscal français.

Si l'associé de la société de personnes soumis à l'impôt sur les sociétés est résident fiscal français et dispose en France d'un établissement propre, il sera imposé en France sur l'ensemble des revenus réalisés par la société de personnes et rattachable à l'entreprise qu'elle exploite en France. Par entreprise exploitée en France, le droit fiscal français entend la présence d'un établissement permanent et autonome, d'un représentant indépendant ou d'un cycle commercial complet. Par ailleurs, si l'un de ces critères est rempli par la société de personnes française, son associé serait imposé en France au titre de l'impôt sur les sociétés sur les revenus affectés à cette société de personnes, car il serait réputé l'exploiter directement. Le fait ici que la société de personnes dispose d'une entité juridique distincte et donc soit une filiale de l'associé au plan juridique n'empêcherait pas l'application de l'article 209 I du Code général des impôts, puisque le nouvel article 239-0 B dudit Code éluderait la personnalité fiscale de la société de personnes. Donc si des revenus sont réalisés en France via cette société de personnes, on considérerait que ces revenus sont ceux de l'associé, occultant la différence de personnalité juridique. On peut donc penser que la société de personnes qui constitue une entreprise exploitée en France au sens de l'article 209 I du Code général des impôts, permettrait de caractériser une imposition à l'impôt sur les sociétés en France au nom de l'associé, même si celui-ci est résident étranger et ne dispose pas en France d'une filiale ou d'une entreprise exploitée propre autre que cette société de personnes.

La différence avec le régime antérieur se trouve ici : le caractère d'entreprise exploitée en France s'apprécierait au regard de l'associé, et non plus de la société de personnes. Les revenus que peuvent produire un établissement français s'entendent bien sûr de ceux provenant d'une activité industrielle et commerciale, mais aussi des revenus patrimoniaux qu'a reçus cet établissement, car ils sont inscrits à son bilan comptable.

Il est possible qu'une société de personnes française ne remplisse pas ces critères et ne dispose pas en France d'un établissement stable. C'est le cas notamment des sociétés de personnes n'ayant qu'une activité exclusivement patrimoniale, comme des sociétés holding, souvent insuffisante pour caractériser l'exploitation d'une entreprise en France. En l'absence d'un tel établissement, le revenu généré par la société de personnes pourrait donc ne pas être imposé en France, si l'associé ne dispose pas non plus d'un établissement

en France. Si en revanche, l'associé dispose en France d'une entreprise, au bilan de laquelle sont inscrits les titres de la société de personnes, dans ce cas le revenu de cette dernière pourrait être imposé en France chez son associé, à moins que le revenu de la société de personnes ne provienne d'une activité exercée par ou de titres inscrits au bilan de l'un de ses établissements stables situé à l'étranger.

En effet, si le revenu est de source étrangère, le fait qu'il transite par une société de personnes française sans établissement ne suffirait pas à le rendre imposable en France. Néanmoins, pour ne pas être imposé en France, encore faut-il prouver que ce revenu est rattachable à un établissement situé à l'étranger au sens de l'article 209 I du Code général des impôts. En effet, il existe une présomption selon laquelle à défaut d'un rattachement effectif à un établissement situé à l'étranger, le revenu de source étrangère sera réputé rattachable à l'établissement français<sup>1</sup>. Donc si un associé soumis à l'impôt sur les sociétés est résident fiscal français au sens de l'article 209 I du Code général des impôts, il sera imposable sur le revenu étranger perçu par la société de personnes française, si elle ne dispose pas à l'étranger d'un établissement stable et si l'associé lui-même ne dispose pas d'un établissement dans le même Etat au bilan duquel les titres de la société de personnes sont inscrits. Cette hypothèse se rencontrerait principalement s'agissant de revenus mobiliers de source étrangère car si des revenus industriels et commerciaux sont réalisés à l'étranger par la société de personnes, elle disposerait dans cet Etat d'un établissement au sens de l'article 209 I du Code général des impôts et son associé ne serait donc pas imposable en France au titre de ce revenu. Et en cas de présence d'un établissement à l'étranger, si les revenus mobiliers y sont attachés, aucun impôt ne sera dû en France sur ces revenus.

On comprend donc la différence fondamentale qu'il existe sur ce point avec le régime actuel des sociétés de personnes françaises, qui, si elles perçoivent un revenu de source étrangère, sont toujours imposables en France à partir du moment où elles y disposent d'un établissement stable. La réforme permettrait à un associé français, exerçant une activité dans l'Etat de source du revenu via un établissement, de ne pas être imposé en France sur ce revenu, même s'il transite via une société de personnes française. Cela peut constituer un avantage non négligeable, notamment pour les travailleurs transfrontaliers, exerçant une activité via une société à responsabilité limitée française, en Allemagne, et détenant entre

---

<sup>1</sup> *Les impôts dans les affaires internationales*, Bruno Gouthière, Editions Francis Lefebvre, § 5200 et suivants.

autres des titres allemands et français via une société civile française regroupant l'ensemble de son patrimoine mobilier et immobilier, car l'associé principal de la société à responsabilité limitée est résident fiscal français. Puisqu'il n'exerce pas d'activité constituant un établissement en France, les revenus des titres allemands et français ne seront pas imposables en France au nom de la société à responsabilité limitée, puisqu'elle ne constitue un établissement qu'en Allemagne. On constate donc à quel point l'impact de la détention via une société de personnes française a été amoindri.

Si l'associé de la société de personnes française n'est en revanche pas résident fiscal français, aucune différence de traitement ne serait constatée. Si l'associé résident fiscal d'un autre Etat que la France, mais potentiellement imposable à l'impôt sur les sociétés, comme une *Aktiengesellschaft* (société par action allemande), dispose en France d'un établissement au sens de l'article 209 I du Code général des impôts, au bilan duquel les titres de la société de personnes sont inscrits, il serait redevable de l'impôt sur les sociétés en France sur les revenus issus de cette société de personnes. Si en revanche elle-même tire ses revenus d'un de ses établissements situés à l'étranger, l'associé de la société de personnes serait réputé tenir ces revenus d'un de ses propres établissements stables situés dans cet Etat, et ne sera pas imposable en France, même si la société est française. Si par ailleurs l'associé étranger lui-même détient les titres de la société de personnes via un établissement stable situé dans un troisième Etat, aucune imposition ne serait due en France.

Cette réforme nous contraindrait donc à adopter une double lecture de la situation d'une société de personnes française : tout d'abord chercher à savoir si son associé dispose ou non d'un établissement en France au sens de l'article 209 I du Code général des impôts, et ensuite regarder si la société elle-même constitue en France une entreprise exploitée. Cette double grille de lecture permettrait de mieux respecter la transparence des sociétés de personnes, car seule la situation de l'associé est prise en compte. La principale vertu serait d'éviter une localisation du revenu en France quand la société de personnes est un simple véhicule financier, sans consistance.

L'impact des conventions internationales sur ce nouveau régime serait relativement peu important, puisque les conventions déterminent l'imposition des revenus d'une entreprise en fonction de la présence dans l'un des deux Etats contractants d'un établissement stable.

La différence entre cette notion et celle de droit interne d'entreprise exploitée en France étant minime, peu de différences seraient constatées. Le seul problème pouvant se poser serait le cas où, la convention définit la société de personnes comme un résident à part entière, écludant totalement l'associé, dans ce cas on peut revenir au régime actuel, appréciant la présence de l'établissement au niveau de la société de personnes. Mais si l'on en croit les commentaires de l'OCDE<sup>1</sup> sur son propre modèle de convention fiscale, et puisque en général le cas des sociétés de personnes n'est pas abordé dans les conventions fiscales, on appliquerait celles-ci aux associés de la société de personnes si elle ne peut pas être considérée comme résidente, réduisant donc à néant l'impact des conventions.

---

<sup>1</sup> *Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune, OCDE, version en vigueur en juillet 2008, Commentaires sur l'article 1, §5, page 49 « lorsque la société de personnes est considérée comme transparente sur le plan fiscal, elle n'est pas « assujettie à l'impôt » dans cet État au sens du paragraphe 1 de l'article 4 et ne peut donc pas être un résident de cet État pour l'application de la Convention. Dans ce cas, l'application de la Convention serait refusée à la société de personnes elle-même sauf si une règle spéciale couvrant les sociétés de personnes était incluse dans la Convention. Lorsque l'application de la Convention est ainsi refusée, les associés sont éligibles, à concurrence de leur part du revenu de cette dernière, aux avantages des dispositions des conventions conclues par les États dont ils sont résidents dans la mesure où leur part du revenu de la société de personnes leur est attribuée pour fins d'imposition dans leur État de résidence ».*



b) *Les associés soumis à l'IR*

La situation des associés de sociétés de personnes relevant de l'impôt sur le revenu est totalement différente<sup>1</sup>. En droit interne en effet, l'impôt sur le revenu se caractérise par son champ mondial. L'article 4 A du Code général des impôts dispose que « *les personnes qui ont en France leur domicile fiscal sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de l'ensemble de leur revenu. Celles dont le domicile fiscal est situé hors de France sont passibles de cet impôt en raison de leurs seuls revenus de source française* ». En conséquence, la principale différence avec les associés soumis à l'impôt sur les sociétés est notionnelle, car le critère de rattachement reste l'entreprise exploitée en France. Dans le cas des associés soumis à l'impôt sur le revenu, on se réfère aux notions de domicile fiscal et de source du revenu pour caractériser le champ d'imposition.

En ce sens, puisque l'impôt sur le revenu est mondial, que la société de personnes soit transparente ou non n'aurait aucune incidence sur le fait que l'associé doivent ou non déclarer l'ensemble de sa quote-part de résultat lui revenant. Que la société de personnes dispose ou non d'un établissement stable en France ou par exemple en Allemagne ne serait pas source d'imposition ou non en France. Ainsi, l'associé résident fiscal français – au sens de l'article 4 B du Code général des impôts – d'une société de personnes française serait redevable de l'impôt sur le revenu sur l'ensemble de sa quote-part, comme il l'est déjà aujourd'hui.

La réforme peut néanmoins avoir un impact dans le cas des associés de sociétés de personnes françaises, qui ne sont pas domiciliés fiscalement en France. Les associés non résidents français ne seraient imposables que sur leurs revenus de source française. La question se pose donc de savoir en quoi le fait de transiter par une société de personnes française serait de nature à conférer audit revenu la qualification de revenu de source française au sens de l'article 164 B du Code général des impôts.

A première vue, la notion de « *source du revenu* » pourrait être assimilée à celle d'établissement comme on l'entend dans le cadre de l'article 209 I du Code général des impôts. En effet, si la société de personnes française dispose en France d'un établissement stable, le revenu qu'elle perçoit et qui y est rattaché pourrait à ce moment là être considéré comme de source française. Or il n'en est rien, puisque l'article 164 B du Code général des

---

<sup>1</sup> Voir tableau récapitulatif – Annexe n° 2 : L'imposition en France des associés soumis à l'impôt sur le revenu de sociétés de personnes françaises.

impôts définit de manière restrictive et limitative le type de revenu de source française, qui inclut les revenus d'exploitations françaises, mais pas seulement. Cette notion est donc beaucoup plus large que celle d'entreprise exploitée en France. Ainsi, seraient considérés comme revenu de source française les revenus tirés de valeurs mobilières françaises, d'immeubles situés en France ou de plus-values de cession de valeurs mobilières françaises.

Dès lors, la réforme peut avoir un réel impact sur l'imposition en France des associés non résidents relevant de l'impôt sur le revenu, car le passage par la société de personnes ne serait plus de nature à conférer à ce revenu son caractère de source française. Dans le régime actuel, puisque les sociétés de personnes sont considérées comme translucides, donc comme des sujets fiscaux indépendants et autonomes de leurs associés, tous les revenus qu'elles perçoivent deviennent de source française, puisque sa personnalité fiscale fait écran. Si la réforme venait à être adoptée, seuls les revenus effectivement de source française, tels que listés à l'article 164 B du Code général des impôts précité, perçus par la société de personnes française, et notamment les revenus issus d'une exploitation française et donc de l'établissement qu'elle pourrait constituer en France, seraient imposés en France au nom de l'associé non résident. En revanche, si la société de personnes française reçoit par exemple des loyers d'un immeuble détenu en Allemagne, l'associé britannique de cette société ne serait pas imposé en France sur ce revenu, alors qu'il le serait selon le régime actuel. Il ne serait imposable en France que si la société de personnes constituait en France une entreprise au bilan de laquelle figurerait cet immeuble. La réforme n'apporterait de modification que sur cette question, ce qui serait d'ores et déjà une réponse appropriée aux difficultés et aux incohérences rencontrées en droit international du fait de sa conception divergente.

Néanmoins, le fait qu'un associé résident fiscal français soit imposé mondialement sur les revenus perçus par une société de personnes est facteur de doubles impositions, jugulées par les conventions fiscales, qui peuvent donc ici avoir un réel impact sur la détermination de la territorialité de l'impôt. En effet, puisqu'un associé français soumis à l'impôt sur le revenu pourrait être imposé en France sur des revenus de source étrangère, il pourrait bénéficier de crédits d'impôts et des mesures de lutte contre les doubles impositions. Cette problématique n'est pas spécifique aux cas des sociétés de personnes. En revanche, le problème pourrait venir de la définition des sociétés de personnes et de leur capacité à être qualifiée de résidentes et donc à pouvoir bénéficier en tant que telles des dispositions des

conventions fiscales internationales, comme nous avons pu le voir avec les associés soumis à l'impôt sur les sociétés. Dans la majorité des cas, la société de personnes serait considérée comme transparente par la convention et les dispositions appliquées directement à ses associés.

Cette réforme aurait donc des effets totalement dissymétriques en fonction de la qualité fiscale de l'associé de la société de personnes française, mais aussi en fonction de sa domiciliation fiscale. On voit bien que les impacts pour les associés soumis à l'impôt sur le revenu sont limités, tandis que ceux applicables aux associés soumis à l'impôt sur les sociétés sont très importants en matière de détermination du lieu d'imposition. Cette réforme peut aider la France à redorer son blason international et à attirer à nouveaux les investisseurs étrangers, via l'utilisation des sociétés de personnes qui redeviennent un outil d'optimisation fiscale à part entière, notamment pour servir de sociétés holdings car le régime applicable à certains revenus en France est très intéressant, comme l'exonération des plus-values sur titres de participation, ou l'absence de retenue à la source sur les intérêts de source française.

**B) La transparence à l'épreuve des systèmes juridiques internationaux : relations franco-allemandes et société de personnes françaises**

Deux partenaires économiques et politiques privilégiés ne peuvent qu'avoir conclu une convention fiscale, qui réserve un traitement différencié aux sociétés de personnes du fait de leurs caractéristiques juridiques antagonistes (1). Néanmoins, la réforme de la fiscalité des sociétés de personnes en France pourrait modifier les conditions d'application de cette convention, et ce pour les différents types de revenus visés (2).

1) Les spécificités de la convention franco-allemande

En sus des règles de droit interne, celles dont dispose la convention fiscale entre l'Allemagne et la France doivent être prises en compte. Comme toute convention, elle est applicable aux résidents des deux Etats contractants. La résidence est définie à l'article 2 de ce document, alinéa 4, qui qualifie de résident les personnes assujetties à l'impôt dans l'un des Etats contractants en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère analogue. Pour être résident d'un Etat contractant, il faut donc être qualifié de personnes.

Le terme « *personne* », au sens de la présente convention, inclut les personnes physiques et les entités dotées de la personnalité morale. Cette définition pose un réel problème pour ce qui est de l'application de ladite convention aux sociétés de personnes allemandes, puisqu'elles ne sont pas dotées de la personnalité morale. A première vue, elles ne pourraient pas bénéficier des dispositions de cette convention, mais dans ce cas, l'on pourrait se référer à leurs associés, du fait de leur transparence. La question ne se pose pas pour les sociétés de personnes de droit français, qui sont dotées de la personnalité morale.

On peut donc en déduire que selon le régime applicable encore aujourd'hui en France, puisque les sociétés de personnes sont dotées de la personnalité morale, elles peuvent être qualifiées de personnes. Par ailleurs, on peut considérer qu'au sens de la convention, elles sont soumises à l'impôt, puisque le droit français leur reconnaît une personnalité fiscale réduisant son acquittement par les associés de ladite société à une simple modalité de recouvrement. Donc si elle est une personne soumise à l'impôt, la société de personnes

française peut être aujourd'hui considérée comme résidente au sens de la présente convention et se voir appliquer ses dispositions.

L'alinéa 4. c) de cet article 2 de la convention franco-allemande traite également du cas des sociétés de personnes sans personnalité morale et dispose que « *lorsque, selon la disposition de l'alinéa a ci-dessus une personne morale est résident de chacun des Etats contractants, elle est réputée résident de l'Etat contractant où se trouve son siège de direction effective. Il en est de même des sociétés de personnes et des associations qui, selon les lois nationales qui les régissent, n'ont pas la personnalité juridique* ». Si l'on s'en tient à la lettre du texte, cette disposition ne concerne que les cas où la société de personnes, si elle était dotée de la personnalité morale, pourrait être qualifiée de résidente, c'est-à-dire qu'elle est soumise à l'impôt dans son Etat de résidence. L'on peut en conclure que les sociétés de personnes allemandes sont considérées comme des entités non éligibles à la qualification de résidentes d'un des Etats contractant, car n'étant pas soumises à l'impôt, elles ne seraient pas résidentes bien que dotée de la personnalité morale.

La principale conséquence en est que ses associés pourront se prévaloir des dispositions de la convention en lieu et place de la société de personnes et en proportion des droits qu'ils détiennent au sein de cette société de personnes. Cette analyse résulte des commentaires formulés par l'OCDE sur l'article 1 de son modèle, qui présuppose que « *lorsque l'application de la Convention est ainsi refusée, les associés sont éligibles, à concurrence de leur part du revenu de cette dernière, aux avantages des dispositions des conventions conclues par les États dont ils sont résidents dans la mesure où leur part du revenu de la société de personnes leur est attribuée pour fins d'imposition dans leur État de résidence* »<sup>1</sup>. Cependant, la France a formulé des réserves sur cette interprétation de l'OCDE et n'autorise cette extension du bénéfice des dispositions de la convention aux associés de la société de personnes que lorsque son droit interne ou une disposition spécifique de la convention le permet, dans les cas où elle se trouve être l'Etat de la source<sup>2</sup>. La conséquence d'une telle réserve est que si la société de personnes n'est pas considérée comme une résidente au sens de la convention, ce qui est le cas des sociétés de personnes allemandes, leurs associés ne peuvent se prévaloir des dispositions de la convention dans les cas où par exemple cette société de personnes reçoit des dividendes de

---

<sup>1</sup> *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, OCDE, version en vigueur en juillet 2008, §5 page 52.

<sup>2</sup> *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, OCDE, version en vigueur en juillet 2008, §27-2 page 69.

source française, et notamment bénéficiaire du taux réduit d'imposition, puisqu'aucune disposition de l'article 9 de la Convention traitant des dividendes ne prévoit une telle possibilité.

Pour autant, la réforme de la fiscalité des sociétés de personne française pourrait modifier la façon dont la convention serait appliquée aux sociétés de personnes allemandes et françaises. En effet, du fait de l'instauration du principe de transparence et notamment de l'article 239-0 B du Code général des impôts précité, la société de personnes ne serait plus la personne qui serait soumise à l'impôt. En conséquence, les sociétés de personnes françaises ne pourraient plus être qualifiées de résidentes au sens de l'article 2 de la convention ni se voir appliquer les dispositions de cette dernière.

Puisque son associé serait celui qui acquitterait l'impôt, il serait donc considéré comme résident au sens de la présente convention et pourrait se voir appliquer la convention sur la quote-part des revenus de la société de personnes lui revenant. Par ailleurs, la réserve de la France aux commentaires de l'OCDE précités ne serait plus applicable puisque le droit interne français autoriserait explicitement que l'associé de la société de personnes, allemande ou française, soit considéré comme le sujet fiscal de référence du revenu généré par la société de personnes, puisqu'il serait réputé avoir réalisé les opérations de la société de personnes<sup>1</sup>. Ainsi, la convention s'appliquerait en toute circonstance aux associés d'une société de personnes, à moins qu'elle ne prévoise une disposition spécifique pour ces entités.

Reste à savoir quelles incidences l'application de la convention franco-allemande directement aux associés de sociétés de personnes française pourrait avoir, et ce en fonction des différents types de revenus que peut générer la société de personnes.

---

<sup>1</sup> Article 239-0 B du Code général des impôts, *in* article 12 du projet de loi de finances rectificative pour 2010.

## 2) Application aux différentes catégories de revenus

Comme nous avons pu le voir, l'associé d'une société de personnes française serait réputé avoir lui-même exercé les activités de la société et les règles d'imposition des revenus de la société de personnes seront déterminées à son niveau. Ainsi, selon le droit fiscal français, si l'associé de la société de personnes est soumis à l'impôt sur les sociétés ou un impôt équivalent, les revenus de la société de personnes ne seront imposés à l'impôt sur les sociétés en France que si l'associé exploite en France une entreprise – que peut constituer la société de personnes. Si cet associé est une personne physique, l'ensemble des revenus de la société de personnes françaises seront imposés en France au titre de l'impôt sur le revenu en raison de la mondialité de l'impôt sur le revenu dont dispose l'article 4 A du Code général des impôts, ou du principe d'imposition des revenus de source française de l'article 164 B du Code général des impôts pour les résidents fiscaux allemands.

Nous allons nous intéresser à l'influence que pourra avoir la convention fiscale de lutte contre les doubles impositions franco-allemande sur ces nouveaux critères d'imposition.

### a) *Revenus d'activité industriels et commerciaux*

Les revenus industriels et commerciaux selon la convention fiscale franco-allemande seront imposés selon le lieu de leur réalisation, du fait de la référence à la notion d'établissement stable. L'article 4 de cette convention dispose en effet que « *les bénéficiaires d'une entreprise de l'un des Etats contractants ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'effectue des opérations commerciales dans l'autre Etat par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé* ». Les sociétés de personnes ne sont pas expressément assimilées à des entreprises pour l'application de cette convention, sachant qu'une entreprise est définie comme « *une entreprise industrielle ou commerciale exploitée par un résident* ». En l'état actuel du droit français, les sociétés de personnes françaises pourraient bénéficier de ces dispositions puisqu'étant considérées comme résidentes, elles peuvent exploiter une entreprise.

Or, le même article dispose en son alinéa 3 que « *les participations d'un associé aux bénéficiaires d'une entreprise constituée sous forme de société de droit civil, de société en nom collectif ou de société en commandite simple ainsi que les participations aux bénéficiaires*

*d'une " société de fait ", d'une " association en participation " ou d'une " société civile " de droit français ne sont imposables que dans l'Etat où l'entreprise en question a un établissement stable, mais en proportion seulement des droits de cet associé dans les bénéfices dudit établissement ».* En réalité, la convention a prévu des dispositions spécifiques aux sociétés de personnes exerçant une activité industrielle et commerciale, leur permettant de bénéficier de l'article 4 de la convention et du principe de l'imposition dans l'état de situation de l'établissement stable générant le revenu. Cette disposition est sans influence sur les sociétés de personnes françaises en l'état actuel des textes, puisqu'elle peut en bénéficier en tant que résidente, mais permet un rattachement des sociétés de personnes allemandes.

Nous avons vu que la réforme des sociétés de personnes pourrait faire perdre aux sociétés de personnes leur qualité de résidentes au sens de la convention. Cependant, l'alinéa 3 de l'article 4 précité permettrait tout autant que pour les sociétés allemandes d'inclure dans ce dispositif les revenus industriels et commerciaux de sociétés de personnes françaises, car sa formulation est générale. Il vise les sociétés en nom collectif, en commandite simple – catégories que connaissent à la fois le droit allemand et le droit français – et plus spécifiquement les sociétés civiles et en participation de droit français<sup>1</sup>.

L'inclusion de cet article n'aurait pas de conséquences majeures par rapport à la détermination de l'Etat d'imposition telle que le prévoit le droit interne. Un associé allemand d'une société de personnes française serait toujours imposé en France si la société constitue un établissement stable en France. De même, si une société de personnes française exerce une activité industrielle et commerciale en Allemagne, ses revenus seraient imposés en Allemagne au nom de ses associés allemands ou français. Comme le montrent les annexes n° 1 et 2, on ne constaterait pas de différence fondamentale entre droit interne et convention mais le raisonnement à appliquer serait différent. En effet, si en droit interne, et donc en règle générale dans la convention, l'associé est devenu le sujet fiscal de référence, l'insertion de cette mesure spécifique sur les sociétés de personnes nous oblige à raisonner non plus au niveau de l'associé, mais au niveau de la société de personnes, qui de vient le bénéficiaire des dispositions de la convention en matière de revenus industriels et commerciaux.

---

<sup>1</sup> Voir Annexe n° 6.



Cela évite un des écueils de ce changement de prise en considération de l'associé ou des sociétés de personnes pour les besoins de l'application des dispositions de la convention, du fait de la réforme de la fiscalité des sociétés de personnes. En effet, si l'associé avait été la personne à qui les dispositions de la convention en matière de revenus industriels et commerciaux auraient dû être appliquées, une exigence supplémentaire d'exercice de son activité au sein de la société aurait pu voir le jour. En effet, l'article 4 de la convention s'applique aux revenus industriels et commerciaux des « *entreprises exploitées par un résident* ». Si le résident est l'associé qui exerce son activité au sein de la société de personnes, cela ne poserait aucun problème. En revanche, si l'associé est un investisseur passif qui n'exerce aucune activité au sein de la société, dans ce cas, comment peut-on considérer que les revenus de la société de personnes sont ceux d'une entreprise, puisque l'entreprise en question n'est pas exploitée par la personne qui est qualifiée de résidente au sens de la convention. Cette problématique serait d'autant plus sensible dans le cas des sociétés de personnes françaises, qui disposent de la personnalité morale et qui donc sont considérées comme des personnes au sens de la convention, différentes du résident. Dans leur cas, l'entreprise serait donc exploitée par une autre personne que le résident, et l'article 4 ne pourrait pas s'appliquer. Le fait que l'article 4 de la convention, par son alinéa 3, applique spécialement le principe de l'imposition dans l'Etat de situation de l'établissement stable permet donc d'apprécier l'exploitation de l'activité au niveau de la société et pas de l'associé, évitant une requalification du revenu en revenus innomés au sens de l'article 18 de la convention franco-allemande, et donc une imposition dans l'Etat de résidence de l'associé.

Cependant, un autre problème se pose, qui est celui des sociétés de personnes non énumérés par ledit article. En effet, s'agissant des sociétés françaises suivant le régime des entités transparentes, cette énumération limitative exclut les sociétés qui ne relèvent pas comme les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandites simples et les sociétés civiles, par nature du régime des sociétés de personnes, mais celles ayant opté pour ce régime d'imposition. Ainsi une société à responsabilité dite de famille, par exemple, ne pourrait pas se prévaloir des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 4 de la convention, ni de l'alinéa 1 pour la quote-part de ses associés n'y exerçant pas leur activité professionnelle. En conséquence, la quote-part de ces derniers serait imposée dans leur Etat de résidence. Donc un associé résident allemand d'une société à responsabilité limitée de famille – ou de toute autre forme d'entité transparente non énumérée par la convention – serait imposé sur

sa quote-part correspondant aux revenus industriels et commerciaux en Allemagne, en vertu de l'article 18 de la convention sur les revenus innomés, même si l'activité est exercée via un établissement stable situé en France.

Néanmoins, cette éventualité semble écartée par les commentaires que l'administration fiscale française a fait de cette disposition de la convention, puisqu'elle étend le bénéfice de l'article 4 alinéa 3 de la convention à l'ensemble des sociétés de personnes<sup>1</sup>. Elle fait référence aux sociétés de personnes et assimilées au sens sociétés dont l'impôt sur les bénéfices est dû par les associés. On peut donc penser que cette instruction étend le bénéfice de l'article 4 alinéa de la convention aux sociétés de capitaux ayant opté pour l'impôt sur les sociétés. De plus, la documentation de base précise que ces dispositions s'appliquent aussi aux sociétés de personnes par nature ayant opté pour l'impôt sur les sociétés. Ainsi, si cette doctrine est toujours appliquée par l'administration après la réforme, tout risque d'imposition des revenus industriels et commerciaux selon l'article 18 de la convention serait écarté, mais il nous faut rester sur nos gardes car l'interprétation que fait l'administration fiscale des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 4 de la convention est particulièrement extensive et pourrait être remise en cause par le juge. En effet, la convention dresse une liste de sociétés de personnes et ne mentionne en aucun cas les sociétés assimilées.

On comprend donc que la convention franco-allemande ne viendrait pas bouleverser les nouveaux critères d'imposition des revenus industriels et commerciaux des sociétés de personnes française, et s'accorderait plutôt bien avec leur nouvelle transparence, l'associé étant, pour le droit interne et conventionnel, le sujet fiscal de référence. Les revenus industriels et commerciaux de la société de personnes seraient donc bien imposables en France, au nom de son associé allemand, ou en Allemagne si l'activité est exercée en Allemagne.

---

<sup>1</sup> Documentation de base sur la convention fiscale franco-allemande n°14 B-2332 § 1 du 1<sup>er</sup> juin 1971 : « le paragraphe 3 dudit article 4 précise en tant que de besoin que la même règle est applicable dans le cas d'entreprises constituées sous la forme de sociétés de personnes et assimilées (sociétés civiles, en nom collectif, en commandite simple, sociétés de fait, associations en participation) c'est-à-dire de sociétés ou associations qui, du côté français, sont normalement imposables dans la personne de leurs membres. Il en est de même dans le cas où ces sociétés sont soumises au régime de l'impôt sur les sociétés ».

## b) Revenus passifs

Un des points principaux de la présente réforme réside dans le fait que les sociétés de personnes françaises qui n'exercent qu'une activité patrimoniale, c'est-à-dire qui ne disposent pas d'un établissement en France au sens des conventions fiscales, ne suffirait plus pour attribuer à la France le droit d'imposer ses revenus. En effet, si l'associé de cette société de personnes est une personne physique résidente fiscale allemande, elle ne pourrait pas être imposée en France sur les revenus étrangers perçus par la société de personnes française, puisqu'étant considérée comme la personne ayant réalisé le revenu, le seul fait de transiter par la France ne pourrait donner à ces revenus de source étrangère la qualité de revenus de source française, à moins d'être rattachés à un établissement stable français.

Ces nouvelles conditions d'imposition constitueraient une avancée notable sur le plan de l'attractivité internationale de la fiscalité française, à moins que les conventions fiscales internationales ne viennent en modifier l'application.

### i. Les dividendes

Si une société française reçoit des dividendes de source allemande, ces dividendes sont normalement imposables en France si l'on en croit l'alinéa 1 de l'article 9 de la présente convention, qui dispose que « *les dividendes payés par une société qui est un résident d'un Etat contractant à un résident de l'autre Etat contractant sont imposables dans cet autre Etat* ». Ainsi dans le cas des sociétés de personnes, puisque le résident au sens de la convention est l'associé de cette société, les dividendes de source allemande reçus par les associés de la société de personnes seraient imposables dans leur Etat de résidence, soit en France pour les associés résident français et en Allemagne pour les associés résidents allemands.

Pour autant, la convention prévoit à l'alinéa 8 de l'article 9 que, en cas de versement de dividendes entre deux personnes françaises et allemandes<sup>1</sup>, il faut faire application de l'article 4 relatif aux revenus industriels et commerciaux, en cas de présence d'un

---

<sup>1</sup> Cet alinéa se limite aux dividendes français et allemands puisqu'il renvoie aux dispositions de l'article 9 alinéa 1 de la Convention, qui traite du cas de versement de dividende entre les deux Etats contractants.

établissement stable<sup>1</sup>. Ainsi, si une société de personnes française reçoit des dividendes de source allemande, ces dividendes seront imposables en France en vertu de l'article 4 alinéa 3 de la présente convention si ladite société dispose en France d'un établissement stable qui reçoit ces revenus, peu importe l'Etat de résidence de ses associés. Ici, le fait que la convention renvoie expressément à une application de son article 4 nous oblige à apprécier le critère de la détention d'un établissement stable au niveau de la société elle-même et non pas de l'associé, comme nous inviterait à le faire la réforme française.

Donc si la société de personnes française reçoit des dividendes de source allemande et ne dispose pas d'un établissement stable en France, alors les revenus seront imposés dans l'Etat de résidence de l'associé. Ce changement de niveau d'appréciation aurait une incidence puisque si l'associé résident allemand dispose personnellement d'un établissement stable en France, il ne serait pas pour autant imposable en France sur ces dividendes, puisque la société de personnes ne disposerait pas d'établissement stable en France. Si l'on s'en tenait au droit interne, il en serait autrement puisque l'associé allemand soumis à l'impôt sur les sociétés aurait été imposé en France sur ces dividendes s'il avait disposé d'un établissement en France, de même qu'un associé personne physique qui aurait été de toute façon imposé sur ses revenus de source français en vertu de l'article 164 B du code général des impôts. La convention franco-allemande permet donc aux associés allemands de sociétés de personnes d'éviter une imposition en France, si la société de personnes française ne constitue pas un établissement stable, et ce même si eux-mêmes n'ont pas d'établissement en France.

Au contraire, lorsqu'une société de personnes française perçoit des dividendes autres que de source allemande, et notamment de source française, les conditions d'imposition des associés seront régies par des dispositions différentes de la convention. Cet article sur les dividendes prévoit une disposition spécifique aux sociétés de personnes, mais plus générale que celle de l'article 8 car elle s'applique aux dividendes étrangères et françaises, à l'alinéa 7 : « *Dans la mesure où les dispositions des articles 4 et 6 confèrent à la France le droit d'imposer les bénéficiaires des sociétés mentionnées au paragraphe (3) de l'article 4, les revenus provenant de ces bénéficiaires, qui sont regardés comme des dividendes au sens de la*

---

<sup>1</sup> Article 9 alinéa 8 de la convention fiscale franco-allemande « *Les paragraphes 1 à 5 ne s'appliquent pas quand le bénéficiaire des dividendes possède un établissement stable dans l'autre Etat contractant et que les participations font partie de l'actif de cet établissement. Dans ce cas, l'article 4 est applicable* ».

*législation française, sont imposables selon les dispositions du paragraphe (2) du présent article* ». Cela signifie que si une société de personnes française, tel que l'entend l'alinéa 3 de l'article 4 de la convention<sup>1</sup>, reçoit des dividendes, les associés résidents allemands seront imposés sur leur quote-part des bénéfices de la société de personnes correspondant à ce bénéfices par voie de retenue à la source, car l'alinéa 2 de l'article 9<sup>2</sup> est celui qui prévoit l'application de la retenue à la source sur les distributions de dividendes, et ce que les revenus soient distribués ou non. En revanche, cette disposition n'est applicable qu'aux sociétés de personnes françaises disposant d'un établissement stable en France, puisque l'article 4 alinéa 3 n'attribue l'imposition qu'à la France lorsque ces conditions sont remplies.

Cette disposition concernerait à la fois les dividendes de source française et étrangère, puisque la référence à l'article 4 alinéa 3 de la convention place la société de personnes comme le sujet fiscal de référence en lieu et place de l'associé. En conséquence, si la société de personnes française, au sens de l'article 4 alinéa 3, constitue un établissement stable en France, les dividendes de source étrangère transitant par la société seraient requalifiées de dividendes de source française<sup>3</sup> et potentiellement éligible à l'application d'une retenue à la source. Pour la suite du propos, ces dividendes seront donc assimilés à des dividendes de source française, sauf pour les cas où la société de personnes ne dispose pas d'établissement stable en France.

L'alinéa 2 de l'article 9 de la convention renvoie à l'application du droit interne et de l'article 119 bis du Code général des impôts, donc les associés résidents allemands ne seront assujettis à cette retenue à la source que si le droit interne le prévoit. S'agissant des dividendes perçus par une société de personnes française au sens de l'article 9 alinéa 7 de la convention, on applique tout d'abord la convention pour savoir quels dividendes sont concernés et ensuite, que ces dividendes soient de source étrangère ou française, on leur applique le droit interne français, puisque la convention les assimile à des dividendes de

---

<sup>1</sup> Article 4 alinéa 3 de la convention fiscale franco-allemande : « *les participations d'un associé au bénéfice d'une entreprise constituée sous forme de [société de personnes] ne sont imposables que dans l'Etat où l'entreprise en question a un établissement stable* ».

<sup>2</sup> Article 9 alinéa 2 de la convention franco-allemande « *Chacun des Etats contractants conserve le droit de percevoir l'impôt sur les dividendes par voie de retenue à la source, conformément à sa législation. Toutefois ce prélèvement ne peut excéder 15% du montant brut des dividendes* ».

<sup>3</sup> En vertu de l'article 164 B pour l'impôt sur le revenu, 209 I pour l'impôt sur les sociétés, du Code général des impôts.

source française en faisant référence à l'article 4 alinéa 3 de la convention, et donc en prenant la société de personnes pour référence.

Selon le Code général des impôts, une retenue à la source doit être effectuée sur des dividendes de source française distribués à des associés qui n'ont pas leur résidence fiscale en France. Néanmoins, en vertu du régime actuellement en vigueur, s'agissant des sociétés de personnes, l'administration fiscale considère que cette retenue à la source ne trouve pas à s'appliquer, puisque ces sociétés constituent des entités fiscales indépendantes et donc font écran entre l'associé et la société française distributrice<sup>1</sup>.

Cependant, si la réforme était adoptée, cette interprétation de l'administration fiscale de l'article 119 bis du Code général des impôts ne serait plus applicable puisque le sujet fiscale de référence serait l'associé de la société de personnes et non pas la société elle-même. En effet, puisque l'article 9 alinéa 2 de la convention renvoie à l'application du droit interne, on se devrait d'appliquer le droit interne et d'en revenir à un raisonnement prenant l'associé comme sujet fiscal de référence, même si la convention nous amène à faire le contraire pour sa propre application. Donc si une société de personnes française reçoit des dividendes de source française, la quote-part de bénéfices de ses associés allemands pourrait subir une retenue à la source de 15%, à moins que ces associés, sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés ou professionnel indépendant, ne dispose en France d'un établissement stable au bilan duquel les titres de la société de personnes sont inscrits. Dans ce cas, les dividendes demeureraient en France et seraient imposables en France en vertu de l'article 9 alinéa 8 de la convention précitée. Ce raisonnement a été reconnu par le Conseil d'Etat dans un arrêt de 1975<sup>2</sup>.

Pour les cas où les associés allemands ne disposeraient pas personnellement d'un établissement stable en France, il faut distinguer les situations des associés soumis à l'impôt sur les sociétés de ceux relevant de l'impôt sur le revenu. Les associés personnes physiques ou relevant de l'impôt sur le revenu se verraient appliquer de plein droit la retenue à la source. En revanche, les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés ne se verraient appliquer la retenue à la source que si leur participation au sein de la société

---

<sup>1</sup> Instruction publiée au BOI n° 37 du 26 février 2003, n° 4 H-1-03.

<sup>2</sup> Conseil d'Etat, 19 décembre 1975, n°84774 : « ces dispositions [article 119 bis du Code général des impôts] ont pour objet d'exclure de la retenue à la source les produits des actions qui bénéficient à des personnes soumises à l'impôt sur le revenu des personnes physiques ou à l'impôt sur les sociétés à raison d'un revenu comprenant notamment lesdits produits ».

distributrice est inférieure à 5%. En effet, dans la décision *Denkavit*<sup>1</sup> de la Cour de justice des communautés européennes, la retenue à la source de l'article 119 bis du Code général des impôts a été reconnue comme un obstacle à la liberté d'établissement garantie par le droit communautaire. Ainsi, l'administration fiscale a publié une instruction tirant les conséquences de cette jurisprudence, en exonérant de retenue à la source les dividendes versés à des associés non résidents français ayant leur siège dans un Etat membre de l'Union européenne, si leur participation est supérieure à 5%<sup>2</sup>. Donc les associés allemands de la société de personnes française ayant reçu des dividendes de source française ne seront pas sujets à la retenue à la source de l'article 119 bis du Code général des impôts si leur participation dans la société distributrice est supérieure à 5%, sachant que cette participation, selon la réforme, s'appréciera proportionnellement à leur participation au sein de la société de personnes<sup>3</sup>.

Donc ne seraient redevables de la retenue à la source que les associés allemands ne disposant pas en France d'un établissement stable, soumis à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés si leur participation est inférieure à 5%. S'agissant des associés soumis à l'impôt sur les sociétés et exonérés de revenus à la source, aucune imposition ne serait applicable en France puisqu'ils sont régis par l'article 9 alinéa 2 de la convention, qui en définitive les exonère, et qu'aucun autre mécanisme d'imposition n'est prévu. Ils seront alors imposables en Allemagne, si la législation interne le prévoit.

Le fait de réinstaurer cette retenue à la source poserait néanmoins de gros problèmes pratiques, puisque la société distributrice devra effectuer une retenue à la source selon la qualité des associés de la société qui la détient en réalité, ce qui pourrait se révéler complexe, notamment si elle ne dispose pas de l'ensemble des renseignements requis.

Nous avons vu que l'article 9 alinéa 7 ne s'appliquait qu'aux sociétés de personnes françaises constituant un établissement stable. Ils s'appliquent également aux sociétés de personnes possédant en France un établissement stable qui percevrait ces dividendes. Pour les autres, recevant des dividendes de source française, on appliquerait alors par défaut l'article 9 alinéa 1 de la convention, puisque les alinéas 7 et 8 ne seraient pas applicables.

---

<sup>1</sup> CJCE, 14 décembre 2006, *Denkavit*, n°C-170/05.

<sup>2</sup> Instruction publiée au BOI n° 67 du 10 mai 2007, n° 4 C-7-07.

<sup>3</sup> Nouvel article 239-0 B, II. 1. 5° du Code général des impôts : si la société de personnes détient 10% de la société de personnes mais que l'associé ne détient que 40% de la société distributrice, il sera réputé ne détenir que 4% de la société distributrice et subira la retenue à la source.

Les dividendes seraient donc imposables dans l'Etat de résidence du résident, soit ici l'associé puisqu'en l'absence de renvoi à l'article 4 alinéa 3, l'associé reste le sujet fiscal de référence. On pourrait aussi appliquer l'article 9 alinéa 2, autorisant la retenue à la source de l'article 119 bis du Code général des impôts, et qui de surcroît trouverait à s'appliquer en droit interne, du fait de la réforme, comme nous avons pu le démontrer.

Enfin, s'agissant des dividendes de source étrangère perçus par une société de personnes française sans établissement stable, aucune imposition en France ne trouverait à s'appliquer puisque le principe de transparence veut que l'associé allemand ait perçu directement ce revenu.

Les dividendes allemands perçus par un établissement stable allemand de la société de personnes française seraient quant à eux imposables en Allemagne en vertu de l'article 9 alinéa 8 de la convention, puisqu'ils sont rattachés à un établissement stable. Par ailleurs, les dividendes de source française ou étrangère perçus par cet établissement seraient imposables dans l'Etat de résidence de ses associés en vertu de l'article 9 alinéa 1 de la convention, puisque l'article 9 alinéa 7 ne concerne que les sociétés de personnes françaises disposant en France d'un établissement stable. Les dividendes de source française seraient alors sujets d'une retenue à la source, si l'on applique la jurisprudence du Conseil d'Etat précitée de 1975, qui considère qu'un établissement peut être assimilé à un siège de direction au sens de l'article 119 bis du Code général des impôts.

Pour résumer, les associés allemands de sociétés de personnes françaises seront redevables d'un impôt en France (sur le revenu ou sur les sociétés selon l'associé) sur l'ensemble des dividendes perçus par cette société si elle constitue en France un établissement stable. A défaut, une retenue à la source pourrait être prélevée sur les dividendes de source française pour les associés relevant de l'impôt sur le revenu, et uniquement pour les associés relevant à l'impôt sur les sociétés dont la participation au sein de la société distributrice est inférieure à 5%.

On peut donc conclure que la convention aurait en définitive que peu d'impact sur le droit interne, maintenant même la retenue à la source. Néanmoins, on constate que l'application des conventions conclues par la France pour des sociétés de personnes dotées de la personnalité fiscale se révèle néanmoins beaucoup plus complexe lorsqu'il s'agit de les



appliquer à de nouvelles entités transparentes, nous obligeant à alterner entre l'associé ou la société comme sujet fiscal de référence.

## ii. Les revenus mobiliers

Les revenus mobiliers reçus par une société de personnes française seraient imposables en France si son associé allemand soumis à l'impôt sur les sociétés dispose en France d'un établissement stable, constitué ou non par la société de personnes elle-même. Si celui-ci est une personne physique, il sera imposable en France si les revenus sont qualifiés de source française en vertu de l'article 164 B du Code général des impôts et donc proviennent de placements, créances, prêts contractés en France ou inscrits au bilan d'un établissement stable français. Si ces revenus mobiliers sont allemands, dans ce cas l'associé allemand serait tout de même imposable en France mais uniquement si la société de personnes constitue un établissement stable. En revanche, si les revenus proviennent de placements étrangers et transitent par une société de personnes française qui n'exerce qu'une activité patrimoniale, comme une holding, l'associé ne sera imposable qu'en Allemagne au titre de sa quote-part de résultat.

Aucune retenue à la source ne serait due en France puisque depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, la loi de finances rectificative pour 2009 a supprimé celle qui était instituée à l'article 125 A III du Code général des impôts, sauf pour les versements dans des Etats et territoires non coopératifs, ce qui ne nous concerne pas dans le cas des relations franco-allemandes.

La convention n'apporterait pas de modifications majeures. Son article 10 dispose en effet que « (1) *Les intérêts et autres produits des obligations, bons de caisse, prêts et dépôts ou de toutes autres créances, assortis ou non de garanties hypothécaires, ne sont imposables que dans l'Etat contractant dont le bénéficiaire est le résident. (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas quand le bénéficiaire des intérêts ou autres produits possède dans l'autre Etat contractant un établissement stable et que la créance fait partie de l'actif de cet établissement. Dans ce cas, l'article 4 est applicable* ». Pour l'application de ladite convention, on peut considérer que le bénéficiaire est l'associé puisque par subsidiarité, il est réputé avoir perçu lui-même ledit revenu. Donc un associé allemand, qu'il relève de

l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu, serait imposé en Allemagne sur ce revenu. On retrouve donc la même distinction qu'en droit interne qui veut que le revenu sera imposé en France selon la présence ou non d'un établissement stable.

L'alinéa 2 exige que le bénéficiaire du revenu dispose en France d'un établissement stable et renvoie à l'application de l'article 4 de la convention qui concerne les bénéfices industriels et commerciaux. Or l'article 4 de la convention s'applique aux entreprises exploitées par un résident. On pourrait donc penser que pour le cas des personnes physiques, il faudrait que l'associé allemand exerce son activité au sein de la société de personnes pour qu'un établissement soit caractérisé et que l'imposition soit attribuée à la France. Cependant, si l'on se réfère à l'alinéa 2 de l'article 10 de ce texte, si la société de personnes qui reçoit ces revenus mobiliers constitue un établissement stable, dans ce cas l'associé allemand serait imposable en France sur ce revenu, qu'il y exerce ou non son activité professionnelle puisque cet article parle simplement d'une disposition et pas d'une exploitation d'un établissement stable en France. Cette disposition peut donc être interprétée comme renvoyant à l'application de l'article 4 à partir du moment où de simples participations sont détenues au sein de la société de personnes française, constituant un établissement stable.

L'établissement stable est donc encore le critère d'imposition des intérêts. Il en sera de même pour le cas d'intérêts versés à l'établissement stable d'une société de personnes française située en Allemagne. Dans ce cas, les associés de la société de personnes française, qu'ils soient résidents fiscaux français ou allemands, seront imposables en Allemagne au titre de ces revenus.

Si les revenus mobiliers sont de source autre qu'allemande et française, la solution sera identique. Si la société de personnes ne dispose pas d'un établissement stable en France, aucune imposition ne sera due en France et la convention ne trouvera pas à s'appliquer. Dans le cas contraire, les associés seront redevables de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés en France selon la convention, puisque leur passage par un établissement stable leur donne la qualité de revenus de source française.

L'imposition en France des associés soumis à l'impôt sur les sociétés de sociétés de personnes françaises

Voici encore un exemple de l'utilité de cette réforme, qui en se rapprochant des standards du droit fiscal international, évite les renversements de situation d'imposition et les risques de double imposition. En effet, ne seraient imposables en France que les intérêts perçus par un établissement stable français de la société de personnes. A défaut, aucune imposition ne serait due en France, même si ce revenu est de source française au sens de l'article 164 B du Code général des impôts, et même si l'associé dispose à titre personnel d'un établissement en France, puisque l'article 4 de la convention auquel renvoie l'article 10 alinéa 2 a la société de personnes pour sujet fiscal de référence. La double imposition est donc évitée et empêche la France d'appliquer l'article 164 B du Code général des impôts aux associés allemands de la société de personnes.

### iii. Les plus-values de cession de valeurs mobilières

Deux cas de figure sont envisageables s'agissant des plus-values de cession de valeurs mobilières : l'hypothèse où l'associé allemand d'une société de personnes française cède ses parts de la société, et celle où la société elle-même cède des parts inscrites à l'actif de son bilan.

Tout d'abord, il nous faut envisager la cession des parts de la société de personnes elle-même. Les cessions de valeurs mobilières françaises par des personnes, physiques ou morales, non résidentes fiscales françaises bénéficient d'un régime de faveur différent de celui des résidents fiscaux français instauré par l'article 244 bis B du Code général des impôts<sup>1</sup>. Ainsi, à moins de détenir plus de 25% de la société de personnes, l'associé résident fiscal allemand ne serait redevable d'aucune imposition au titre de la plus-value de cession de ses titres au sein de la société de personnes française, et ce qu'il relève de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés.

Pour autant, si l'associé allemand devait acquitter un impôt en France du fait de cette plus-value, il se trouverait alors dans une situation de double imposition puisque cette plus-value serait également taxable en Allemagne, en vertu de la mondialité des impositions sur le revenu. Dans ce cas, la convention fiscale franco-allemande attribuerait l'imposition à l'Etat de situation de l'établissement stable si la société française exerce une activité industrielle et commerciale et remplit les critères de cette qualification<sup>2</sup>. L'article 4 alinéa 4 de la convention fiscale franco-allemande parle en effet des « bénéfices provenant de l'aliénation [...] d'une participation dans l'entreprise ». Donc si la société de personnes française dispose en France d'un établissement stable, la plus-value de cession sera imposable en France. Si en revanche la participation de l'associé est inférieure à 25%, il ne serait pas imposable en France et aucun conflit d'imposition ne justifierait l'application de

---

<sup>1</sup> Article 244 bis B du Code général des impôts : « les gains mentionnés à l'article 150-0 A résultant de la cession ou du rachat de droits sociaux mentionnés au f du I de l'article 164 B, réalisés par des personnes physiques qui ne sont pas domiciliées en France au sens de l'article 4 B ou par des personnes morales ou organismes quelle qu'en soit la forme, ayant leur siège social hors de France, sont déterminés et imposés selon les modalités prévues aux articles 150-0 A à 150-0 E lorsque les droits dans les bénéfices de la société détenus par le cédant ou l'actionnaire ou l'associé, avec son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, ont dépassé ensemble 25 % de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années ».

<sup>2</sup> Article 4 alinéa 4 de la convention fiscale franco-allemande « (4) Les paragraphes (1) et (3) s'appliquent aussi bien aux revenus provenant de l'administration et de la jouissance directes qu'aux revenus acquis au moyen de la location ou toutes autres formes d'utilisation de l'entreprise industrielle ou commerciale ainsi qu'aux bénéfices provenant de l'aliénation de l'ensemble de l'entreprise, d'une participation dans l'entreprise, d'une partie de l'entreprise ou d'un objet utilisé dans l'entreprise ».

la convention. L'Allemagne conserverait dans ce cas le droit d'imposer la plus-value de cession des parts de la société de personnes, peu importe que la société de personnes constitue un établissement stable en France ou non.

*A contrario*, si la société de personnes ne dispose pas d'un établissement stable et n'est qu'une société holding, dans ce cas l'article 4 de la convention serait écarté. L'article 7 de la convention dispose du sort des plus-values de cession de titres, mais ne s'applique qu'aux cessions de titres de sociétés de capitaux. Donc en l'absence d'article spécifique, ces plus-values seraient, selon l'article 18 de la convention sur les revenus innomés, imposables dans l'Etat de résidence du bénéficiaire des revenus, donc l'Allemagne dans notre exemple. On voit bien que dans cette hypothèse, la réforme ne viendrait pas perturber le régime actuel ni instaurer une double imposition incompressible en l'état des textes.

Une société de personnes française, et particulièrement une société holding dont l'activité patrimoniale est l'objet principal, peut elle-même céder des titres détenus au sein d'autres sociétés. Dans cette hypothèse, la réforme des sociétés de personnes françaises pourrait avoir plus d'influence, puisque l'associé serait réputé avoir lui-même réalisé cette plus-value. Dans ce cas, l'on appliquerait également l'article 244 bis B du Code général des impôts si notre associé est un résident fiscal allemand, et contrairement au régime actuel de translucidité voulant que cette plus-value relève des articles 150-0 A et suivants pour l'impôt sur le revenu ou les articles 209 I et 219 I-a quater pour l'impôt sur les sociétés<sup>1</sup>, tous bien sûr du Code général des impôts.

On pourrait donc être confronté à une même double imposition, mais qui serait réglée différemment par la convention. Si les titres cédés sont des participations au sein d'une société de capitaux, l'article 7 alinéa 1<sup>2</sup> de la convention attribuerait alors l'imposition à l'Etat de résidence de l'associé, puisqu'il est réputé être le cédant de ces titres. Ce serait le cas d'une société holding dont la consistance est insuffisante pour être qualifiée d'établissement stable. Si par contre la société de personnes remplit les critères de

---

<sup>1</sup> Le régime actuel considère que la plus-value est réalisée au niveau de la société de personnes, résidente fiscale française.

<sup>2</sup> Article 7 alinéa 1 de la convention fiscale franco-allemande « (1) Les revenus provenant de la cession d'une participation dans une société de capitaux ne sont imposables que dans l'Etat contractant dont le cédant est le résident ».

l'article 2 de la présente convention, les plus-values de cession de titres de sociétés de capitaux seraient imposables dans l'Etat de situation de l'établissement stable, soit la France dans notre exemple.

La convention est particulièrement circonspecte pour autant puisque son article sur les gains en capital ne concerne que les cessions de participations au sein de sociétés de capitaux. S'agissant des autres types de titres qu'une société de personnes peut détenir, deux situations seraient à envisager. En effet, si la société de personnes française est un établissement stable au sens de la convention, l'article 4 alinéa 4 de la convention précité s'appliquerait puisqu'il concerne l'ensemble des cessions d'actifs. Selon le lieu d'inscription de ces titres, l'associé allemand serait imposable en France ou en Allemagne selon le lieu de situation de l'établissement stable. Il est en effet possible que la société française soit en partie établie en Allemagne. Au contraire, si la société de personnes française cède des titres alors qu'elle n'est qu'une holding, seul l'article 18 de la convention sur les revenus innomés trouverait à s'appliquer et donc l'associé serait redevable d'une imposition sur cette plus-value dans son état de résidence, soit l'Allemagne dans notre hypothèse.

Donc seraient imposable en France les plus-values de cession de titres rattachés à un établissement stable en France de la société de personnes, mais pas si l'associé dispose en France d'un établissement stable puisque le renvoi à l'article 4 de la convention nous oblige à prendre la société comme sujet de référence. En revanche, si l'on ne prend en compte que la personne de l'associé, du fait de l'absence d'établissement stable, le bénéficiaire serait donc l'associé puisqu'il serait, par subsidiarité, celui réalisant l'opération.

Cette réforme permettrait donc de supprimer les divergences d'interprétations entre deux Etats dont la lecture de la convention peut aujourd'hui être différente. Le régime actuel français nous oblige en effet à attribuer à la France l'imposition, même en l'absence d'établissement stable, du fait de la personnalité fiscale de la société de personnes française, non prise en compte par le juge allemand. La convention de surcroît s'adapterait parfaitement à l'adoption de cette réforme, continuant à jouer son rôle pour éviter les doubles impositions, et pouvant l'exécuter pleinement si la réforme pouvait être adoptée.

## II) L'ASSIMILATION RAISONNÉE DES SOCIÉTÉS DE PERSONNES ÉTRANGÈRES

La réforme des sociétés de personnes françaises traiterait également du cas des sociétés de personnes étrangères, inscrivant dans le marbre de la loi une technique d'appréciation de la situation fiscale de ces entités (A), ce qui pourrait créer des difficultés pratiques non négligeables, comme le montre l'exemple des sociétés de personnes allemandes (B).

### A) Les nouveaux critères d'identification des sociétés de personnes étrangères : le choix final de l'assimilation

Le législateur français a abandonné les doctrines antérieures pour opter pour une assimilation des sociétés de personnes étrangères aux sociétés de personnes françaises sur la base de leurs régimes juridiques et fiscaux (1), compliquant l'application du droit français aux sociétés de personnes étrangères selon la catégorie que leur assigne le droit français (2).

#### 1) L'abandon de la jurisprudence Diebold : l'assimilation sur la base de critères français

Le droit français oscille et vacille entre les différentes techniques existantes en matière d'appréciation des qualités juridiques et fiscales des sociétés étrangères, pour les besoins de l'application du droit français et en ce qui nous concerne, de l'établissement de l'impôt. D'une technique d'assimilation totale à la conception juridique française des sociétés de personnes (a), l'administration avait adopté la proposition du Conseil d'Etat d'application directe du droit de l'Etat d'implantation de la société de personnes étrangère (b). Mais le législateur a tranché pour l'assimilation par comparaison, solution médiane (c).

a) *La doctrine de l'administration avant l'arrêt Diebold Courtage*

Jusqu'à la décision du Conseil d'Etat *Diebold Courtage*<sup>1</sup>, les revenus de source française versés à des sociétés de personnes étrangères pouvaient donner lieu à une retenue à la source, et la convention fiscale applicable était celle de l'Etat dans lequel la société de personnes étrangère était implantée. En effet, la doctrine française en la matière était très stricte et consistait à appliquer le même raisonnement aux sociétés de personnes étrangères qu'aux sociétés de personnes françaises, si ces entités étrangères pouvaient être assimilées à des sociétés de personnes françaises. La société de personnes étrangère était donc considérée comme une entité fiscale indépendante et autonome, et par conséquent comme un résident dans son état d'implantation, au sens des conventions fiscales internationales. Elle faisait alors écran entre ses associés et la source française des revenus. Cette doctrine éludait le statut juridique et fiscal que réservait à ces sociétés le droit de leur Etat d'implantation. En définitive, du point de vue français, le monde des sociétés de personnes était mondialement translucide.

Cette doctrine n'était en réalité que la transposition aux sociétés de personnes étrangères du raisonnement appliqué dans l'arrêt *Kingroup* précité<sup>2</sup>, puisque la société de personnes y était prise pour référence. Cette application à une société de personnes étrangère était cependant critiquable, les cas d'espèce étant asymétriques puisque le groupement d'intérêt économique en cause dans la décision *Kingroup* était un groupement de droit français, implanté en France, alors que la société *Diebold Courtage* avait versé des redevances à une société de personnes de droit néerlandais. Si dans le premier cas, il est paraît judicieux d'appliquer à une entité de droit français la doctrine fiscale française en matière de sociétés de personnes, appliquer directement le droit français à une société de droit étranger est beaucoup plus contestable.

L'adoption de cette méthode de qualification des structures étrangères en matière de société de personnes avait déjà été officiellement adoptée par l'administration fiscale, dont la documentation officielle prévoyait que « *les sociétés ou groupements de personnes étrangers, qui eu égard à leurs caractéristiques propres peuvent être assimilés à des sociétés de personnes de l'article 8 du Code général des impôts ou à des groupements de personnes soumis à un régime fiscal analogue, déclarent en France les résultats de leurs*

---

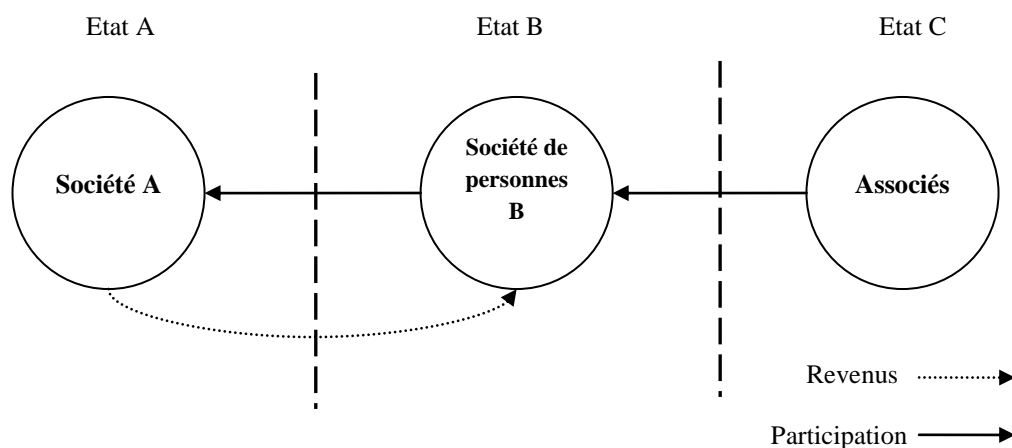
<sup>1</sup> CE, 13 octobre 1999, *Diebold Courtage* n°191191

<sup>2</sup>



*seules exploitations situées en France* »<sup>1</sup>. On peut y voir une application du principe de subsidiarité des conventions fiscales internationales, car avant d'appliquer la convention, encore faut-il caractériser la société étrangère en droit interne, comme le préconise la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>2</sup>. Cependant, du fait que la conception française des sociétés de personnes soit très minoritaire sur la scène internationale, les frictions suscitées étaient trop nombreuses, amplifiant les risques de double imposition ou non-imposition.

En effet, dans ce type de montage, trois Etats sont concernés et en conséquence, trois conventions internationales peuvent être appliquées et entrer en conflit. Si un Etat A considère que la société de personnes de l'Etat B est transparente et donc applique la convention fiscale le liant avec l'Etat C, Etat de résidence des associés de la société de personnes B, l'Etat C peut de son côté considérer que la société de personne de l'Etat B est opaque et fait écran entre le revenu provenant de l'Etat A et les associés résidents de l'Etat C. Ce dernier appliquera alors la convention le liant à l'Etat B.



Ainsi, le chevauchement de conceptions divergentes peut amener à une double non imposition si l'Etat A considère le revenu est imposable dans l'Etat des associés soit l'Etat C, qui lui au contraire considère que le revenu est imposable dans son état de perception, soit l'Etat B, et enfin l'Etat B considérant sa société de personnes comme totalement transparente et non imposable sur son territoire. Ou encore, si les associés de la société de l'Etat B étaient résidents de l'Etat A (source des revenus), une retenue à la

<sup>1</sup> Documentation administrative 4 H 1422, n°57

<sup>2</sup> *General Electrics et Aznavour*

source aurait pu être effectuée si la société de personnes située dans l'Etat B était considérée comme une entité fiscale à part entière et par conséquent résidente de l'Etat B.

En réalité, le problème venait plus du fait que les sociétés de personnes soient translucides en droit français que de la méthode d'assimilation en elle-même, qui est somme toute acceptable. Mais du fait de cette assimilation, des sociétés sans personnalité morale ni fiscale dans leur Etat de résidence pouvaient se voir appliquer un régime français les rendant partiellement opaques. Cela explique que, en l'état du droit français, la méthode de l'assimilation est plus que contestable. C'est donc pour juguler ce type de frictions que le Conseil d'Etat a modifié cette doctrine en prônant l'application du droit de l'Etat où la société de personnes est implantée.

b) *L'arrêt Diebold Courtage : une nouvelle règle de caractérisation à l'essai*

En conséquence, le Conseil d'Etat a créé un régime spécifique d'appréciation des qualités juridiques et fiscales d'une société de personnes étrangère pour savoir, en l'espèce, si sa transparence lui permet d'être considérée comme résidente d'un Etat au sens des conventions fiscales internationales. Pour ce faire, la méthodologie adoptée par le Conseil d'Etat est radicalement différente de la doctrine encore en vigueur à l'époque, puisqu'elle propose d'apprécier la transparence juridique et fiscale d'une société de personnes étrangère en fonction du droit de son état d'implantation, et pour cela de faire appel aux dispositions des conventions fiscales en matière d'assistance administrative.

Cette méthode n'est pas la plus simple à mettre en œuvre, mais elle est celle qui cherche à respecter au mieux les spécificités de la société visée et limite de ce fait les risques de friction. C'est pourquoi elle a été reprise par l'administration qui l'a officiellement adoptée dans une instruction de 2007<sup>1</sup>, reconnaissant la transparence fiscale des sociétés de personnes étrangères pour les besoins de l'application des conventions fiscales internationales.

Ce revirement présente deux intérêts majeurs. D'une part, il met fin à la théorie de la société de personnes écran, appliquée en toute circonstance et à tout type de société de personnes, qu'elle soit française ou non. D'autre part, il permet de définir l'attribution de la charge de la preuve et la méthode de caractérisation de cette transparence juridique et fiscale. Ce second aspect ressort principalement de la jurisprudence et non pas de l'instruction, qui fait une référence explicite à l'arrêt *Diebold Courtage*. Comme le fait très justement remarqué Emmanuelle Mignon<sup>2</sup>, le Conseil d'Etat adopte un « régime de preuve objective » pour la caractérisation juridique et fiscale de la société de personnes étrangère, en considérant « qu'il appartient au juge, au vu du dossier qui lui est soumis par l'administration et le contribuable », d'apprécier si la société de personnes étrangère est bien transparente. Et la solution pratique est optimale en terme d'objectivité et d'harmonisation internationale, puisque la preuve est apportée par les documents de droit étranger recueillis par le contribuable et l'administration, et ce notamment en faisant appel à l'assistance administrative entre Etats prévue dans différents traités bilatéraux. Si l'administration, dans son instruction, ne fait pas expressément référence au recours à ces

---

<sup>1</sup> Instruction publiée au BOI du 29 mars 2007, n° 4 H-5-07.

<sup>2</sup> « Fiscalité internationale des sociétés de personnes : la transparence n'est pas le vide », in *RJF* 1999.

méthodes, le fait que la transparence de la société de personnes puisse être reconnue implique nécessairement ce travail de recherche dans les législations étrangères, puisque le droit français ne connaît pas de société de personnes transparentes (à l'exception près des sociétés de l'article 1655 du CGI, trop minoritaires pour faire office de principe).

Pour autant, ce revirement ne pose pas de principe général d'appréciation de la transparence des sociétés de personnes étrangères. Le champ matériel de cette instruction était en effet limité aux impositions des revenus passifs de source française, à savoir les dividendes, intérêts et redevance. Cette limitation de champ s'explique par le fait que les dividendes, intérêts et redevances sont les principales catégories de revenus donnant lieu à des retenues à la source en France. Et en effet, le fait que la transparence ne soit pas reconnue a surtout une incidence sur l'élimination des doubles impositions liées à la pratique des retenues à la source. Si la convention qui est appliquée par l'Etat prélevant la retenue à la source est celle le liant à l'Etat d'implantation de la société de personnes et qu'elle prévoit un mécanisme d'élimination de la double imposition par l'octroi d'un crédit d'impôt du second Etat, il y aura bien une double imposition : si l'Etat où les revenus seront finalement imposés est un troisième Etat, celui de résidence des associés, alors ce crédit d'impôt ne sera pas imputé.

Le principe posé est donc celui de la recherche de la nature de la société de personnes étrangère, telle qu'elle est conçue dans son Etat d'implantation. Le Conseil d'Etat et l'administration semblent avoir une conception identique des critères servant à l'appréciation de cette nature. Le Conseil d'Etat se fonde en effet sur les seules caractéristiques fiscales de la société de personnes étrangère car il cherche à savoir si la société peut être qualifiée de résidente au sens de la convention fiscale franco-néerlandaise. Selon l'article 4 de ladite convention, est résident d'un des Etats contractant toute personne assujettie à l'impôt dans cet état du fait de son domicile ou de son siège de direction. Le critère de l'imposition de la société de personnes est donc le seul qu'a retenu le Conseil d'Etat, sans exclure explicitement les caractéristiques juridiques de la société.

L'administration va plus loin dans cette analyse. Au paragraphe 13 de l'instruction précitée<sup>1</sup>, elle rejette explicitement la prise en compte des caractéristiques juridiques de la société de personnes étrangères pour apprécier sa transparence fiscale, et cite le cas des sociétés pourvues de la personnalité morale et celle dont les associés n'ont qu'une responsabilité sociale limitée. Cette précision a le mérite de simplifier le processus de qualification fiscale des sociétés de personnes étrangères, qui réclamait sinon des investigations longues et parfois inadéquates. L'administration prend en effet acte de l'évolution actuel du droit fiscal qui tend à se distinguer du droit des sociétés en matière de société de personnes en ne prenant plus en compte les caractéristiques juridiques de la société pour déterminer son régime d'imposition.

Malgré cette avancée notable, il ne s'agit pourtant pas du parti retenu par le législateur dans le projet de loi de finances pour 2010 réformant la fiscalité des sociétés de personnes.

---

<sup>1</sup> Instruction publiée au BOI du 29 mars 2007, n° 4 H-5-07, §13 : « *ce principe de transparence est appliqué même si la société de personnes étrangère est dotée de la personnalité morale et même si ses associés n'ont qu'une responsabilité limitée* ».

c) *L'adoption de la troisième technique : l'assimilation par comparaison juridique et fiscale*

Les dispositions du projet de loi de finances rectificative pour 2010 prévoyaient de définir légalement la méthode applicable pour apprécier la qualité de société de personnes des sociétés étrangères, en insérant dans le Code général des impôts un nouvel article 239-0 A, 1. 5° disposant que « *Sont désignées comme "entités transparentes" dans le présent code et annexes : [...] les sociétés et entités de droit étranger bénéficiant dans leur Etat ou territoire d'un régime juridique et d'un régime fiscal équivalents à ceux des sociétés et entités mentionnées ci-dessus* ». Cette disposition doterait enfin le droit fiscal français d'une règle générale de qualification et d'appréciation des sociétés de personnes étrangères pour les besoins de l'application du droit interne, mais aussi international par subsidiarité, et ce sans limitation matérielle, comme c'était le cas de l'instruction.

Le législateur a donc fait le choix de l'assimilation aux sociétés françaises des sociétés de personnes étrangères, sur la base d'une comparaison entre leurs critères juridiques et fiscaux. Cette méthode présente l'avantage d'être médiane par rapport aux deux autres précédemment utilisées en droit interne. Elle prend en compte les spécificités propres à chaque droit national, tout en évitant de recourir aux autorités administratives de l'Etat d'implantation de la société de personnes étrangère, ce qui rallonge considérablement les délais de procédure. Mais surtout, cette méthode d'assimilation se justifierait beaucoup plus une fois la réforme adoptée, puisque le droit français aurait des principes de conception des sociétés de personnes plus conformes aux standards internationaux majoritaires et donc limiterait les conflits d'interprétation des conventions fiscales internationales.

Néanmoins, l'adoption d'une telle méthode est critiquable à plusieurs égards. Tout d'abord se pose la question du degré de prise en considération du droit étranger. Le principal intérêt de la méthode d'application des caractéristiques du droit étranger était d'éliminer tout risque de frottements fiscaux en ne confrontant pas la conception française à la conception du droit de l'Etat étranger dont la société de personnes tenait son régime. Si comme dans l'arrêt *Diebold Courtage*, le droit néerlandais considérait la société de personnes comme fiscalement totalement transparente, alors dans ce cas le droit français la considérait comme telle, sans se référer à ses propres normes. On voit bien ici que la notion française de société de personnes, reposant sur le principe de la translucidité et reconnaissant à la

société de personnes une personnalité fiscale différente et autonome de celle de ses associés, était totalement érudée, sans quoi la société néerlandaise aurait fait écran entre la France (source des revenus) et l'Etat de résidence des associés.

Au contraire, l'assimilation des sociétés de personnes étrangères à des sociétés de personnes françaises est une régression vers la doctrine antérieure alors fondée sur le raisonnement appliqué dans la jurisprudence *Kingroup* et repris par l'administration dans sa Documentation officielle<sup>1</sup>. Si les caractéristiques propres aux sociétés étrangères sont prises en compte, c'est tout simplement pour les assimiler à des sociétés françaises pour les besoins de l'application de la loi française. On pourrait alors penser que puisque ce principe d'assimilation accompagne une réforme globale du régime fiscal des sociétés de personnes, abandonnant la translucidité des sociétés de personnes pour privilégier un principe de transparence, le risque de décalage entre la conception française des sociétés de personnes et la perception étrangère serait réduit par rapport à la situation antérieure d'un régime de translucidité.

Cependant, cette régression est accentuée par le fait que l'assimilation se fasse sur la base des critères à la fois juridiques et fiscaux de la société de personnes étrangère, contrairement à ce que préconisait l'administration fiscale, qui se basait uniquement sur l'appartenance de la société de personnes étrangère à « *un régime fiscal analogue* », faisant fi des caractéristiques juridiques de la société de personnes. Il est vrai que la qualification de société de personnes a des incidences tant au plan fiscal que juridique. Ainsi, si une société de personnes est considérée comme fiscalement transparente, c'est en partie dû au fait que sa structure sociale repose sur l'*intuitus personae* et une forte implication des associés au sein de la vie sociale.

En droit français, l'imposition des sociétés de personnes au titre de l'impôt sur le revenu repose d'ailleurs sur une comparaison et une assimilation entre la situation d'un entrepreneur individuel et celle de l'associé d'une société en nom collectif, sur le fondement de l'examen des caractéristiques sociales des sociétés de personnes<sup>2</sup>. L'analogie ainsi établie entre la situation sociale d'un associé de société de personnes et celle d'un commerçant (entrepreneur individuel) a permis d'opérer une assimilation fiscale entre les deux. L'entrepreneur individuel étant imposé sur l'ensemble du résultat de son activité, les

---

<sup>1</sup> Documentation administrative 4 H 1422, n° 57.

<sup>2</sup> CE, 5 février 1925, *Sieurs X, Y et Z*, Recueil Lebon 1925, page 120.

associés de sociétés de personnes étaient donc redevables de l'impôt sur le revenu au titre des bénéfices réalisés par la société. Leur similitude vient du fait que les associés d'une société en nom collectif ont eux aussi le statut de commerçant et sont responsables de manière illimitée des dettes sociales, comme l'entrepreneur individuel. Cette proximité entre la personne physique et l'activité a édulcoré la différence de personnalité juridique au regard de l'impôt.

Si cette analogie entre droit fiscal et droit des sociétés est le fondement même de la spécificité du régime fiscal des sociétés de personnes, son application aujourd'hui sur la scène internationale n'est pas des plus pertinentes. En effet, tout d'abord en droit interne, on constate que les caractéristiques sociales qui hier justifiaient un traitement fiscal différent n'ont plus lieu d'être. A titre d'exemple, les associés de sociétés en nom collectif ont toujours pour caractéristique d'être responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Or si en général les associés choisissent cette forme sociale pour bénéficier du régime fiscal des sociétés de personnes (notamment pour l'imputation des déficits sociaux sur leurs propres revenus), ils limitent leur responsabilité en interposant entre eux une société où leur responsabilité est limitée mais imposée selon le régime des sociétés de l'article 8 du Code général des impôts, comme une entreprise individuelle à responsabilité limitée.

De plus, cette différence de traitement en droit français est de moins en moins justifiée par la multiplication des possibilités d'options des sociétés de personnes pour le régime de l'impôt sur les sociétés ou inversement. Ainsi, à titre d'exemple, depuis la loi de modernisation de l'économie de 2008, les sociétés anonymes, sociétés par actions simplifiées et les sociétés à responsabilité limitée, qui sont par essence des sociétés de capitaux et qui n'ont aucune des caractéristiques juridiques nécessaires pour être qualifiées de sociétés de personnes, peuvent opter pour le régime des sociétés de personnes pendant les cinq premières années de leur constitution (si elles par ailleurs elles remplissent les conditions de qualification des petites et moyennes entreprises)<sup>1</sup>. De même, le régime des entreprises individuelles à responsabilité limitée, créées en 2010 et dont le régime est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, qui ne sont pas des sociétés à proprement parler mais un statut pour les entrepreneurs individuels, permet à un entrepreneur individuel d'imposer son activité à l'impôt sur les sociétés. On voit donc bien que les critères juridiques sont

---

<sup>1</sup> Article 239 bis AB du Code général des impôts



aujourd'hui insuffisants pour nous aider à caractériser les sociétés de personnes, ce qui risque de poser de grands problèmes dans la mise en œuvre de cette réforme, car l'obligation cumulative d'un régime juridique et fiscal similaire pourrait bloquer l'assimilation d'une société fiscalement transparente, en raison de simples dissensions juridiques.

2) Mise en œuvre : l'imposition en France des sociétés de personnes étrangères selon leur degré d'assimilation

L'exigence cumulative d'un régime juridique et fiscal similaire nous oblige à examiner à la fois le cas des sociétés de personnes étrangères assimilées dont les associés relèvent de l'impôt sur les sociétés (1) ou sur le revenu (2) et des sociétés non éligibles au régime des entités transparentes de droit français (3)

a) *Une société de personnes étrangère assimilée à une entité transparente dont les associés sont soumis à l'impôt sur les sociétés*

Les associés français ou étrangers soumis à l'impôt sur les sociétés ou à un impôt équivalent peuvent être imposés à l'impôt sur les sociétés en France sur leur quote-part du résultat d'une société de personnes étrangère. Les conséquences en seront différentes selon que la société est assimilée ou non à une « entité transparente » en vertu des dispositions du projet de loi de finances rectificative de 2010.

Les sociétés étrangères assimilables à une société de personnes française en vertu de leurs caractéristiques juridiques et fiscales seraient considérées comme des entités transparentes au sens du droit français. A cet égard, la société serait traitée dans les mêmes conditions qu'une société de personnes française comme nous l'avons exposé précédemment, et son associé serait imposé en France si l'activité de la société de personnes étrangère remplit les conditions de l'article 209 I du Code général des impôts. En effet, en vertu du nouvel article 239-0 B I 1. du Code général des impôts, « *les opérations d'une entité transparente sont réputées avoir été réalisées, à proportion de ses droits dans l'entité, par chacun des associés, y compris lorsque l'entité est établie à l'étranger* ». Ainsi, puisque l'entité est transparente fiscalement, les règles de territorialité de l'impôt qui lui seraient applicables sont celles de l'article 209 I du Code précité, si son associé relève de l'impôt sur les sociétés.

Ainsi, les associés soumis à l'impôt sur les sociétés en France au titre de leur propre activité seront imposés à l'impôt sur les sociétés en France sur leur quote-part dans le résultat de la société de personnes, si la société de personnes étrangère exploite en France une entreprise et uniquement sur les revenus émanant de cette activité exercée en France

depuis cette entreprise. En effet, puisque l'activité serait réputée être exercée par l'associé, cet établissement stable de la société de personnes étrangère serait considéré comme étant le sien. Cela s'applique bien sûr aux revenus industriels et commerciaux, mais aussi aux revenus mobiliers de titres inscrits au bilan de l'entreprise exploitée en France par la société de personnes étrangère. Ce principe d'imposition s'appliquerait, que l'associé soit résident français ou non. En effet, un associé non résident, soumis à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés dans son Etat de résidence, peut être sujet à l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 I du Code général des impôts puisque le critère de l'exploitation d'une entreprise en France s'applique sans condition de résidence fiscale en France<sup>1</sup>.

A contrario, si la société de personnes étrangère n'a pas d'établissement stable en France, la quote-part de résultat revenant à son associé résident français soumis à l'impôt sur les sociétés (et a fortiori non résident français) ne serait pas imposable en France au titre de l'impôt sur les sociétés, puisque le résultat de la société de personnes étrangère dont il est associé n'aura pas été réalisé en France.

Cependant, la seule présence en France d'un établissement stable de la société de personnes étrangère ne serait pas le seul facteur d'imposition en France une fois la réforme adoptée. Bien que la société de personnes étrangère n'exploite pas en France une entreprise au sens de l'article 209 I du Code général des impôts, la quote-part de ses résultats imputable audit associé pourrait être imposable en France au titre de l'impôt sur les sociétés si cet associé est résident fiscal français ou dispose en France d'un établissement au sens de l'article 209 I du Code général des impôts, s'il n'est pas résident fiscal français, à l'actif du bilan duquel les parts de la société de personnes étrangère sont inscrites. En effet, le nouvel article 239-0 B I 1. du Code général des impôts dispose que « *les opérations d'une entité transparente sont réputées avoir été réalisées, à proportion de ses droits dans l'entité, par chacun des associés, y compris lorsque l'entité est établie à l'étranger* ». Donc puisque la société de personnes étrangère serait traitée en vertu du nouvel article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts comme une société de personnes française, le revenu serait considéré comme réalisé directement par l'associé. Si la société de personnes étrangère réalise des bénéfices taxables qui ne sont rattachables à aucun établissement à l'étranger, alors par défaut le droit français considérerait que le revenu est rattachable à l'activité exercée en France.

---

<sup>1</sup> *Droit fiscal des affaires*, Daniel Gutmann, Montchrestien, 1<sup>ère</sup> édition, § 894.

En effet, si l'article 209 I du Code général des impôts pose le principe de l'imposition des activités exercées en France, ceci sous-entend que la preuve soit ramenée que l'activité qui n'est pas exercée en France soit rattachable à un établissement étranger. A défaut, le revenu est réputé réalisé en France. Donc si le revenu réalisé par la société de personnes étrangère n'est rattachable à aucun établissement situé à l'étranger au sens du droit français, il sera taxable en France dans tous les cas pour les associés résidents français, et dans le cas où les titres de la société de personnes étrangères sont inscrits au bilan de leur établissement situé en France pour les associés non résidents français.

C'est sur ce dernier point que la réforme apporterait un changement significatif par rapport au régime actuel d'imposition des sociétés de personnes puisque selon le régime actuel, l'activité de la société de personnes n'est pas réputée être exercée directement par ses associés. Une société de personnes, même étrangère, est aujourd'hui encore un sujet fiscal à part entière donc à moins qu'elle ne dispose elle-même d'un établissement en France au sens de l'article 209 I du Code général des impôts au bilan duquel ces titres seraient inscrits, les revenus mobiliers en découlant ne peuvent être imposés en France du seul fait que l'associé dispose en France d'un établissement possédant les titres de la société de personnes étrangère. La société de personnes est la référence fiscale en termes de territorialité, et si on lui applique le régime territorial de l'impôt sur les sociétés si son associé est une société soumise à l'impôt sur les sociétés, ces règles sont appliquées à son niveau et pas au niveau de l'associé comme le propose la réforme des sociétés de personnes.

En cela, les dispositions des conventions fiscales internationales, et notamment les dispositions de l'article 7 du modèle OCDE n'ont pas beaucoup d'influence sur l'imposition en France ou non des résultats d'une société de personnes étrangère. Cependant, contrairement au droit français qui ne distingue pas les activités exercées mais rattache l'imposition des résultats à l'impôt sur les sociétés en fonction de la présence ou non d'un établissement, les conventions fiscales internationales n'utilisent le critère de l'établissement stable que pour les revenus industriels et commerciaux. Les revenus mobiliers, comme les dividendes, sont imposés dans l'Etat de résidence de la personne bénéficiaire de ce revenu, selon l'article 10 du modèle OCDE. Ainsi, dans le cas d'une société de personnes étrangère dont l'associé est une société française soumise à l'impôt sur les sociétés, tout dépendra de la définition qui sera donnée à la société de personnes par la convention applicable.

Si la convention considère qu'une société de personnes est un résident à part entière de l'Etat dans lequel elle est redevable de l'impôt sur ses résultats, dans ce cas les associés seront redevables de l'impôt sur ces résultats dans cet Etat, et ce même en présence d'un établissement stable en France au bilan duquel les titres générant ces dividendes sont inscrits, à moins que la convention en dispose autrement. En effet, bien que la société de personnes ait un établissement en France, la notion d'établissement n'est un facteur de territorialité de l'impôt que pour les revenus industriels et commerciaux. La référence est bien l'Etat de résidence de la société de personnes et pas celui de ses associés. Si elle est considérée comme résidente de son Etat d'implantation, les dividendes y seront imposés. Si en revanche, la société de personne étrangère n'est pas redevable de l'impôt dans cet Etat, mais en France, car elle y exerce la majeure partie de son activité, dans ce cas les dividendes seront imposables en France. De ce fait, si une société de personnes étrangère reçoit des dividendes de source française, et que ses associés sont des résidents français, il se peut que les associés soient redevables de l'impôt sur ces résultats dans l'Etat de la société, à moins que la convention ne contienne une clause dite du « bénéficiaire effectif », qui attribuerait l'imposition à la France ou renvoie à la notion d'établissement stable.

Si la convention considère au contraire que la société de personne est résidente de l'Etat de résidence de ses associés chacun pour leur quote-part dans ses résultats, dans ce cas, les dividendes sont imposés proportionnellement dans chacun de ces Etats, quelque soit son siège ou l'établissement stable où elle serait implantée.

On voit donc bien que les conséquences pour les associés de sociétés de personnes étrangères, assimilées à des entités transparentes, eux-mêmes relevant de l'impôt sur les sociétés, nous contraint à adopter une nouvelle logique d'assimilation qui nous était jusqu'à présent inconnue, mais complique considérablement le traitement du résultat de ses sociétés. Les impacts sont moindres pour les associés soumis à l'impôt sur le revenu.

*b) Les sociétés de personnes étrangères assimilées à une entité transparente dont les associés relèvent de l'impôt sur le revenu*

Les associés soumis à l'impôt sur le revenu en France, ayant une participation au sein d'une société de personnes étrangère, ne verraient pas leurs principes d'imposition fondamentalement modifiés. En effet, si cet associé est un résident français, les principes de l'impôt sur le revenu seraient appliqués pour déterminer la territorialité de son imposition, du fait du principe d'assimilation de la société de personnes à son associé qui serait posé à l'article 239-0 B précité du Code général des impôts. Ainsi, puisque l'article 4 A du Code général des impôts pose le principe de la mondialité de l'impôt sur le revenu, l'associé résident français serait imposé en France sur l'ensemble de sa quote-part de résultats dans la société de personnes étrangère, peu importe l'Etat dans lequel les revenus auraient été réalisés.

Cette imposition générale serait cependant corrigée par le mécanisme d'élimination des double-impositions des conventions fiscales. Si la société de personnes étrangère n'exerce son activité que dans son Etat d'implantation et y exerce une activité opérationnelle relevant de l'article 7 du modèle OCDE, ses bénéficiaires ne seraient imposables que dans cet Etat. L'associé français pourrait alors ne pas être imposé en France sur ces résultats, via une exonération générale ou bien l'attribution d'un crédit d'impôt. S'agissant des dividendes, le mécanisme de correction de l'imposition ne serait le même que si l'associé est une personne soumise à l'impôt sur les sociétés tel qu'exposé ci-dessus : il dépend de la façon dont la convention définit (ou non) les sociétés de personnes.

Si au contraire, l'associé de la société de personne étrangère n'est pas résident fiscal français, il ne serait imposable en France au titre de l'impôt sur le revenu que sur la quote-part de résultat de la société de personnes étrangère qualifiée de source française en vertu de l'article 164 B du Code général des impôts, ce qui est déjà le cas actuellement si la société de personnes étrangère ne dispose par en France d'établissement stable. Cela concerne les revenus de valeurs mobilières, mais aussi les activités opérationnelles exercées en France par la société de personnes étrangère, via un établissement. Cela n'instituerait pas de réel changement par rapport au régime actuel des sociétés de personnes.

Pour le cas des valeurs mobilières, les conventions fiscales internationales peuvent venir rectifier cette imposition, les dividendes étant imposables dans l'Etat de résidence du bénéficiaire. Les conséquences seraient identiques, que l'associé soit un résident français ou étranger.

La situation des associés soumis à l'impôt sur le revenu ne changerait donc pas par rapport au régime actuel des sociétés de personnes. En effet, actuellement, l'associé d'une société de personnes étrangère doit déclarer les bénéfices ou les pertes de la société de personnes avec ses propres revenus, peu importe le lieu de réalisation de ces revenus en vertu du principe de mondialité de l'impôt sur le revenu. De grands changements seraient néanmoins constatés si la société de personnes n'était pas assimilée à une entité transparente, selon le nouvel article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts.

c) *Les sociétés de personnes étrangères non assimilées à une société de personnes française*

Si du fait de ses caractéristiques juridiques et fiscales, une société de personnes ne serait pas considérée comme une « *entité transparente* » au sens du nouvel article 239-0 A du Code général des impôts, on peut alors affirmer qu'elle serait traitée en France comme une société de capitaux. En effet, l'article article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts disposerait que « *sont désignées comme "entités transparentes" [...] les sociétés et entités bénéficiant dans leur Etat d'un régime juridique et d'un régime fiscal équivalents à ceux des sociétés et entités ci-dessous [entités transparentes françaises]* ». Donc si une société de personnes étrangère n'est pas considérée comme ayant un régime juridique et fiscal similaire à celui des entités transparentes françaises, on ne peut qu'en déduire qu'elle serait assimilée à une société de l'article 206 du Code général des impôts, et serait donc considérée comme une société de capitaux. Le régime actuel d'imposition des sociétés est déjà construit sur la base de cette structure dérogatoire puisque l'article 206 du Code général des impôts définissant le champ d'application de l'impôt sur les sociétés énonce les sociétés en relevant expressément et s'étend à « *toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif* ». Les nouvelles dispositions sur les sociétés de personnes confirmeraient le caractère dérogatoire du régime des entités transparentes.

Ainsi, si la société de personnes étrangère est considérée comme une société de capitaux, elle ferait écran entre ses revenus et ses associés. Donc la territorialité de l'imposition du résultat de ces sociétés ne serait pas déterminée en France en fonction des caractéristiques des associés de la société de personnes étrangères, mais en fonction de ses caractéristiques propres. L'article 209-I du Code général des impôts lui serait applicable dans tous les cas, que ses associés relèvent de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu. Donc ne seraient imposables en France que les résultats imputables directement à un établissement stable de la société de personnes en France. Contrairement au régime applicable aux entités transparentes, si la société de personnes ne dispose pas en France d'un établissement stable, le fait que l'un de ses associés possède en France un établissement stable au bilan duquel les titres de la société de personnes seraient inscrits n'entraînerait pas pour autant une imposition en France au titre de l'impôt sur les sociétés, puisque la société de personnes étrangère serait la personne au niveau de laquelle le régime applicable doit être déterminé et n'est pas assimilable à ses associés. Elle serait donc considérée comme une



société de capitaux étrangère classique et seule la présence d'un de ses établissements stables serait facteur d'imposition en France au titre de l'impôt sur les sociétés.

Ce point de vue français aurait de multiples incidences en matière d'imposition de la société et de ses associés. Si elle est redevable en France de l'impôt sur les sociétés, la société de personnes étrangère devrait acquitter elle-même cet impôt. Ses associés ne seraient donc pas redevables de l'impôt au titre de leur quote-part du résultat de la société de personnes étrangère imposable en France. En conséquence, si la société réalise des pertes en France, elles ne seraient pas imputables sur les revenus personnels de l'associé. On arriverait à un traitement asymétrique de la quote-part de résultat qu'aurait un associé du fait d'une participation dans une société de personnes étrangère, puisque si la société de personnes étrangère est traitée dans son état comme telle, il serait imposé sur les bénéfices ou déduirait les pertes de cette société réalisés à l'étranger, tandis que le résultat réalisé en France serait imposé ou déduit au niveau de la société, sans incidence sur la situation personnelle de l'associé. Cela est d'autant plus regrettable pour les associés résidents français soumis eux-mêmes à l'impôt sur le revenu, puisqu'ils auraient pu déduire en France l'intégralité des pertes de la société, même celles réalisées à l'étranger, du fait du principe de mondialité de l'impôt sur le revenu.

Par ailleurs, si la société distribue ses bénéfices à ses associés, ils ne pourraient pas bénéficier de l'exonération générale des associés d'entités transparentes dont le principe est posé au nouvel article 239-0 D du Code général des impôts. Ainsi, toute distribution de dividendes à un associé résident fiscal français entraînerait une imposition au niveau des associés – à l'impôt sur les sociétés en France si l'associé est une société qui y est soumise, au prélèvement forfaitaire libératoire de 31,3% ou au barème de l'impôt sur le revenu après abattement de 40% si l'associé relève de l'impôt sur le revenu.

On pourrait penser que l'associé français soumis à l'impôt sur les sociétés serait néanmoins exonéré s'il bénéficie du régime mère fille et de l'exonération de la directive européenne. Mais d'une part le régime français de l'article 145 du Code général des impôts ne s'applique qu'aux distributions entre sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés en France. Le fait que la réforme étende ce bénéfice aux entités transparentes ne serait d'aucun recours, puisque la société de personnes étrangère n'en bénéficierait pas dans notre exemple, n'étant pas assimilée à une société de personnes française. Par ailleurs, la

directive mère fille<sup>1</sup> prévoyant une exonération sur la distribution de dividendes entre sociétés de l'Union européenne ne serait pas non plus applicable, puisque si la France considère la société de personnes étrangère comme une société de capitaux, elle revêt dans son Etat de résidence une forme sociale de société de personnes. Or la directive énonce dans ses annexes les sociétés auxquelles elle s'applique en fonction de leur forme sociale, par Etat membre. Cette liste ne comprend pas de sociétés de personnes, puisque en règle générale, les distributions réalisées par une société de personnes ne sont jamais imposables, les associés ayant déjà été imposés sur les bénéfices réalisés par la société. Toute distribution serait donc imposable en France si l'associé est résident français, qu'il soit soumis à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés.

Enfin, il existe un risque de taxation au titre de l'impôt de distribution, aussi appelé *branch tax*, de l'article 115 quinquies du Code général des impôts. Cette disposition consiste à réputer distribués les résultats réalisés en France, notamment via un établissement situé en France, par une société étrangère, à ses associés non résident français. Ces résultats doivent avoir été soumis à l'impôt sur les sociétés en France. Donc si la société de personnes étrangère réalise une partie de son activité via un établissement stable en France, et n'est pas assimilée à une entité transparente, elle serait de ce fait redevable de cette retenue à la source si certains associés de la société de personnes ne sont pas résidents fiscaux français, puisqu'elle serait redevable de l'impôt sur les sociétés sur ces résultats de source française. De ce fait, les associés subiraient une retenue à la source de 25%. Cette retenue à la source ne s'applique pas au sein de l'Union européenne, à la condition que la société mère soit soumise, dans son Etat de résidence, à l'impôt sur les sociétés. Or dans notre cas, si la société de personnes est considérée en France comme une société de capitaux, elle est traitée dans son Etat de résidence comme une société de personnes et ne sera souvent pas soumise à l'impôt sur les sociétés. Donc même si la société de personnes est située dans l'Union européenne, ses associés non résidents français peuvent subir cette retenue à la source. Seule une convention fiscale peut néanmoins écarter son application (ce qui est le cas de la convention franco-allemande en son article 7).

On comprend donc bien que ce nouveau système d'assimilation présente de nombreux avantages pour les sociétés de personnes étrangères qui seraient effectivement assimilées à des entités transparentes et seraient de ce fait éligibles au bénéfice du régime de ces

---

<sup>1</sup> Directive n°2003/123/CE du 22 décembre 2003.

nouvelles entités. Cependant, en cas de non assimilation, il apparaît que l'équilibre général de la fiscalité des sociétés n'est pas adapté pour les sociétés considérées en France comme des sociétés de capitaux mais comme des sociétés de personnes dans leur Etat de résidence, puisque notre droit interne repose sur une correspondance parfaite entre la catégorie française et celle donnée à la société à l'étranger, comme le montre le cas de la *branch tax*. Or en cas d'asymétrie, aucune solution ne permet pour le moment de corriger les frottements fiscaux en résultant, à moins de faire appel à une convention fiscale.

Reste à savoir si le nouveau système d'assimilation peut éviter ces asymétries de qualification, en examinant à titre d'exemple, l'assimilation qui peut être faite en France des sociétés de personnes allemandes.

## **B) Illustration : l'assimilation des sociétés de personnes allemandes aux sociétés de personnes françaises**

Les sociétés de personnes allemandes illustrent parfaitement les problèmes qui pourraient résulter de l'exigence d'une similitude de traitement à la fois juridique et fiscal, du fait de leur ressemblance avec le système français (1), nous éclairant sur les différents soucis qui pourraient se poser au regard des différentes catégories de revenus (2).

### 1) Les sociétés allemandes à l'épreuve des régimes juridiques et fiscaux français

Les sociétés de personnes sont nombreuses en Allemagne, et très utilisées. En effet, plus de 84% des entreprises allemandes sont exploitées via des sociétés de personnes<sup>1</sup>. Il en existe différentes sortes, dont la forme est en général très proche de celle des sociétés de personnes françaises, comme l'*offene Handelsgesellschaft* (oHG), que l'on assimile à la société en nom collectif. Cependant, les deux systèmes juridiques en présence ne sont pas en tout point identiques, et l'assimilation à des sociétés de personnes françaises pour les besoins de l'application du nouveau régime fiscal des sociétés de personnes pourrait poser problème vis-à-vis de certaines formes sociales allemandes, relevant dans leur droit du régime des sociétés de personnes, mais inconnues du droit français. Cette assimilation pourrait d'ailleurs se révéler d'autant plus complexe que le nouvel article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts exigerait « *un régime juridique **et** un régime fiscal équivalents à ceux des sociétés et entités mentionnées* ». Nous étudierons successivement les critères juridiques (a) et fiscaux (b) des sociétés de personnes allemandes.

---

<sup>1</sup> *Les prélèvements fiscaux et sociaux en France et en Allemagne*, Rapport de la Cour des comptes, mars 2011, page 18.

### a) Critère juridique

Les sociétés de personnes allemandes et françaises sont similaires, à de multiples égards. Au plan juridique, elles se caractérisent par un fort *intuitus personae*, impliquant notamment que la plupart des sociétés de personnes allemandes et françaises soumettent la cession ou le transfert des parts sociales par un seul associé à une décision unanime et préalable des autres associés (même si cette règle n'est que supplétive de volonté en droit allemand), lesquels sont souvent responsables des dettes sociales de façon illimitée et solidaire, comme dans les sociétés en nom collectif et leur pendant allemand, l'oHG.

La distinction fondamentale entre les sociétés de personnes allemandes et françaises au plan juridique repose sur la question de la personnalité morale. En effet, le principe de l'*intuitus personae* des sociétés de personnes est poussé à son paroxysme en droit allemand puisque les sociétés de personnes allemandes ne sont même pas dotées de la personnalité juridique, les associés les représentant pour l'ensemble des actes liés à l'activité sociale. Elles disposent néanmoins d'une capacité juridique assez développée, une fois inscrite au registre des sociétés, et peuvent par exemple, en leur propre nom, ester en justice, acquérir des biens ou signer des contrats. Cette différence est néanmoins de taille puisque la personnalité juridique indépendante de celle de ses associés est un des principes fondamentaux du droit français des sociétés.

Malgré cette absence de personnalité morale, la société de personnes allemande n'en reste pas moins une entité distincte de celle de ses associés et de ce fait, son patrimoine ne se confond pas avec celui de ses associés. Mais, un patrimoine doit bien être celui d'une personne, puisqu'il ne peut être rattaché à la société elle-même. Ici, le droit allemand, contrairement au droit français (qui vient cependant d'assouplir sa doctrine sur ce point avec la création de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée – EIRL) reconnaît aux personnes physiques la possibilité de disposer de plusieurs patrimoines distincts les uns des autres, affectés chacun à une activité ou une finalité différente, que l'on appelle patrimoine d'affectation. Le patrimoine de la société de personnes allemande est donc celui de ses associés, qui disposent d'un patrimoine affecté distinct de leur patrimoine privé, en vertu de la théorie du patrimoine d'affectation. Ce patrimoine est « *pluripersonnel* », pour reprendre l'expression de Thomas RIEHM<sup>1</sup>, et ce patrimoine affecté à l'activité sociale est

---

<sup>1</sup> « *Le patrimoine d'affectation en droit allemand, notamment en droit des sûretés* » de Thomas RIEHM, in *Revue Lamy de droit civil*, 2010.

donc en réalité celui d'une « *de main commune* » (*Gesamthandsvermögen*). Les associés sont en définitive les propriétaires directs et communs du bénéfice réalisé par la société.

Cette différence est inquiétante s'agissant de l'assimilation des sociétés de personnes allemandes aux sociétés de personnes françaises, étant donné que ces principes d'indépendance des personnalités juridiques entre les associés et la société est fondamentale en droit français. Néanmoins, on peut penser que cet obstacle serait facilement contourné du fait de l'*intuitus personae* commun des sociétés de personnes allemandes et françaises. Même si ces deux systèmes s'expriment différemment sur la question de la personnalité fiscale et du patrimoine, il n'en reste pas moins que le patrimoine affecté protège, tout autant qu'un patrimoine social autonome, le patrimoine personnel des associés. Par ailleurs, le principe même des sociétés de personnes est que les patrimoines, bien que distincts, sont indirectement fusionnés par le jeu de la responsabilité illimitée des associés sur les dettes sociales, qui peut être conjointe ou le plus souvent solidaire.

Ces modalités particulières de responsabilité s'imposent à toute société de personnes car elles ne sont pas supplétives de volonté, que ce soit en France ou outre-Rhin, et constituent une caractéristique fondamentale des sociétés de personnes. Certes, si l'on se réfère au tableau comparatif annexé<sup>1</sup>, il existe peu de différences d'une société à l'autre : les associés d'une oHG sont, comme ceux de la société en nom collectif, responsables indéfiniment et solidairement des dettes sociales. De même, le droit allemand connaît le cas des sociétés en commandite et de la dichotomie en matière de responsabilité entre associés commandités, dont la responsabilité est indéfinie et solidaire, et associés commanditaires dont la responsabilité est limitée à leurs apports. Cependant, sur la question de la responsabilité des associés de la société de personnes, un particulier de sociétés de personnes allemandes pourrait poser des problèmes d'assimilation.

Le droit allemand connaît une forme de société en commandite simple dont la particularité est que l'associé commandité est une *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), l'équivalent de la société à responsabilité limitée française. Cette société – appelée *GmbH & Co Kommanditgesellschaft* – consacrée par le droit allemand, permet d'allier régime fiscal des sociétés de personnes, avantageux pour certaines personnes physiques, et la limitation de la responsabilité des associés, puisque le commandité est une société où la

---

<sup>1</sup> Cf Annexe n°5, Comparaison des sociétés de personnes allemandes et françaises.

responsabilité des associés est limitée au montant de leurs apports. Donc au final, les associés ont tous une responsabilité limitée dans les faits.

Sur un plan pratique, cette forme de société ne choque pas le juriste français qui à défaut d'avoir à sa disposition une forme juridique similaire, peut réaliser ce type de montage en interposant une entreprise à responsabilité limitée entre un associé personne physique et une société de personnes type société en nom collectif. Néanmoins, si l'on entend de manière stricte la notion de régime juridique similaire proposé pour la réforme de la fiscalité des sociétés de personnes, on peut difficilement concevoir qu'une société, non dotée de la personnalité morale, sans patrimoine propre, et dont les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à hauteur de leur apport, puisse être assimilée à une entité transparente au sens de l'article 239-0 A du Code général des impôts, sans compter que du fait de ce statut particulier, la GmbH associé commandité n'a pas le droit de vote au sein de la *Kommanditgesellschaft* (KG), ni de droit aux bénéfices. Donc même en admettant que du fait de sa ressemblance conceptuelle avec les sociétés en commandite françaises, on puisse ignorer le fait que ses associés n'aient qu'une responsabilité limitée (puisque celle-ci n'existe que dans les faits et pas juridiquement), le fait que l'associé commandité paie des impôts sur un bénéfice qui ne peut lui être distribué et n'ait pas de droit de vote nous fait nous amène à penser que cette société ne pourrait pas être assimilée à une société de personnes française.

Les entités transparentes de l'article 239-0 A du Code général des impôts comprendraient également les indivisions et les fiducies (alinéa 1. 3° et 4°). Ces entités transparentes pourraient permettre d'inclure les sociétés de personnes allemandes atypiques, puisque ce sont des entités juridiques à vocation universelle, ayant pour simple fonction la détention d'un patrimoine particulier, au-delà d'une affectation à une activité particulière. En effet, puisque l'on doit procéder par similitude et assimilation, il nous faut trouver une forme similaire en droit français qui soit qualifiée d'entité transparente. Le caractère général des indivisions et des fiducies pourraient nous apporter la souplesse qui nous manque en la matière en droit des sociétés, et ce notamment sur la question de la responsabilité, puisqu'aucune société de personnes française n'a d'associés dont la responsabilité est limitée, hypothèse que l'on peut rencontrer en Allemagne.

Or sur ce point également, les indivisions et les fiducies imposent une responsabilité illimitée des indivisaires pour les dettes de l'indivision et du constituant ou du fiduciaire pour les dettes fiduciaires. En effet, l'indivision est une copropriété de biens dont chaque coïndivisaire possède une quote-part. Ces biens peuvent être grevés de dettes réparties entre les coïndivisaires selon leur quote-part. Si les dettes excèdent le montant de l'actif indivis, chaque coïndivisaire sera en conséquence titulaire d'une dette personnelle grevant le reste de son patrimoine. De même, l'article 2025 alinea 2 du Code civil<sup>1</sup> dispose que le constituant de la fiducie est responsable sur son patrimoine propre des dettes fiduciaires. L'indivision et la fiducie ne nous sont donc d'aucun secours s'agissant de la question de la responsabilité.

Cependant, ces notions pourraient permettre l'assimilation des sociétés de personnes allemandes atypiques sur la question de la participation au bénéfice. En effet, le régime de droit commun rend le constituant d'une fiducie responsable indéfiniment des dettes fiduciaires, alors même que le constituant de la fiducie n'est pas nécessairement le bénéficiaire de la fiducie. Ainsi, le critère de la participation aux bénéfices des associés qui est fondamental pour qualifier une société de personnes française actuelle, pourrait n'être qu'un des critères de rattachement à la catégorie des entités transparentes prévues par la réforme, nous permettant d'inclure les GmbH & Co KG.

Néanmoins, il nous faut nuancer ce propos, car si l'on s'en tient à la lettre de l'article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts, les sociétés étrangères devraient bénéficier d'un **régime** similaire, que l'on peut comprendre comme un corpus de règles. Il nous faudrait donc comparer des régimes et non pas des critères pris séparément pour assimiler une société de personnes étrangère par la méthode du faisceau d'indices. Si l'entité allemande est une société, il faudra donc trouver une société de personnes française similaire, et pas une entité transparente ne constituant pas une société, sans associé ni capital social par exemple. Or, si le régime juridique d'une société de personnes allemande ne comprend pas la responsabilité illimitée des associés, ni de participation aux bénéfices, elle ne sera alors rattachable à aucun régime français applicable à une entité transparente, puisqu'aucune société de personnes française, ni aucune autre entité transparente n'est ainsi constituée. De

---

<sup>1</sup> « en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie à la charge du fiduciaire » Article 2025 alinéa 2 du Code civil.



plus, elle ne sera pas assimilable à une fiducie, son régime étant trop éloigné, ni même à une indivision.

On comprend donc que l'exigence d'une similitude juridique posera de gros problème vis-à-vis des sociétés de personnes allemandes, et notamment dans le cas des GmbH & Co KG, qui de surcroît sont très utilisées outre-Rhin.

### *b) Critère fiscal*

En plus d'un critère juridique, les sociétés allemandes devraient avoir un régime fiscal similaire à celui des sociétés de personnes françaises pour bénéficier du régime des entités transparentes. Le critère fiscal semble à première vue le moins complexe à remplir, puisque les droits allemands en français ont le même principe d'imposition des résultats de la société de personnes au niveau des associés. La principale différence entre droit français et allemand repose que le fait que la plupart des sociétés de personnes françaises peuvent opter pour une imposition à l'impôt sur les sociétés, ce que ne peut jamais faire une société de personnes allemande. Les résultats seront tantôt imposés à l'impôt sur le revenu, tantôt à l'impôt sur les sociétés, mais selon le régime propre aux associés de la société, et pas au niveau de la société elle-même. Néanmoins, le fait que les sociétés allemandes ne puissent pas opter pour une imposition au titre de l'impôt sur les sociétés n'est pas de nature à remettre en cause leur assimilation fiscale à une société de personnes française, puisque le principe d'imposition au niveau des associé demeure.

Une autre différence, plus notable, serait de nature à contrarier cette assimilation. En effet, le régime fiscal français des sociétés de personnes, qui ne serait pas remis en cause sur ce point par la réforme envisagée, comprend un article 238 bis K du Code général des impôts, prévoyant que le résultat fiscal des sociétés de personnes serait déterminé différemment selon que ses associés soient soumis l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu, auquel cas les sociétés de personnes françaises doivent déterminer de deux façons différentes leur résultat fiscal. En droit fiscal allemand, si l'impôt servant à taxer les bénéfices de la société de personnes varie selon que l'associé est une personne physique ou une société de capitaux, le résultat fiscal de la société de personnes est déterminé indépendamment de la qualité fiscale de ses associés et suit les règles de détermination du résultat fiscal des sociétés de capitaux, à quelques exceptions près.

Par ailleurs, s'agissant de la considération de certains revenus, les conceptions allemandes et françaises peuvent être différentes, et notamment en matière de déductibilité des sommes versées par la société de personnes à ses associés. D'une part, la question se pose pour les salaires versés aux associés en rémunération de leur activité au sein de la société. Le droit fiscal français considère que cette rémunération n'est pas déductible du résultat fiscal de la société, puisqu'elle est assimilée à la quote-part des résultats qui seront réputés distribués à l'associé en fin d'exercice. Au contraire, le droit allemand permet à la société

de personnes de déduire comme une charge la rémunération versée à un associé, ce qui paraît plus juste puisque dans le cas français, cette non déduction pèse en définitive sur l'ensemble des associés, imposés chacun pour leur quote-part respective sur le résultat correspondant à cette rémunération, qu'ils soient salariés ou non de ladite société.

De même, les deux systèmes juridiques en présence traitent différemment la question de la déductibilité des loyers versés à un associé pour la mise à disposition d'un immeuble. Dans les deux cas, les associés peuvent conclure avec la société de personnes un contrat de bail, en vertu duquel elle lui versera un loyer pour la mise à disposition d'un immeuble en sa possession. En droit français, ce loyer est déductible du résultat fiscal comme une charge classique, sans que le statut particulier du bailleur ne soit pris en compte. En revanche, le droit allemand considère que l'actif d'exploitation de la société, c'est-à-dire l'ensemble des biens affectés à l'exploitation de la société, comprend à la fois les biens dont elle est propriétaire et ceux qui sont mis à sa disposition par un associé, même via un contrat de bail. Etant considérés comme des actifs de la société, les loyers y afférents ne sont pas déductibles du résultat fiscal de la société. Ils sont également imposés comme revenu indépendant de l'associé, en plus de la quote-part de ce loyer sur laquelle il est taxé via l'imposition du résultat de la société dans le chef de l'associé.

Ces exemples illustrent les différences de traitement des revenus des sociétés de personnes qui peuvent exister entre les droits français et allemand en matière de détermination du résultat fiscal de ces entités. Pour autant, ces différences ne semblent pas de nature à compromettre l'assimilation du régime fiscal des sociétés de personnes allemandes à celui des sociétés de personnes françaises. On peut entendre la lettre du texte du projet de réforme, qui parle de « *régime fiscal* » comme un traitement global et des modalités d'impositions similaires, sans pour autant qu'une similitude parfaite ne soit exigée. Pourvu que le principe d'imposition au niveau de l'associé soit commun, on peut considérer que le régime fiscal des sociétés de personnes allemandes serait similaire à celui des sociétés françaises.

Par ailleurs, le point le plus important semble être le fait que la société ne soit pas un redevable fiscal à part entière. Le régime fiscal actuel des sociétés de personnes fait de cette dernière la pierre angulaire de son imposition, relayant au simple rang de modalité de recouvrement le paiement de l'impôt par les associés. Si l'on se réfère à la jurisprudence *Kingroup* du Conseil d'Etat toujours en vigueur, la société de personnes française est en

effet un sujet fiscal à part entière : elle est donc le redevable de l'impôt, bien que le recouvrement se fasse au niveau de l'associé. En Allemagne, les sociétés de personnes ne sont pas considérées comme des redevables de l'impôt sur les bénéfices, ce que l'on peut entre autres déduire de l'impossibilité pour elle d'opter pour une imposition à l'impôt sur les sociétés. Si le résultat est bien déterminé à leur niveau, les sociétés de personnes allemandes ne sont pas pour autant des sujets fiscaux comme on peut l'entendre en France. La réforme, de ce point de vue, retirerait à la société de personnes française son caractère de sujet fiscal, puisqu'elle instaurerait une fiction juridique à l'article 239-0 B du Code général des impôts, disposant que « *les opérations d'une entité transparente sont réputées avoir été réalisées [...] par chacun des associés* ». Ce rapprochement du droit allemand lèverait donc tout obstacle potentiel à l'assimilation de ces sociétés qui serait basé sur la question de la personnalité fiscale des sociétés de personnes.

Cependant, malgré la restriction du critère du régime fiscal similaire à la question de l'imposition des résultats au niveau de l'associé de la société, des problèmes d'assimilation entre sociétés allemandes et françaises pourraient se poser, comme l'illustre le cas de la *Stille Gesellschaft*.

Le droit allemand assimile à une société de personnes la *Stille Gesellschaft*, que l'on peut traduire par l'expression « société tacite », et qui n'a pas de réel équivalent en droit français. La *Stille Gesellschaft* est un contrat par lequel un associé tacite met à la disposition d'une société existante, dite associé actif, une somme d'argent en contrepartie de quoi il obtient un droit de participer aux bénéfices. A première vue, rien de très original. Or cet associé tacite n'a que des droits d'intervention limités dans la gestion de la société, comme des droits de veto sur les décisions les plus importantes, mais n'a pas vocation à participer à la gestion de la société, à contribuer aux pertes ou encore à un droit aux plus-values latentes en cas de liquidation de la société<sup>1</sup>. D'ailleurs, la somme d'argent qu'il apporte à la société existante, qui est l'associé actif, va dans le patrimoine de cette dernière, qui le gère donc directement.

En définitive, l'associé tacite a plus le statut d'un créancier de la *Stille Gesellschaft* que celui d'un associé de société à proprement parlé. D'ailleurs, ce dernier n'est pas redevable fiscalement d'un impôt sur les résultats de la société, à moins de participer effectivement

---

<sup>1</sup> Un associé a droit, en cas de retrait d'une société, à une part sur les plus-values latentes réalisées par la société sur ses actifs au moment de son retrait.

aux pertes et à la gestion de la société, ce que le droit allemand appelle une *Stille Gesellschaft* atypique. Dans ce second cas de figure, l'associé tacite est un associé à part entière de la société de personnes, ce qui permettrait d'assimiler sans difficulté cette société à une société de personnes française, au plan fiscal. En revanche, si cet associé tacite se révèle totalement passif, se contentant de percevoir des bénéfices, comment assimiler cette société à une société de personnes française, si au plan fiscal, tous ses associés ne sont pas redevables de l'impôt sur les bénéfices générés ? Cette différence de traitement empêcherait bien toute assimilation à une entité transparente française, même la société en participation, puisque la part de résultat revenant à un associé non révélé à l'administration fiscale est imposée au niveau de la société, et pas au niveau des autres associés comme c'est le cas dans la *Stille Gesellschaft*.

D'ailleurs, l'associé tacite, dans ce cas de figure, ne semblerait pas en France pouvoir bénéficier du statut d'associé de la société de personnes. Cela compliquerait sensiblement le traitement des revenus qu'il toucherait de la société en question puisque l'on ne pourrait pas parler de dividendes ni de quote-part de bénéfices, mais de versement d'intérêts, dont la taxation selon le régime des revenus mobiliers, intégrés au barème de l'impôt sur le revenu est beaucoup moins avantageuse (pas d'abattement pour l'un, pas de déduction des pertes pour l'autre).

Néanmoins, mis à part le cas spécifique de la *Stille Gesellschaft*, il ne semble pas que le critère d'un régime fiscal similaire ne pose de problème d'assimilation aux entités transparentes françaises. En revanche, l'exigence d'un régime juridique similaire est un obstacle réel à cette assimilation, aussi bien seul que du fait de son cumul avec le critère fiscal. Son adjonction ne semble pas justifiée ni appropriée puisqu'il s'agit ici de questions fiscales et non pas juridiques. En vertu du principe de l'autonomie du droit fiscal, il apparaît en effet que cette exigence serait superflue pour réaliser cette assimilation, d'autant que ce principe d'assimilation ne vaudrait qu'en droit fiscal et n'aurait pas vocation à s'appliquer pour déterminer l'application de l'ensemble du droit français aux sociétés étrangères. Par ailleurs, on a pu voir les effets néfastes que cette exigence cumulative pourrait avoir, du fait des spécificités existants d'un système juridique à l'autre. Il pourrait ainsi nous conduire à traiter en France une société dont les associés sont

redevables de l'impôt comme une société de capitaux, ce qui est totalement contraire à la logique de transparence accrue que cherche à imposer la réforme envisagée.

Ces divergences semblent d'ailleurs d'autant plus regrettables dans l'exemple franco-allemand, puisque ces deux systèmes sont assez proches en matière de droit des sociétés et de droit fiscal. A titre d'exemple, ils connaissent tout deux la société en commandite, qui sont inspirées l'une de l'autre. Pourtant, cette forme de société ne pourrait peut-être pas être assimilée à une entité transparente en France, puisqu'il n'existe aucune forme sociale dont les associés n'ont pas le même degré de responsabilité au niveau de la société, mais sont pourtant tous redevables de l'impôt sur les bénéfices de la société et peuvent en déduire les pertes. Dans ce cas précis, le cumul des exigences de régime similaires au plan fiscal et juridique nous conduirait à rejeter l'assimilation fiscale entre deux sociétés jumelles, du seul fait de l'injonction d'un critère de droit des sociétés. Si le seul critère fiscal était exigé, bien que la société en commandite allemande ne soit pas imposée à l'impôt sur les sociétés pour la quote-part de son résultat revenant aux commanditaires, elle pourrait être assimilée à une entité transparente française, puisque tous ses associés sont soumis à l'impôt au titre des bénéfices de la société, comme une société en nom collectif par exemple.

On comprend donc à quel point cette double exigence peut avoir des effets non désirés au plan international, d'autant que si des problèmes de cette envergure se posent entre deux systèmes juridiques de droits codifiés et relativement proches, l'on n'imagine à peine les problèmes qui résulteraient de comparaisons entre des sociétés de personnes françaises et des sociétés de systèmes de *common law* ou autres. C'est pourquoi le seul critère d'un régime fiscal similaire nous semblerait suffisant, limitant les cas de sociétés non assimilables. Reste à savoir quelle pourrait être l'imposition finale de ces sociétés selon le droit interne et après application de la convention franco-allemande.

## 2) Les conséquences du test d'assimilation sur l'imposition des différentes catégories de revenus

En sus des règles de droit interne, la convention fiscale entre l'Allemagne et la France trouverait à s'appliquer aux différentes catégories de revenus perçus par la société de personnes allemande.

Comme nous avons pu le voir précédemment, si la société allemande est assimilée à une société de personnes françaises, elle pourrait bénéficier du statut des entités transparentes et à ce titre, ses associés seraient réputés avoir exercé l'activité de la société directement. En conséquence, si la société avait un associé qui est une société française soumise à l'impôt sur les sociétés, elle serait dans ce cas réputée avoir un établissement en Allemagne et ne serait pas imposée en France au titre de cette activité. Si la société allemande dispose d'un établissement en France, les revenus générés par l'activité de cet établissement seront imposables en France. En revanche, si l'associé est une personne physique résidente française soumise à l'impôt sur le revenu, l'article 4 A du Code général des impôts s'appliquerait et l'associé serait susceptible dans ce cas d'être imposé en France sur la totalité de sa quote-part de résultat, quelque soit l'Etat de source du revenu de la société de personnes allemande.

Si au contraire la société de personnes allemande n'est pas assimilée à une entité transparente, dans ce cas elle serait traitée comme une société de capitaux soumise à l'impôt sur les sociétés en France. Donc elle serait considérée comme le redevable de l'impôt et ne serait donc imposée en France que si elle y exerce une activité au sens de l'article 209 I du Code général des impôts, c'est-à-dire y dispose d'un établissement. Ses associés ne seraient imposés que sur les revenus effectivement distribués au titre des dividendes. Reste à identifier le sort que réserve la convention fiscale franco-allemande aux différents types de revenus (industriels et commerciaux (a) et passifs (b)) que peut générer la société de personnes, du fait notamment du changement de traitement des sociétés de personnes françaises dans la convention que l'on doit à la réforme des sociétés de personnes françaises<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nous avons vu précédemment que si la réforme était adoptée, les sociétés de personnes françaises ne seraient plus considérées comme résidentes et donc que les dispositions de la convention s'appliqueraient directement à leurs associés cf I B 1.

a) *Revenus industriels et commerciaux*

Nous avons vu en première partie que la convention franco-allemande traite du cas des revenus industriels et commerciaux en son article 4, mais y prévoit en outre une disposition spécifique pour les sociétés de personnes à l'alinéa 3 dudit article, permettant d'apprécier les critères d'application de l'article 4 au niveau de la société elle-même et pas au niveau de ses associés, comme cela devrait être la règle si la réforme venait à être adoptée. Selon ces dispositions, le lieu d'imposition des bénéfices d'une entreprise se trouve donc au lieu de situation de l'établissement stable les ayant réalisés. Ainsi, l'associé d'une société de personnes allemande serait imposé en Allemagne si la société y dispose d'un établissement stable, ou inversement en France.

Comme le fait remarquer Bruno Gouthière<sup>1</sup>, la notion d'établissement stable, telle qu'elle est définie dans la convention, est très large et permettra de considérer que la simple présence d'un siège de direction dans un des Etats contractants suffit à considérer que la société de personnes y dispose d'une activité siège d'une imposition dans ledit Etat. Ainsi, si cet article a en général dans le modèle OCDE pour vocation de s'appliquer aux revenus industriels et commerciaux, l'extension de son application aux sociétés de personnes permettrait d'imposer dans l'Etat de situation de l'établissement stable tout type d'activité, même strictement non commerciale, pourvu qu'on puisse caractériser la présence d'un établissement stable dans ledit Etat. En effet, l'alinéa 3 de l'article 4 de la convention énumère limitativement les sociétés de personnes pouvant en bénéficier. Donc la référence directe à ces sociétés rend les bénéfices d'activité de leurs établissements stables imposables dans l'état de situation de ce dernier, peu importe qu'ils soient commerciaux ou civils.

En conséquence, si un résident français est associé d'une société de personnes allemande type oHG, il sera imposé en Allemagne sur les revenus de cette société et sera en France exonéré sur la quote-part de résultats de la société de personnes allemande, à moins que la société allemande n'exerce d'activité en France via un établissement stable ; les revenus de cet établissement seraient alors imposables en France. Ceci paraît tout à fait avantageux pour les associés de sociétés allemandes, assimilables à une société de personnes française, soumis à l'impôt sur le revenu en France, puisqu'ils ne paieraient plus d'impôt sur le

---

<sup>1</sup> *Les impôts dans les affaires internationales*, Bruno Gouthière, Francis Lefebvre 8<sup>ème</sup> édition, § 31.730 et suivants.



revenu sur la quote-part de résultat leur revenant, sous réserve de la présence d'un établissement stable en France mais même dans ce cas, seule la quote-part de résultat provenant de cet établissement français serait imposable en France et non plus les revenus de source allemande. De plus, si l'on applique les dispositions de la documentation de base précitée<sup>1</sup>, bien que l'énumération de l'article 4 alinéa 3 de la convention semble limitative, ce dispositif peut être étendu à toute société française dont l'impôt sur les bénéfices est acquitté par ses associés. Si l'on fonctionne par assimilation aux sociétés de personnes françaises, alors les sociétés de personnes allemandes similaires à des sociétés de personnes françaises, comme une oHG, bénéficieraient également de ce dispositif et éviteraient une imposition selon les dispositions de l'article de la convention relatif aux revenus innomés.

Dans le cas des sociétés de personnes allemandes non assimilées à des sociétés de personnes françaises, comme cela pourrait être le cas des GmbH&Co KG, la convention ne pourrait avoir qu'un impact minime. En effet, en droit interne, elles seraient considérées comme des sociétés de capitaux et redevables en France de l'impôt sur les sociétés si elles y exploitent une activité au sens de l'article 209 I du Code général des impôts. Ses associés ne seraient redevables d'aucun impôt en France, mais d'un impôt en Allemagne du fait de l'activité de cet établissement stable français.

Le revenu de l'établissement stable français de la GmbH & Co KG serait donc doublement imposé, mais la convention ne pourrait éviter cette double imposition car elle ne trouverait pas à s'appliquer. La convention franco-allemande se donne pour but de « *protéger les résidents de chacun des Etats contractants contre les doubles impositions qui pourraient résulter de la législation de ces Etats en matière d'impôts* »<sup>2</sup>. Ce texte ne définit pas ce qu'il entend par double imposition et s'il vise les doubles impositions juridiques (le même contribuable imposé sur le même revenu dans deux états) ou économiques (un même revenu imposé dans deux Etats différents au niveau de deux contribuables différents). Si l'on se réfère donc aux commentaires de l'OCDE sur son modèle de convention fiscale, dont la convention franco-allemande s'inspire, les conventions fiscales internationales ont pour but de « *régler uniformément les problèmes qui se posent le plus couramment dans le*

---

<sup>1</sup> Documentation de base de l'administration fiscale sur les dispositions de la convention fiscale franco-allemande 14 B-2332 §1 du 1<sup>er</sup> juin 1971.

<sup>2</sup> Article 1 alinéa 1 de la convention fiscale franco-allemande.

*domaine de la double imposition juridique internationale* »<sup>1</sup>, double imposition définie comme « *l'application d'impôts comparables dans deux (ou plusieurs) États au même contribuable, pour le même fait générateur et pour des périodes identiques* »<sup>2</sup>. Donc en l'espèce, la convention franco-allemande ne trouverait pas à s'appliquer puisque deux personnes différentes sont taxées : la société elle-même en droit français, ses associés en droit allemand. Cette double imposition ne pourrait pas par ailleurs être gommée en droit interne puisque cet impôt ne serait pas déductible en droit français ni en droit allemand. Certes, le droit allemand prévoit un mécanisme de crédit d'impôt permettant aux sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés d'imputer de leur résultat l'impôt payé à l'étranger<sup>3</sup>, mais ce dispositif ne s'applique que dans le cas des sociétés de personnes dont les associés sont soumis à l'impôt sur le revenu. Seuls les associés soumis à l'impôt sur les sociétés pourront appliquer ce crédit en droit allemand.

Cela pourrait être d'autant plus préjudiciable qu'une telle double imposition concernerait l'une des sociétés les plus utilisées en Allemagne par les personnes physiques, à savoir la GmbH & Co KG, et freinerait les investissements allemands en France de ce fait. On peut attribuer cette déficience au fait que la réforme prévoit une assimilation sur la base cumulative de critères juridiques et fiscaux, posant comme on le voit de réels problèmes de double imposition.

Ainsi, si une société de personnes allemande exerce une activité commerciale ou industrielle, son associé résident français ne serait soumis à une imposition en France que si elle y dispose d'un établissement stable, qu'elle soit assimilée ou non à une société de personnes française. On voit bien que la convention permet dans ce cas d'éviter les doubles impositions, malgré les problèmes d'assimilation.

Néanmoins, la portée matérielle de ces dispositions est à nuancer, selon l'activité qu'exerce la société de personnes. En effet, cet article ne concerne que les « bénéficiaires d'une entreprise », et donc des activités industrielles et commerciales à titre principal. Si la société de personnes exerce une activité de type immobilière, perçoit des revenus mobiliers ou réalise des plus-values, dans ce cas il faudrait se référer à ces articles.

---

<sup>1</sup> *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, OCDE, version abrégée en vigueur en juillet 2008, page 7 paragraphe 3.

<sup>2</sup> *Idem*, page 7 paragraphe 1.

<sup>3</sup> *Dossiers internationaux Francis Lefebvre – Allemagne juridique, fiscal social*, Edition Francis Lefebvre, 2007, §1683 page 198.

## *b) Revenus passifs*

Les revenus passifs qu'une société de personnes allemande, entre autres, peut réaliser sont de trois ordres, à savoir les dividendes, les revenus mobiliers et les plus-values de cession. Reste à savoir quelle serait l'imposition de ces revenus pour un associé résident fiscal français.

### *i. Les dividendes*

Si au sens de l'article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts, une société de personnes allemande est assimilée à une société de personnes françaises, elle bénéficiera du régime d'imposition de ces dernières.

Si cette société ne dispose pas en France d'un établissement stable mais que l'un de ses associés est un résident fiscal français, selon le droit interne, l'associé ne serait imposable en France que s'il relève de l'impôt sur le revenu, en raison de la mondialité de son champ d'application territorial. En revanche, s'il relève de l'impôt sur les sociétés, il ne serait pas imposable en France du fait de l'absence d'une entreprise exploitée en France au sens de l'article 209 I du Code général des impôts.

Donc si l'on applique la convention à cette situation, l'on doit se référer à l'article 9 alinéa 1 de la convention fiscale franco-allemande qui attribue le droit d'imposer à l'Etat de résidence du bénéficiaire des dividendes, soit la France si l'associé est français, puisqu'il en est le bénéficiaire par transparence. Pour autant, cette disposition est écartée par l'article 9 alinéa 8 de ce texte qui pose une exception et attribue cette imposition à l'Allemagne, Etat d'implantation de l'activité de la société allemande constituant un établissement stable<sup>1</sup>. On peut l'appliquer ici puisque cet établissement est, par transparence, réputé être celui de l'associé français. Les dispositions de l'article 9 alinéa 7 de la convention seraient écartées sans difficulté, car elles ne s'appliquent qu'aux sociétés de personnes dont l'imposition des résultats est attribué à la France en vertu de l'article 4 alinéa 3 de la convention. Ce n'est pas le cas en l'espèce, puisque la société est allemande et ne dispose pas en France d'établissement stable. Par ailleurs, si le dividende est de

---

<sup>1</sup> Article 9 alinéa 8 de la convention fiscale franco-allemande : « *les paragraphes (1) à (5) ne s'appliquent pas quand le bénéficiaire des dividendes possède un établissement stable dans l'autre Etat contractant et que les participations font partie de l'actif de cet établissement. Dans ce cas, l'article 4 est applicable* ».

source française, elle ne subirait aucune retenue à la source puisque l'application de l'alinéa 2 du présent article de la convention, qui autorise son application, est explicitement écartée par l'alinéa 8 du présent article. Donc l'associé français d'une société de personnes allemande assimilable à une société de personnes française, qui perçoit des dividendes français ou allemands ne serait redevable d'aucun impôt en France en vertu de la convention.

Si les dividendes sont de source étrangère, la question se poserait autrement. L'associé français soumis à l'impôt sur les sociétés ne serait pas imposable en France sur ces dividendes du fait de l'absence d'entreprise exploitée en France, mais l'associé soumis à l'impôt sur le revenu si. Il serait donc doublement imposé : en France et en Allemagne. Cela pourrait poser des problèmes en terme de conventions applicables car si les dividendes sont par exemples britanniques, l'associé étant réputé les avoir directement perçu, seule la convention franco-britannique serait applicable par subsidiarité. En effet, la convention franco-allemande ne peut être invoquée par l'associé français, puisqu'elle ne peut trouver à s'appliquer qu'entre deux résidents des deux Etats contractants ou du fait d'un revenu de source d'un Etat contractant revenant au résident de l'autre Etat contractant. Or dans notre exemple, puisque l'associé est réputé avoir reçu directement ce revenu britannique, dans ce cas la convention franco-allemande ne s'appliquerait pas puisque le revenu est réputé de source britannique et que la société de personnes allemande ne peut être qualifiée de résidente au sens de la convention.

Par ailleurs, l'article 4 de la convention franco-allemande traite de dividendes et pas de revenus industriels et commerciaux. Donc bien que l'on puisse penser que si l'associé français soumis à l'impôt sur le revenu pourrait être assimilé à un résident exploitant une entreprise en France, cela ne permettrait d'appliquer la convention qu'aux revenus visés par l'article 4. L'article 9 alinéa 8 ne pourrait pas non plus être utilisé puisque ces dispositions s'appliquent aux dividendes versées par une société résidente de l'un des deux Etats, ce que n'est pas la société britannique et ce à quoi la société de personnes allemande ne peut être identifiée puisqu'elle ne peut être qualifiée de résidente au sens de la convention. Ainsi, les dividendes de source britannique seraient doublement imposés, l'associé soumis à l'impôt sur le revenu étant imposable à la fois en France et en Allemagne.

Le problème ne se poserait pas pour les associés allemands de sociétés de personnes françaises recevant des dividendes étrangers, puisque l'article 9 alinéa 7 prévoit une disposition spécifique aux sociétés de personnes françaises disposant en France d'un établissement stable, qui attribue à la France l'imposition de l'ensemble des revenus que l'on peut qualifier de dividende, sans renvoyer à l'alinéa 1 dudit article et donc à la restriction aux seules dividendes de source française et allemande qu'il prévoit.

Si la société de personnes allemande assimilée à une société de personnes française dispose en France d'un établissement stable, les dividendes seront traités comme ceux d'une société de personnes française disposant en France d'un établissement stable.

S'agissant des sociétés de personnes allemandes non assimilées à des sociétés de personnes françaises, elles seraient traitées par le droit français comme des sociétés de capitaux. L'associé français ne serait donc redevable d'aucun impôt sur ces dividendes en France, sauf en cas de distribution effective qui serait imposée comme une distribution de société anonyme par exemple, mais serait imposé en Allemagne sur ces revenus. Au niveau de la société elle-même, si la société de personnes allemande dispose en France d'un établissement stable au bilan duquel les titres générant les dividendes sont inscrits, elle sera redevable en France de l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 I du Code général des impôts, qu'il s'agisse de dividendes de source française ou étrangère, mais pourra bénéficier du régime mère fille et de la directive européenne de 2003 sur les distributions entre sociétés d'un même groupe<sup>1</sup>. Le problème de la double imposition soulevé précédemment se pose également ici du fait de l'imposition du même revenu en France et en Allemagne dans le chef des associés et celui de la société, puisqu'il ne peut être écarté par la convention entre la France et l'Allemagne. En revanche, si ces dividendes sont distribués, on assiste à une nouvelle double imposition, mais cette fois-ci juridique puisque l'associé aura été imposé en France et Allemagne du fait d'une distribution de dividendes. Dans ce cas, l'associé français pourra se prévaloir de l'article 9 alinéa 1 de la convention et ainsi écarter l'imposition allemande, à moins que la société de personnes ne constitue un établissement stable au sens de la présente convention (article 9 alinéa 8), attribuant l'imposition à l'Allemagne. La triple imposition serait donc réduite à une simple double imposition, la maintenant intacte.

---

<sup>1</sup> Directive n°2003/123/CE du 22 décembre 2003.

En conclusion, un associé résident fiscal français d'une oHG ne serait redevable d'aucun impôt en France sur les dividendes reçus par la société de personnes allemande, tandis que celui d'une GmbH & Co KG le serait en cas de distribution effective.

## ii. Les revenus mobiliers

Si la société de personnes allemande est assimilée à une société de personnes française, elle serait traitée comme une société de personnes française et ses associés réputés exercer directement ses activités. Selon le droit interne suivant la réforme, si cette société ne dispose pas d'établissement stable en France mais reçoit des intérêts de source française ou allemande, dans ce cas ses associés soumis à l'impôt sur les sociétés ne seraient imposables qu'en Allemagne sur ce revenu. Si elle dispose en revanche d'un établissement stable en France, ces associés seraient redevables de l'impôt sur les sociétés en France.

Les associés personnes physiques résidents français auraient un traitement différent. Ils seraient redevables de l'impôt sur le revenu en France au titre de ces revenus de la société de personnes allemande en vertu de l'article 4 A du Code général des impôts, puisqu'ils seraient réputés avoir perçu directement ledit revenu, qu'il soit de source allemande, française ou autre. Cet article pose donc une probable double imposition puisque l'Allemagne pourrait très bien imposer cet associé sur ce même revenu en Allemagne, où l'impôt est mondial qu'il s'agisse de l'impôt des personnes physiques ou des sociétés.

La convention franco-allemande<sup>1</sup> attribue l'imposition de ce revenu à l'Etat de résidence du bénéficiaire de ces revenus mobiliers, à savoir dans notre exemple la France, à moins que ces revenus mobiliers ne soient attachés à un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant, soit l'Allemagne. Donc si la société de personnes allemande dispose d'un établissement stable en France, aucune imposition ne serait due en Allemagne et les associés résidents français seraient imposés de plein droit en France sur ces revenus au titre de l'impôt sur les sociétés ou sur le revenu. Dans cette hypothèse, les revenus mobiliers de source autre qu'allemande seraient également imposables de plein droit en France en vertu du droit interne, sans que la convention ne puisse s'appliquer. *A contrario*, si aucun établissement stable n'est situé en France, dans ce cas les associés ne seront redevables d'aucun impôt en France, même les contribuables relevant du régime d'imposition de l'article 4 A du Code général des impôts.

---

<sup>1</sup> Article 10 de la convention fiscale franco-allemande « (1) Les intérêts et autres produits des obligations, bons de caisse, prêts et dépôts ou de toutes autres créances, assortis ou non de garanties hypothécaires, ne sont imposables que dans l'Etat contractant dont le bénéficiaire est le résident. (2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas quand le bénéficiaire des intérêts ou autres produits possède dans l'autre Etat contractant un établissement stable et que la créance fait partie de l'actif de cet établissement. Dans ce cas, l'article 4 est applicable ».

Le traitement des sociétés de personnes allemandes non assimilées au sens du nouvel article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts serait différent, puisqu'elles seraient assimilées en France à des sociétés de capitaux relevant de l'impôt sur les sociétés. Les associés français ne seraient donc redevables d'aucun impôt en France mais devraient acquitter l'impôt sur les sociétés ou sur le revenu en Allemagne du fait de ce revenu de la société de personnes allemande. La société à son niveau serait redevable de l'impôt sur les sociétés en France sur ces revenus si elle y dispose d'un établissement au sens de l'article 209 I du Code général des impôts. Cette situation de double imposition est tout à fait regrettable pour les personnes physiques comme nous avons pu le montrer précédemment<sup>1</sup>, puisque la double imposition économique occasionnée ne pourrait être éliminée.

On voit donc que la convention nous serait encore une fois de peu de secours dans le cas des sociétés de personnes allemandes non assimilées à des sociétés de personnes françaises, mais permettrait sinon de maintenir une imposition conforme au droit interne et unique.

---

<sup>1</sup> Paragraphe a du 2., B. de la seconde partie sur les revenus industriels et commerciaux.



### iii. Les plus-values de cession de valeurs mobilières

Il existe différentes sortes de plus-values : les plus-values sur cessions de titres que détiendraient la société de personnes, mais aussi les plus-values de cession des titres de la société de personnes elle-même par ses associés.

La plus-value résultant de la cession des titres d'une société de personnes allemande par un associé français serait imposable en France, que l'associé relève de l'un ou l'autre des régimes d'imposition des revenus, car les résidents fiscaux français sont imposés sur les cessions de l'ensemble de leurs titres, français et internationaux, même pour une société relevant de l'impôt sur les sociétés. Pour autant, cette cession serait également imposable en Allemagne, puisque les cessions de titres de sociétés allemandes sont considérées comme des revenus de source allemande imposables en Allemagne.

Le fait que la société de personnes soit assimilée ou non en France à une société de personnes ne pourrait pas avoir d'influence en termes de double imposition, puisque les différents régimes d'exonérations des plus-values sur cessions de parts sociales sont ouverts aux sociétés de personnes, qu'il s'agisse de l'exonération des titres de participation de l'article 219 I-a quater du Code général des impôts pour les associés sociétés de capitaux relevant de l'impôt sur les sociétés ou le régime d'abattement de l'article 151 nonies du Code général des impôts pour les associés relevant de l'impôt sur le revenu.

Si la double imposition demeure, la convention répartirait le droit d'imposer entre la France et l'Allemagne. Si la société de personnes est assimilée à une société de personnes française, dans ce cas l'imposition se fera en Allemagne ou en France selon le lieu de situation de l'établissement stable que constitue la société de personnes<sup>1</sup>, donc l'Allemagne dans notre exemple. Si elle dispose en revanche d'un établissement stable en France, la plus-value sera taxable en France proportionnellement au montant des actifs de la société attribués à cet établissement. Si cette société allemande assimilée n'a aucun établissement stable au sens de la convention, dans ce cas l'article 18 de la convention traitant des revenus innomés s'appliquerait et les plus-values seraient imposables en France.

La situation changerait si la société de personnes allemande n'était pas assimilée à ses homologues françaises et serait considérée comme une société de personnes soumise à

---

<sup>1</sup> Article 4 alinéa 4 de la convention fiscale franco-allemande.

l'impôt sur les sociétés. La convention franco-allemande dispose à l'article 7 que « (1) *Les revenus provenant de la cession d'une participation dans une société de capitaux ne sont imposables que dans l'Etat contractant dont le cédant est le résident.* (2) *Le paragraphe (1) ne s'applique pas quand la participation cédée fait partie de l'actif d'un établissement stable que le cédant possède dans l'autre Etat. Dans ce cas, l'article 4 est applicable* ». Selon le principe de subsidiarité, d'une part l'associé est considéré en droit français comme le sujet fiscal de référence et d'autre part, la société de personnes allemande est considérée comme relevant du régime fiscal des sociétés de capitaux. L'article 7 précité s'applique en effet aux cessions de titres de sociétés de capitaux, et l'on peut entendre cet article comme faisant référence au régime juridique des sociétés cédées. Dès lors, on pourrait penser que sur un plan juridique, la société de personnes allemande n'est pas une société de capitaux. Mais toujours par subsidiarité, elle n'a pas été assimilée à une société de personnes en droit français, et ce sur un plan juridique et fiscal puisque ces critères sont cumulatifs<sup>1</sup> Donc à défaut, elle pourrait être considérée comme se rattachant à la catégorie des sociétés de capitaux. Dans ce cas, l'article 7 s'appliquerait aux cessions de sociétés de personnes allemandes non assimilées ne disposant pas d'un établissement stable, comme les sociétés holding, et la plus-value réalisée serait dans notre exemple attribuée à la France puisque son associé est résident français. En revanche, de par le renvoi de l'alinéa 2 de l'article 7 de la convention aux dispositions de l'article 4, si cette société de personnes allemande non assimilée possède un établissement stable, la plus-value de cession sera imposable dans l'Etat de situation de cet établissement, donc l'Allemagne dans notre cas.

La société de personnes allemande peut également céder des titres qu'elle possède inscrits à l'actif de son bilan. En droit interne, puisque le principe de transparence s'appliquerait si la société de personnes était assimilée à une société de personnes française, l'associé serait considéré comme réalisant lui-même cette cession et percevant cette plus-value. Si cet associé relève du champ de l'impôt sur le revenu, il sera alors redevable de cette imposition sur la cession des titres selon les dispositions de l'article 150-0 A du Code général des impôts, mais également s'il relève de l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 I, si les titres de la société de personnes allemande sont inscrits au bilan d'un établissement français de l'associé.

---

<sup>1</sup> Nouvel article 239-0 A 1. 5° du Code général des impôts.

Selon la convention franco-allemande, si les titres cédés sont des participations au sein d'une société de capitaux, alors les plus-values seront imposables en France puisque le cédant serait réputé être l'associé, à moins que la société de personnes allemande constitue un établissement stable en Allemagne. Si les titres cédés ne sont pas des actions ou parts sociales dans des sociétés de capitaux, alors l'article 4 de la convention accordera l'imposition au pays de situation de l'établissement stable détenant les titres, soit plutôt l'Allemagne dans notre exemple. A défaut, l'article 18 sur les revenus innomés s'appliquera et accordera le droit d'imposer à la France, notamment si l'activité de la société de personnes n'est que patrimoniale.

Si en revanche l'on a à faire à une GmbH & Co KG, dans ce cas, elle serait considérée par le droit français comme une société de capitaux et aucune imposition sur les plus-values de cession de valeurs mobilières ne serait due en France sur les cessions de titres allemands ou étrangers. Si les titres cédés sont de source françaises, dans ce cas l'article 244 bis B du Code général des impôts exonérerait cette plus-value en-dessous de 25% et la société ne serait redevable de l'impôt sur les sociétés en France uniquement si sa participation est substantielle. Par contre, si notre GmbH & Co KG exploite une entreprise en France, les plus-values françaises ou étrangères de cession de valeur mobilière composant l'actif de cette entreprise relèveraient de l'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 I du Code général des impôts.

En cas de conflit d'imposition, on se retrouverait confronté au même cas de figure que pour une société de personnes française, puisque cette double imposition est économique : le même revenu sera taxé en Allemagne chez l'associé et en France au nom de la société de personnes elle-même. Cela s'explique par la différence de qualification de la société de personnes entre droit allemand et français, mais est susceptible de poser un réel problème d'application.

# CONCLUSION

La réforme des sociétés de personnes, telle qu'elle est conçue par le législateur, répondrait aux attentes qui sont nombreuses s'agissant tant de la fiscalité interne que de la fiscalité internationale de ces entités.

Nous avons montré que l'alignement de la France sur les concepts d'*aggregate theory* serait une avancée considérable dans la lutte contre les doubles impositions, car elle permettrait enfin de contourner les difficultés d'interprétation des conventions fiscales internationales qui peuvent résulter de conceptions juridiques différentes entre deux Etats contractant, comme cela peut être le cas avec l'Allemagne. Cela contribue à redynamiser l'attractivité fiscale de la France au plan international, n'effrayant plus les investisseurs refroidis par l'arrêt *Kingroup* et l'imposition systématique en France. Ceci s'explique également par la neutralisation des différences entre ces entités et les sociétés de capitaux, du fait de l'ouverture aux sociétés de personnes de régimes de faveur qui leur était jusqu'à présent refusé comme le régime mère-fille.

Néanmoins, nous émettrons deux réserves s'agissant de l'instauration de ce nouveau régime.

D'une part, le choix d'une méthode de qualification des sociétés de personnes de droit étranger qui s'est porté sur une assimilation juridique et fiscale de ces entités à leurs homologues français nous semble être un frein important à cette redynamisation, car le cumul des deux critères pourrait empêcher cette assimilation, et poser de graves problèmes de double imposition économiques que les conventions fiscales ratifiées par la France sont dans l'incapacité de juguler, comme dans l'exemple franco-allemand de la GmbH & Co KG. Il serait plus judicieux d'ouvrir le bénéfice du régime des « entités transparentes » aux sociétés de personnes étrangères dotées d'un régime fiscal similaire, puisque l'évolution actuelle de leur régime juridique tend à se rapprocher de celui des sociétés de capitaux. Le critère fiscal devient en effet progressivement le seul point commun et qui plus est la seule spécificité de ces sociétés.

D'autre part, nous avons pu voir avec l'exemple de la convention franco-allemande que du fait de l'originalité sur la scène internationale du concept français de transparence des sociétés de personnes, la France a pris soin, dans la plupart des conventions fiscales qu'elle a signé, d'inclure des dispositions propres à ses sociétés de personnes pour qu'elles soient considérées comme des entités autonomes et empêcher que comme le recommande l'OCDE, la convention ne soit appliquée à ses associés. La réforme, en l'état, est insuffisante pour contourner ces dispositions. Donc sur un plan international, l'application des conventions fiscales se ferait encore en grande partie au niveau des sociétés de personnes et non pas à celui de leurs associés.

Cela ne concernerait pas que les revenus industriels et commerciaux, car comme nous l'avons vu dans la convention franco-allemande, la France a adopté la technique de renvoi à la notion d'établissement stable pour l'ensemble des revenus que peut percevoir une société de personnes française, empêchant textuellement l'application de la convention à ses associés. Si cela ne remet pas pour autant en cause l'élimination des doubles impositions, la portée de cette réforme s'en trouverait amoindrie. Si la réforme était finalement adoptée, un vaste chantier de renégociation des conventions fiscales serait donc à prévoir.

# **ANNEXES**

## ANNEXE N°1 : L'IMPOSITION EN FRANCE DES ASSOCIES SOUMIS A L'IMPOT SUR LES SOCIETES DE SOCIETES DE PERSONNES FRANÇAISES

Associé soumis à l'IS	Résident fiscal français		Résident fiscal étranger	
	Régime actuel	Projet de réforme	Régime actuel	Projet de réforme
<b>En présence d'un établissement de la SDP en France</b>	Imposition en France à l'IS	Imposition en France car la SDP constitue l'établissement de l'associé	Imposition en France si la SDP dispose en France d'un établissement	Imposition en France car la SDP constitue l'établissement de l'associé
<b>En présence d'un établissement de l'associé en France</b>	Imposition en France si la SDP a un établissement en France ou qu'elle n'en a pas à l'étranger	Imposition en France si les titres de la SDP sont rattachés à cet établissement	Imposition en France si la SDP a un ES en France	Imposition en France si les titres de la SDP sont rattachés à cet établissement
<b>En présence d'un établissement de la SDP à l'étranger</b>	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France
<b>En présence d'un établissement de l'associé à l'étranger</b>	Imposition en France si la SDP a un établissement en France ou si à défaut elle ne dispose pas d'un établissement à l'étranger	Pas d'imposition en France, à moins que la SDP ne constitue un établissement en France	Imposition en France si la SDP a un ES en France ou si à défaut elle ne dispose pas d'un ES à l'étranger	Pas d'imposition en France, à moins que la SDP ne constitue un établissement en France

**ANNEXE N°2 : L'IMPOSITION EN FRANCE DES ASSOCIES SOUMIS A L'IMPOT SUR LE REVENU DE SOCIETES DE PERSONNES FRANÇAISES**

Associé soumis à l'IR	Résident fiscal français		Résident fiscal étranger	
	Régime actuel	Projet de réforme	Régime actuel	Projet de réforme
<b>En présence d'un établissement de la SDP en France</b>	Imposition en France à l'IR	Imposition en France à l'IR	Imposition en France à l'IR	Imposition en France à l'IR
<b>En l'absence d'un établissement de la SDP en France</b>	Imposition en France à l'IR	Imposition en France à l'IR	Imposition en France à l'IR	Pas d'imposition en France si le revenu n'est pas de source française



## ANNEXE N°3 : L'IMPOSITION EN FRANCE DES ASSOCIES SOUMIS A L'IMPOT SUR LES SOCIETES DE SOCIETES DE PERSONNES ETRANGERES

Associé soumis à l'IS	Résident fiscal français			Résident fiscal étranger		
	Régime actuel	Projet de réforme		Régime actuel	Projet de réforme	
		SDP assimilée	SDP non assimilée		SDP assimilée	SDP non assimilée
<b>En présence d'un établissement de la SDP en France</b>	Imposition en France à l'IS	Imposition en France car la SDP constitue l'établissement de l'associé	Imposition en France sur les revenus de cet établissement	Imposition en France si la SDP dispose en France d'un établissement	Imposition en France car la SDP constitue l'établissement de l'associé	Imposition en France sur les revenus de cet établissement
<b>En présence d'un établissement de l'associé en France</b>	Imposition en France si la SDP a un établissement en France	Imposition en France si les titres de la SDP sont rattachés à cet établissement	Pas d'imposition en France sur les revenus de la SDP	Imposition en France si la SDP a un établissement en France	Imposition en France si les titres de la SDP sont rattachés à cet établissement	Pas d'imposition en France sur les revenus de la SDP
<b>En présence d'un établissement de la SDP à l'étranger</b>	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France
<b>En présence d'un établissement de l'associé à l'étranger</b>	Imposition en France si la SDP a un établissement en France ou si à défaut elle ne dispose pas d'un établissement à l'étranger	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France	Imposition en France si la SDP a un établissement en France ou si à défaut elle ne dispose pas d'un établissement à l'étranger	Pas d'imposition en France	Pas d'imposition en France

**ANNEXE N°4 : L'IMPOSITION EN FRANCE DES ASSOCIES SOUMIS A L'IMPOT SUR LE REVENU DE SOCIETES DE PERSONNES ETRANGERES**

Associé soumis à l'IR	Résident fiscal français			Résident fiscal étranger		
	Régime actuel	Projet de réforme		Régime actuel	Projet de réforme	
		SDP assimilée	SDP non assimilée		SDP assimilée	SDP non assimilée
<b>En présence d'un établissement de la SDP en France</b>	Imposition en France à l'IR	Imposition en France à l'IR	Aucune imposition	Imposition en France à l'IR	Imposition en France à l'IR	Aucune imposition
<b>En l'absence d'un établissement de la SDP en France</b>	Imposition en France à l'IR	Imposition en France à l'IR	Aucune imposition	Pas d'imposition en France si le revenu n'est pas de source française	Pas d'imposition en France si le revenu n'est pas de source française	Aucune imposition

## ANNEXE N°5 : COMPARAISON DES SOCIETES DE PERSONNES ALLEMANDES ET FRANCAISES

	Responsabilité des associés		Personnalité morale	Activité		Patrimoine	Cession des parts sociales	Participation aux résultats	Imposition
	Illimitée/Limitée	Conjointe/Solidaire		Commer-ciale	Civile				
OHG - <i>Offene Handelsgesellschaft</i>	Illimitée	Solidaire	Non - Capacité juridique	Oui	Non	Patrimoine en main commune	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	Au niveau des associés
SNC - <i>Société en nom collectif</i>	Illimitée	Solidaire	Oui	Oui	Non	Oui	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	Principe : IR Option : IS
KG - <i>Kommanditgesellschaft</i>	Limitée pour les commanditaires - Illimitée pour les commandités	Conjointe pour les commanditaires - Solidaire pour les commandités	Non – Capacité juridique	Oui	Non	Patrimoine en main commune	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	Au niveau des associés
GmbH & Co KG	Limitée	Conjointe	Non – Capacité juridique	Oui	Non	-	A l'unanimité	<b>GmbH sans droit de vote ni participation au capital ni aux bénéfices</b>	Au niveau des associés
SCS - <i>Société en commandite simple</i>	Limitée/Illimitée	Conjointe / Solidaire	Oui	Oui	Non	Oui	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	Au niveau des commandités
Stille Gesellschaft	-	-	Non	-	-	Patrimoine en main commune	-	Participation aux seuls bénéfices pour l'associé tacite	Au niveau des associés
SC - <i>Société civile</i>	Illimitée	Conjointe	Oui	Non	Oui	Oui	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	Principe : IR Option : IS
<i>Partnergessellschaft</i>	Limitée/illimitée	Personnelle/ solidaire	Non	Non	Oui	Patrimoine en main commune	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	Au niveau des associés
SCP - <i>Société civile professionnelle</i>	Illimitée	Solidaire	Oui	Non	Oui	Oui	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	Principe : IR Option : IS
GbR - <i>Gesellschaft bürgerlichen Rechts</i>	Illimitée	Solidaire	Non – Capacité juridique	Oui	Oui	Oui	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	
Société en participation	Illimitée	Solidaire / conjointe selon activité	Non	Oui	Oui	Non mais affectation	A l'unanimité	Répartition des bénéfices selon participation	IR pour les associés connus de l'AF

## ANNEXE N°6

Sociétés de personnes concernées par l'application de l'article 4 de la convention franco-allemande de lutte contre les doubles impositions, en vertu de l'alinéa 3 dudit article :

*« Les participations d'un associé aux bénéfices d'une entreprise constituée sous forme de société de droit civil, de société en nom collectif ou de société en commandite simple ainsi que les participations aux bénéfices d'une " société de fait ", d'une " association en participation " ou d'une " société civile " de droit français ne sont imposables que dans l'Etat où l'entreprise en question a un établissement stable, mais en proportion seulement des droits de cet associé dans les bénéfices dudit établissement ».*

En France :

- Société en nom collectif ;
- Société en commandite simple ;
- Société de droit civil : société civile immobilière, société civile professionnelle, sociétés civiles de moyen, société civile de placement immobilier...
- Société en participation ;
- Sociétés créées de fait.

En Allemagne :

- Offene Handelsgesellschaft ;
- Kommanditgesellschaft ;
- Partnergesellschaft ;
- Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Les *GmbH & Co Kommanditgesellschaft* sont exclues du bénéfice de ces dispositions du fait qu'elles constituent une forme particulière de sociétés de personnes allemandes, traitée de manière autonome. La simple référence à la société en commandite simple ne permet donc pas de l'inclure dans la liste de ces dispositions.

# BIBLIOGRAPHIE

## Textes légaux

- Code général des impôts 2011.
- Livre de procédures fiscales 2011.
- Projet de loi finances rectificative pour 2010.
- *Convention fiscale franco-allemande*, signée le 21 juillet 1959.
- *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, OCDE, juillet 2008.

## Ouvrages, rapports

- *Droit fiscal des affaires*, de Daniel Gutmann, éditions Montchrestien, 1<sup>ère</sup> édition.
- *Les impôts dans les affaires internationales*, de Bruno Gouthière, éditions Francis Lefebvre, 8<sup>ème</sup> édition.
- *Précis de fiscalité internationale*, de Bernard Castagnède, éditions des Presses universitaires de France, 3<sup>ème</sup> édition.
- *Allemagne – juridique, fiscal, social*, Dossiers internationaux Francis Lefebvre, 8<sup>ème</sup> édition.
- *Mémento fiscal*, éditions Francis Lefebvre, édition 2011.
- des comptes, mars 2011.
- *Tax Law Design and Drafting*, de V. THURONYI, IMF 1998, Volume 2.
- *Ecrits de fiscalité des entreprises – Etudes à la mémoire du professeur Maurice Cozian*, éditions Litec, 2009.
- *Transparence fiscale des sociétés de personnes – Modalités techniques de la réforme*, Ministère de l'Economie et des Finances, document de consultation. élargie sur le projet de réforme des sociétés de personnes, du 6 mai 2010.
- *Les prélèvements fiscaux et sociaux en France et en Allemagne*, Rapport de la Cour des comptes.

- *Rapport de la Commission des finances du Sénat sur le projet de loi de finances rectificative pour 2010*, de Philippe Marini, déposé le 13 décembre 2010, n°166.

### **Reuves**

- *Revue de droit fiscal*, éditions Lexis Nexis.
- *Revue de droit civil*, éditions Lamy.
- *Revue de jurisprudence fiscale*, éditions Francis Lefebvre.
- “*International tax problems of partnerships*”, 49ème Congrès de l’association fiscale internationale, Cannes 1995, Cahiers de droit fiscal international LXXX a.
- *Recueil Lebon*.
- *Les Petites affiches*.
- *Journal officiel de la République française*.

### **Sites internet**

- [www.impots.gouv.fr](http://www.impots.gouv.fr)
- [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de)
- [www.senat.fr](http://www.senat.fr)
- [www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)
- [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr)

### **Presse**

- Le Monde.
- Les Echos.
- Le Figaro.
- Marianne.
- L’Expansion.