

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA NOTION DE DIVIDENDE EXISTE-T-ELLE EN DROIT FISCAL ?*

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 15, 11 Avril 1996, 806

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## LA NOTION DE DIVIDENDE EXISTE-T-ELLE EN DROIT FISCAL ?

Le précompte mobilier n'est dû par la société distributrice que dans la mesure où le crédit d'impôt prévu à l'article 158 bis du CGI est attaché aux produits distribués.

*L'avoir fiscal est exclusivement attaché aux produits distribués par une société à ses associés à titre de dividendes, en vertu d'une décision prise par l'assemblée générale de ses actionnaires ou porteurs de parts, dans les conditions prévues par la loi du 24 juillet 1966.*

*Les bénéficiaires réputés distribués, au regard de la loi fiscale, par l'article 111 bis du CGI, du seul fait que la personne morale cesse d'être soumise à l'impôt sur les sociétés, n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'impôt sur les sociétés, ni, par conséquent, non plus, dans celui du précompte mobilier prévu par l'article 223 sexies -1 du CGI.*

**Précompte (non)** CE, 9e et 8e sous-sect., 29 décembre 1995, req. n° 140219 ; Ministre de l'économie et des finances c/ Sté "Hygiène et dératisation d'Auvergne".

LE CONSEIL D'ÉTAT ; - Considérant qu'aux termes de l'article 111 bis du CGI : "Lorsqu'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés cesse d'y être assujettie, ses bénéfices et réserves, capitalisés ou non, sont réputés distribués aux associés en proportion de leurs droits..." ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la cour administrative d'appel que la SARL "Hygiène et dératisation d'Auvergne" ayant, le 8 décembre 1985, opté pour le régime fiscal des sociétés de personnes ainsi que le lui permettaient les dispositions de l'article 239 bis AA du CGI, l'Administration l'a tenue pour redevable du précompte institué par le 1 de l'article 223 sexies du même code, à raison de la distribution, réputée résulter de la cessation de son assujettissement à l'impôt sur les

sociétés en vertu de l'article 111 bis précité, d'une somme de 120.000 F correspondant à des bénéfices réalisés en 1980, incorporés à son capital en 1981 et qui, par application des dispositions de l'article 44 ter du code, n'avaient pas été soumis à l'impôt sur les sociétés ;

Considérant qu'aux termes du 1 de l'article 223 sexies du CGI, dans sa rédaction applicable en l'espèce : "Sous réserve des dispositions des articles 209 quinquies et 209 sexies, lorsque les produits distribués par une société sont prélevés sur des sommes à raison desquelles elle n'a pas été soumise à l'impôt sur les sociétés au taux de 50 %, cette société est tenue d'acquitter un précompte égal au montant du crédit prévu à l'article 158 bis et attaché à ces distributions..." ; qu'il résulte de ces dispositions que le précompte mobilier n'est dû par la société distributrice que dans la mesure où le crédit d'impôt prévu à l'article 158 bis du code est attaché aux produits distribués ; qu'aux termes de l'article 158 bis : "Les personnes qui perçoivent des dividendes distribués par des sociétés françaises disposent à ce titre d'un revenu constitué : - par les sommes qu'elles reçoivent de la société ; - par un avoir fiscal représenté par un crédit ouvert sur le Trésor. Ce crédit d'impôt est égal à la moitié des sommes effectivement versées par la société...", et qu'aux termes de l'article 158 ter : "1° Les dispositions de l'article 158 bis s'appliquent exclusivement aux produits d'actions, de parts sociales ou de parts bénéficiaires dont la distribution... résulte d'une décision régulière des organes compétents de la société..." ; que l'avoir fiscal est ainsi exclusivement attaché aux produits distribués par une société à ses associés à titre de dividendes, en vertu d'une décision prise par l'assemblée générale de ses actionnaires ou porteurs de parts, dans les conditions prévues par la loi du 24 juillet 1966, modifiée, sur les sociétés commerciales ; que les bénéfices réputés distribués, au regard de la loi fiscale, par l'article 111 bis du CGI, du seul fait que la personne morale cesse d'être soumise à l'impôt sur les sociétés, n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'avoir fiscal, ni, par conséquent, non plus, dans celui du précompte mobilier prévu par l'article 223 sexies -1 du code ; que ce motif d'ordre public, exclusif de toute appréciation de fait, qui doit être substitué à celui, erroné, qu'a retenu la cour administrative d'appel en jugeant que les dispositions de l'article 111 bis du code ne permettraient pas de regarder les produits qu'elles visent comme distribués au sens de l'article 223 sexies-1, justifie le dispositif de l'arrêt attaqué ; que le Ministre de l'économie et des finances n'est, dès lors, pas fondé à demander que cet arrêt soit annulé ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de condamner l'État à payer à la société "Hygiène et dératisation d'Auvergne", en application des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991, la somme de 10.000 F qu'elle réclame au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens (...).

*Note.* –

### *LA NOTION DE DIVIDENDE EXISTE-T-ELLE EN DROIT FISCAL ?*

1. - Le Code général des impôts a peu à peu banni de ses dispositions toute référence à la notion de dividende, pour ne retenir que celle, plus large, de revenu de capitaux mobiliers. Il n'y a plus guère aujourd'hui que l'article 158 bis du CGI pour utiliser encore le terme de dividende en lui accordant l'avoir fiscal. Fiscalement par conséquent, il faut admettre que le dividende se définit par référence à l'avoir fiscal. Il reste donc à déterminer le champ d'application de ce crédit d'impôt pour obtenir celui du dividende. À cet effet, l'article 158 ter du CGI précise que "Les dispositions de l'article 158 bis s'appliquent exclusivement aux produits d'actions, de parts sociales ou de parts bénéficiaires dont la distribution est postérieure au 31 décembre 1965 et résulte d'une décision régulière des organes compétents de la société". Le critère ainsi posé, il reste à déterminer son domaine d'application. C'est à ce niveau que les difficultés surviennent dans la mesure où le droit fiscal est un droit "réaliste" qui s'attache plus à la matière imposable qu'aux notions établies du droit privé. De façon spécifique, les distributions présumées des articles 109 et suivants du CGI peuvent-elles être fiscalement assimilées à des dividendes et bénéficier en conséquence de l'avoir fiscal ?

2. - En l'espèce, la SARL de famille "Hygiène et dératisation d'Auvergne", avait opté pour son assujettissement à l'impôt sur le revenu (CGI, art. 239 bis AA). Ce faisant, elle quittait le "clan" des entreprises assujetties à l'impôt sur les sociétés pour intégrer celui des sociétés dont les bénéfices sont imposés à l'impôt sur le revenu. Si le changement de forme sociale d'une société, et à plus forte raison lorsque la modification atteint seulement son régime d'imposition, n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle, elle peut conduire à la répartition présumée de certaines valeurs. Ainsi, l'article 111 bis, alinéa premier, du CGI prévoit que "Lorsqu'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés cesse d'y être assujettie, ses bénéfices et réserves, capitalisés ou non, sont réputés distribués aux associés en proportion de leurs droits". Comme pour les sociétés de personnes assujetties à l'impôt sur le revenu, les associés sont donc imposés pour un revenu qu'ils n'ont pas nécessairement perçu. Sur cette base, l'administration fiscale avait assujetti ladite société au paiement du précompte mobilier (CGI, art. 223 sexies-1), soit une somme de 120.000 F, correspondant aux bénéfices qu'elle avait réalisés en

1980, incorporés dans le capital social en 1981, et exonérés d'impôt sur les bénéfices au titre des entreprises nouvelles (CGI, art. 44 ter). Le contribuable réclama vainement devant le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand, avant d'obtenir satisfaction devant la Cour administrative d'appel de Lyon , puis devant le Conseil d'État.

3. - Ce dernier justifie l'exonération du précompte mobilier par son refus d'accorder l'avoir fiscal aux distributions présumées de bénéfices et réserves consécutives à l'application de l'article 111 bis du CGI précité aux motifs qu'il est "exclusivement attaché aux produits distribués par une société à ses associés à titre de dividendes, en vertu d'une décision prise par l'assemblée générale de ses actionnaires ou porteurs de parts, dans les conditions prévues par la loi du 24 juillet 1966 modifiée, sur les sociétés commerciales". Ce n'est pas la première fois que le Conseil d'État refuse le bénéfice de l'avoir fiscal à des distributions de sommes ou valeurs qui ne sont pas des dividendes au sens classique du terme. Ainsi, dans un arrêt Gardet en date du 8 juillet 1992 , la Haute juridiction administrative n'avait pas accordé l'avoir fiscal aux sommes distribuées par une société anonyme à l'un de ses associés consécutivement au rachat de ses actions, au motif que les dividendes sont "des produits de l'épargne investie en actions, parts sociales ou parts bénéficiaires qui sont périodiques et renouvelables, prélevés sur le bénéfice ou les réserves et servis à l'ensemble des associés par suite d'une décision régulière de l'assemblée de la société". L'extrême précision de cette définition, et les conséquences qui pouvaient en résulter, ont à l'évidence conduit le Conseil d'État à infléchir sa position en 1995, sans toutefois remettre en cause son attachement à la notion privatiste de dividende comme critère de l'avoir fiscal ainsi qu'en atteste le renvoi aux articles 346 et suivants de la loi du 24 juillet 1966.

4. - La notion de dividende est donc bien au centre du débat. En refusant le bénéfice de l'avoir fiscal aux distributions présumées consécutives au changement de régime fiscal d'une société, le Conseil d'État prend une fois encore le contre-pied de la doctrine administrative , mais s'aligne sur les solutions retenues par l'administration fiscale elle-même en matière de distributions officieuses . Pour autant, l'harmonisation des solutions qui paraît se dégager de l'arrêt du 29 décembre 1995 masque mal certaines lacunes dans l'interprétation de l'article 158 ter. De sorte que si l'analyse menée par la Haute juridiction administrative est en apparence empreinte d'une profonde logique (I), elle est éminemment contestable au regard de la fonction première de l'avoir fiscal : celle d'éviter les doubles impositions (II).

## I. - UNE ANALYSE EN APPARENCE LOGIQUE

5. - À la lecture de l'article 158 ter du CGI, il paraît difficile d'accorder l'avoir fiscal à des distributions qui ne découlent pas à l'évidence "d'une décision régulière des organes compétents de la société"(A). Par suite, l'exonération du précompte mobilier devenait inévitable. Contrairement à la Cour administrative d'appel de Lyon qui, pour parvenir à ce résultat, s'était exclusivement fondée sur l'inapplicabilité de l'article 223 sexies -1 du CGI, le Conseil d'État se fonde ici sur l'article 158 ter. Le raisonnement est imparable : si les distributions, quelles qu'elles soient, ne bénéficient pas de l'avoir fiscal, la société distributrice ne peut être conduite à payer le précompte mobilier dans la mesure où ce dernier ne se justifie plus (B).

### *A. - Exclusion de l'avoir fiscal*

6. - On sait que l'avoir fiscal est accordé aux distributions qui sont des "dividendes" au sens de l'article 158 ter du CGI. Ce dernier pose deux conditions : 1°) il doit s'agir de produits d'actions, de parts sociales ou parts bénéficiaires dont la distribution est postérieure au 31 décembre 1965 ; 2°) qui résultent d'une décision régulière des organes compétents de la société.

7. - La première condition ne soulève guère de difficultés. Elle implique cependant que le bénéficiaire soit associé de la société et que la société distributrice soit assujettie à l'impôt sur les sociétés. La première exigence avait notamment conduit le Conseil d'État à refuser la qualification de dividende au sens de la convention "modèle OCDE" sur les doubles impositions , non seulement à des distributions faites à des non-associés , mais encore réalisées à leur profit mais sans que cette qualité ait motivé ces distributions . Par conséquent, la qualité d'associé représente tout aussi bien la condition sine qua non de la qualification de dividende que son motif déterminant . La seconde exigence est inévitable dans la mesure où seules les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés "distribuent" fiscalement leurs bénéfices et font profiter leurs membres de revenus de capitaux mobiliers (CGI, art. 108). Si ceux-ci sont imposés à l'impôt sur le revenu, les associés sont réputés les avoir appréhendés directement au niveau de l'entreprise à proportion de leurs droits respectifs (CGI, art. 8). Ces exigences n'étaient nullement contestées en l'espèce, contrairement à celle liée à la "décision régulière" de la société.

8. - La notion de "distribution régulière des organes compétents de la société" soulève une difficulté d'analyse qui, une fois surmontée, permet a priori d'écarter l'ensemble des distributions présumées. A priori, la neutralité des termes utilisés à l'article 158 ter précité n'implique pas nécessairement qu'il s'agisse de la décision annuelle d'affectation des bénéfices prise par l'assemblée générale des associés conformément à l'article 347, alinéa premier, de la loi du 24 juillet 1996. De sorte que l'on pourrait imaginer que la décision de distribution résulte des organes de gestion de l'entreprise au profit d'associés sans pour autant que les dividendes soient prélevés sur le bénéfice distribuable de l'exercice. Plus encore, la régularité de la décision dont il s'agit pourrait ne pas viser spécifiquement la décision de distribution stricto sensu mais toute décision qui a pu entraîner d'une façon ou d'une autre une distribution, même présumée, de revenus. Ainsi, pour l'application de l'article 111 bis du CGI, pourrait-on se contenter d'une décision qui affecte la forme de la société ou son régime d'imposition. Une telle interprétation de l'article 158 ter est sans doute excessive. Dans l'esprit du législateur c'est bien de la décision d'affectation des résultats dont il est question, mais simplement, il ne lui appartenait pas de prendre position sur un problème de compétence qui relève de la législation commerciale. Il s'ensuit que la lettre du texte ne peut à l'évidence pas conduire les distributions présumées de l'article 111 bis à bénéficier de l'avoir fiscal, ainsi que le constate très prosaïquement le Conseil d'État. Plus généralement, il ne fait pas de doute que le législateur entendait écarter du champ d'application de l'avoir fiscal l'ensemble des distributions présumées consécutives, ou non, à un redressement de la société (CGI, art. 109-I). Ceci ne sera pas sans conséquences quant au paiement du précompte mobilier.

### ***B. - Exonération du précompte mobilier***

9. - Si la solution du Conseil d'État n'est pas favorable aux associés, puisqu'ils ne pourront pas déduire l'avoir fiscal de leur imposition, elle est plus satisfaisante pour la société distributrice dans la mesure où elle n'aura pas à payer le précompte mobilier. Logiquement en effet, le précompte mobilier ne se justifie plus si les distributions n'ouvrent pas droit à l'avoir fiscal. Curieusement, la Cour administrative d'appel de Lyon était parvenue à la même solution, mais en se fondant exclusivement sur l'article 223 sexies -1 précité. Le Conseil d'État a fort justement rétabli le bon ordre des choses.

10. - Afin de justifier l'exonération du précompte mobilier, ladite juridiction lyonnaise avait estimé que les produits n'avaient pas été véritablement "prélevés" sur des sommes à raison desquelles la société n'avait pas été soumise à l'impôt sur les sociétés ainsi que l'impose l'article 223 sexies -1. L'argument

tombe de lui même. Il suffit pour s'en convaincre de rappeler brièvement le fondement juridique du précompte mobilier. Le bénéfice de l'avoir fiscal ne se justifie plus dès lors que les sommes distribuées, ou présumées telles, n'ont pas été soumises à l'impôt sur les sociétés. Plutôt que de refuser le bénéfice de l'avoir fiscal, source de complications, le législateur a préféré le "récupérer" en exigeant de la société une somme équivalente : le précompte mobilier . Il importe peu dès lors que les sommes distribuées aient été mises ou non effectivement à la disposition des associés. De ce point de vue, la nature du précompte mobilier ne diffère pas de celle de l'avoir fiscal ; dans l'un et l'autre cas, il s'agit d'une technique fiscale destinée à éviter les doubles exonérations ou les doubles impositions. Ce lien nécessaire entre l'avoir fiscal et le précompte mobilier explique la décision du Conseil d'État.

11. - Le raisonnement du Conseil d'État est dicté par le bon sens : l'avoir fiscal et le précompte mobilier sont indissolublement liés l'un à l'autre pour peu que les produits distribués n'aient pas été soumis au taux normal de l'impôt sur les sociétés ou qui l'aient été depuis plus de 5 ans (CGI, art. 223 sexies -1). En l'espèce, les bénéficiaires incorporés au capital avaient été exonérés de l'impôt sur les sociétés au titre des entreprises nouvelles. En refusant le bénéfice de l'avoir fiscal aux distributions consécutives au changement de régime fiscal de la société distributrice, le précompte mobilier perdait par-là même toute justification. De toute façon, il faut choisir : l'avoir fiscal pour les associés mais l'obligation de payer le précompte pour la société ou ni l'un ni l'autre. Le Conseil d'État a opté pour la deuxième solution, nous aurions préféré la première. En effet, si la solution adoptée par le Conseil d'État procède d'une application sans faille du mécanisme fiscal du précompte mobilier, on peut par contre librement s'interroger sur la pertinence du raisonnement qui a conduit la Haute juridiction administrative à refuser le bénéfice de l'avoir fiscal aux distributions présumées de l'article 111 bis du CGI.

## **II. - UNE SOLUTION CONTESTABLE AU REGARD DE LA FINALITÉ DE L'AVOIR FISCAL**

12. - D'aucuns se rejouiront sans doute que la société n'ait pas été assujettie au précompte mobilier, de telle sorte que l'administration fiscale ne reprenne pas d'une main l'exonération qu'elle avait accordée de l'autre. Sur ce plan, force est de constater que la solution paraît conforme à l'équité et ce d'autant plus que la société ne pouvait répercuter sur ses associés le montant du précompte puisqu'il s'agissait d'une distribution présumée de revenus . Il n'est pourtant pas certain que le réalisme fiscal y trouve son compte dans la mesure où le mécanisme de l'avoir fiscal imposait une lecture différente de l'article 158 ter. À

notre sens, le domaine d'application de l'avoir fiscal doit se déterminer en fonction de critères économiques et non juridiques tels que le dividende (A). Il reste que la décision du Conseil d'État commentée du 29 décembre 1995 vient après l'arrêt Gardet précité du 8 juillet 1992, qui marquent l'un et l'autre un certain renouveau du critère juridique, même si la dernière décision est plus en retrait sur ce point (B).

### ***A. - Prédominance du critère économique***

13. - Nous savons que l'article 158 ter du CGI définit l'avoir fiscal par référence aux dividendes. D'une façon générale pourtant, ils s'inscrivent l'un et l'autre dans deux logiques qui ne sont pas nécessairement convergentes. Il est incontestable que le législateur avait initialement une vision très "privatiste" des dividendes puisque selon les termes mêmes de l'exposé des motifs de la loi du 12 juillet 1965, l'avoir fiscal ne sera accordé qu'aux "revenus qui constituent la rémunération normale de l'épargne" . Une vision plus pragmatique de l'avoir fiscal conduit à le considérer comme une simple technique fiscale destinée à atténuer les conséquences des doubles impositions, sans qu'il soit fait référence à la notion de dividende. Comment expliquer ce dualisme ? Si l'avoir fiscal a toujours été conçu comme une technique de remboursement de l'impôt sur les sociétés, les motivations qui ont présidé à son institution ont évolué, si bien qu'à la veille des arrêts de 1992 et 1995, le critère économique devait logiquement prévaloir .

14. - À l'origine, l'avoir fiscal n'avait pas pour objectif de restituer intégralement l'impôt sur les sociétés aux associés, mais celui d'encourager les distributions de bénéfices, c'est-à-dire les dividendes au sens de la loi sur les sociétés commerciales . Ceci explique que l'avoir fiscal soit fortement lié à la notion de dividende ainsi qu'en témoigne l'article 158 ter du CGI lorsqu'il réserve l'avoir fiscal aux "distributions régulières des organes compétents de la société" ou l'instruction ministérielle en date du 24 février 1966, prise pour l'application de la loi de 1965, lorsqu'elle n'accorde le bénéfice de l'avoir fiscal qu'aux sommes "réparties entre tous les associés... au prorata des droits attachés à la qualité d'associé" . Il s'ensuit que l'avoir fiscal pouvait être légitimement justifié par référence à la notion de dividende telle qu'elle est comprise en droit privé, ou par le mécanisme qui le sous-tend : le remboursement, partiel à l'époque, de l'impôt sur les sociétés. Dans le premier cas, il faut conclure que la notion de dividende ne possède aucune autonomie en droit fiscal, dans la seconde, on doit considérer qu'elle est purement et simplement ignorée par cette matière. Par la suite, l'avoir fiscal s'est inscrit dans un courant visant à supprimer totalement les doubles impositions.

15. - Au vu de la spécificité de la matière fiscale, l'avoir fiscal va apparaître comme un moyen efficace et de portée générale destiné à éviter le phénomène de double imposition "économique" des bénéfices lorsque ces derniers ont déjà été imposés une première fois à l'impôt sur les sociétés puis une seconde fois entre les mains des associés . Avec la réduction de l'impôt sur les sociétés au taux de 33 1/3 %, combiné à l'avoir fiscal lui-même égal à la moitié du dividende perçu, la neutralité de l'impôt sur les sociétés est assurée de telle sorte que l'associé ne paiera finalement que le complément d'impôt destiné à amener le prélèvement fiscal sur les bénéfices au niveau de son taux marginal d'imposition . En définitive, l'avoir fiscal doit pouvoir s'appliquer chaque fois que des bénéfices distribués, ou réputés tels, sont susceptibles d'être imposés deux fois consécutivement, sauf si le bénéficiaire ne mérite aucune faveur. Cette dernière considération explique que les distributions présumées consécutives à un redressement du résultat (CGI, art. 109-I, 1°) seront imposées deux fois, à titre de sanction . Il en est ainsi notamment en matière de rémunérations excessives (art. 111 d). L'application de ce précepte aux distributions présumées de l'article 111 bis du CGI ne lui fermait pas pour autant les portes de l'avoir fiscal : est-ce en effet une faute que de profiter d'une option fiscale ? Quant aux distributions effectives que la loi présume être des revenus distribués (art. 109-I, 2°), tels les prêts et avances aux associés (art. 111 a), il n'est à craindre aucune double imposition puisqu'elles ne sont pas prélevées sur les bénéfices . Au final, il semble que l'avoir fiscal se soit détaché de toute référence à la notion privatiste de dividende pour s'inscrire dans une optique strictement économique. Les arrêts précités de 1992 et 1995 marquent cependant un renouveau contestable du critère "juridique".

### ***B. - Renaissance du critère juridique***

16. - Après avoir décidé que les sommes versées par une société à l'un de ses associés à la suite du rachat de ses actions ne pouvaient bénéficier de l'avoir fiscal au motif qu'il ne s'agissait pas de dividendes (8 juill. 1992 préc.), le Conseil d'État vient donc de juger, sous le même motif, que les distributions présumées consécutives au changement de régime fiscal de la société n'ouvraient pas davantage droit à ce crédit d'impôt. Les conséquences qui s'attachent à ce dernier arrêt nous paraissent claires. S'il est incontestable que cette dernière jurisprudence confirme le choix du dividende comme critère de l'avoir fiscal, cette décision traduit en réalité le rejet d'une définition trop restrictive et un retour à la lettre du texte. Est-ce à dire que l'arrêt Gardet est implicitement remis en cause ? Selon nous, si l'avoir fiscal ne

pouvait être accordé dans une telle hypothèse, ce n'est pas tant parce que la décision de rachat ne serait pas "régulière" au sens de l'article 158 ter, que parce qu'il ne s'agit pas de revenus mobiliers.

17. - Au terme de ces deux arrêts, la Haute juridiction administrative s'est attachée à détruire la qualification de dividende qui conduisait à accorder l'avoir fiscal aux distributions "litigieuses". La démonstration du Conseil d'État ne possédait pourtant pas la même envergure dans l'une et l'autre décisions. Alors qu'en 1992, il s'était aligné sans réserve sur la définition "sociétaire" des dividendes, le Conseil d'État a cette fois-ci réduit ses exigences. Incontestablement, le Conseil d'État a mis à profit les critiques qui n'avaient pas manqué à la suite de l'arrêt Gardet. En exigeant que les produits fussent "périodiques et renouvelables", ladite juridiction n'avait peut-être pas mesuré en effet toutes les conséquences qui s'y attachent. Ainsi notamment, le boni de liquidation confère traditionnellement le bénéfice de l'avoir fiscal, tout comme les sommes distribuées à la suite de l'amortissement du capital social. Fallait-il dès lors maintenir le "cap" et revenir sur ces solutions ? Cette délicate perspective incita le commissaire du Gouvernement, M.-P. Martin, à proposer l'amputation de la définition initiale des exigences susvisées. Ce faisant, la Haute juridiction administrative confirmait le rejet du critère économique de l'avoir fiscal tout en prenant ses distances vis-à-vis d'une application sans nuance du critère juridique. Elle optait ainsi pour la thèse de l'autonomie de la notion de dividende en droit fiscal. À cet égard, le renvoi aux articles 346 et suivants de la loi du 24 juillet 1966 était certainement maladroit, mais il illustre parfaitement les difficultés du Conseil d'État à se détacher d'une vision privatiste du dividende. Par suite, la référence à la "décision prise par l'assemblée générale des actionnaires" était elle-même critiquable puisque les distributions de dividendes peuvent tout aussi bien être décidées par les organes de direction de la société au cas d'acomptes sur dividendes (L. 24 juill. 1966, art. 347, al. 2) et bénéficier de l'avoir fiscal, ou d'une décision de justice lorsqu'elle constate un abus de majorité. En dépit de ces incertitudes, la décision du 29 décembre 1995 marque un net recul du Conseil d'État par rapport à la jurisprudence Gardet. Elle ne devrait cependant pas conduire la Haute juridiction à accorder l'avoir fiscal aux sommes consécutives au rachat des titres par la société dans la mesure où ces dernières ne peuvent décemment pas être qualifiées de revenus mobiliers.

18. - Avant même de savoir si les sommes distribuées sont des dividendes au sens de l'article 158 ter du CGI, encore faut-il qu'il s'agisse de revenus mobiliers tels que visés par les articles 108 et suivants du CGI. Aux termes de l'attendu de principe de l'arrêt du 8 juillet 1992 précité, le Conseil d'État dispose que "les sommes perçues par M. G. pendant les années en cause, à l'occasion de la cession de ses actions... n'avaient pas le caractère de dividende mais de plus-value et relevaient exclusivement du second alinéa de l'article 161". La qualification de plus-value a fait naître bien des interrogations en doctrine, en partie

parce que la position du Conseil d'État était sur ce point contradictoire. Tout se passe en effet comme si le montant des distributions est calculé comme une plus-value (CGI, art. 161, al. 2) mais imposé comme un revenu de capitaux mobiliers . En l'espèce, ces distributions furent imposées au titre des revenus de capitaux mobiliers, sans avoir fiscal. Ces solutions ne sont pas satisfaisantes. À l'évidence, le Conseil d'État devait tirer toutes les conséquences de la qualification "plus-value" et l'imposer en tant que telle, exactement comme si l'associé avait cédé ses titres à un tiers. Le même raisonnement devrait prévaloir en matière de boni de liquidation puisque l'excédent des sommes distribuées sur les apports s'analyse nécessairement en une plus-value. Quant à l'amortissement du capital social, il ne s'agit pas davantage d'un revenu mobilier mais d'un remboursement d'apports .

19. - La nature de revenus mobiliers des distributions, même présumées, de bénéfiques ou réserves consécutives à l'application de l'article 111 bis du CGI ne peut quant à elle être contestée. La question relative à l'application de l'article 158 ter était donc posée dans toute sa pureté. Le Conseil d'État a confirmé en 1995 le choix du dividende comme critère de l'avoir fiscal mais en lui conférant une certaine autonomie. La thèse de l'autonomie de la notion de dividende en droit fiscal était peut-être la plus séduisante ; elle est surtout la plus instable. La cohérence du raisonnement est ainsi mise en cause : on ne peut se servir d'un élément d'une construction privatiste sans vérifier que les autres conditions sont remplies, de sorte que le renvoi à une notion ne peut être sélectif sans quoi le critère retenu n'aurait aucune fiabilité. Contrairement à ce qu'affirme le Conseil d'État, les distributions présumées de l'article 111 bis devaient bénéficier de l'avoir fiscal, et corrélativement la société être assujettie au précompte mobilier. La notion de dividende sur laquelle se fonde la Haute juridiction administrative ne correspond plus à la finalité de l'avoir fiscal. Concrètement, ce dernier ne se justifie que par sa vocation première : celle qui en fait un crédit d'impôt destiné à supprimer les doubles impositions. Que reste-t-il désormais d'un texte, l'article 158 ter, dont l'esprit a largement dépassé la lettre ? Il faut en convenir, la notion de dividende n'existe pas en droit fiscal français à partir du moment où le texte qui la fonde est inapte par lui-même à en expliquer les applications. La notion de dividende n'est pratiquement plus utilisée dans le CGI, si bien qu'aujourd'hui, on peut estimer que la formulation de l'article 158 ter du CGI n'est qu'un "accident de l'histoire fiscale". Ainsi que le notait non sans humour M. Turot : "Il y a longtemps - 44 ans - que la notion de dividende a presque disparu du droit fiscal : elle a été dissoute en 1948 dans la notion de revenu distribué, par les articles 109 et suivants du CGI, aussi efficacement qu'une victime de Landru dans une baignoire d'acide". Historiquement inexacte, puisque le susdit incinérerait ses victimes , l'affirmation n'en reste pas moins juridiquement fondée. La solution est certes décevante, mais elle ne peut surprendre au regard de la fonction première de la matière fiscale : assurer des ressources stables à l'État. C'est aussi cela le réalisme du droit fiscal.

---

Cette question n'est pas sans rappeler celle relative à la qualification des distributions présumées au regard des conventions internationales sur les doubles impositions. Sur la question V. A. de Bissy, La notion de dividende, Aspects juridiques et fiscaux, thèse droit Toulouse, 1994, nos 350 et s., p. 160 et s. Ainsi que : G. Gest, La qualification des revenus réputés distribués au regard des conventions fiscales internationales : Dr. fisc. 1991, n° 48, chron. p. 1713 et s.

V. P. Serlooten, Droit fiscal des affaires, Ripert et Roblot, t. III, 4e éd., 1995, LGDJ, n° 349, p. 286.

CAA Lyon, 12 juin 1992 : Dr. sociétés avr. 1993, n° 84, p. 15, note M. Deslandes.

CE, 8 juill. 1992 : JCP 1993, éd. E, II, 383, concl. M.-D. Hagelsteen ; RJF 8-9/1992, n° 1172.

Instr. adm. 24 févr. 1966, prise pour l'application de la loi du 12 juill. 1965, § 58.

Infra n° 15 et Doc. adm. DGI FP 5-I-3221, p. 301.

Selon ce texte, les dividendes désignent : "Les revenus provenant d'actions, actions ou bons de jouissance, parts de mines, parts de fondateur ou autres parts bénéficiaires à l'exception des créances, ainsi que les revenus d'autres parts sociales soumises au même régime fiscal que les revenus d'actions par la législation de l'État dont la société distributrice est un résident". Une définition identique figure dans le modèle de l'ONU.

CE, 27 juill. 1984 : Dr. fisc. 1984, n° 39, comm. 1570, concl. Racine ; - 30 mars 1987 : Dr. fisc. 1987, n° 30, comm. 1434, note G. Tixier et X. Rhomer.

CE, 10 juin 1983 : D. 1984, p. 331, note G. Tixier et J.-P. Foucault. - CAA Paris, 22 mai 1990 : Dr. fisc. 1990, n° 51, comm. 2387, p. 1753.

Ainsi que le notait le Professeur Gest : "L'emploi de l'expression revenus d'autres parts sociales implique que, pour que l'on puisse parler de dividendes, non seulement le bénéficiaire de la distribution soit un associé, mais aussi que l'avantage considéré n'ait pu lui être procuré qu'à raison même de la détention des parts sociales", art. préc., p. 1713.

V. P. Serlooten, op. cit. n° 729, p. 513.

En ce sens, M. Deslandes, note préc.

Normalement ce sont les associés qui supportent le précompte mobilier dans la mesure où les dividendes effectivement versés sont réduits en conséquence. Ceci conduit la société distributrice à affecter aux distributions tout ou partie du bénéfice "précompte inclus".

Doc. fiscale F. Lefebvre, RM, III, n° 550.

Notre thèse, nos 337 et s., p. 153 et s.

En ce sens, M. Laure, Science Fiscale, PUF 1994, p. 145.

Instr. adm. 24 févr. 1966, § 54 et 55.

Elle se distingue ainsi de la double imposition "juridique" qui se produit lorsqu'un même contribuable est imposé deux fois par deux États différents.

En dépit de la contribution exceptionnelle de 10 % votée lors de la loi de finances rectificative pour 1995 du 4 août 1995 (JCP 1995, éd. E, III, 67573), puisqu'il s'agit d'un impôt juridiquement distinct de l'impôt sur les sociétés dont le taux reste fixé à 33 1/3 %. V. Dr. fisc. 1995, n° 31-36, p. 1293.

Prenons le cas d'une société IS qui réalise un bénéfice imposable égal à 100. Elle distribue 66,66 à son associé unique après paiement de l'IS à 33 1/3. Ce dernier percevra alors un revenu "reconstitué" égal à 100 soit le dividende augmenté de l'avoir fiscal (66,66 + 33 1/3 = 100). Si l'on suppose que l'associé est imposé à l'impôt sur le revenu au taux marginal de 50 %, il devra : 50 - 33 1/3 = 16,66. Soit une imposition globale de 33 1/3 (payé par la société) + 16,66 (payé par l'associé) = 50.

V. X. Rhomer, Les distributions irrégulières en droit fiscal interne et international, thèse droit Paris, 1989 p. 339. "Le caractère hybride des revenus distribués s'explique par la volonté du législateur de pénaliser le contribuable qui a choisi une voie de rémunération officieuse par rapport à celle plus officielle correspondant au versement de dividendes".

L'article 109-I, 2°) du CGI dispose ainsi que ne sont pas considérées comme des revenus distribués "toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfices". Pour arriver au même résultat, la doctrine fiscale "reproche" à ces distributions de ne pas être réparties au prorata des droits attachés à la qualité d'associé : Doc. fiscale F. Lefebvre, RM, III, n° 650.

Supra n° 8. En matière de réduction du capital par le rachat des titres d'un ou de plusieurs associés, la décision est prise par les organes de gestion de la société. En ce sens, M. Jeantin, Réduction du capital social in J.-Cl. Sociétés, Fasc. 163, nos 14 et 15.

V. chron. J. Turot, Rachat par une société de capitaux de ses propres titres : RJF 8-9/1992, p. 659 et s.

Doc. adm. DGI 4 J-1311, nos 16 et 17.

V. A. Chappert, Les incidences fiscales des opérations effectuées sur le capital des sociétés, 2e partie : Defrénois 1990, art. 34834, n° 47, p. 1000, spéc. n° 50.

Dr. fisc. 1996, n° 11, comm. 318.

Doc. adm. DGI série FE, 4 J 1311.

Cass. 1re civ., 12 mai 1987, n° 542 : Lexilaser Cassation, pourvoi n° 85-11.982. En l'espèce, après avoir été condamnée pour mise en réserve abusive des bénéfices, une société civile de gestion avait été assignée par deux de ses associés aux fins de délivrance des certificats d'avoir fiscal. Après avoir écarté le moyen tiré de son incompétence, la Cour de cassation fit droit à la demande en accordant l'avoir fiscal alors même que certains associés n'avaient pas réclamé leurs dividendes.

P. Losappio, Remarques sur le régime fiscal du rachat par une société de capitaux de ses propres titres : Petites affiches 26 janvier 1994, p. 16.

L'administration fiscale a fait savoir qu'elle continuerait à imposer ces distributions comme des revenus de capitaux mobiliers. En dernier lieu, cf. Rép. min. n° 46, à M. J. Brossard : JOAN Q, 13 nov. 1995, p. 4783.

Sur tous ces points, cf. notre thèse, op. cit. La qualification de revenu, nos 402 à 491.

J. Turot, chron. préc., p. 659.

A. Boudard, Les grands criminels, éd. Belfond-Le pré aux clercs, 1989, p. 89 et s.