

f Les nouvelles **iscales**

SYNTHÈSES & COMMENTAIRES DE L'ACTUALITÉ

- ✓ **La CJCE et la taxation des sorties de dividendes ?**
- ✓ **Fraude carroussel : la TVA et le mythe de Sisyphe**
- ✓ **Conjoncture immobilière à Paris et en Île-de-France**
- ✓ **Prélèvement sur les produits de placement à revenu fixe**



La CJCE serait-elle atteinte du syndrome de Janus face à la taxation des sorties de dividendes ?

Les mesures instaurées par les États membres de l'Union Européenne pour taxer les dividendes à la sortie font bien souvent l'objet d'une attention toute particulière de la part des autorités communautaires, ces dispositions étant notamment susceptibles de porter atteinte à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des capitaux.



Hervé ZAPF (1),
Avocat associé,
Société d'Avocats PDGB



James DU PASQUIER,
Avocat à la Cour,
Société d'Avocats PDGB



CJCE, 18 juin 2009, aff. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.

POUR EN SAVOIR PLUS :
CJCE, 14 déc. 2006, aff. C-170/05, *Denkavit International et Denkavit France*.

Repère : Lamy Fiscal 2009, § 1905 et s.

La liberté d'établissement est garantie par l'article 43 du Traité de Rome qui prévoit que : « *Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre...* »

Cet article a généré une abondante jurisprudence, telle que les récents arrêts *Keller Holding*⁽²⁾ ou *Denkavit*⁽³⁾ de 2006.

À l'occasion de son arrêt du 18 juin 2009, *Aberdeen*⁽⁴⁾, la Cour s'est prononcée sur l'application d'une retenue à la source sur les dividendes versés par une société finlandaise à des sociétés étrangères. Cette retenue à la source était autorisée par la convention fiscale internationale conclue entre la Finlande et le Luxembourg.

En l'espèce, une société d'investissement finlandaise avait sollicité un rescrit à l'Administration de cet État afin de s'assurer que les dividendes qu'elle distribuerait à sa société mère

luxembourgeoise, une SICAV exonérée d'impôt dans son État, ne seraient pas soumis à une retenue à la source en application notamment de la directive mère-fille.

Les services fiscaux finlandais ont refusé de satisfaire à cette attente en répondant que ces dividendes étaient soumis aux retenues à la source précitées, en se fondant sur le fait que les SICAV luxembourgeoises n'étaient pas visées par la directive mère-fille, et ne pouvaient être comparées aux sociétés anonymes finlandaises pour leur faire bénéficier des dispositions de cette directive.

Ces arguments n'ont nullement convaincu la société Aberdeen, puisque celle-ci a contesté cette réponse devant les juridictions nationales puis devant la CJCE.

Dans le cadre de cette affaire, la Cour était saisie de deux questions : **comment considérer que des sociétés pouvaient être comparables**, alors qu'il n'existait pas d'équivalent juridique au sein de l'autre État membre ? Si ces sociétés étaient reconnues com-

(1) Avocat membre de l'IACF.

(2) CJCE, 23 févr. 2006, aff. C-471/04, *Keller Holding*.

(3) CJCE, 14 déc. 2006, aff. C-170/05, *Denkavit International et Denkavit France*.

(4) CJCE, 18 juin 2009, aff. C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*.

me comparables, le fait de soumettre à une retenue à la source les dividendes de la société d'investissement finlandaise était-il contraire à la liberté d'établissement ?

Par une décision qui a fait grand bruit, la CJCE a considéré qu'une telle retenue à la source constituait une restriction à une liberté communautaire et a condamné la position de l'État finlandais.

→ La notion de sociétés comparables

La liberté des États membres en matière de droit des sociétés

La première question portait sur le caractère comparable de deux formes de sociétés qui ne connaissaient pas d'équivalent au sein de l'autre État

« La Cour n'a pas fait prévaloir une lecture extensive de la directive mère-fille »

membre. Le droit des sociétés n'a pas fait l'objet à l'heure actuelle d'une harmonisation, nonobstant les développements récents en matière de sociétés européennes.

En l'espèce, le gouvernement finlandais considérait que les caractéristiques juridiques et fiscales des fonds d'investissement finlandais ne mettaient pas de les considérer comme comparables aux SICAV luxembourgeoises, compte tenu des différences en matière de capital social, de droits des actionnaires et de régime fiscal applicable. Cette analyse était toutefois contredite par la Commission Européenne et par le gouvernement chypriote.

La Cour a, toutefois, conformément à sa jurisprudence précitée *Denkavit* du 14 décembre 2006, esquivé ce débat en refusant d'examiner les caractéristiques exactes de ces sociétés.

Dans un souci de rendre une solution applicable à l'ensemble des États membres, celle-ci a implicitement

reformulé la question qui lui était posée et a rappelé quelques principes. Elle énonce ainsi que l'existence de différences entre le droit des sociétés des différents États de l'Union Européenne et l'absence d'un certain type de sociétés dans un État membre ne saurait permettre d'affirmer que des sociétés ne sont pas comparables, les États disposant en la matière d'un pouvoir souverain. Il est vrai qu'admettre ce type d'argument de la part des États membres aurait permis de remettre en cause la liberté d'établissement dans de nombreuses circonstances.

La Cour a ainsi évité de se livrer à cette opération périlleuse qu'aurait été une interprétation du droit national, pour laquelle elle n'avait aucune compétence, puisque les juges de Luxembourg ne peuvent interpréter que le droit communautaire.

Le rôle joué par la directive mère-fille

La deuxième question portait sur l'absence d'application de la directive mère-fille du 23 juillet 1990⁽⁵⁾. Rappelons en effet que cette directive prévoyait dans sa rédaction de l'époque que les bénéficiaires distribués par une filiale à sa société mère sont exonérés de retenue à la source. Son application aurait permis à la société Aberdeen d'être purement et simplement dispensée de retenue à la source sur ses dividendes de source finlandaise.

La difficulté rencontrée par cette société est un problème qui est appelé à devenir récurrent, puisque la société requérante avait été constituée sous une forme non prévue par les rédacteurs de la directive. La question qui se posait était donc celle de la possibilité pour le juge d'élargir la liste des sociétés citées au sein de la directive. La Cour n'a pas fait œuvre d'innovation, puisqu'elle n'a pu que constater l'inapplicabilité de cette directive au

cas d'espèce, conformément à sa jurisprudence antérieure. Celle-ci a toutefois veillé à rappeler qu'en l'absence d'application de cette directive, il appartient aux États membres de prendre les mesures pour éviter la double imposition économique des dividendes distribués, ceux-ci doivent à cette occasion, respecter les libertés de circulation communautaire⁽⁶⁾, telles que la liberté d'établissement.

La Cour n'a ainsi pas fait prévaloir une lecture extensive de cette directive, qui aurait reposé sur les analogies entre les différentes formes de sociétés. Les contribuables qui ont recours à de nouvelles formes de sociétés sont donc informés du fait qu'ils ont tout intérêt à vérifier que la structure juridique qu'ils souhaitent utiliser est bien visée par cette directive, sous peine de ne pouvoir bénéficier que des libertés communautaires de droit commun.

Cette interprétation restrictive de la directive devrait vraisemblablement d'ailleurs être prochainement confirmée dans un arrêt *Gaz de France*⁽⁷⁾, au sujet des SAS, celles-ci n'étant pas comprises dans le champ d'application de la directive.

→ La restriction à la liberté d'établissement

Rappel et application de la jurisprudence relative à la liberté d'établissement

En l'espèce, la requérante a veillé à se prévaloir à titre subsidiaire des libertés de circulation de droit commun, en complément de son argumentation portant sur la directive mère-fille.

L'article 43 du traité invoqué en l'espèce interdit les restrictions à la liberté d'établissement. Cette liberté permet à des sociétés de créer des succursales, ou des filiales dans ▶

(5) Dir. Cons., n° 90/435/CEE, 23 juill. 1990.

(6) CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the Act Group Litigation* et CJCE, 8 nov. 2007, aff. C-379/05, *Amurta*.

(7) Voir sur ce point les conclusions de l'avocat général, M. Jan Mazak, prononcées le 25 juin 2009, *Gaz de France*.

d'autres États membres. L'application de cette liberté a permis de faciliter des sorties de capitaux, en invalidant l'*exit tax* ⁽⁸⁾, en considérant que l'équivalent britannique de l'*article 209 B du CGI*, tel qu'il était rédigé à l'époque ⁽⁹⁾, était contraire au droit communautaire, ou encore en étendant le champ d'application du régime d'intégration fiscale ⁽¹⁰⁾.

Cette liberté était applicable en l'espèce, car la société d'investissement finlandaise était une filiale à 100 % de la SICAV luxembourgeoise. Si le montant de la participation avait été moindre, la CJCE, aurait pu appliquer l'article relatif à la libre circulation des capitaux.

La Cour a veillé à conserver un raisonnement fondé sur l'interdiction des restrictions à la liberté d'établissement en montrant que le régime fiscal finlandais dissuadait les entreprises étrangères de créer des filiales en Finlande. Les sociétés finlandaises ne sont pas soumises à une retenue à la source sur les dividendes versés par leurs filiales finlandaises, tandis que les distributions effectuées au profit de sociétés mères étrangères subissent ce prélèvement.

Elle a ensuite fait application de sa jurisprudence *Denkavit* ⁽¹¹⁾ selon laquelle un État membre ayant adopté une législation permettant de préserver les sociétés mères résidentes d'une imposition en chaîne sur les bénéfices distribués par une filiale résidente doit également étendre cette mesure aux sociétés mères non-résidentes se trouvant dans une situation comparable. La Cour refuse que les sociétés mères étrangères soient moins bien traitées fiscalement que les sociétés nationales.

En l'espèce, cette interprétation permet de faire obstacle à une retenue à la source à l'encontre des seuls dividendes distribués à des sociétés étrangères.

L'absence de justification pertinente de la restriction à la liberté d'établissement

Le gouvernement finlandais défendait sa législation de différentes manières.

Il veillait à souligner que la SICAV luxembourgeoise, exonérée d'impôt dans son État, n'aurait pas été autorisée, en l'état du droit applicable en Finlande à l'époque des faits, à effectuer les investissements immobiliers réalisés par sa filiale.

La Cour a toutefois rejeté cette justification en rappelant que les différences existant dans le droit des sociétés des différents États membres ne sauraient justifier une restriction à une liberté communautaire.

Il affirmait ainsi que les dividendes versés par le fonds d'investissement finlandais ne feraient pas l'objet d'une imposition entre les mains de la SICAV luxembourgeoise, ce qui justifiait l'application d'une retenue à la source.

Cet argument n'a pas été jugé recevable, car en l'espèce, les dividendes versés par les sociétés finlandaises à leur société mère étaient exonérés, de même que les dividendes versés par les sociétés finlandaises visées par la directive du 23 juillet 1990 à leurs sociétés mères étrangères. Seuls les dividendes versés à une société mère étrangère étaient susceptibles d'être imposés.

Ce moyen manquait donc en fait.

La Cour a également remarqué qu'il manquait en droit car la Finlande n'exposait nullement le fondement juridique qui lui permettait d'imposer des dividendes lorsque l'autre État membre choisissait de ne pas les taxer. L'Avocat Général avait d'ailleurs rappelé au sein de ses conclusions qu'un traitement fiscal défavorable contraire à une liberté fondamentale ne saurait être justifié par l'existence d'autres avantages fiscaux ⁽¹²⁾.

L'Italie soulevait un dernier argument pour justifier la position de la Finlande. Cet État faisait en effet valoir que l'imposition en chaîne des SICAV devait être effectuée au niveau des associés et non pas au niveau de la société. Cet argument permettait de justifier les mesures d'exonération accordées par la Finlande à l'occasion des distributions effectuées au profit des sociétés nationales. Il permettait également de justifier la mise

en place d'une retenue à la source lors des distributions à des personnes étrangères, en application du droit des États membres à exercer leur compétence fiscale. La Finlande ne pouvait pas taxer autrement ces dividendes, puisque les associés sont hors de sa compétence fiscale.

Cette argumentation n'a toutefois pas été retenue, car l'État finlandais dispose parfaitement d'un droit à imposer les bénéfices réalisés sur son territoire en imposant directement le résultat des sociétés avant qu'elles ne distribuent leur bénéfice à leur société-mère.

COMMENTAIRE

La Cour a reconnu en l'espèce que la Finlande avait violé le droit communautaire, sans pouvoir présenter de justification appropriée. Il est donc possible de bénéficier d'avantages équivalents à ceux octroyés par la directive mère-fille, en invoquant simplement les règles applicables aux libertés de circulation au sein de l'Union Européenne. Cette position de la Cour reste toutefois à confirmer dans la mesure où celle-ci veille à respecter la souveraineté fiscale des États membres, lorsque la directive mère-fille n'est pas applicable, comme cela devrait prochainement être rappelé dans l'arrêt *Gaz de France* ⁽¹³⁾.

À l'image de Janus, le dieu romain aux deux visages, la CJCE est elle aussi contrainte de présenter deux visages pour concilier des objectifs contradictoires, en fonction de l'argumentation des parties au litige.

(8) CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*.

(9) CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

(10) CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-418/07, *Papillon*.

(11) CJCE, 14 déc. 2006, aff. C-170/05, *Denkavit International et Denkavit France*.

(12) CJCE, 6 juin 2000, aff. C-35/98, *Verkoijen*.

(13) Rappelons en effet que dans cette affaire, l'avocat général a conclu au vu des arguments présentés par les parties et au vu des faits de l'espèce à la conformité au droit communautaire de la retenue à la source allemande portant sur des dividendes distribués à une société française. En l'espèce, les parties n'avaient pas invoqué les libertés communautaires de circulation.