

Petites **a**ffiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés : Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

398^e année - 1^{er} DECEMBRE 2009 - N^o 239 - 1,50 euro

lextenso éditions

ACTUALITÉ	BRÈVES	2
	CALENDRIERS	3
	PROFESSIONS	4
	Olivia Dufour	
	L'AFJE fête ses quarante ans !	
DOCTRINE	DROIT FISCAL	6
	Hervé Zapf et James Du Pasquier	
	De l'intérêt pour le fiscaliste de maîtriser les libertés de circulation au milieu du dédale du droit communautaire...	
CHRONIQUE	DROIT DU PATRIMOINE	9
	Par une équipe du Centre de recherches sur l'entreprise, les organisations et le patrimoine (Université de Limoges), sous la coordination de Bernard Vareille, professeur à l'Université de Limoges	
	Chronique du patrimoine (Suite et fin)	
CULTURE	HISTOIRES DE L'HISTOIRE	21
	Jean-Pierre Thomas	
	Un si joli couple	
	À L'AFFICHE	22
	Marie Mignon-Gardet	
	L'avare	
	LIVRES DES AMATEURS	23
	Bertrand Galimard Flavigny	
	Dis-moi quelle est ta devise ?	

[REPÈRES]

■ page 4

L'AFJE fête ses quarante ans !

Olivia Dufour

C'est en grande pompe que l'Association française des juristes d'entreprise a fêté son quarantième anniversaire le 18 novembre dernier.

L'Association, qui tenait en même temps son assemblée générale annuelle, avait choisi le musée du Quai Branly pour l'occasion et invité Thierry Desmarest, le président de Total, à intervenir lors de la cérémonie.

www.petites-affiches.com

Rédaction (24 pages) - Annonces pour les départements 75, 92, 93, 94 (32 pages)

ÉDITION
QUOTIDIENNE
DES JOURNAUX
JUDICIAIRES
ASSOCIÉS

Petites **a**ffiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

LA LOI
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

JOURNAL AGRÉÉ POUR PUBLIER LES ANNONCES LÉGALES DANS LES DÉPARTEMENTS DE PARIS, HAUTS-DE-SEINE, SEINE-SAINT-DENIS, VAL-DE-MARNE

DE L'INTÉRÊT POUR LE FISCALISTE DE MAÎTRISER LES LIBERTÉS DE CIRCULATION AU MILIEU DU DÉDALE DU DROIT COMMUNAUTAIRE...

Les libertés issues des traités constituent les piliers du droit communautaire. Si la multiplication et la profusion de directives et règlements tendent à occulter leur importance, deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, viennent toutefois de rappeler leur rôle pratique pour le fiscaliste.

Les États membres de l'Union européenne ont adopté un certain nombre de retenues à la source pour taxer les sorties de matière imposables, telles que des dividendes, des plus-values ou des rémunérations diverses et variées. De telles mesures sont d'ailleurs souvent autorisées par les conventions fiscales internationales bilatérales conclues entre les États.

Ces retenues à la source sont soumises au droit communautaire comme la Cour de justice des Communautés européennes vient de nouveau de le rappeler à l'occasion de son arrêt *Aberdeen* (1) qu'il s'agisse du droit communautaire dérivé ou des libertés fondamentales prévues par le Traité de Rome, nonobstant toute autre disposition légale ou contractuelle.

En l'espèce, la société *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, une société d'investissement, avait été créée en Finlande pour réaliser un certain nombre d'opérations immobilières au profit de sa société mère, une Sicav luxembourgeoise. Afin de garantir la viabilité économique de ce montage, il était nécessaire que les dividendes dégagés par la société d'investissement finlandaise ne soient soumis à aucune retenue à la source en Finlande. Ces derniers auraient en effet été ensuite exonérés d'impôt au Luxembourg en raison de la législation applicable dans cet État sur la taxation des Sicav, avant d'être finalement imposés entre les mains des actionnaires des Sicav.

Afin de s'assurer de la régularité juridique de ce montage, la société d'investissement finlandaise a sollicité auprès de son administration fiscale un rescrit afin de s'assurer qu'aucune retenue à la source ne serait pratiquée sur les dividendes qu'elle reverserait à sa société mère.

Les services fiscaux de cet État ont toutefois refusé d'accéder à cette demande en considérant que ces dividendes devaient subir une retenue à la source en Finlande. Au sein de leur réponse, ils exposaient que la directive mère-fille du 23 juillet 1990 était en l'espèce inapplicable car les Sicav luxembourgeoises n'étaient pas visées par cette directive. Ils se prévalaient également du fait que les Sicav luxembourgeoises n'étaient pas assujetties à l'impôt dans leur État. Enfin, l'administration affirmait que les Sicav luxembourgeoises et les sociétés d'investissement finlandaises n'étaient pas comparables.

La société *Aberdeen* a contesté cette réponse d'abord devant ses juridictions nationales puis devant la Cour de justice des Communautés européennes. Précisons que la requérante avait eu l'habileté de la contester aussi bien au regard de la directive mère-fille qu'au regard des libertés communautaires de circulation.

Cette argumentation s'est révélée fructueuse, puisque la Cour de justice des Communautés européennes a confirmé sa jurisprudence sur l'interprétation de la directive mère-fille, mais a condamné la Finlande pour avoir porté atteinte à la liberté d'établissement.

I. Le champ d'application de la directive mère-fille

A. La directive du 23 juillet 1990

La directive mère-fille interdit aux États membres d'instaurer des retenues à la source lors des distributions de bénéfices et oblige les États membres à éviter une double imposition des bénéficiaires. L'objectif des rédacteurs de ce texte était de faciliter l'émergence de groupes de sociétés européens. La directive a donc veillé à aplanir tout obstacle de nature fiscale qui pourrait faire échec à ce but (2).

À l'issue de sa modification par la directive du 23 décembre 2003, celle-ci est désormais applicable à toute société qui détient plus de 10 % du capital social d'une autre société au 1^{er} janvier 2009. Les États membres peuvent toutefois imposer une obligation de détention minimale des parts sociales. Cette modification de 2003 a permis d'élargir le champ d'application de la directive à de nouvelles entités et a réduit le pourcentage de détention minimale exigé pour bénéficier de cette directive. Mais celle-ci a toutefois conservé le principe d'une liste de sociétés éligibles.

Son champ d'application reste également limité à une liste d'impôts spécifiquement visés par la directive du 23 juillet 1990 complétée par la directive du 23 décembre 2003.

Elle doit également être considérée comme ayant son domicile fiscal au sein de l'État membre.

Enfin, la société doit être assujettie à une forme d'impôt sur les sociétés prévue par la directive.

En l'espèce, la société mère de la requérante n'avait pas une forme sociale prévue par la directive mère-fille ; elle n'était par ailleurs pas soumise à un impôt sur les sociétés. L'administration fiscale a tiré argument de ce fait pour refuser d'appliquer la directive.

La Cour de justice des Communautés européennes n'a pu que constater cet état de fait et déclarer la directive inapplicable en l'espèce.

(1) CJCE, 18 juin 2009, *Aberdeen*, aff. n° C-303/07.

(2) V. sur ce point, les paragraphes n°s 46 et 47 des conclusions de l'avocat général Sharpston dans le cadre de l'affaire *Les Vergers du Vieux Tauves* [aff. n° C-48/07], auxquelles l'avocat général Ján Mazák s'est référé au sein de ses propres conclusions dans l'affaire *Aberdeen*.

B. L'interprétation de la directive mère-fille

La question posée aux juges de la Cour de justice des Communautés européennes portait sur la possibilité d'interpréter la directive mère-fille de manière extensive en l'appliquant à de nouvelles formes de sociétés non prévues par ce texte.

Les juges finlandais invitaient ainsi la Cour de Luxembourg à apprécier le caractère comparable de formes de sociétés non visées au sein de la directive. À cette fin, ils comparaient notamment le capital social de différentes sociétés, le régime d'imposition de ces dernières et le fait qu'elles soient citées au sein de la directive mère-fille.

Afin d'éviter d'effectuer une analyse des différents droits nationaux pour laquelle elle n'avait aucune compétence, la Cour de Luxembourg s'est limitée à rappeler les principes du droit communautaire.

Elle a ainsi exposé que les États membres établissent souverainement les règles applicables à leurs sociétés, il est donc inutile d'invoquer une différence au sein du droit des sociétés pour refuser l'application du droit communautaire. Elle a ainsi refusé tout débat portant sur le caractère comparable ou non comparable de sociétés, et ce qu'elles existent ou non au sein de l'autre État membre.

Elle a ensuite rappelé sa jurisprudence antérieure sur l'interprétation de cette directive, à savoir que celle-ci devait recevoir une interprétation stricte (3). Celle-ci ne peut pas faire l'objet d'une interprétation par analogie.

Le choix d'une méthode d'interprétation stricte de la directive a d'ailleurs récemment été confirmé dans un arrêt *Gaz de France* (4). En l'espèce, la Cour de justice des Communautés européennes était amenée à se prononcer sur la possibilité de faire application de la directive à une société mère constituée sous la forme de SAS, avant la modification de la directive en 2003. Rappelons en effet que les SAS n'ont été citées dans la liste des sociétés pouvant se prévaloir de la directive qu'en 2003. Dans cette affaire, la Cour a constaté qu'avant 2003, les SAS n'étaient pas citées au sein de la liste des formes sociales prévues en annexe de la directive, elle en a déduit qu'une SAS ne pouvait pas bénéficier à cette date de ses dispositions, nonobstant le fait qu'elle présente des ressemblances avec des sociétés visées à l'annexe de la directive.

On peut également déduire de ce raisonnement rigoureux que celui-ci devrait être également transposable à un autre aspect de ce texte : la liste des impôts cités dans la directive. Il est en effet fort probable que si la Cour devait se prononcer sur le cas d'une société soumise à un impôt non cité au sein de la directive, la Cour devrait adopter un raisonnement analogue. Les juges devraient considérer que le

fait d'être imposé à un impôt non prévu par la directive exclu de ce seul fait une société du champ d'application de cette directive.

Les contribuables seraient bien inspirés d'y veiller lorsqu'ils optent pour une exonération d'impôt sur les sociétés. Ceux-ci ne rempliront alors plus toutes les conditions pour bénéficier de la directive. Ils s'exposeront alors au risque de devoir recevoir des dividendes amputés d'une retenue à la source.

La Cour a ensuite examiné si la législation finlandaise enfreignait les libertés communautaires prévues par le Traité de Rome. Les États membres bénéficient d'un droit souverain à établir un système fiscal, celui-ci est toutefois conditionné au respect du droit communautaire (5).

Elle a suivi à cette occasion un raisonnement similaire à celui qu'elle avait pu adopter en 2007 lors de l'arrêt *Amurta* (6).

II. Le champ d'application de la liberté d'établissement

A. La violation de la liberté d'établissement

En l'espèce, la société *Aberdeen* avait invoqué également les libertés communautaires de circulation. Elle invoquait la liberté d'établissement en raison du fait que la société mère luxembourgeoise détenait 100 % du capital de la société d'investissement finlandaise. La liberté de circulation des capitaux aurait pu être également invoquée si le pourcentage de détention des parts sociales avait été plus faible.

Rappelons que la liberté d'établissement a notamment permis d'interdire aux États membres d'exercer des discriminations, même minimales entre des sociétés, sur le fondement du lieu d'établissement de leur siège (7).

La Cour a examiné s'il existait une violation de cette liberté. Elle a alors constaté que les dividendes versés par les sociétés mères finlandaises par leur filiale finlandaise ne faisaient pas l'objet d'une taxation, alors que les dividendes versés par cette même filiale à leur société mère à l'étranger étaient taxés.

Les arguments avancés par la Finlande pour affirmer que ces sociétés n'étaient pas comparables n'ont pas été retenus.

Celle-ci a alors rappelé sa jurisprudence antérieure — la jurisprudence « *Denkavit* » (8) — selon laquelle le choix d'un État membre de préserver les sociétés mères résidentes d'une imposition en chaîne sur les bénéfices distribués par une filiale résidente l'oblige à étendre cette mesure aux sociétés mères non résidentes se trouvant dans une situation comparable.

[3] À titre d'exemple, CJCE, 4 octobre 2001, *Athinaiki Zythopoiia AE*, aff. n° C-294/99.

[4] CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Gaz de France*, aff. n° C-247/08.

[5] CJCE, 11 août 1995, *Wielockx*, aff. n° C-80/94.

[6] CJCE, 8 novembre 2007, *Amurta*, aff. n° C-379/05.

[7] CJCE, 21 septembre 1999, *Compagnie de Saint Gobain*, aff. n° C-307/97.

[8] CJCE, 14 décembre 2006, *Denkavit*, aff. n° C-170/05.

Elle n'a donc pu que constater l'existence d'une violation du droit communautaire.

B. L'absence de justification de l'atteinte à la liberté d'établissement

L'État finlandais a tenté de justifier sa position en invoquant différents arguments.

Il se prévalait de son droit à lutter contre l'évasion fiscale, en signalant que les dividendes litigieux n'étaient pas imposés au Luxembourg. Selon le gouvernement finlandais, cette mesure permettait de faire obstacle aux comportements visant à transférer la matière imposable dans des États où elle serait exonérée d'impôt, comme en l'espèce.

Le Cour n'a toutefois pu qu'écartier cet argument en rappelant que si cette exception pouvait justifier une violation de la liberté d'établissement ce n'était qu'à la condition qu'elle vise des montages purement artificiels dont l'objectif est d'échapper à la législation de l'État membre concerné (9). La législation finlandaise litigieuse n'avait manifestement pas cet objectif.

La Finlande invoquait également le droit d'obtenir une répartition équilibrée de son pouvoir d'imposition. Cet argument a été rejeté pour deux raisons. D'abord, la Finlande dispose d'un droit à imposer les bénéfices des sociétés implantées sur son territoire. Ce droit ne permet toutefois pas de justifier une taxation des dividendes

distribués à des sociétés étrangères et une exonération des dividendes distribués aux sociétés nationales (10).

Enfin l'argument relatif à la cohérence du régime fiscal est également rejeté. Ce principe reconnu en 1992 (11) n'est reconnu que de manière exceptionnelle, alors qu'il est systématiquement invoqué par les États membres. Il n'est donc guère surprenant de constater que cet argument ait été une fois de plus rejeté. En l'espèce, la Cour expose en effet qu'il n'aurait été recevable que si l'exonération des dividendes distribués aux sociétés nationales avait été subordonnée à une redistribution des dividendes reçus par ces sociétés et à leur imposition à cette occasion.

Cet arrêt apporte en fait un double enseignement. Il rappelle que la directive mère-fille est d'interprétation stricte et invite ainsi les contribuables à vérifier si la forme sociale et le régime fiscal qu'ils ont choisis peut bénéficier de ce régime. Il rappelle également l'intérêt de se prévaloir des libertés communautaires, qu'il est facile d'oublier au milieu du labyrinthe qu'est devenu le droit communautaire.

Hervé ZAPP
Membre de l'IACF
Avocat associé

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

[9] CJCE, 16 juillet 1998, ICI, aff. n° C-264/96, Rec. CJCE, p. I-4695, pt 26, ainsi que arrêts CJCE, 13 décembre 2005, Marks & Spencer, aff. n° C-446/03, pt 57 ; CJCE, 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas, aff. n° C-196/04, pt 51 et CJCE, 12 décembre 2006, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, aff. n° C-374/04, pt 72.

[10] CJCE, 8 novembre 2007, Amurta, préc., v. pt n° 2.

[11] CJCE, 28 janvier 1992, Bachmann, aff. n° C-204/90.

Petites affiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

RECEVEZ LE JOURNAL

► 5 FOIS PAR SEMAINE

- la doctrine, les notes et les chroniques rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- l'actualité professionnelle et législative,
- les informations légales pour suivre la vie juridique des sociétés,
- les numéros spéciaux
- les dossiers de l'Europe

Petites Affiches



RECHERCHER SUR LE CD-ROM ANNUEL

- Accédez instantanément à l'ensemble du rédactionnel des Petites Affiches publié depuis 1997 de chez vous, lors de vos déplacements, sans connexion internet.
- Un mode de recherche "full-text" et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.

CONSULTEZ LES ARCHIVES EN LIGNE sur www.lextenso.fr **lextenso.fr**

- Menez vos recherches par mot-clé, date ou auteur directement en ligne, en bénéficiant d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.
- Accédez sans limite à l'ensemble des archives des Petites Affiches depuis 1995 et consultez les résultats de vos recherches dans nos 8 bases partenaires de référence :
 - Gazette du Palais
 - Bulletin Joly Sociétés
 - Bulletin Joly Bourse
 - Revue Générale du Droit des Assurances
 - Revue des Contrats
 - Revue du Droit public
 - Répertoire Deffrénois
 - Cahiers Sociaux du Barreau de Paris



Petites Affiches - Service Diffusion
2, rue Montesquieu 75041 Paris CEDEX 01
TÉL.: 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91
Email : diffusion@petites-affiches.com