

CHRONIQUE

DROIT FISCAL



CARINE SABOT
Associé
Ernst & Young
Société
d'avocats

DES DÉCISIONS DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE RICHES EN ENSEIGNEMENTS

L'actualité jurisprudentielle européenne ne cesse de bousculer les lois établies dans les États membres, notamment en matière de retenues à la source. En effet, ces impositions lorsqu'elles divergent dans leur principe pour des opérations concernant des entités résidentes de l'État ou celles d'un autre État membre peuvent être jugées contraires à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des capitaux. Cette volonté claire de la CJUE (mais également de la Commission par voie d'actions en manquement) est une preuve de l'intégration européenne et de la primauté des principes posés par le Traité de l'Union européenne. Néanmoins, l'ampleur des conséquences financières qui pourraient en découler pour les budgets des États membres n'est pas de bon aloi dans le contexte économique actuel. Il est ainsi à craindre que certains États soient tentés par l'instauration de retenues à la source locales (*i. e.* applicables aux relations entre entités résidentes de cet État et non seulement aux entités non résidentes) plutôt que par l'abrogation de ces retenues à la source dans un contexte communautaire.

Les décisions récentes, qui seront détaillées dans la présente chronique, sont des signes positifs donnés pour les contribuables ayant déposé des réclamations contentieuses contestant l'application de retenues à la source sur dividendes lorsque ceux-ci sont versés à des entreprises de l'Union européenne ou à des fonds d'investissements établis dans l'Union européenne.

1. Décision *Accor* concernant l'incompatibilité du système du précompte et de l'avoir fiscal avec la liberté d'établissement et de circulation des capitaux

La CJUE a rendu le 15 septembre dernier¹, une décision très attendue concernant la question de la compatibilité du système de précompte et d'avoir fiscal avec les liber-

tés fondamentales reconnues par le traité de l'UE. Dans la lignée de sa jurisprudence en matière de discrimination portant sur les distributions², la CJUE a jugé le système du précompte et de l'avoir fiscal contraire à la fois à la liberté d'établissement et à la liberté de circulation des capitaux.

La société *Accor* avait perçu au titre des exercices 1998 à 2000 des dividendes de filiales établies dans d'autres États membres de l'Union européenne, et avait acquitté lors de leur redistribution à ses propres actionnaires un précompte mobilier s'élevant respectivement, au titre des exercices 1999 à 2001, à 323 millions de francs, 359 millions de francs et 341 millions de francs. La société a demandé le 21 décembre 2001 le remboursement dudit précompte mobilier en arguant de son incompatibilité avec les articles 43 et 56 du traité de l'Union européenne, dans la mesure où la distribution de dividendes de sociétés françaises, par le jeu de l'avoir fiscal ne donnait pas lieu au paiement du précompte mobilier, alors que la distribution de dividendes de sociétés de l'Union européenne donnait lieu à un tel paiement. Elle soutenait également que le système du précompte mobilier était contraire aux dispositions de l'article 4 de la Directive portant sur le régime des sociétés mères et filiales (directive 90/435). Cet argument, commenté brièvement dans les conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, a été rejeté par le Conseil d'État qui a considéré, à raison, que le précompte ne s'appliquait pas au titre des dividendes reçus des filiales étrangères (couverts par la Directive précitée) mais sur la distribution par la société mère en cause à ses propres actionnaires.

Le tribunal administratif de Versailles, ainsi que la Cour administrative de Versailles ayant donné raison à la société *Accor*, le ministère des Finances s'est pourvu en cassation

1. CJUE 15 septembre 2011, *Accor*, C-310/09.

2. Notamment CJUE 7 septembre 2004, *Petri Manninen*, C-319/02, et CJUE 14 décembre 2006, *Denkavit*, C-170/05.

auprès du Conseil d'État qui a sursis à statuer (probablement compte tenu notamment des enjeux financiers en cause³ et des arguments soulevés par le ministère des Finances sur certaines questions comme notamment celle de l'enrichissement sans cause) et a posé à la CJUE les questions préjudicielles suivantes :

« 1. Les articles 56 (CE) et 43 (CE) doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à un régime fiscal ayant pour objet d'éliminer la double imposition économique des dividendes qui :

Permet à une société mère d'imputer sur le précompte dont elle est redevable lors de la redistribution à ses actionnaires des dividendes versés par ses filiales, l'avoir fiscal attaché à la distribution de ces dividendes s'ils proviennent d'une filiale établie en France ;

Mais n'offre pas cette faculté si ces dividendes ont pour origine une filiale établie dans un autre État membre [...] »

2. en cas de réponse affirmative [...], le droit à restitution des sommes perçues sur le fondement d'une mesure contraire à la liberté d'établissement ou à la liberté de circulation des capitaux « fait-il obstacle :

À ce que l'administration puisse s'opposer au remboursement des sommes payées par la société mère au motif que cette restitution entraînerait pour celle-ci un enrichissement sans cause » ;

Et en cas de réponse négative, à ce que la circonstance que la somme acquittée par la société mère ne constitue pas une charge fiscale mais s'impute sur la masse des réserves distribuables puisse être opposée pour faire obstacle à la restitution desdites sommes

3. « les principes d'équivalence et d'effectivité font-ils obstacle à ce que la restitution des sommes en cause [...] soit subordonnée à la condition [...] que le redevable apporte les éléments qu'il est le seul à détenir et relatifs, pour chaque dividende en litige, notamment au taux d'imposition effectivement appliqué et au montant de l'impôt effectivement acquitté à raison des bénéfices réalisés par ses filiales installées dans les autres États membres [...] »

Après avoir rejeté les demandes de réouverture de la procédure orale, en considérant que la procédure ne prévoyait pas la possibilité pour les parties de présenter des observations aux conclusions de l'avocat général et qu'elle disposait de l'ensemble des éléments pour répondre aux questions posées, la CJUE a apporté des réponses à l'ensemble des questions soulevées par le CE.

1.1. Le caractère contraire aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux

En premier lieu, la Cour a constaté que les dispositions du Code général des impôts en matière d'avoir fiscal et de précompte établissaient un traitement des dividendes versés par des filiales établies dans d'autres pays membres moins favorable que celui applicable aux dividendes de sociétés françaises. En effet, la Cour a relevé que même si les distributions de dividendes de sociétés françaises et de sociétés européennes étaient toutes deux exonérées d'impôt sur les sociétés (en application du régime des sociétés mères et filiales), et qu'elles étaient soumises toutes deux au précompte, l'avoir fiscal attaché aux dis-

tributions de sociétés françaises pouvait s'imputer sur le précompte, annulant ainsi la charge de précompte. La CJUE a ainsi considéré que cette discrimination, en ce qu'elle affectait les sommes pouvant être distribuées par la société mère à ses actionnaires pouvait constituer un frein à la liberté d'établissement de la société mère dans d'autres États membres de l'Union européenne.

La CJUE a ainsi rejeté les arguments avancés par le ministère des Finances qui soutenait que :

– d'une part, la réglementation en cause ne pouvait être jugée contraire au Traité, dans la mesure où la différence de traitement dépendait en grande partie de la décision des organes sociaux des sociétés (redistribution de dividendes de filiales françaises) ;

– d'autre part, dans la mesure où le précompte s'imputait sur les réserves distribuables, il n'affectait pas la société elle-même mais ses actionnaires.

Sur le premier point, la Cour a suivi l'analyse de l'avocat général, dans ses conclusions du 22 décembre 2010⁴. Le gouvernement français soutenait que l'atteinte à la liberté d'établissement n'était pas liée à la législation française mais au choix de l'entreprise de redistribuer ou non les dividendes de filiales étrangères, que le Gouvernement qualifiait de « tellement hypothétique que ces dispositions ne pourraient être considérées comme constituant une entrave à la libre circulation des capitaux »⁵. Or, ainsi que le souligne la Cour, la différence de traitement entre la redistribution des dividendes de filiales françaises non effectivement soumise au précompte par le jeu de l'avoir fiscal et celle des dividendes de filiales situées dans d'autres États membres (et donc potentiellement diminuée du coût du précompte) apparaît claire. Par ailleurs, comme le souligne l'avocat général, la question n'était pas de savoir si la société aurait pu éviter le précompte mais si l'application du précompte était constitutive d'une restriction à sa liberté d'établissement ou de mouvements de capitaux.

La Cour a ainsi considéré que le précompte prélevé sur les distributions émanant d'une société ayant reçu des dividendes de filiales de l'Union européenne pouvait affecter le rendement pour ses actionnaires et donc ses capacités à se financer ; elle pouvait dès lors influencer négativement sur ses décisions d'établissements dans d'autres États membres.

Le gouvernement français considérait en outre qu'en application des conventions fiscales, les actionnaires non résidents devaient pouvoir obtenir remboursement du précompte et qu'en conséquence, la différence n'affectait que les actionnaires résidents. La Cour affirme à cet égard que « quand bien même, ainsi que l'affirme le gouvernement français, la réglementation en cause au principal n'aurait pas d'effets sur la situation des actionnaires non résidents, la cir-

3. Ainsi que l'a noté l'avocat général Paolo Mengozzi dans ses conclusions en date du 22 décembre 2010, l'enjeu budgétaire de ces questions est de taille. En effet, même si ces questions portent sur un régime aboli, les litiges portant sur ce sujet représentent un enjeu estimé à 3 milliards d'euros.

4. § 37 des conclusions de l'Avocat Général Paolo Mengozzi, affaire C-310/09 : « Il n'y a pas lieu, à mon sens, de s'attarder outre mesure sur la première objection, au demeurant quelque peu confuse, du gouvernement français. »

5. L'Avocat Général souligne à cet égard : « Je peine à concevoir comment, au sein d'une société de capitaux, une décision de redistribution de dividendes au profit des actionnaires de cette société, puisse revêtir, comme le prétend le gouvernement français, une nature hypothétique ou aléatoire. »

constance que la législation en cause [...] pouvait constituer un obstacle à la collecte des capitaux par une société mère auprès des actionnaires résidents est suffisante pour confirmer le caractère restrictif des dispositions de ladite réglementation ».

La Cour en conclut à la contrariété de la réglementation française afférente au précompte avec la liberté d'établissement, en l'absence de raisons impérieuses d'intérêt général (aucun argument n'ayant été présenté par les parties sur ce point).

La différence de traitement s'appliquant également lorsque la société n'a pas une participation substantielle dans sa filiale et exerce donc non pas sa liberté d'établissement mais sa liberté de circulation des capitaux, la Cour a logiquement considéré de la même manière que l'article 63 du TFUE s'opposait à la réglementation en cause.

1.2. L'État ne peut s'opposer au droit à restitution de la taxe contraire aux Traités au motif que ce remboursement constituerait un enrichissement sans cause ou que la taxe en cause n'a pas constitué une charge comptable (mais une diminution des réserves)

Sur ce point, la CJUE n'a pas suivi le raisonnement présenté par l'avocat général. Celui-ci considérait dans ses conclusions qu'un État membre pouvait s'opposer à la restitution d'une taxe, dès lors que le redevable n'aurait pas lui-même supporté effectivement de charge économique correspondant à ladite taxe⁶.

À l'inverse, dans sa décision, la Cour rappelle que l'obligation de remboursement constitue un principe fondamental et que les exceptions à ce principe doivent s'interpréter restrictivement⁷. Or, la jurisprudence de la CJUE⁸ n'a reconnu qu'un cas d'exception : celui où la charge de la taxe a été supportée par une personne autre que l'assujéti et où le remboursement constituerait un enrichissement sans cause. Contrairement aux hésitations de l'avocat général dans ses conclusions, la CJUE affirme que seul le cas de la répercussion directe de la taxe indue par l'assujéti à l'acheteur peut justifier une absence de remboursement de ladite taxe sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La Cour en conclut que le cas du précompte se distingue des cas visés par la jurisprudence admettant une absence de remboursement sur le fondement de l'enrichissement sans cause dans la mesure où le précompte n'était pas une taxe sur une vente de produits et qu'il avait bien été acquitté par la société elle-même et n'est pas répercuté sur un tiers et ce même si le précompte a pu venir dimi-

nuer les dividendes distribués aux actionnaires. La Cour rejette, sans développer davantage, l'argument soulevé par le Gouvernement de l'absence de charge comptable pour la société, le précompte s'imputant sur les réserves distribuables.

1.3. Les principes d'équivalence et d'effectivité ne font pas obstacle à ce que la restitution de la taxe soit subordonnée à des éléments de preuve quant à l'imposition effective des distributions

La Cour rappelle tout d'abord que les modalités pratiques de réclamation et de restitution relèvent des droits des États membres, « sous réserve que ces modalités pratiques ne soient pas plus contraignantes que celles applicables à des recours de nature interne (principe d'équivalence) et ne rendent pas impossible ou extrêmement difficile l'exercice du droit de l'Union (effectivité) ».

La Cour ne tranche pas la question de savoir si, comme le soutenait la société Accor, en l'absence de stricte équivalence entre l'impôt payé en France et l'avoir fiscal, la seule référence au taux d'impôt local était un élément de preuve suffisant, ou, comme le soutenait les gouvernements français et britanniques, si le remède à la discrimination était l'octroi d'un avoir fiscal correspondant à l'impôt effectivement payé localement par la filiale distributrice (ce qui supposait de fait que la société apporte la preuve de l'impôt effectivement acquitté). Elle juge la juridiction de renvoi seule compétente en la matière, tout en soulignant que donner droit à la demande de la société Accor en la matière pourrait conduire à octroyer aux dividendes de filiales localisées dans l'Union européenne un traitement plus favorable que celui des dividendes versés par des sociétés établies en France. La Cour semble ainsi considérer que l'octroi de l'avoir fiscal correspondant à l'impôt effectivement acquitté par la filiale distributrice serait logique et que la demande d'informations sur l'impôt effectivement acquitté par la société distributrice ne saurait être considérée comme étant excessive, ni comme enfreignant les principes d'équivalence et d'effectivité.

À cet égard, il est intéressant de noter que la Cour souligne que l'information de l'imposition effectivement acquittée devrait être disponible au niveau de la filiale distributrice et que le défaut d'informations à cet égard relèverait d'un manque de coopération de la filiale dont l'État ne saurait être responsable. Toutefois, la Cour nuance son propos en précisant que les éléments de preuve demandés ne doivent pas être « impossibles ou excessivement difficiles à obtenir, eu égard notamment à la législation de l'État membre de l'établissement de la société distributrice se rapportant à la prévention de la double imposition et à l'enregistrement de l'impôt sur les sociétés devant être acquitté ainsi qu'à la conservation des documents administratifs et comptables »⁹.

Ainsi, la Cour a donné raison au contribuable sur les éléments de fond du dossier (système du précompte contraire aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux, impossibilité pour l'État de se prévaloir

6. Son raisonnement s'appuyait sur l'arrêt *Test Claimants* dans le procès *FII Group*, au titre duquel la Cour s'était opposée à la prise en compte de la perte financière liée à l'augmentation de distribution de dividendes pour compenser la perte pour ses actionnaires d'un crédit d'impôt. La transposition de cette jurisprudence au cas d'espèce incitait l'avocat général à considérer qu'il convenait d'analyser la politique de distribution de la société pour déterminer si elle avait subi un coût au titre du précompte ou si celui-ci était porté par ses actionnaires.

7. Cf. § 72 de la décision : « Le droit de l'Union ne fait pas obstacle à ce qu'un système juridique national refuse la restitution de taxes indûment perçues dans des conditions qui entraîneraient un enrichissement sans cause des ayants droit » ; et § 73 : « Toutefois, ainsi qu'il découle de la jurisprudence, un tel refus de remboursement étant une limitation d'un droit subjectif tiré de l'ordre juridique de l'Union, il convient de l'interpréter de manière restrictive. »

8. Arrêt du 14 janvier 1997, *Comateb e.a.*, C-192/95 à C-218/95, notamment § 20 et 21.

9. Décision § 100.

de l'argument de l'enrichissement sans cause pour refuser la restitution), mais laisse à l'État la possibilité de demander des éléments justificatifs sous réserve que ceux-ci ne soient pas impossibles à obtenir compte tenu des règles s'appliquant notamment en matière de conservation des documents. Le Conseil d'État devra alors vérifier si les éléments de preuve apportés sont suffisants et si les demandes de l'administration fiscale française ne sont pas excessives.

2. Décision contre l'Allemagne en matière de retenue à la source sur dividendes versés à des entreprises d'autres États membres

Le 20 octobre 2011, la CJUE¹⁰ a statué sur la question de la compatibilité de la retenue à la source allemande sur les dividendes avec la liberté de circulation des capitaux de l'article 56 du Traité de la Communauté européenne (devenu l'article 63 du Traité de l'Union européenne) et à l'article 40 de l'accord EEE. Sa décision s'inscrit dans la lignée de ses jurisprudences récentes en matière de retenues à la source¹¹.

À titre de rappel, il convient de noter que, suite à des échanges de courrier entre la Commission et le gouvernement allemand, la Commission avait adressé le 28 novembre 2007 une mise en demeure, considérant le système allemand de retenues à la source applicable aux dividendes comme contraire à l'article 56 CE, dans la mesure où les dividendes distribués à une société sise dans d'autres États membres étaient plus imposés que les dividendes distribués à des sociétés allemandes. En effet, le système allemand prévoit une retenue à la source applicable non seulement aux dividendes distribués à des sociétés établies hors d'Allemagne mais également aux dividendes distribués à des sociétés allemandes. Ce traitement identique en terme de retenue à la source pourrait faire penser à première vue que le traitement de dividendes versés à des sociétés sises au sein de l'Union européenne n'était pas incompatible avec la libre circulation des capitaux. Toutefois, comme le souligne la Commission, le régime allemand introduit une différence notable dans la mesure où les sociétés allemandes ont la possibilité d'obtenir l'imputation de cette retenue à la source, voire son remboursement, lorsque le crédit d'impôt excède l'impôt dû au titre de cette même année (procédure non existante pour les sociétés établies dans d'autres États membres de l'Union européenne).

Or, la CJUE a réaffirmé que si, pour les participations ne relevant pas de la Directive 90/435, les États membres étaient libres d'introduire ou non des mécanismes

visant à limiter les doubles impositions économiques, les États doivent néanmoins s'assurer que les mesures mises en place ne sont pas contraires à la libre circulation des capitaux.

Après avoir constaté la différence de traitement entre les sociétés bénéficiaires résidentes et celles non résidentes, la Cour s'est attachée à examiner les arguments soulevés par le gouvernement allemand, pour justifier une telle asymétrie de traitement. S'agissant de la différence de situation des sociétés résidentes et non résidentes, la Cour rappelle sa jurisprudence antérieure¹², considérant que « si les sociétés bénéficiaires résidentes ne sont pas nécessairement dans une situation comparable à celle des bénéficiaires non résidentes », dès lors que l'État soumet à l'imposition (via un mécanisme de retenue à la source) les sociétés non résidentes au titre des distributions versées par des entreprises résidentes, la situation des sociétés non-résidentes doit être considérée comme similaire à celle des entreprises non résidentes. Selon la Cour, l'argument de la différence de situations n'est pas en l'espèce suffisant pour justifier la différence de traitement défavorable aux entreprises non résidentes.

L'Allemagne soutenait également qu'il convenait de regarder l'imposition totale effective subie par lesdits dividendes et que, d'une part, l'application des conventions fiscales, et d'autre part, l'assujettissement des sociétés résidentes à la taxe professionnelle allemande (*trade tax*), impliquaient que l'imposition subie par les entreprises bénéficiaires situées dans d'autres États membres n'était pas supérieure à celle subie par les sociétés résidentes d'Allemagne. La Cour rejette également ces arguments en considérant :

- que l'argument fondé sur les conventions, pour être valide, supposerait que les conventions fiscales compensent exactement la différence de traitement, alors qu'en la matière les conventions limitent la retenue à la source mais ne l'éliminent pas ;

- qu'en outre, le mécanisme d'élimination des doubles impositions ne permet d'éviter intégralement la retenue à la source que lorsque la société bénéficiaire des dividendes subie une imposition suffisante et qu'ainsi, les dispositions conventionnelles ne permettent pas dans tous les cas (et notamment celui où la société bénéficiaire ne serait pas imposée localement ou serait en situation déficitaire au plan fiscal) un traitement identique aux sociétés bénéficiaires allemandes ;

- que l'argument afférent à l'imposition des sociétés allemandes à la taxe professionnelle (*trade tax*) n'est pas non plus recevable.

La Cour rappelle ensuite que les mesures restreignant la libre circulation des capitaux ou la liberté d'établissement ne peuvent être justifiées que par « des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint ». La Cour rejette, à cet égard, les arguments soulevés par le gouvernement allemand au motif que la réduction des

10. Décision CJUE du 20 octobre 2011, *Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne*, C-284/09.

11. Dont la première fut la décision *Denkavit* en date du 14 décembre 2006 (C-170/05), qui fut suivie le 8 novembre 2007 par la décision *Amurta*. Ces deux décisions avaient jugé que les retenues à la source sur dividendes versés à des sociétés mères établies dans l'Union européenne ne pouvaient excéder la charge pesant sur les distributions de dividendes domestiques. Ainsi, en l'absence de retenue à la source frappant les dividendes internes, la retenue à la source sur dividendes distribués à des sociétés mères situées dans l'Union européenne était jugée incompatible avec la libre circulation des capitaux.

12. Notamment décisions *Denkavit* (§ 35), *Amurta* (§ 38).

recettes fiscales ne peut être considérée comme « une raison impérieuse d'intérêt général ». S'agissant de la cohérence du système fiscal, la Cour rappelle qu'il convient de démontrer le lien direct de l'avantage fiscal en cause et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé. Or, en l'espèce, un tel lien direct ne pouvait être établi.

La Cour en conclut que le dispositif allemand « constitue une restriction à la libre circulation des capitaux », qui ne saurait être justifiée par aucun des motifs avancés par le gouvernement allemand.

Par ailleurs, la Cour précise que pour les mêmes raisons, le dispositif allemand est contraire à l'article 40 de l'accord EEE.

Cette jurisprudence constante de la CJUE, ainsi que l'attention portée par la Commission à ces questions de discrimination en matière d'imposition de distribution, pourrait amener les États à modifier leurs droits nationaux. Il convient de noter, en effet, que la CJUE avait déjà tranché en faveur de la position de la Commission dans des litiges assez similaires opposant l'Italie et l'Espagne, respectivement, à la Commission¹³. D'autres cas risquent de se présenter dans la mesure où la Commission, après avoir adressé une notification à la France en date du 18 mars 2010, a saisi la CJUE d'une action en manquement contre la France en raison de l'incompatibilité des systèmes de retenue à la source sur dividendes distribués à des fonds de pension et fonds d'investissement établis dans d'autres États membres avec la libre circulation des capitaux prévue par l'article 63 du TFUE et à l'article 40 du traité de l'EEE¹⁴.

3. Quelques décisions contestant la non-prise en compte des charges pour le calcul des retenues à la source

La CJUE a eu à traiter, dans deux affaires assez différentes, de la question de la compatibilité avec le Traité de la non-prise en compte pour le calcul des retenues à la source, des charges qui sont déductibles des revenus des sociétés résidentes.

3.1. Décision concernant la non-prise en compte des frais d'acquisition de titres pour le calcul de la retenue à la source applicable au titre de rachats d'actions en Suède

Le 19 janvier 2006, la CJUE¹⁵ a jugé de la compatibilité du régime suédois de retenue à la source applicable en cas de rachat d'actions avec la liberté de circulation des

capitaux. Le litige opposait Mme Bouanich, résidente de France, à l'administration fiscale suédoise. Lors d'un rachat d'actions effectué le 2 décembre 1998, Mme Bouanich a acquitté une retenue à la source de 15 % sur le montant du rachat d'actions, sans prise en compte des frais d'acquisition des titres ainsi rachetés, en vue d'être annulés. Or, ainsi que le rappelle la Cour, le régime d'imposition suédois fait une distinction entre le traitement des actionnaires résidents suédois, imposés selon le régime des plus-values mobilières (ie, prenant en compte une déduction au titre des frais d'acquisition des actions rachetées) et celui des actionnaires non résidents, imposés selon le régime des distributions de dividendes (ie, sans prise en compte d'une quelconque déduction).

S'agissant de la question de la compatibilité du régime suédois avec la libre circulation des capitaux, la Cour tranche assez rapidement la question, le gouvernement suédois ne contestant pas l'existence d'une différence de traitement pouvant être contraire à la libre circulation des capitaux. En effet, le droit de déduire les frais d'acquisition des titres rachetés est limité aux actionnaires résidents et crée ainsi, en leur faveur, un avantage fiscal de nature à limiter l'exercice de la liberté de circulation des capitaux. Une fois établi le caractère discriminatoire, la Cour s'attache à déterminer si cette différence de traitement peut être justifiée soit par des « situations objectivement non comparables » entre les résidents et les non-résidents, soit par « une raison impérieuse d'intérêt général ». La Cour répond brièvement par la négative à ces deux questions.

S'agissant de l'articulation de ce principe de non-restriction à la libre circulation des capitaux avec les dispositions des conventions fiscales, la Cour rappelle que les États membres sont libres de fixer les règles de répartition de la compétence fiscale, en application de conventions bilatérales, « pour autant que ces derniers n'introduisent pas, dans ce cadre, de discriminations contraires aux règles européennes ». La Cour a jugé que si la convention prévoit un taux plafond d'imposition des revenus des non-résidents inférieur à celui applicable aux résidents suédois, la déduction de la valeur nominale des actions du montant de rachat d'actions est contraire à la libre circulation des capitaux, « sauf s'il s'avère que les actionnaires non résidents ne sont pas placés dans une situation plus défavorable que les actionnaires résidents ».

Dès lors que les actionnaires résidents étaient autorisés à déduire de leur base imposable la valeur et les frais d'achat d'actions selon le régime d'imposition des plus-values mobilières, et non leur seule valeur nominale, la situation des actionnaires non résidents pouvait être jugée plus défavorable.

Cette décision introduit ainsi l'idée de l'incompatibilité avec la libre circulation des capitaux de la non-déduction pour le calcul des retenues à la source, de certaines charges dont la déduction est possible pour les résidents.

3.2. Décision concernant la non-prise en compte des frais liés à des prestations artistiques pratiquées par une société portugaise en Allemagne

Dans le même ordre d'idée, la Cour a eu à se pronon-

13. Dans l'affaire C-540/07, la CJUE avait en effet jugé que la méthode d'imposition des dividendes en Italie n'était pas compatible avec la libre circulation des capitaux prévue à l'article 63 du Traité de l'Union européenne, les dividendes internes étant moins taxés que les dividendes revenant à des sociétés bénéficiaires établies dans d'autres États membres. De même, dans l'affaire C-487/08, la CJUE a considéré le régime fiscal espagnol incompatible avec l'article 63 du traité de l'union européenne dans la mesure où les dividendes versés à des sociétés résidentes de l'UE pouvaient être soumis à l'imposition alors que les sociétés espagnoles étaient exonérées dès lors que leurs participations atteignaient au moins 5 % du capital.

14. La Commission a saisi la CJUE d'une action en manquement vis-à-vis de la Belgique pour les mêmes raisons.

15. CJUE 19 janvier 2006, *Margaretha Bouanich c/ Skatteverket*, C-265/04.

cer¹⁶ sur la compatibilité de la législation allemande en matière de retenue à la source sur les prestations artistiques. En 1996, le Centro Equestre de Leziria Grande Lda (ci-après CELG), société portugaise, avait organisé des représentations équestres en Allemagne et avait été soumis à une imposition à la source pour les prestations ainsi réalisées. La CELG a demandé le remboursement de cet impôt, en se prévalant du fait que l'impôt en cause était prélevé sur ses recettes, sans tenir compte des charges y afférentes.

Considérant qu'en vertu des dispositions fiscales allemandes, les charges ne sont admises en déduction, pour les entreprises non résidentes, que dans la mesure où elles représentent plus de 50 % desdites recettes, le Bundesamt n'a pas donné droit à sa demande. Le juge allemand a sursis à statuer et renvoyé à la CJUE afin de savoir si la liberté de prestation de services s'opposait à une législation subordonnant la prise en compte des charges, pour le calcul de la retenue à la source, à la double condition que ces charges aient un lien direct avec les recettes et qu'elles soient supérieures à 50 % desdites recettes.

Sur la première branche de la question, la Cour a jugé qu'une telle disposition (nécessité d'un lien direct entre

les dépenses et les recettes) n'était pas contraire à la liberté de prestations de services, « pour autant que soient considérés comme tels tous les frais qui sont indissociables de cette activité, quels que soient le lieu ou le moment où ces frais ont été exposés ». Ainsi, les dépenses indissociables des prestations équestres rendues en Allemagne devaient pouvoir venir en déduction des recettes taxables, et ce même si lesdites dépenses sont engagées au Portugal, notamment.

Sur la seconde question, la Cour répond encore plus clairement que la prise en compte des dépenses excédant 50 % des recettes pour les non-résidents, alors qu'une telle prise en compte n'est pas limitée s'agissant des résidents, constitue une restriction à la libre prestation de services, qui n'est en l'espèce pas justifiée, contrairement à ce que soutenait le gouvernement allemand, par la nécessité de s'assurer d'une absence de double prise en compte desdites dépenses (en Allemagne et au Portugal).

Là encore, la Cour a rendu une décision en faveur de la prise en compte de certaines charges pour le calcul de la retenue à la source. Mais la question pourrait mériter de se poser plus largement. Ne pourrait-on pas considérer comme contraire à la libre circulation des capitaux la non-prise en compte des charges afférentes à la perception des dividendes ou des intérêts (charges de financement) pour le calcul des retenues à la source sur ces mêmes produits ? ■

16. CJUE 15 février 2007, *Centro Equestre de Leziria Grande Lda c/ Bundesamt für Finanzen*, C-345/04.