

CHRONIQUE

DROIT FISCAL



CARINE SABOT
Associé
Ernst & Young
Société
d'avocats

QUELQUES DÉCISIONS DE JURISPRUDENCE RÉCENTE SANCTIONNANT DES DISPOSITIONS FISCALES CONTRAIRES À LA LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT, À LA LIBRE CIRCULATION DES CAPITAUX ET AUX PRINCIPES CONSTITUTIONNELS



**MATTHIEU
DAUTRIAT**
Associé
Ernst & Young
Société
d'avocats

La présente chronique aura pour objet de présenter quelques décisions de jurisprudence, qui sanctionnent certaines dispositions au regard soit des principes généraux posés par les traités européens, soit des principes de constitutionnalité.

La Cour de Justice européenne a, en effet, considéré l'assujettissement à la retenue à la source sur dividendes comme contraire à la libre circulation des capitaux, lorsque la retenue ne s'applique pas aux fonds nationaux.

Elle sanctionne également, réaffirmant la jurisprudence *Papillon*, le régime d'intégration fiscale néerlandais qui ne permet pas l'inclusion des sociétés sous

filiales détenues par l'intermédiaire de sociétés établies dans un autre pays de l'Union européenne et n'autorise pas l'intégration de sociétés sœurs détenues par une société mère établie dans un autre État membre.

Le Conseil constitutionnel remet en cause le régime applicable pour les personnes physiques en matière de rachat par une société de ses propres actions, au regard de l'égalité devant la loi et les charges publiques.

Enfin, ces décisions récentes donnent probablement une acuité particulière aux arguments pouvant être avancés afin de contester la légalité de la contribution additionnelle de 3 % sur les distributions mise en place par la seconde loi de finances rectificative pour 2012.

I. DE NOUVELLES PERSPECTIVES EN MATIÈRE DE RETENUES À LA SOURCE : LES FONDS D'INVESTISSEMENT NON EUROPÉENS NE DOIVENT PAS ÊTRE MOINS BIEN TRAITÉS QUE LES FONDS SIMILAIRES DE DROIT INTERNE (LIBRE CIRCULATION DES CAPITAUX)

1. Dans le cas d'un fonds américain, la CJUE vient de conclure à la contradiction des retenues à la source avec la liberté de mouvement des capitaux

1.1. Situation examinée et question posée à la CJUE

La législation polonaise prévoyait, en application de l'article 6(1) de la loi du 15 février 1992 en matière d'impôt sur les sociétés, l'exonération d'imposition pour tous les revenus (dividendes et intérêts notamment) perçus par les fonds d'investissement dont le siège était situé en Pologne. Cette exonération était également applicable, sous certaines conditions, aux fonds d'investissement ayant leur siège au sein de l'Union européenne ou de l'Espace économique euro-

péen, en vertu de l'article 6(1)(10) tel que modifié le 25 novembre 2010. Les fonds situés dans les autres pays étaient ainsi soumis à une imposition à la source sur les dividendes à hauteur de 19 %, sous réserve des dispositions conventionnelles, qui si elles trouvaient à s'appliquer, pouvaient la réduire (notamment article 11 de la convention entre la Pologne et les États-Unis la réduisant à 15 %).

Le fonds d'investissement américain *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* avait demandé en 2010 à l'administration fiscale polonaise le remboursement de ladite retenue à la source. Sa demande ayant été rejetée, car le fonds ne répondait pas aux conditions posées par l'article 6(1)(10), celui-ci a intenté une action en annulation de la décision. Il considérait en effet que la législation polonaise introduisait une discrimination entre les fonds d'investisse-

ment nationaux et les fonds établis dans un État tiers et qu'une telle approche était contraire à la liberté de mouvement des capitaux prévue à l'article 63 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

La cour administrative polonaise a ainsi saisi la CJUE des deux questions préjudicielles suivantes :

« 1. L'article [63 TFUE] s'applique-t-il lorsque la juridiction saisie est amenée à déterminer si, dans le cadre d'une exonération fiscale personnelle de portée générale, un État membre peut mettre en œuvre des dispositions de droit national distinguant la situation juridique des assujettis de telle façon que les fonds d'investissement ayant leur siège dans l'un des États membres de l'Union [...] bénéficient d'une exonération du prélèvement forfaitaire de l'impôt des sociétés [en] raison des dividendes qu'ils perçoivent, alors qu'un fonds d'investissement résidant fiscalement aux États-Unis n'en bénéficie pas ?

2. La différence de traitement entre les fonds d'investissement ayant leur siège dans un État tiers et ceux dont le siège se situe dans l'un des États membres de l'Union, prévue par le droit national pour l'exonération personnelle en matière d'impôt des sociétés, peut-elle être considérée comme juridiquement fondée au regard des dispositions de l'article [65, paragraphe 1, sous a), TFUE, lu en combinaison avec l'article 65, paragraphe 3, TFUE] ? »

1.2. Opinion de l'Avocat général en date du 6 novembre 2013¹

L'Avocat général a répondu positivement à la première question posée, considérant que le traitement fiscal des dividendes pouvait, suivant le cas, relever tant de la liberté d'établissement que de la libre circulation des capitaux. Il rappelle l'évolution récente de la position de la CJUE². En effet, la CJUE excluait précédemment l'application des principes de libre circulation des capitaux lorsque l'entreprise détenait une participation lui conférant un contrôle sur la société filiale. Elle considère désormais que lorsque la législation ne distingue pas suivant l'importance de la participation, la liberté de mouvement des capitaux peut être invoquée. Une telle approche permet ainsi aux contribuables de se prévaloir de la contradiction de dispositions fiscales avec la libre circulation des capitaux (même s'ils exercent une influence notable sur la filiale) lorsqu'ils ne peuvent se prévaloir de la liberté d'établissement (comme en l'espèce, lorsque la situation implique des États tiers).

Concernant la seconde question, l'Avocat général concluait assez logiquement que la différence de traitement fiscal des dividendes était de nature à décourager, d'une part, les fonds d'investissement non résidents d'investir dans des sociétés situées en Pologne et, d'autre part, les investisseurs résidents de l'UE d'acquérir des titres d'un fonds d'investissement non résident (dont les rendements sont affectés négativement par l'application de cette retenue à la source).

La restriction à la libre circulation des capitaux étant

constituée en l'espèce, se pose la question de sa justification par une différence de situation objective. Là encore, l'Avocat général répond clairement, en s'appuyant notamment sur la décision de la CJUE dans l'affaire *Santander Asset Management SGIIC*³ en date du 10 mai 2012 (notamment les paragraphes 24 à 44), que les fonds d'investissement établis dans des pays tiers sont dans une situation comparable à celle des fonds d'investissement locaux s'agissant de l'application ou non de la retenue à la source sur les dividendes reçus.

Reste donc à examiner si la différence de traitement peut être justifiée, soit sur le fondement de l'article 57(1) CE, soit par des raisons impérieuses d'intérêt général.

L'article 57(1) autorise, en effet, sous certaines conditions, le maintien des restrictions à la liberté de mouvement des capitaux existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national, lorsque les mouvements de capitaux en question impliquent « des investissements directs, y compris les investissements immobiliers, l'établissement, la prestation de services financiers ou l'admission de titres sur les marchés des capitaux ». Toutefois, si les principes d'imposition (datant du 15 février 1992) et la convention fiscale entre la Pologne et les États-Unis (datant de 1974) sont antérieurs au 31 décembre 1993, l'exonération des fonds d'investissement polonais, qui crée la différence de traitement en cause, a été introduite en 1997. L'Avocat général conclut donc à la non-application de l'article 57(1) CE⁴.

En revanche, il adhère aux arguments avancés par le gouvernement polonais concernant l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général justifiant la restriction posée à la liberté de mouvement des capitaux. C'est plus précisément l'argument de la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux qui emporte sa conviction. Il considère en effet que les conventions signées entre la Pologne et les États-Unis (que ce soit la convention fiscale de 1974 ou la convention d'assistance administrative mutuelle conclue sous l'égide de l'OCDE) ne permettent pas de vérifier le caractère comparable des fonds américains avec les fonds d'investissement polonais. Si une telle discrimination ne peut être justifiée au sein de l'Union européenne [en partie, selon lui, du fait de la claire comparabilité des fonds d'investissement régis par la directive 85/611 (UCITS)], l'Avocat général la considère pertinente en l'espèce compte tenu de la difficulté à obtenir les informations justifiant du caractère comparable des fonds américains d'une part et de vérifier leur véracité d'autre part. L'Avocat général affirmait à cet égard que « le fait que la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux ne puisse pas justifier une restriction comme

3. CJUE 10 mai 2010, *Santander Asset Management SGIIC* (C-338/11 à C-347/11).

4. Il considère en outre que compte tenu de son caractère dérogoratoire au principe de liberté de mouvement des capitaux, l'article 57(1) doit être interprété de manière littérale et restrictive. Il considère ainsi que l'article 57(1) ne s'applique qu'aux mouvements de capitaux impliquant soit un investissement direct, soit la fourniture d'un service financier. Or, l'investissement par le fonds américain dans les sociétés polonaises ne constitue pas la prestation d'un service financier. De plus, la notion d'investissement direct suppose une prise de participation permettant à l'investisseur de participer effectivement à la gestion de l'entreprise et ne concernerait donc pas les investissements de portefeuille tels que ceux considérés dans la présente affaire. Ces deux éléments confirment, s'il en était besoin, la non-application de l'article 57(1) au cas d'espèce.

1. Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi du 6 novembre 2013 dans l'affaire C-190/12.

2. Jurisprudence *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11.

celle de l'article 6, paragraphe 1, point 10 de la loi sur l'IS, dans ses rapports entre les États membres et les États parties à l'accord EEE, ne saurait signifier qu'elle ne puisse être opposée à un fonds d'investissement situé dans un pays tiers ».

L'Avocat général rejette les autres arguments en défense avancés par le gouvernement polonais, fondés sur la cohérence du système fiscal⁵, ou sur la répartition du droit d'imposition⁶.

1.3. Décision de la CJUE du 10 avril 2014 réaffirmant sa jurisprudence antérieure et sanctionnant les discriminations de traitement des fonds en fonction de leur siège, au regard de la libre circulation des capitaux

La CJUE n'a pas suivi, dans sa décision rendue le 10 avril dernier, l'opinion de l'Avocat général puisqu'elle conclut que l'application d'une retenue à la source sur les dividendes versés à des fonds d'État tiers (alors qu'une exonération existe pour les distributions aux fonds d'investissement locaux) constitue une atteinte à la liberté de mouvement des capitaux qui ne peut se justifier, notamment lorsqu'il existe une convention d'assistance administrative entre les deux États.

S'agissant de l'analyse des justifications éventuelles d'une telle restriction à la libre circulation des capitaux, la Cour exclut en premier lieu l'application de l'article 64(1) du traité (autorisant le maintien de mesures discriminatoire, dans certaines conditions lorsque ces mesures existaient au 31 décembre 1993), en suivant l'analyse de l'Avocat général, dès lors que la discrimination a été introduite postérieurement au 31 décembre 1993 (loi du 28 août 1997).

La cour souligne en outre contrairement à ce que soutenait de nombreux États membres que le simple fait que les fonds d'investissement de pays tiers ne soient pas régis par la directive 85/611 (Directive UCITS) ne suffit pas, à lui seul, à permettre de conclure à une différence objective de situation au regard de la question de l'imposition des dividendes.

De plus, la CJUE rejette, contrairement à l'opinion de l'Avocat général, la pertinence de la justification fondée sur la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux. Elle insiste, en premier lieu, sur le fait que la Directive UCITS ne permet pas un échange d'information autorisant l'administration polonaise à vérifier le traitement

fiscal des fonds puisque la coopération introduite par la Directive est limitée aux autorités de supervision et ne concerne pas les aspects fiscaux.

La Cour considère ainsi que « la justification tirée de la nécessité de préserver l'efficacité des contrôles fiscaux n'est admissible que si la réglementation d'un État membre fait dépendre le bénéfice d'un avantage fiscal de la satisfaction de conditions dont le respect ne peut être vérifié qu'en obtenant des renseignements des autorités compétentes d'un État tiers et que, en raison de l'absence d'une obligation conventionnelle de cet État tiers de fournir des informations, il s'avère impossible d'obtenir ces renseignements de ce dernier ».

Or, en l'espèce, l'article 23 de la convention fiscale signée entre la Pologne et les États-Unis et l'article 4 de la convention d'assistance administrative réciproque en matière fiscale instaurent un système d'échange d'information de nature à permettre aux autorités fiscales polonaises d'obtenir des informations de nature fiscale. Ainsi, la non-application de l'exonération des dividendes versés aux fonds américains ne semble pas justifiée sur le plan des principes par la nécessité d'assurer l'efficacité des contrôles fiscaux. La cour laisse néanmoins à la juridiction polonaise le soin d'examiner si les obligations conventionnelles entre les États-Unis et la Pologne permettent effectivement de vérifier les informations fournies par les fonds pour justifier le respect des conditions posées par la loi sur l'IS, et notamment qu'ils opèrent dans un cadre réglementaire équivalent à celui de l'Union.

La Cour rejette les autres moyens soulevés par le gouvernement polonais et notamment la justification fondée sur la préservation de la cohérence du système fiscal, en insistant, comme elle l'avait fait dans le cadre de l'affaire *Santander*, sur la nécessité d'un lien direct entre la restriction à la liberté d'établissement et le mécanisme fiscal en cause. De la même manière, la Cour suit l'avis de l'Avocat général et ne considère pas la répartition du droit d'imposer et le maintien des revenus fiscaux comme une justification en l'espèce.

Enfin, la Cour refuse la requête du gouvernement polonais de limiter les effets du jugement dans la mesure où celui-ci n'apporte aucune preuve des risques de difficultés économiques qui pourraient découler de l'application de l'arrêt.

2. Une nécessité renouvelée d'examiner les coûts en matière de retenue à la source et l'opportunité de procéder à des réclamations pour les fonds non européens

Il est intéressant de noter que cette décision de jurisprudence contredit la position retenue par l'administration fiscale française suite au changement législatif imposé par la décision de la CJUE dans l'affaire *Santander*⁷.

En effet, l'article 119 bis-2 modifié suite à la décision de la CJUE précisait que l'exonération de retenue à la source s'appliquait aux « organismes de placement collectif constitués sur le fondement d'un droit étranger situés dans un État membre de l'Union européenne ou dans un autre État ou territoire ayant

5. Argument soulevé de manière similaire dans le cadre de l'arrêt *Santander* (C-338/11 à C-347/11 du 10 mai 2010), dès lors qu'il n'existe aucun lien direct entre la restriction apportée à la libre circulation des capitaux et la logique du régime de prélèvement. Plus précisément, tout comme pour le système français, examine dans l'affaire *Santander*, le système polonais ne subordonne aucunement l'exonération applicable dans une situation purement nationale au traitement au niveau des porteurs.

6. Argument soulevé par l'Allemagne, qui soutenait que si une telle justification ne peut s'appliquer au sein de l'union européenne du fait de l'importance de la notion de marché unique, celle-ci trouverait tout son sens dans les relations avec les pays tiers. Là encore, l'argumentation ne semble pas emporter l'approbation de l'Avocat général, l'argumentation allemande semblant se fonder sur une nécessité de réciprocité qui ne figure nullement dans le traité de l'UE. De plus, cet argument déjà soulevé dans le cadre de l'affaire *Santander* (C-338/11 à C-347/11 du 10 mai 2010) avait été rejeté par la CJUE (dès lors qu'un État renonce à la perception de recettes dans un cadre interne, il ne saurait à bon droit invoquer la préservation de ses recettes fiscales dans les cas impliquant uniquement des non-résidents).

7. CJUE 10 mai 2010, *Santander Asset Management SGIIC* (C-338/11 à C-347/11).

conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et qui satisfait aux deux conditions suivantes :

1. Lever des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, conformément à une politique d'investissement définie, dans l'intérêt de ces investisseurs ;

2. Présenter des caractéristiques similaires à celles d'organismes de placement collectif de droit français relevant de la section 1, des paragraphes 1, 2, 3, 5 et 6 de la sous-section 2, de la sous-section 3, ou de la sous-section 4 de la section 2 du chapitre IV du titre I^{er} du livre II du Code monétaire et financier. »

Si la CJUE n'avait pas traité explicitement du cas des fonds non européens, l'avis du CE en date du 23 mai 2011 semblait appliquer le même raisonnement pour les fonds non européens. Il précisait en effet que « [...] il ne saurait être exclu, dès lors que les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers se déroulent dans un contexte juridique différent de ceux qui ont lieu au sein de l'Union européenne, que l'administration puisse démontrer que la retenue à la source litigieuse est justifiée par un motif tiré de l'efficacité des contrôles fiscaux. Toutefois un tel motif ne saurait, en principe, être opposé aux contribuables d'un État tiers qui, comme les États-Unis pour ce qui est des dossiers transmis par le tribunal administratif de Montreuil, est lié à la France par une convention fiscale prévoyant une assistance administrative mutuelle visant à prévenir l'évasion et la fraude fiscales. »

Or, malgré les dispositions de l'article 119 bis 2 et les termes de l'avis du Conseil d'État, l'administration fiscale considérait dans sa doctrine⁸ que, « à défaut d'un cadre

juridique commun identique à celui évoqué ci-dessus⁹, une telle analyse ne saurait être transposée aux organismes qui ont leur siège dans un État non membre de l'UE.

À cet égard, la constatation que l'organisme en question est soumis dans un État tiers à l'UE à un régime d'autorisation et de surveillance ne suffit pas à établir la comparabilité de sa situation avec celle d'un organisme français ou européen soumis à une réglementation nationale qui transpose les deux directives déjà citées.

En conséquence, faute de pouvoir se prévaloir d'une telle comparabilité, les fonds qui ont leur siège dans un pays tiers à l'UE demeurent soumis à la retenue à la source prévue au 2 de l'article 119 bis du CGI. »

La décision de la CJUE dans l'affaire *Emerging Markets Series* implique nécessairement qu'une législation fiscale ou une pratique administrative excluant a priori les fonds non européens des avantages accordés aux fonds nationaux et européens (comme l'exonération de retenue à la source sur dividendes) est contraire à la liberté de circulation des capitaux et ne peut être justifiée dès lors qu'une convention d'assistance administrative mutuelle permet à l'administration de vérifier la comparabilité des fonds étrangers et notamment les pièces justificatives fournies.

La décision de la CJUE devrait conduire à une plus large exonération de retenue à la source des dividendes versés à des fonds d'investissement d'États tiers lorsque ces derniers sont comparables aux fonds nationaux bénéficiant d'une exonération, à tout le moins dans les situations où une convention d'assistance administrative existe avec l'État d'incorporation du fonds.

8. BOI-RPPM-RCM-30-30-20-70-20130812, n° 100.

9. Cadre juridique européen.

II. LE DROIT EUROPÉEN S'OPPOSE AUX RESTRICTIONS POSÉES PAR LES LÉGISLATIONS NATIONALES EN MATIÈRE D'INTÉGRATION FISCALE : APRÈS LE CAS DES SOUS-FILIALES FRANÇAISES DÉTENUES PAR UNE SOCIÉTÉ INTERPOSÉE EUROPÉENNE (JURISPRUDENCE *PAPILLON*), LA CJUE RÉAFFIRME CE PRINCIPE DE MANIÈRE LARGE DANS LE CAS DE L'EXAMEN DU RÉGIME D'INTÉGRATION FISCALE NÉERLANDAIS

1. Situations analysées dans le cadre des affaires liées au régime d'intégration fiscale néerlandais (affaires *SCA Group Holding et al.* jointes C-39/13, C-40/13 et C-41/13)

La CJUE a été saisie de plusieurs affaires concernant le régime de consolidation fiscale néerlandais et sa possible incompatibilité avec les principes communautaires en matière de liberté d'établissement.

La CJUE a été amenée, à la demande du juge néerlandais, à se prononcer à nouveau¹⁰ sur la question de la compatibilité des conditions restrictives posées en l'espèce par le régime d'intégration fiscale néerlandais.

La législation fiscale néerlandaise¹¹ prévoit, sous certaines

conditions (notamment de détention à plus de 95 %), la possibilité pour une société mère de constituer pour les besoins fiscaux une entité fiscale unique avec ses filiales établies aux Pays-Bas. Elle autorise également les filiales non établies aux Pays-Bas mais y exploitant un établissement stable à faire partie de l'entité fiscale

Les affaires C-39/13 et C-41/13 concernent des cas assez proches de celui analysé par la Cour dans l'affaire *Papillon*¹² (qui traitait du régime d'intégration fiscale français). Dans ces deux affaires, des sociétés mères néerlandaises se sont vues refuser leur demande d'intégration de sous- (et sous-sous-) filiales détenues par des entités intermédiaires européennes (allemandes) n'ayant aucun établissement stable aux Pays-Bas.

L'affaire C-40/13 traite de la situation un peu plus éloignée,

10. L'arrêt *Papillon* du 27 novembre 2008 (C-418/07) constituant une première décision d'importance concernant la compatibilité des conditions posées par les régimes d'intégration avec la liberté d'établissement.

11. Article 15-1 du *Wet op de venootschapsbelasting 1969* (loi sur l'impôt sur les

sociétés).

12. Arrêt *Papillon* du 27 novembre 2008 (C-418/07).

où trois sociétés sœurs établies aux Pays-Bas et détenues par une société mère européenne (établie en Allemagne) n'ayant pas aux Pays-Bas d'établissement stable, avaient demandé à constituer une entité fiscale entre elles.

La juridiction néerlandaise a ainsi sursis à statuer et pose à la Cour des questions préjudicielles qui peuvent être synthétisées comme suit.

S'agissant des affaires C-39/13 et C-41/13 :

– le fait de refuser le bénéfice du régime néerlandais de l'entité fiscale pour les activités de sous ou de sous-sous filiales détenues par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés établies dans un autre État membre constitue-t-il une restriction à la liberté d'établissement (et plus précisément au regard de la comparabilité des situations) ;

– à cet égard, le fait que les sous-filiales soient détenues par une ou par plusieurs sociétés intermédiaires est-il de nature à modifier l'analyse ;

– en cas de restriction à la liberté d'établissement, celle-ci peut-elle être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général telle que la préservation de la cohérence du système fiscal (et plus particulièrement la nécessité de prévenir la double prise en compte des pertes).

Concernant l'affaire C-40/13 :

– le fait de refuser le bénéfice du régime néerlandais de l'entité fiscale pour les activités de sociétés sœurs détenues par l'intermédiaire d'une société mère directe établie dans un autre État membre constitue-t-il une restriction à la liberté d'établissement (elle pose la question de savoir si le fait que la société mère commune soit indirecte à un niveau supérieur dans le groupe est susceptible de modifier l'analyse) ?

– si oui, cette restriction est-elle justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général telle que la préservation de la cohérence du système fiscal (et plus particulièrement la nécessité de prévenir la double prise en compte des pertes) ?

2. La CJUE réaffirme et élargi les principes poses dans le cadre de l'arrêt *Papillon*¹³

Concernant les affaires C-39/13 et C-41/13, la Cour réaffirme sa jurisprudence antérieure¹⁴ et considère que :

– le régime de l'entité fiscale confère un avantage de trésorerie pour les sociétés concernées ; et

– la législation néerlandaise crée ainsi une différence de traitement au regard de la « faculté d'opter » pour ce régime dès lors que les sociétés mères détenant des sous-filiales via des sociétés intermédiaires établies aux Pays-Bas ont la possibilité d'opter pour ce régime alors que celles détenant ces sous-filiales par l'intermédiaire de sociétés intermédiaires établies dans un autre État membre n'en ont pas la possibilité.

Suivant de ce fait l'opinion de l'Avocat général¹⁵, la Cour ne retient pas ainsi le raisonnement du gouvernement néerlandais. Celui-ci considérait que la non prise en compte des sous-filiales résultait de l'impossibilité d'intégrer les sociétés intermédiaires. Selon lui, dès lors

que la Cour avait admis que la non-inclusion des sociétés intermédiaires au sein de régimes d'intégration fiscale n'était pas contraire à la liberté d'établissement (dans le cadre de sa décision *X Holding*¹⁶), la non-prise en compte des sociétés sous (ou sous-sous) filiales ne pouvait pas non plus être critiquée dans la mesure où le régime de l'entité fiscale ne permet l'intégration des sous-filiales que si les sociétés intermédiaires sont également incluses. Or, une telle analyse ne reflète pas précisément la logique de la décision prise dans l'affaire *X Holding*¹⁷, puisque, comme le rappelle l'Avocat général, la cour avait examiné la question de savoir si l'exclusion du régime d'intégration des sociétés étrangères établies dans un pays de l'UE était un désavantage critiquable au regard de la liberté d'établissement et non la question du désavantage cause par la non-inclusion au sein de l'intégration des sociétés sous-filiales, détenues par le biais de sociétés établies dans un autre État membre.

De plus, la cour rejette, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Papillon*, les justifications avancées pour défendre cette restriction à la liberté d'établissement. Elle balaie rapidement la question de la comparabilité des situations¹⁸, pour analyser plus en détail l'impératif de cohérence du système fiscal¹⁹.

Toutefois, là encore, la restriction à la liberté d'établissement ne semble pas pouvoir être justifiée par la nécessité d'éviter une double prise en compte des pertes, celle-ci étant en pratique impossible du fait du régime fiscal applicable aux participations (les gains et pertes sur ces titres étant non imposables et non déductibles). De plus, comme elle l'a fait dans le cadre de l'affaire *Papillon*²⁰, la Cour réaffirme que la cohérence du système fiscal ne peut justifier la restriction à la liberté d'établissement que si elle ne peut être préservée par des mesures moins restrictives de ladite liberté. Or, de même, le fait que le régime néerlandais autorise la prise en compte d'établissements stables de sociétés étrangères indique qu'une telle cohérence pourrait être préservée, si des règles similaires à celles existant pour les succursales étaient mises en œuvre.

Le jugement confirmant l'incompatibilité du régime de l'entité fiscale avec la liberté d'établissement s'agissant de l'impossibilité de prendre en compte des sous ou sous-sous filiales détenues par des sociétés intermédiaires établies dans d'autres États membres n'est pas très surprenant, au regard notamment du précédent constitué par la jurisprudence *Papillon*. Plus intéressante, compte tenu de sa nouveauté, est l'analyse de l'impossibilité posée à la constitution d'une entité fiscale s'agissant de sociétés sœurs.

La cour souligne, à cet égard, que l'application d'un trai-

13. CJUE 25 février 2010, *X Holding* (C-337/08).

14. *Ibid.*

15. Le gouvernement néerlandais avançait que la situation devait être comparée à celle de sous-filiales détenues par des sociétés intermédiaires néerlandaises n'ayant pas opté pour être intégrées à l'entité fiscale. Or, comme le souligne la Cour, dans cette situation, la société mère a le choix d'intégrer ou non la société intermédiaire, option qu'elle n'a pas lorsque cette dernière est établie dans un autre État membre.

16. La Cour souligne par ailleurs que la préservation du droit d'imposition ne peut pas non plus être avancée dès lors que la question ne concerne que des sociétés résidentes fiscales aux Pays-Bas.

17. Arrêt *Papillon* du 27 novembre 2008 (C-418/07).

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

15. Conclusions de l'Avocat général Julian Kokott du 27 février 2014, affaires SCA *Group Holding* et al. (C-39/13, C-40/13 et C-41/13).

tement différent²¹ entre les sociétés mères néerlandaises et les sociétés mères établies dans un autre État membre (dont les filiales néerlandaises ne peuvent bénéficier de l'avantage de trésorerie lié à l'entité fiscale) constitue, conformément à sa jurisprudence constante²², une restriction à la liberté d'établissement. Le fait que la société mère détienne directement les sociétés néerlandaises ou indirectement n'est pas de nature à modifier l'analyse.

S'agissant des éventuelles justifications de cette restriction, la Cour rejette l'argument selon lequel les situations ne seraient pas comparables au simple motif que la consolidation fiscale s'effectue, dans le cadre de la législation néerlandaise au niveau de la société mère (la société mère non résidente ne pouvant faire partie de l'entité fiscale unique).

La cour affirme que « l'objectif du régime de l'entité fiscale en cause au principal, qui est de permettre aux sociétés d'un même groupe d'être considérées fiscalement comme si elles ne formaient qu'un seul et même contribuable, peut être atteint aussi bien par des groupes dont la société mère est résidente que par ceux dont la société mère ne l'est pas, à tout le moins pour ce qui concerne l'imposition des seules sociétés sœurs assujetties aux Pays-Bas »

À ce propos, l'Avocat général avait d'ailleurs souligné que « la question de savoir dans le chef de quelle société de l'entité fiscale se fera la consolidation est une question de nature purement technique dépourvue de pertinence s'agissant d'atteindre l'objectif du régime » et que cette question est donc d'une importance seconde et n'est pas susceptible de justifier la restriction à la liberté d'établissement.

21. Possibilité ou non de constituer une entité fiscale au niveau des filiales établies aux Pays-Bas.

22. Arrêts *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04; *Denkavit Internationala et Denkavit France*, C-170/05, ainsi que *Burda*, C-284/06.

La cour rejette également les autres justifications avancées par le gouvernement néerlandais, que ce soit sur le fondement de la cohérence du système fiscal ou de la prévention du risque d'évasion fiscale. Sur ce point, la Cour rappelle que cette raison ne peut être invoquée de manière autonome pour justifier une restriction à une liberté fondamentale posée par le Traité de l'UE.

Au vu de la décision de la CJUE, les législations fiscales qui ne permettraient pas aux sociétés sœurs détenues par une société mère européenne²³ de constituer un groupe d'intégration fiscale alors qu'un tel régime peut s'appliquer à des situations purement nationales (i. e. impliquant une société mère établie dans le même État) devraient être modifiées afin de mettre un terme à cette discrimination.

À cet égard, il convient de noter que le juge français de première instance²⁴ avait été amené à se prononcer sur la question de la possibilité pour des sociétés sœurs de constituer un groupe fiscal d'intégration et avait répondu par la négative. La décision de la CJUE qui contredit ces décisions devrait permettre de faire progresser ce contentieux en France et amener le législateur à modifier une fois encore le régime d'intégration fiscale français afin de le rendre compatible avec les exigences posées par la liberté d'établissement et permettre ainsi la création de groupes d'intégration entre sociétés sœurs détenues par une société mère résidente de l'Union européenne, directement ou indirectement.

23. Via des sociétés intermédiaires elles aussi établies au sein de l'Union européenne.

24. TA Montreuil 19 octobre 2012, n° 1103097, *Société Zambon Company Spa*; TA Cergy-Pontoise 3 octobre 2012, n° 1102790, *Société Zambon France*.

III. LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL VIENT ÉGALEMENT DE SANCTIONNER LES DIFFÉRENCES DE TRAITEMENT NON JUSTIFIÉES, DANS LE CADRE DE L'EXAMEN DU RÉGIME FISCAL APPLICABLE AUX RACHATS D' ACTIONS

Le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la différence de traitement des revenus perçus par un actionnaire personne physique dans le cadre d'un rachat par une société de ses propres titres. En effet, suivant la procédure suivie et la situation, le rachat pouvait dégager pour l'actionnaire soit un revenu relevant uniquement du régime des plus-values, soit un revenu distribué.

En effet, l'imposition uniquement selon le régime des plus-values était réservée aux rachats réalisés en vue d'une attribution aux salariés²⁵ ou effectués dans le cadre d'un plan de rachat d'actions²⁶. En revanche et en application de la jurisprudence²⁷, l'excédent du prix de rachat par rapport au montant des apports ou à la valeur d'acquisition lorsqu'elle est supérieure au montant des apports

constituait, dans tous les autres cas, un revenu distribué²⁸.

Le régime des plus-values qui faisait l'objet d'une imposition proportionnelle étant plus favorable, la question de la justification d'une telle différence de traitement se pose, notamment au regard des principes constitutionnel d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques. Il convient de souligner ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel dans ses commentaires que la différence de traitement est moins importante désormais puisque les plus-values sont depuis le 1^{er} janvier 2014 imposables également au barème progressif. Toutefois, le traitement en tant que plus-values reste plus favorable, ces dernières bénéficiant d'abattements.

C'est ainsi que dans cette affaire, le Conseil d'État, dans une décision du 11 avril 2014, a renvoyé au Conseil consti-

25. Effectués dans le cadre de l'article L. 225-208 du Code de Commerce.

26. Effectués dans le cadre des articles L. 225-209 à L. 225-212 du Code de Commerce.

27. CE 8 juillet 1992, n° 88734, *Gardet*; CE 29 décembre 2000, n° 179647, *Roesch*.

28. La loi de finances rectificative pour 2005 a par ailleurs prévu, afin de combler un vide juridique, que lorsque la valeur d'acquisition est inférieure au montant des apports, cette différence est imposée au moment d'un rachat par une société de ses propres titres comme une plus-value.

tutionnel la question préjudicielle posée par les époux Bernard M. concernant la compatibilité de la différence de traitement des rachats d'actions, selon le régime utilisé par la société pour opérer le rachat, au regard des principes constitutionnels.

Les requérants considéraient en effet que la différence de traitement instituée ne reposait sur aucune différence de situation au niveau des contribuables et méconnaissait donc le principe d'Égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques.

Le Conseil constitutionnel a tranché en faveur des époux Bernard M. et juge que la différence de traitement en cause ne repose ni sur une différence de situation entre les procédures de rachat, ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi. Il considère

ainsi les dispositions de l'article 112-6 du Code général des impôts contraire à la Constitution.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a limité l'effet de l'inconstitutionnalité dans le temps et reporte la date d'abrogation des dispositions incriminées au 1^{er} janvier 2015, « afin de permettre au législateur d'apprécier les suites qu'il convient de donner à cette déclaration d'inconstitutionnalité ». En revanche afin de préserver l'effet utile de la décision vis-à-vis notamment des instances en cours, les sommes ou valeurs reçues avant le 1^{er} janvier 2014 par des actionnaires personnes physiques au titre du rachat par une société de ses propres titres doivent être considérées comme imposables selon le régime des plus-values de cession.

IV. LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE RÉCENTE EN MATIÈRE D'INTÉGRATION FISCALE COMME LA DÉCISION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE POURRAIT RENFORCER LES ARGUMENTS POUR ÊTRE AVANCÉS POUR CONTESTER LA LÉGALITÉ DE LA TAXE DE 3 % LORS DE DISTRIBUTIONS AUX SOCIÉTÉS MÈRES EUROPÉENNES DÉTENANT 95 % DE LA SOCIÉTÉ DISTRIBUTRICE

1. Rappel des principes posés par l'article 235 ter ZCA du CGI

La seconde loi de finances rectificative pour 2012 a introduit une contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés égale à 3 % du montant brut des revenus distribués, y compris en principe les bénéficiaires d'établissements stables lorsque ces derniers sont rapatriés au niveau du siège étranger.

Toutefois, cette contribution ne s'applique pas notamment²⁹ :

- aux distributions effectuées par des OPCVM ;
- aux distributions effectuées par des petites et moyennes entreprises ;
- aux distributions effectuées entre sociétés membres d'un même groupe d'intégration fiscale ;
- aux distributions payées en titres, sous réserve de l'absence dans un délai d'un an du rachat des titres en vue de leur annulation ;
- aux distributions réalisées par un établissement stable français au profit de leur siège établi dans un autre État membre³⁰.

Dès la publication du projet de loi, la question de la légalité de cette contribution, notamment au regard des principes communautaires, a été soulevée.

Les développements qui suivent n'ont pas pour ambition de reprendre l'exhaustivité des arguments pouvant être avancés dans le cadre d'un contentieux, mais de souligner la pertinence de certains d'entre eux, au regard des décisions de jurisprudence récentes.

2. La contribution est-elle contraire à la liberté d'établissement du fait de l'exonération dont bénéficient les sociétés intégrées ?

La contribution peut paraître contraire à la liberté d'établissement dans la mesure où les sociétés françaises qui opèrent une distribution de dividendes au profit d'une société mère membre du même groupe intégré bénéficient d'une exonération, alors que des sociétés filiales françaises détenues à plus de 95 % par une société mère établie dans un autre État membre ne peuvent bénéficier de cette exonération.

La CJUE a eu à analyser³¹ une situation assez proche en 2001 dans le cadre de l'ACT au Royaume-Uni³². Le dispositif applicable à l'époque prévoyait une exonération d'ACT pour les distributions entre sociétés ayant opté pour le régime de groupe. Cette exonération n'était donc applicable que pour les distributions effectuées dans une situation purement nationale, les sociétés mères étrangères ne pouvant faire partie du régime de groupe britannique.

La Cour avait alors jugé que « la législation en cause au principal introduit, en ce qui concerne la faculté d'opter pour le régime de l'imposition de groupe, une différence de traitement entre filiales résidant au Royaume-Uni selon que leur société mère a ou non son siège au Royaume-Uni. En effet, les filiales résidentes de sociétés ayant leur siège au Royaume-Uni peuvent bénéficier, sous certaines conditions, du régime de l'imposition de groupe et être ainsi dispensées de l'obligation de payer l'ACT lorsqu'elles distribuent des dividendes à leurs sociétés mères. Cet avantage est en revanche refusé aux filiales résidentes de sociétés n'ayant pas leur siège au Royaume-Uni, qui sont donc, en toute hypothèse, soumises à l'obligation de payer l'ACT lorsqu'elles versent des dividendes à leurs sociétés mères. »

Si l'on suit les fondements du texte, force est de consi-

29. D'autres cas plus spécifiques bénéficient d'une exonération tels que les distributions effectuées entre sociétés SIIC et leurs filiales ; entre les SPPICAV et leurs filiales et entre sociétés d'un même groupe mutualiste.

30. Cette exonération résulte non du texte de l'article 235 ter ZCA, mais de l'application de l'article 115 quinquies du CGI.

31. CJCE 8 mars 2001, Metallgesellschaft et Hoechst (C-397/98 et C-410/98).

32. Ibid.

dérer que le redevable de la contribution est la société distributrice³³ et que le fait que les bénéficiaires de la distribution soient dans des situations différentes (société résidente française vs société résidente d'un autre État membre) n'est pas pertinent, les sociétés distributrices étant dans des situations comparables³⁴.

Dans sa décision dans l'affaire *Metallgesellschaft et Hoechst*³⁵, la CJUE avait rejeté les arguments avancés par le Royaume-Uni pour justifier une non-comparabilité des situations.

À cet égard, la décision de la CJUE du 12 juin dernier et l'opinion de l'Avocat général dans cette affaire devraient renforcer encore cet argument. En effet, la Cour a jugé que les filiales d'une société mère néerlandaise intégrée et celles d'une société mère établie dans un autre État membre étaient dans une situation comparable par rapport aux objectifs du régime d'intégration fiscale et que le fait que la société mère étrangère ne puisse faire partie de l'entité fiscale, conformément à la jurisprudence *X Holding*³⁶, ne modifiait pas l'analyse. Plus précisément, la Cour considère que dans cette affaire la question n'est pas de savoir si la société mère étrangère peut être membre de l'intégration fiscale mais si les filiales néerlandaises détenues par une société mère établie dans un autre État membre sont traitées de manière défavorable.

La situation au regard de la contribution additionnelle de 3 % n'est pas très différente, à cet égard.

On pourrait s'interroger néanmoins sur l'existence de raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier la différence de traitement, et notamment la cohérence du système fiscal et de la préservation de la répartition du droit d'imposer. Le point serait de savoir si cette exonération est intrinsèquement liée au régime de l'intégration fiscale d'une part et si d'autre part le fait que l'exonération permet uniquement de différer l'imposition au niveau de la société tête de groupe française, qui restera redevable en cas de redistribution de ces sommes, est de nature à justifier la différence de traitement.

Un certain nombre d'arguments pourraient être avancés afin de contester le caractère intrinsèquement lié au régime d'intégration fiscale. En effet, la logique du régime d'intégration fiscale n'est pas de permettre une telle exonération mais d'assurer une compensation des profits et des pertes entre sociétés membres et la neutralisation des opérations intragroupe. Le régime de la contribution additionnelle ne prévoit pas une neutralisation ou un calcul spécifique de la contribution au niveau de la société tête de groupe, mais une simple exonération.

S'agissant de la préservation du droit d'imposer, il est vrai que l'exonération des distributions au sein du groupe intégré pourrait être vue comme ayant pour objectif de

différer l'imposition au niveau de l'entité tête de groupe. Toutefois, à cet égard, il convient de noter que les textes ne font aucun lien direct entre cette exonération et le report au niveau de la société tête de groupe de l'imposition. Par ailleurs, une telle argumentation se trouve battue en brèche par l'exonération des distributions effectuées par un établissement stable vis-à-vis de son siège. En effet, les groupes intégrés dont la tête est un établissement stable se trouvent totalement exonérés de contribution additionnelle du fait de l'articulation entre l'exonération des distributions au sein de l'intégration et l'exonération des « distributions » effectuées par un établissement stable au profit de son siège sis dans un autre État membre.

3. La contribution est-elle contraire à la liberté d'établissement du fait de l'exonération dont bénéficient les établissements stables dans leurs distributions à leur siège ?

Ainsi que le rappelle l'Avocat général dans l'affaire *SCA Group Holding BV*, « la liberté d'établissement garantit également le droit de choisir librement la forme juridique appropriée pour l'exercice d'une activité. Les sociétés doivent en particulier pouvoir exercer leurs activités dans l'État membre d'accueil au moyen d'une succursale, dans les mêmes conditions qu'au moyen d'une filiale ».

La CJUE a ainsi reconnu, à de nombreuses reprises³⁷, que la liberté d'établissement s'oppose à toute discrimination fondée sur la forme de l'établissement. De même que dans l'affaire *SCA Group Holding BV*, l'établissement en France au moyen d'une filiale a donc des conséquences plus défavorables, au regard de la contribution additionnelle de 3 %, que celui d'un établissement au moyen d'une succursale. En effet, au regard de la contribution additionnelle de 3 %, les distributions de ces dernières au profit de leur siège sont exonérées alors que les distributions des filiales demeurent soumises à cette imposition.

La comparabilité des situations est également patente et il est intéressant de relever que l'exonération des distributions des succursales découle du renvoi à l'article 115 quinquies qui avait pour objet de transposer certaines dispositions de la directive Mère-Fille.

Enfin, la justification de cette discrimination par des raisons impérieuses d'intérêt général nous paraît peu susceptible de convaincre un juge européen en l'espèce. En effet, pas plus la cohérence du système fiscal que le maintien des recettes fiscales (argument ne constituant pas un motif d'intérêt général selon la jurisprudence), que le maintien de la répartition du droit d'imposer ne paraissent susceptibles d'expliquer cette différence de traitement.

Enfin, la décision du Conseil constitutionnel concernant l'affaire *Époux Bernard M.* pourrait à cet égard peut-être donner quelques arguments supplémentaires sur le fondement de l'inégalité devant la loi et les charges publiques. ■

33. Caractéristique qui permet justement de distinguer cette contribution d'une retenue à la source qui aurait été contraire à la directive Mère-Fille. En effet, la qualification de retenues à la source prohibée en application de la directive Mère-Fille suppose que le prélèvement remplisse les trois critères suivants : (i) être généré par le versement des dividendes ; (ii) être assis sur le montant des dividendes et (iii) être dû par le détenteur des titres. C'est précisément ce dernier point qui permet à la contribution additionnelle d'échapper au champ d'application de la directive Mère-Fille.

34. À l'exclusion de leur appartenance au même groupe que la société bénéficiaire.

35. CJCE 8 mars 2001, *Metallgesellschaft et Hoechst* (C-397/98 et C-410/98).

36. CJUE 25 février 2010, *X Holding* (C-337/08).

37. Arrêts de la Cour du 28 janvier 1986, *Commission c/ France* (270/83), du 18 juillet 2007, *Oy AA* (C-231/05) et ordonnance de la Cour du 4 juin 2009, *KBC Bank et Beleggen, Risicokapitaal, Beheer* (C-439/07 et C-499/07). Voir encore : arrêts de la Cour du 23 février 2006, *CLT-UFA* (C-253/03) et du 6 septembre 2012, *Philips Electronics* (C-18/11).