

CHRONIQUE

DROIT FISCAL

■ RETENUES À SOURCE SUR DIVIDENDES DISTRIBUES AUX OPCVM : ENTRE ÉCLAIRAGES ET INTERROGATIONS ?

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



CLAIRE ACARD
Associé
Ernst & Young,
cabinet
d'avocats



JÉRÔME ARDUIN
Manager
Ernst &
Young,
cabinet
d'avocats

INTRODUCTION

Complétant sa jurisprudence relative aux retenues à la source prélevées sur les dividendes sortants, la décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) le 18 juin 2009 dans l'affaire Aberdeen Property Fininvest offre des éclairages attendus pour les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) qui seraient tentés de réclamer des retenues à la source prélevées sur des dividendes provenant d'États membres.

En l'espèce, une société anonyme finlandaise, Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, avait été créée en vue de réaliser des investissements immobiliers, soit directement, soit par la prise de participations dans des sociétés immobilières. Anticipant une distribution de dividendes à son actionnaire unique, une société d'investissement à capital variable (SICAV) de droit luxembourgeois, la société finlandaise a demandé à l'administration finlandaise de lui préciser si une telle distribution devait ou non être soumise à une retenue à la source.

En effet, selon la société finlandaise, les articles 43 et 56 du traité CE s'opposaient à une telle retenue dès lors qu'un dividende versé à une société anonyme finlandaise, exerçant une activité d'investissement dans l'immobilier, ou à une autre collectivité de nature équivalente, établie en Finlande, n'était pas soumis à une retenue à la source et ne constituait pas un revenu imposable en vertu de la législation finlandaise.

La réponse de l'administration finlandaise à la question posée par la société Aberdeen fut sans surprise. Pour l'administration finlandaise, la retenue à la source prévue par la loi finlandaise devait être prélevée en cas de distribution de dividendes à une SICAV luxembourgeoise. En premier lieu, selon l'administration finan-

daise, une SICAV luxembourgeoise ne remplit pas les conditions fixées par la loi finlandaise pour bénéficier de l'exonération de retenue à la source prévue pour les distributions de bénéfices aux sociétés mères résidentes d'autres États membres dès lors que les SICAV luxembourgeoises sont exonérées d'imposition sur leurs revenus au Luxembourg.

Or, en application de la loi finlandaise, les dividendes versés par une société résidente à une personne morale étrangère sont soumis à une retenue à la source, sauf si celle-ci réside dans un État membre de l'Union européenne, détient directement au moins 20 % du capital de la société distributrice et est une des sociétés visées à l'article 2 de la directive 90/435/CEE, c'est-à-dire une société qui remplit trois conditions cumulatives :

- revêtir une des formes énumérées à l'annexe ;
- être considérée, selon la législation fiscale d'un État membre, comme ayant dans cet État son domicile fiscal et n'être pas considérée, aux termes d'une convention en matière de double imposition conclue avec un État tiers, comme ayant son domicile fiscal hors de la Communauté ;
- être assujettie, sans possibilité d'option et sans en être exonérée, à l'un des impôts mentionnés à l'article 2, ou à tout autre impôt qui viendrait se substituer à l'un de ces impôts.

En second lieu, l'administration finlandaise exclut l'existence d'une discrimination contraire à la liberté d'établissement au motif que la situation d'une société anonyme finlandaise et celle d'une société de type SICAV n'étaient pas comparables, citant notamment le blocage du capital social de la société anonyme finlandaise, l'imposition des revenus perçus par la société anonyme finlandaise et, enfin, le fait que la société anonyme finlandaise répondait aux critères posés par la directive mère-filiale,

contrairement à une SICAV luxembourgeoise. Contestant la décision rendue par l'administration, et notamment l'appréciation du caractère non comparable des situations, la société finlandaise a porté le litige devant la Cour suprême administrative finlandaise, qui a décidé de poser à la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) la question préjudicielle suivante :

« Convient-il d'interpréter les articles 43 CE et 48 CE, ainsi que 56 CE et 58 CE, en ce sens que, aux fins de la concrétisation des libertés fondamentales qui y sont garanties, une société anonyme ou un fonds d'investissements de droit finlandais et une société SICAV de droit luxembourgeois doivent être considérés comme comparables bien que le droit finlandais ne connaisse pas de forme de société qui équivaut exactement à une société SICAV et compte tenu aussi de ce que la société SICAV, société de droit luxembourgeois, ne figure pas sur la liste des sociétés visées à l'article 2, sous a), de la directive 90/435/CEE, à laquelle est conforme la législation finlandaise relative à l'impôt à la source applicable en l'occurrence, et que la société SICAV est exonérée d'impôt sur le revenu en application de la législation fiscale interne du Luxembourg ? Est-il dans ces conditions contraire aux articles précités du traité CE que la société de type SICAV domiciliée au Luxembourg, bénéficiaire du dividende, ne soit pas exemptée de la retenue en Finlande de l'impôt à la source sur le dividende reçu ? »

Suivant les conclusions de l'avocat général présentées le 18 décembre 2008, la CJCE a décidé le 18 juin 2009 que le fait de prélever une retenue à la source sur les dividendes versés à une SICAV résidente dans un autre État membre, alors que les dividendes, distribués à une société établie en Finlande, en seraient exonérés, constitue une discrimination contraire à la liberté d'établissement, liberté applicable en l'espèce compte tenu du pourcentage de détention de la SICAV :

« Les articles 43 CE et 48 CE s'opposent à la législation d'un État membre qui exonère de la retenue à la source les dividendes distribués par une filiale résidente de cet État à une société anonyme établie dans le même État, mais qui soumet à cette retenue à la source les dividendes similaires versés à une société mère du type société d'investissement à capital variable (SICAV) résidente d'un autre État membre, qui revêt une forme juridique inconnue dans le droit du premier État et ne figurant pas sur la liste des sociétés visées à l'article 2, sous a), de la directive 90/435/CEE du Conseil, 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, telle que modifiée par la directive 2003/123/CE du Conseil, du 22 décembre 2003, et qui est exonérée de l'impôt sur le revenu en application de la législation de l'autre État membre. »

À titre préliminaire, il convient de relever que cette décision rendue sur le fondement de la liberté d'établissement, est transposable à la libre circulation des capitaux visée à l'article 56 du traité CE. En effet, les dispositifs de retenue à la source sur dividendes s'appliquent à la fois aux situations, comme en l'espèce, dans lesquelles l'actionnaire détient une participation lui conférant une

influence certaine sur les décisions de la société distributrice et lui permettant d'en déterminer les activités, qui relèvent de la liberté d'établissement, et aux situations dans lesquelles la participation ne confère pas une telle influence, qui relèvent de la libre circulation des capitaux¹. Pouvant ainsi être appliquée aux retenues à la source sur dividendes perçus dans le cadre d'investissements dits de portefeuille, cette décision, classique quant à la caractérisation d'une différence de traitement, apporte des éclairages intéressants en matière de comparabilité des situations entre OPCVM, mais suscite de nombreuses interrogations sur l'impact potentiel de la « transparence fiscale » de ces derniers.

EXISTENCE D'UNE DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT

En l'espèce, la différence de traitement ne semblait guère faire débat, ni au regard du droit interne, ni au regard de la convention fiscale applicable.

Au regard du droit finlandais

Les dividendes distribués par une société finlandaise à une autre société finlandaise ne sont pas soumis à une retenue à la source et ne constituent pas pour cette dernière des revenus imposables².

De même, les dividendes distribués par une société finlandaise à un fonds d'investissement finlandais ne sont pas soumis à retenue à la source et sont exonérés d'imposition au niveau du fonds d'investissement, en application de l'exonération globale d'impôt sur le revenu dont bénéficie un fonds d'investissement finlandais³.

À l'inverse, comme précédemment mentionné, la SICAV luxembourgeoise ne pouvait pas, malgré la détention de l'ensemble du capital de la société finlandaise, bénéficier de l'exonération de retenue à la source prévue pour les dividendes distribués à des sociétés mères résidentes d'autres États membres. Par suite, la distribution de dividendes à la SICAV luxembourgeoise devait normalement être soumise à une retenue à la source, au taux fixé par la loi finlandaise, soit 28 %, ou au taux conventionnel éventuellement applicable.

La CJCE en déduit l'existence d'une différence de traitement fiscal des dividendes « dans la mesure où les dividendes distribués par une société résidente sont taxés dans le chef de celle-ci en tant que bénéfices réalisés, une société bénéficiaire non-résidente qui n'est pas considérée comme une société au sens de l'article 2 de la directive 90/435 subit, du fait de la retenue

1. Ainsi, dans ses conclusions présentées le 18 décembre 2008, l'avocat général Jan Mazak précise que « le choix des dispositions du traité à appliquer n'a toutefois pas d'importance pratique [...] le résultat de l'application des articles 43 CE et 56 CE doit être le même [...] les raisonnements concernant la comparabilité de la situation d'une société anonyme ou d'un fonds d'investissement de droit finlandais et de celle d'une société de type SICAV de droit luxembourgeois sont utilisables tant pour la liberté d'établissement que pour la libre circulation des capitaux » (point 28).

2. Article 6a de loi finlandaise sur l'imposition des revenus d'activités économiques (Laki elinkeinotulon verottamisesta 360/1968).

3. Article 20 de la loi finlandaise relative à l'impôt sur le revenu (Tulooverolaki 1535/1992).

à la source, une imposition en chaîne sur ces dividendes, tandis qu'une telle imposition en chaîne est évitée pour les dividendes perçus par une société anonyme ou par un fonds d'investissement résidents »⁴. Cependant, il est possible de s'interroger sur le fait que la CJCE n'ait pas pris en compte dans son raisonnement les dispositions de la convention fiscale conclue entre la Finlande et le Luxembourg⁵, alors même que ces dispositions sont visées dans le rappel du cadre juridique de l'affaire.

Au regard de la convention fiscale applicable

Comme l'a précédemment retenu la CJCE, notamment dans les affaires Bouanich⁶, Denkavit⁷ et Amurta⁸, une disposition dont la contrariété à la réglementation communautaire est invoquée doit être appréciée en prenant en compte l'ensemble du cadre juridique applicable, y compris les conventions fiscales, dès lors qu'« il ne saurait être exclu qu'un État membre parvienne à garantir le respect de ses obligations résultant du traité en concluant une convention tendant à éviter la double imposition avec un autre État membre »⁹.

Conformément au modèle de convention de l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE), l'article 4 de la convention finno-luxembourgeoise définit le résident d'un État contractant comme « toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue ».

Selon l'interprétation classiquement retenue par l'administration fiscale française, une société bénéficiant d'une exonération totale ne satisfait pas ce critère d'assujettissement à l'impôt. Par exemple, l'administration considère que les sociétés d'investissement en capital à risque (SICAR) luxembourgeoises ne sont pas éligibles au taux réduit conventionnel de la retenue à la source sur les dividendes de source françaises dès lors que ces sociétés bénéficient d'un régime fiscal conduisant à une exonération de fait de ces revenus¹⁰.

Toutefois, ainsi qu'il est mentionné dans la présentation du cadre juridique applicable à l'affaire commentée, si « la convention fiscale entre la Finlande et le Luxembourg [...] ne prévoit pas de dispositions particulières concernant les sociétés de type "SICAV" de droit luxembourgeois, une telle société est considérée, selon la jurisprudence [de la Cour suprême finlandaise], comme une personne domiciliée au Luxembourg aux fins de cette convention ». Il semble donc, selon la présentation de l'affaire donnée par la juridiction de renvoi, que la SICAV luxembourgeoise aurait pu, en l'espèce, demander le bénéfice des dispositions conventionnelles, en dépit du fait qu'elle soit exonérée de toute imposition

sur les bénéficiaires au Luxembourg. Or, en application de l'article 10 de cette convention, les dividendes distribués à résident du Luxembourg, qui en est le bénéficiaire effectif et qui détient au moins 25 % du capital de la société distributrice, peuvent être soumis à une retenue à la source au taux de 5 %. Par ailleurs, l'article 23 relatif à l'élimination des doubles impositions prévoit que le Luxembourg accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus d'un résident du Luxembourg imposables en Finlande, « une déduction d'un montant égal à l'impôt payé en Finlande, [sans que] cette déduction ne [puisse] toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus de la Finlande ».

La convention permet ainsi, en principe, une élimination de la charge d'impôt complémentaire constituée par la retenue à la source prélevée en Finlande et, partant, de neutraliser les effets de la restriction à la liberté d'établissement.

Toutefois, la neutralisation des effets de la restriction à une liberté communautaire doit être appréciée in concreto, en prenant en compte l'application combinée de la convention fiscale applicable et de la législation de l'État de résidence de l'entité bénéficiaire des revenus.

Or, de même que l'application combinée de la convention franco-néerlandaise (taux réduit de 5 % et crédit d'impôt) et de la législation néerlandaise (exonération empêchant l'utilisation du crédit d'impôt) ne permettait pas de neutraliser les effets de la retenue à la source dans l'affaire Denkavit, l'exonération d'imposition au Luxembourg dont bénéficie la SICAV luxembourgeoise fait obstacle à l'élimination de la retenue à la source.

Ainsi, malgré le silence de la CJCE sur l'impact éventuel des dispositions conventionnelles applicables en l'espèce, dû certainement au fait que la juridiction finlandaise n'ait pas soulevé ce point dans la question préjudicielle, l'application des principes énoncés lors de précédentes décisions permet de conclure que la différence de traitement alléguée entre la SICAV luxembourgeoise et une société anonyme ou un fonds d'investissement finlandais, n'était pas neutralisée par la convention finno-luxembourgeoise.

Afin de qualifier une telle différence de traitement de restriction à la liberté d'établissement, il était cependant nécessaire de vérifier si une SICAV luxembourgeoise percevant des dividendes de source finlandaise se trouvait dans une situation comparable à une société anonyme finlandaise, ou un fonds d'investissement finlandais, percevant de tels dividendes.

COMPARABILITÉ DES SITUATIONS

Après avoir appliqué le principe dégagé dans l'arrêt Denkavit quant à la comparabilité d'un résident et d'un non-résident, la CJCE s'est attachée à répondre aux arguments avancés pour soutenir l'absence de comparabilité des situations, offrant ainsi pour les OPCVM des éclairages attendus, mais soulevant aussi quelques interrogations.

4. Arrêt Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, point 40.

5. Convention fiscale conclue le 1^{er} mars 1982 entre la Finlande et le Luxembourg, modifiée par l'avenant signé le 24 janvier 1990.

6. CJCE, 19 janvier 2006, C-265/04, Margaretha Bouanich.

7. CJCE, 14 décembre 2006, C-170/05, Denkavit International et Denkavit France.

8. CJCE, 8 novembre 2007, C-379/05, Amurta.

9. Arrêt Amurta précité, point 79.

10. Rép. Dassault, AN 4 juillet 2006, p. 704, n° 92093.

Un non-résident subissant une retenue à la source doit être considéré comme étant dans une situation comparable au contribuable résident

La CJCE avait elle-même admis qu'« à l'égard des mesures prévues par un État membre afin de prévenir ou d'atténuer l'imposition en chaîne ou la double imposition économique de bénéfices distribués par une société résidente, les actionnaires bénéficiaires résidents ne se trouvent pas nécessairement dans une situation comparable à celle d'actionnaires bénéficiaires résidents d'un autre État membre »¹¹.

Mais la CJCE poursuivait ainsi: « Toutefois, à partir du moment où un État membre, de manière unilatérale ou par voie conventionnelle, assujettit à l'impôt sur le revenu non seulement les actionnaires résidents, mais également les actionnaires non-résidents, pour les dividendes qu'ils perçoivent d'une société résidente, la situation desdits actionnaires non-résidents se rapproche de celle des actionnaires résidents »¹².

Appliquant ces principes, l'avocat général avait retenu qu'une société mère finlandaise et une SICAV luxembourgeoise devaient être considérées comme étant dans une situation comparable, ne tenant aucun compte des arguments avancés par l'administration finlandaise pour caractériser la non-comparabilité des situations, à savoir la différence tenant au capital social (ouvert pour la SICAV luxembourgeoise et bloqué pour la société finlandaise), la différence de régime d'imposition (exonération globale au Luxembourg pour la SICAV et exonération limitée aux seuls dividendes pour la société finlandaise), et la différence tenant au fait que, contrairement à une société anonyme finlandaise, la SICAV ne constitue pas une société aux fins de la directive mère-filiale.

Contrairement à l'avocat général, la CJCE prend soin de répondre aux arguments avancés par les gouvernements finlandais et italiens.

OPCVM et comparabilité des situations

S'agissant de la différence résultant du régime fiscal dont bénéficie une SICAV de droit luxembourgeois – une exonération totale d'imposition de ses revenus – et du régime fiscal d'une société finlandaise – une imposition de principe de ses revenus avec une exonération limitée aux seuls dividendes –, la CJCE retient principalement que « l'absence d'imposition de cette catégorie de revenus au Luxembourg n'est pas de nature à justifier l'imposition de ceux-ci par l'État finlandais, dès lors que ce dernier a choisi de ne pas exercer sa compétence d'imposition sur de tels revenus, lorsqu'ils sont perçus par les sociétés établies en Finlande »¹³. Sur ce point, l'argument invoqué par le gouvernement finlandais n'est pas sans rappeler celui du gouvernement français dans l'affaire Denkavit pour tenter de justifier le prélèvement d'une retenue à la source sur les dividendes distribués à une société mère néerlandaise, tiré de la circonstance que « conformément au principe de territorialité, l'exonération des dividendes versés par des filiales résidentes à des sociétés mères

non résidentes ne disposant pas en France d'un établissement stable permettrait à ces dernières d'échapper à toute imposition sur ces revenus, que ce soit en France ou aux Pays-Bas, et remettrait en cause la répartition des compétences fiscales entre la République française et le Royaume des Pays-Bas »¹⁴.

En définitive, la CJCE réitère dans cette décision sa position selon laquelle un État qui n'impose pas un type de revenu perçu par un résident ne peut exciper de l'absence d'imposition dans l'État de résidence du bénéficiaire non-résident d'un tel revenu pour justifier l'imposition du non-résident.

S'agissant de la différence tenant à la forme juridique différente de la SICAV, inexistante en droit finlandais, la CJCE retient que « la circonstance qu'il n'existe pas, dans le droit finlandais, un type de sociétés ayant une forme juridique identique à celle d'une SICAV de droit luxembourgeois ne saurait, en elle-même, justifier un traitement différencié, dans la mesure où, le droit des sociétés des États membres n'étant pas entièrement harmonisé au niveau communautaire, cela priverait la liberté d'établissement de tout effet utile »¹⁵.

Prenant acte de cette absence d'harmonisation au niveau européen, l'article 1-3 de la directive 85/611/CEE du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) précise ainsi que « ces organismes peuvent, en vertu de la loi, revêtir la forme contractuelle (fonds communs de placement gérés par une société de gestion) ou de trust (unit trust) ou la forme statutaire (société d'investissement) ».

La décision commentée confirme qu'en l'absence de véhicules d'investissement similaires dans l'État de la source et dans l'État de résidence, il est possible de se référer au traitement fiscal d'un autre type de véhicule d'investissement pour déterminer l'existence d'une différence de traitement. Ainsi, par exemple, dans le cas d'un véhicule de type unit trust anglo-saxon, une structure de forme statutaire, comme la SICAV, ou de forme contractuelle, comme le fonds commun de placement (FCP), pourrait être retenu comme un comparable potentiel pour déterminer l'existence ou non d'une différence de traitement fiscal.

À l'inverse, en cas de structures d'investissement similaires dans l'État de la source et dans l'État de résidence, c'est-à-dire en présence d'une harmonisation de fait des structures utilisées, il sera certainement difficile de justifier le choix d'un comparable revêtant une forme différente. Il convient toutefois de relever que la décision de la CJCE n'apporte pas de précisions quant aux critères permettant de déterminer la structure comparable.

Si, en l'espèce, elle retient qu'une structure de type SICAV était comparable à une société anonyme, leur forme légale identique ne semble pas avoir été un élément déterminant. Par ailleurs, la CJCE ayant rejeté l'argument invoqué par le gouvernement finlandais tiré de la différence de régime fiscal entre la société anonyme et la SICAV, le

11. Arrêt Amurta précité, point 37.

12. Arrêt Amurta précité, point 38.

13. Arrêt Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, point 52.

14. Arrêt Denkavit précité, point 32.

15. Arrêt Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, point 50.

régime fiscal ne semble pas non plus être un élément déterminant pour le choix du comparable.

En pratique, et notamment en présence de véhicules d'investissement soumis à la réglementation sur les organismes de placement en valeurs mobilières, il devrait être possible de se référer aux entités répondant à la définition donnée à l'article 1 de la directive 85/611/CEE précitée :

« organismes [...] dont l'objet exclusif est le placement collectif en valeurs mobilières des capitaux recueillis auprès du public et dont le fonctionnement est soumis au principe de la répartition des risques et dont les parts sont, à la demande des porteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de ces organismes. »

Toutefois, en cas d'option possible entre deux types de véhicules, faut-il se référer avant tout à la personnalité fiscale, ce qui, dans le cas d'un unit trust assujéti à l'impôt anglais sur les sociétés, conduirait à retenir comme comparable une structure de type SICAV, ou faut-il se référer aux caractéristiques juridiques, ce qui, dans le cas d'un unit trust dépourvu de personnalité morale, conduirait à privilégier comme comparable une structure de type FCP ?

À cet égard, il est possible de regretter que, ayant retenu la comparabilité des situations entre la SICAV luxembourgeoise et la société anonyme finlandaise, la CJCE n'ait pas eu à examiner la comparabilité d'une SICAV luxembourgeoise et d'un fonds d'investissement finlandais, celui-ci étant exonéré d'imposition comme une SICAV mais, à l'inverse de la SICAV, dépourvu de personnalité juridique. Cependant, la distinction entre SICAV, structure exonérée, et FCP, structure fiscalement transparente, ne semble pas nécessairement déterminante pour la démonstration d'une restriction à une liberté communautaire au regard de la réponse apportée par la CJCE à l'argument avancé par le gouvernement italien.

En effet, relevant qu'une SICAV telle que celle en cause dans l'affaire « constitue une entité fondamentalement transparente qui vise, à travers la gestion collective, à valoriser l'apport individuel de chaque associé », le gouvernement italien soutenait premièrement qu'une telle SICAV « n'est pas comparable en soi à une société ordinaire »¹⁶. Cette branche de l'argumentation peut ainsi être rapprochée de celle, avancée par le gouvernement finlandais, tirée de la différence de régime fiscal entre la société anonyme finlandaise, qui bénéficie d'une exonération limitée aux seuls dividendes, et une SICAV de droit luxembourgeois, qui bénéficie d'une exonération totale des revenus perçus.

Le gouvernement italien soutenait aussi que « le caractère spécifique d'une telle société justifierait qu'elle soit exonérée de l'impôt sur le revenu dans l'État d'établissement, car le seul revenu à prendre en considération est, en réalité, celui de chaque associé » et conclut que « le problème de l'imposition en chaîne se poserait donc non pas au niveau de la SICAV, mais bien au niveau des associés et il incomberait alors au droit de l'État membre concerné d'y remédier ».

De manière lapidaire, la CJCE évacue cet argument tiré de la « transparence » de la SICAV luxembourgeoise :

« N'est pas non plus pertinent l'argument du gouvernement italien [...]. En effet, c'est bien la République de Finlande qui, en soumettant à une retenue à la source les revenus qui ont déjà été imposés au niveau de la société distributrice, crée l'imposition en chaîne, imposition que cet État membre a choisi de prévenir s'agissant des dividendes distribués aux sociétés résidentes »¹⁷.

Cette position semble ainsi faire obstacle à ce que les administrations fiscales des États membres tirent argument de la « transparence fiscale » dont bénéficient les OPCVM non résidents pour s'opposer aux réclamations visant à obtenir le remboursement des retenues à la source sur le fondement du droit communautaire.

« TRANSPARENCE FISCALE » DES OPCVM : QUELLES CONSÉQUENCES ?

Au regard de la transparence fiscale des OPCVM, la première question consiste à se demander si celle-ci fait obstacle à une restriction aux libertés communautaires opérée par l'État de source, avant de s'interroger sur les conséquences éventuelles d'une telle transparence sur l'appréciation de la différence de traitement.

La transparence fiscale de l'OPCVM fait-elle obstacle à la constatation au niveau de l'État de la source d'une restriction à une liberté communautaire ?

L'argument du gouvernement italien revenait à mettre à la charge de l'État de résidence de l'OPCVM l'élimination de la double imposition résultant de la retenue à la source, au seul motif du caractère fiscalement transparent de l'OPCVM.

Si l'argument était novateur, son rejet par la CJCE s'inscrit dans la logique de sa jurisprudence passée.

Dans l'affaire Orange European Smallcap Fund, un organisme de placement collectif (OPC) néerlandais bénéficiait du remboursement du précompte prélevé sur les dividendes de source néerlandaise, mais ne bénéficiait pas du remboursement de la retenue à la source prélevée sur des dividendes provenant de certains États membres, en raison de l'absence de convention fiscale conclue avec ces pays¹⁸. Relevant que les dividendes de source néerlandaise et ceux provenant des autres États membres bénéficiaient tous d'une exonération au niveau de l'OPC, la CJCE avait rejeté l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux au motif que la différence de traitement invoquée ne résultait pas du régime fiscal des Pays-Bas, mais de la perception d'une retenue à la source en Allemagne et au Portugal sur les dividendes et de l'absence d'imposition de ces dividendes au

17. Arrêt Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, point 54.

18. Voir nos commentaires de cette décision dans *Banque & Droit*, n°20, juillet-août 2008, pp. 49 et s.

16. Arrêt Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, point 47.

Pays-Bas. En effet, selon la CJCE, « la qualité d'État membre de résidence de la société bénéficiaire des dividendes ne saurait entraîner l'obligation, pour cet État membre, de compenser un désavantage fiscal résultant d'une imposition en chaîne entièrement effectuée par l'État membre sur le territoire duquel est établie la société distributrice de ces dividendes, dans la mesure où le premier État membre n'impose ni ne prend en compte de manière différente, dans le chef des organismes de placement collectif établis sur son territoire, les dividendes perçus »¹⁹. Cette délimitation des responsabilités respectives de l'État de la source et de l'État de résidence du bénéficiaire en matière d'élimination des doubles impositions s'opposait ainsi à l'argument du gouvernement italien tiré de la « transparence » de la SICAV luxembourgeoise qui, tout comme Orange European Smallcap Fund, bénéficiait d'une exonération d'impôt sur les bénéfices sur les dividendes reçus, domestiques ou de source étrangère.

Une première question se pose alors : cette position de la CJCE doit-elle être limitée aux seules situations dans lesquelles l'OPCVM est assujéti à l'impôt sur les bénéfices mais exonéré, comme en l'espèce ou dans l'affaire Orange European Smallcap Fund, ou peut-elle être étendue aux situations dans lesquelles l'OPCVM n'est pas assujéti à l'impôt sur les bénéfices, c'est-à-dire aux situations dites de transparence fiscale ? Avouons-le, ces deux types de traitement fiscal ne nous semblent pas si différents qu'ils ne puissent appeler des solutions communes. Certes, dans le cas d'une structure fiscalement transparente, les revenus perçus par cette structure sont réputés appréhendés par les investisseurs et taxés à leur niveau, soit dans le cadre d'une imposition sur les revenus pour les investisseurs résidents, soit par le biais d'une retenue à la source pour les investisseurs non résidents.

Toutefois, la transparence fiscale de l'OPCVM est souvent atténuée et le traitement fiscal se rapproche alors de celui des OPCVM « assujétis mais exonérés ».

Par exemple, le FCP de droit français, défini par l'article L 214-20 du code monétaire et financier comme une copropriété d'instruments financiers et de dépôts dépourvue de personnalité morale, n'est pas redevable de l'impôt sur les sociétés. Cependant, dérogeant à une stricte transparence fiscale, l'article 137 bis du code général des impôts prévoit que « les sommes ou les valeurs réparties par les fonds constituent des revenus de capitaux mobiliers perçus par les porteurs de parts à la date de cette répartition », différant ainsi à la date de leur répartition l'imposition au niveau des porteurs de parts de revenus perçus par les fonds.

Prenant acte de la suppression, par l'article 16 de la loi n° 89-935 du 29 décembre 1989, de l'obligation pour les SICAV et les FCP de droit français de redistribuer les revenus reçus, leur permettant ainsi de capitaliser tout ou partie de leurs revenus, la doctrine administrative française précise ainsi que les « produits capitalisés par les fonds communs de placement ne sont pas imposables au nom du porteur de parts dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers »²⁰.

En conséquence, le traitement fiscal des revenus perçus

par un FCP de droit français est très proche de celui des revenus perçus par une SICAV de droit français : absence d'imposition au niveau du FCP ou de la SICAV et imposition au niveau de l'investisseur au moment de la répartition des revenus.

Cette similitude de traitement devrait alors conduire à la conclusion suivante : un État membre ne peut pas justifier du traitement défavorable résultant de la perception d'une retenue à la source sur les dividendes distribués à un OPCVM étranger, alors qu'il élimine une telle double imposition pour les OPCVM domestiques, en invoquant le fait que l'OPCVM est fiscalement transparent ou exonéré dans son pays de domiciliation.

Cela ne signifie toutefois pas que la « transparence fiscale », résultant d'une absence d'assujétissement ou d'une exonération, soit sans conséquence sur l'existence ou non d'une restriction aux libertés communautaires dès lors qu'elle pourrait affecter la démonstration de la différence de traitement.

Différence de traitement et « transparence fiscale » des OPCVM

Selon la jurisprudence communautaire, rappelée précédemment, une différence de traitement peut être éliminée par le biais d'une disposition de droit interne ou conventionnelle.

Par suite, il semble nécessaire de s'interroger dans un premier temps sur la situation dans laquelle l'État de la source accorde à l'OPCVM étranger le bénéfice de la convention fiscale conclue avec le pays de domiciliation de l'OPCVM.

La jurisprudence de la CJCE requiert classiquement que la retenue à la source soit effectivement éliminée au niveau du bénéficiaire des dividendes. Or, dans le cas d'un OPCVM, cette élimination ne peut intervenir au niveau de l'OPCVM qui est, par hypothèse, soit non assujéti à l'impôt, soit exonéré.

Par exemple, l'article 25 B de la convention conclue entre l'Allemagne et la France, prévoit qu'« un [OPCVM] situé dans un État contractant où il n'est pas assujéti à [l'impôt sur les sociétés], qui perçoit des dividendes ou des intérêts ayant leur source dans l'autre État contractant, peut demander globalement les réductions, exonérations d'impôt ou autres avantages prévus par la Convention pour la fraction de ces revenus correspondant aux droits détenus dans l'OPCVM, par des résidents du premier État »²¹. En conséquence, les dividendes de source allemande perçus par un OPCVM de droit français devraient bénéficier du taux réduit de 15 % prévu à l'article 9-2 de la convention et du crédit d'impôt prévu à l'article 20-2 relatif à la méthode d'élimination de la double imposition.

Pendant, en l'absence d'imposition en France, l'OPCVM de droit français ne peut bénéficier lui-même du crédit d'impôt et la retenue à la source n'est donc pas effectivement éliminée au niveau de l'OPCVM.

Toutefois, lorsqu'une disposition de droit interne du pays

19. Arrêt Orange European Smallcap Fund NV précité, point 41.

20. Doctrine administrative 4 K 1712, du 1^{er} novembre 1995, n° 53.

21. Article 25 B de la convention fiscale conclue entre l'Allemagne et la France, ajouté par l'avenant du 28 septembre 1989.

de domiciliation de l'OPCVM permet une éventuelle élimination ou atténuation de la retenue à la source au niveau de l'investisseur²², la transparence fiscale de l'OPCVM pourrait-elle alors justifier que l'élimination de la retenue à la source ne soit pas appréciée seulement au niveau de l'OPCVM, mais aussi au niveau de l'investisseur?

En d'autres termes, la transparence fiscale de l'OPCVM permet-elle de déroger au principe posé par la CJCE dans l'arrêt Amurta selon lequel l'État de source ne peut se prévaloir des dispositifs internes de l'État de résidence d'élimination de la double imposition résultant de la retenue à la source²³?

Dans un second temps, il semble aussi nécessaire de s'interroger sur la situation dans laquelle l'État de la source accorde à l'investisseur de l'OPCVM étranger le bénéfice de la convention fiscale conclue avec l'État de résidence de l'investisseur.

Une telle situation peut résulter d'une disposition interne de l'État de la source²⁴. Dans ce cas, faut-il prendre en compte, au nom de la transparence fiscale de l'OPCVM, l'élimination même partielle de la retenue à la source prélevée pour déterminer l'existence et l'étendue d'une différence de traitement?

Une telle situation pourrait-elle résulter d'une convention fiscale conclue entre l'État de la source et l'État de résidence de l'investisseur? Tel serait le cas selon l'approche, envisagée dans le rapport de l'OCDE relatif à l'octroi du bénéfice des conventions fiscales aux revenus des organismes de placement collectif, selon laquelle, lorsque l'OPCVM ne peut pas demander à bénéficier des dispositions de la convention conclue entre son État de domiciliation et le pays de source, les investisseurs devraient être en mesure de demander le bénéfice, à raison des revenus qu'ils encaissent, des dispositions de la convention conclue entre leur État de résidence et le pays de source des revenus²⁵.

Dans une telle hypothèse, faudrait-il prendre en compte l'élimination, même partielle, de la retenue à la source alors que le dispositif permettant cette élimination, bien que faisant partie du droit interne de l'État de source, n'est pas contenu dans la convention fiscale conclue entre l'État de la source et l'État de domiciliation de l'OPCVM?

Enfin, une dernière question surgit de l'actualité récente.

En cas de contestation d'une retenue à la source prélevée sur des dividendes distribués à un OPCVM étranger fiscalement transparent, et par hypothèse dénué de personnalité juridique, cet OPCVM peut-il demander par la voix de son gérant le remboursement de la retenue à la source ou pourrait-il voir opposer à sa demande un enrichissement sans cause dès lors que la retenue à la source a été supportée, par la force des choses, par les investisseurs?

À cet égard, les réponses de la CJCE aux questions préjudicielles posées par le Conseil d'État dans le cadre des affaires relatives au précompte et à l'avoir fiscal²⁶ apporteront un éclairage bienvenu sur la notion de l'enrichissement sans cause, notamment lorsque la répercussion de l'imposition contestée n'est pas le fruit d'une disposition légale mais découle de la simple logique financière.

En définitive, la décision rendue par la Cour de justice des Communautés européennes laisse subsister de nombreuses interrogations, notamment en cas de convention fiscale prévoyant le bénéfice du crédit d'impôt à l'organisme de placement collectif ou aux investisseurs.

Toutefois, malgré ces interrogations, cette décision conforte la position de certains organismes de placement collectif consistant à contester les retenues à la source sur dividendes subies lorsque des organismes similaires résidents bénéficient d'une absence d'imposition, et devrait inciter les gérants encore hésitants de tels organismes à étudier les éventuelles opportunités de réclamations.

Cette décision devrait aussi inciter les États membres à harmoniser au sein de l'Union européenne le traitement fiscal des OPCVM, en conformité avec les principes communautaires, et d'éviter le développement de contentieux au long cours, coûteux pour des finances publiques déjà mises à mal par la crise.

Par ailleurs, dès lors que la décision peut être transposée aux situations relevant de la libre circulation des capitaux, et donc aux restrictions de mouvements de capitaux entre États membres mais aussi entre États membres et pays tiers, ouvrant ainsi des perspectives contentieuses aux OPCVM domiciliés dans les États tiers, la mise en œuvre rapide des préconisations du rapport de l'Organisation pour la coopération et le développement économique relatif à l'octroi du bénéfice des conventions fiscales aux revenus des organismes de placement collectif²⁷ paraît plus que jamais nécessaire. ■

22. Par exemple, l'article 199 ter A du Code général des impôts prévoit que les porteurs de parts de FCP ayant la qualité de résidents de France sont fondés à bénéficier des crédits d'impôt conventionnels afférents aux revenus de valeurs mobilières étrangères encaissés par le FCP et compris dans les sommes qui leur sont versées.

23. Arrêt Amurta précité : « Un État membre ne saurait invoquer l'existence d'un crédit d'impôt intégral, concédé de manière unilatérale par un autre État membre à une société bénéficiaire établie dans ce dernier État membre, afin d'échapper à l'obligation de prévenir la double imposition économique des dividendes résultant de l'exercice de son pouvoir d'imposition, dans une situation où le premier État membre prévient la double imposition économique des dividendes distribués aux sociétés bénéficiaires établies sur son territoire ».

24. À titre d'exemple, les articles 894(c) et 1.894-1(d) de l'US Treasury Regulations permettent ainsi à un investisseur étranger, non fiscalement transparent, de demander à bénéficier de la convention conclue entre les États-Unis, pays de la source, et son État de résidence sur la part des revenus du fonds qui lui revient si le fonds est fiscalement transparent du point de vue du pays de l'investisseur.

25. Voir nos commentaires de ce rapport dans *Banque & Droit*, n° 123, mars-avril 2009, pp. 60 et s.

26. Conseil d'État, 3 juillet 2009, n°317075, Accor.

27. Voir nos commentaires de ce rapport dans *Banque & Droit*, n° 123, mars-avril 2009, pp. 60 et s.