

CHRONIQUE

DROIT FISCAL



**CLAIRE
ACARD**
Associé
Ernst & Young,
Société
d'avocats

JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE EN MATIÈRE D'IMPÔTS DIRECTS

■ « LES SUITES DE L'ARRÊT DENKAVIT »

Par l'arrêt Denkavit du 14 décembre 2006¹, la CJCE a, l'on s'en souvient, remis en cause la validité de la retenue à la source prélevée par l'administration fiscale française à raison des dividendes versés par une filiale française à sa société mère néerlandaise. Le fondement retenu n'a pas été la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 (dite « mère/fille ») qui prévoit la prohibition de toute retenue à la source sur les dividendes versés par une société filiale à une société mère lorsque celle-ci détient au moins un certain pourcentage (25 % puis 15 %) du capital de la filiale car celle-ci n'était pas encore entrée en vigueur, mais le seul principe de liberté d'établissement au sein de la communauté posé par l'article 43 du Traité CE.

La Cour a en effet considéré que : « Les articles 43 et 48 CE s'opposent à une législation nationale qui, en ce qu'elle fait supporter le poids d'une imposition de dividendes à une société mère non-résidente en dispensant presque totalement les sociétés mères résidentes, constitue une restriction discriminatoire à la liberté d'établissement ».

À cette occasion la Cour a en outre indiqué que l'existence d'une convention d'élimination des doubles impositions, qui « fait partie du cadre juridique applicable à l'affaire au principal », ne fait pas échec à cette discrimination dès lors que la société mère est dans l'impossibilité de procéder à l'imputation de la retenue à la source dans l'État de résidence comme le prévoit la convention d'élimination des doubles impositions. Tel était le cas en l'espèce puisque les dividendes de source étrangère perçus par les sociétés mères néerlandaises étant exonérés de toute

imposition aux Pays-Bas, l'imputation de la retenue à la source n'était dès lors que théorique.

Les conséquences de cet arrêt (I) sont à peine tirées par l'administration fiscale française et la commission européenne, que la CJCE continue sa construction jurisprudentielle à cet égard (II).

I. CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT DENKAVIT

L'arrêt Denkavit a influencé tant l'ordre juridique français (l'administration fiscale française a réagi par le biais de deux instructions [A]), que l'ordre juridique communautaire (la commission européenne a lancé une enquête sur le traitement réservé aux fonds de pensions par les États membres [B]).

A. Les instructions de l'Administration fiscale française 4 C-7-07 et 4 C-8-07 du 10 mai et du 12 juillet 2007

L'administration a déduit de la décision Denkavit que les distributions effectuées au profit d'une société résidente de l'Union européenne doivent bénéficier de l'ensemble des dispositions dont peuvent se prévaloir les sociétés mères françaises² pour ce qui est des situations identiques aux faits de l'espèce, mais n'a pas étendu cette solution aux situations non visées par l'arrêt.

En conséquence, les sociétés résidentes de l'UE ou de l'EEE détenant une participation supérieure à 5 % du capital de la société distributrice ne seront plus soumises à une retenue à la source sur les dividendes distribués par cette dernière. En contrepartie, selon l'instruction 4 C-8-07, les sociétés étrangères devront respecter les conditions posées par le régime mère fille des articles 145 et 216 du CGI.

La société mère devra donc détenir effectivement une participation d'au moins 5 % dans la société distributrice et ce pendant deux ans.

Par ailleurs, dans la mesure où la notion de dividendes susceptible de bénéficier de la jurisprudence Denkavit

1. Banque&Droit n° 111, janvier/février 2007, Chronique Fiscale, p. 60 et s.

2. Instruction 4 C-7-07 n° 2.

doit être elle aussi interprétée à la lumière du régime des articles 145 et 216 du CGI, le bénéfice de la jurisprudence Denkavit est étendu à toutes les distributions dites « régulières » c'est-à-dire : les distributions exceptionnelles de réserves, les distributions effectuées en contrepartie d'une réduction de capital, les sommes qualifiées de distributions à l'occasion du rachat par la société de ses propres titres visées par l'article 112 du CGI, les revenus réputés distribués lorsqu'une personne morale soumise à l'impôt sur les sociétés cesse d'y être assujettie visés par l'article 111 bis du CGI et les bonis de liquidation.

Corrélativement seront exclus du bénéfice de la jurisprudence Denkavit, les sommes non déductibles réintégréées dans les bénéfices de la société et les distributions ou rémunérations occultes (articles 109 à 111 du CGI), les bénéfices réalisés en France par les sociétés étrangères réputés distribués en vertu de l'article 115 *quinquies*, les attributions de sommes ou valeurs effectuées à titre d'acompte ou de solde de liquidation dans les sociétés dissoutes et les produits réalisés par les sociétés d'investissement expressément exclus du bénéfice du régime mère fille³.

Seule la production d'une attestation sur papier libre par l'entité bénéficiaire des revenus en cause qu'elle remplit toutes les conditions nécessaires pour bénéficier de l'exonération est exigée par l'administration fiscale⁴. Cependant, cette attestation devra pouvoir être étayée, sur demande de l'administration, par la fourniture de pièces justificatives⁵ et les sociétés concernées devront être en mesure de montrer qu'elles n'ont pas mis en œuvre un montage artificiel.

Dans la mesure où le deuxième temps du raisonnement dans l'arrêt Denkavit repose sur l'impossibilité d'imputer la retenue à la source sur l'impôt dû dans l'État de résidence, l'instruction 4 C-7-07 distingue entre :

- le cas où cette impossibilité résulte du fait que la société mère bénéficie d'un régime d'exonération à raison des dividendes reçus et dès lors la retenue à la source n'est pas prélevée (cas d'espèce de Denkavit), et
- le cas où l'impossibilité d'imputer tout ou partie de la retenue à la source apparaît postérieurement à la date de distribution (par exemple une situation déficitaire, la liquidation...).

Dans cette dernière hypothèse, la société peut réclamer à l'administration la restitution de la quote-part de retenue non imputable. L'instruction 4 C-8-07⁶ précisant à cet égard qu'il doit s'agir d'un « résultat déficitaire non assorti d'une possibilité de report d'imputation du crédit d'impôt correspondant à la retenue à la source ».

En prévoyant cette seconde situation, factuelle, à côté de celle de droit que vise la CJCE dans l'affaire Denkavit, l'administration fiscale prend une position certes favorable au contribuable mais surtout, semble-t-il, respectueuse de la logique découlant de l'arrêt.

On regrettera, dès lors, que l'administration ne prenne

pas position sur les réclamations concernant des dividendes reçus dans le cadre de portefeuilles d'investissement (détention de moins de 5 % du capital de la société distributrice) par des entités comparables à des entités françaises bénéficiant d'une exonération de tels dividendes (fonds de pension, fondations...). Situations dans lesquelles la jurisprudence Denkavit pourrait, semble-t-il, pourtant s'appliquer, si la logique suivie dans cet arrêt était appliquée à ces cas d'espèce.

B. Enquête de la Commission sur le traitement réservé aux fonds de pension par les États membres

C'est dans ce contexte que le 7 mai 2007 la Commission européenne a adressé une demande d'information à 9 États membres (Danemark, Espagne, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Slovaquie et Suède) à propos du régime d'imposition des dividendes et des intérêts qu'ils appliquent aux fonds de pension étrangers, qui serait contraire à la libre circulation des capitaux prévus aux articles 56 du traité CE et 40 du traité AELE.

Selon M. Laszlo Kovacs, membre de la Commission chargé de la fiscalité et de l'union douanière : « Les États membres ne peuvent pas imposer plus lourdement les dividendes versés aux actionnaires d'autres pays de l'UE que les dividendes versés aux actionnaires résidant sur leur territoire [...]. Une telle discrimination [étant] contraire au traité CE, ainsi que l'a confirmé la Cour de justice par son arrêt Denkavit du 14 décembre 2006 ».

Au cours du mois de juillet 2007 la Commission européenne a d'ailleurs étendu sa demande d'information à l'Italie et à la Finlande, prenant ainsi le relais de la CJCE sur la question de la discrimination des investisseurs étrangers.

Cela étant dit, alors que l'ensemble des implications que génère l'arrêt Denkavit n'émerge qu'à peine, la CJCE a déjà apporté de nouveaux développements à sa construction jurisprudentielle.

II. DÉVELOPPEMENTS JURISPRUDENTIELS APRÈS L'ARRÊT DENKAVIT

Les développements jurisprudentiels face aux questions que pose l'arrêt Denkavit peuvent être regroupés en deux axes : Quelle portée réelle donner à cet arrêt dans les relations intracommunautaires (A) ? Quelles implications pour les relations entre la Communauté et les pays tiers (B) ?

A. Extension de la jurisprudence Denkavit dans les relations intracommunautaires : Conclusions Mengozzi présentées le 7 juin 2007 dans l'affaire CJCE, C-379/05, Amurta SGPS.

La société Amurta S.G.P.S., établie au Portugal détenait 14 % du capital de Retailbox BV ; société néerlandaise dont les autres actionnaires étaient portugais à hauteur de 20 % et néerlandais à hauteur de 66 %.

3. Article 145§6 CGI.

4. Instruction 4 C-8-07 n°9.

5. Instruction 4 C-8-07 n°10.

6. Instruction du 12 juillet 2007 4 C-8-07 n°8.

Au titre de l'exercice 2002, la société Retailbox BV a effectué un prélèvement de 25 % sur les seuls dividendes versés à ses actionnaires portugais. L'actionnaire néerlandais étant quant à lui exonéré de tout prélèvement à la source en vertu de la législation fiscale néerlandaise.

La société Amurta a contesté devant le juge néerlandais la retenue à la source prélevée sur les dividendes, en soutenant que la législation fiscale hollandaise en cause était contraire aux articles 56 à 57 CE relatifs à la libre circulation des capitaux.

Saisie par le juge néerlandais d'un recours préjudiciel, la CJCE n'a pas encore tranché le litige, mais l'avocat général Paolo Mengozzi a déjà rendu ses conclusions, le 7 juin 2007. Ces conclusions, si elles sont suivies, préfigurent une extension de la jurisprudence *Denkavit* aux participations inférieures à 5 % et aux régimes fiscaux privilégiés au sein de l'UE.

1. La liberté de circulation : l'élimination des RAS pour les portefeuilles d'investissement.

Le juge de renvoi, tout comme le gouvernement néerlandais, soutenait dans cette affaire qu'une analyse a contrario de la directive « mère-fille », selon laquelle le prélèvement d'une retenue à la source sur les dividendes versés par une filiale à sa propre société mère établie dans un autre État membre est interdite en présence d'une participation qualifiée (au moins 15 % au 1^{er} janvier 2007 et au moins 10 % à partir du 1^{er} janvier 2009), autoriserait le prélèvement d'une retenue à la source en cas de participation inférieure au seuil fixé par la directive. L'éventuelle différence de traitement dans les relations entre sociétés-mères filiales établies dans des États membres différents devant dès lors être imputée uniquement à la coexistence de régimes fiscaux différents.

Tel n'est pas la position retenue par l'avocat général qui considère que « s'il est vrai qu'il incombe aux États membres de déterminer si et dans quelle mesure, en cas de participations ne rentrant pas dans la directive précitée, il faut éliminer les doubles impositions, dans l'exercice de cette compétence, ces derniers sont, néanmoins, tenus au respect des principes communautaires, au rang desquels figurent les libertés fondamentales »⁷.

En l'espèce, la compatibilité communautaire de la retenue à la source néerlandaise n'était pas confrontée à la liberté d'établissement (art. 43 TCE) mais à la liberté de circulation des capitaux (art. 56 CE) en raison de la faible participation (14 %) dans la filiale et en l'absence d'autres éléments dont il pourrait ressortir que la société mère, Amurta, aurait un pouvoir de décision sur les activités de sa filiale, Retailbox⁸.

L'article 56§1 du traité CE consacre l'interdiction de toute restriction aux mouvements de capitaux entre États membres, c'est-à-dire toute mesure qui rend plus onéreux ou moins attractif le transfert frontalier de capitaux et qui, par conséquent, est de nature à dissuader l'investisseur de placer ses capitaux dans un pays au profit d'un autre au sein de l'UE. Toutefois, l'article 58§1 du Traité

CE permet aux États membres « d'appliquer les dispositions pertinentes de leur législation fiscale qui établissent une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis ».

En outre, la CJCE considère que les exceptions à la libre circulation des capitaux prévues à l'article 58§1, ayant déjà été admises dans ses arrêts avant l'entrée en vigueur de cette disposition, sont soumises aux limites élaborées par la jurisprudence de la Cour⁹.

Or, selon la CJCE une législation fiscale nationale qui opère une distinction dans l'imposition des dividendes en fonction du siège de l'actionnaire qui les perçoit n'est compatible avec la libre circulation des capitaux que si la différence de traitement concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition que cela n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi¹⁰.

La Cour considère qu'« 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 »¹¹.

Dans cette hypothèse, en effet, l'État de la source exerce une compétence fiscale à l'égard des actionnaires non-résidents qui ne diffère pas de celle exercée à l'égard des résidents, en provoquant dans l'exercice exclusif de sa compétence fiscale une imposition en chaîne s'appliquant aux deux catégories de contribuables. Il est donc tenu d'étendre aux non-résidents les avantages fiscaux octroyés aux résidents dès lors que l'exonération de retenue à la source dont bénéficient les résidents a pour fonction de remédier à la même situation de double imposition interne que celle que subissent les non-résidents.

La législation néerlandaise en cause constitue donc pour l'avocat général Mengozzi une discrimination arbitraire contraire aux articles 56 et 58 CE. Discrimination qui n'est pas justifiée selon l'avocat général par des raisons impérieuses d'intérêt général. La sauvegarde de la cohérence du régime fiscal, « raison impérative d'intérêt public de nature à justifier une restriction aux principes fondamentaux en matière de liberté de circulation »¹², invoquée par les gouvernements néerlandais et italien, ne reposant que sur le seul argument d'une « pure simplification administrative »¹³.

Les conclusions de l'avocat général, si elles étaient suivies, contribueraient par conséquent à une extension de la jurisprudence *Denkavit* qui n'apparaîtrait plus subordonnée à une durée ou un taux de détention qualifié et pourrait donc s'appliquer, toujours en cas d'absence de crédit d'impôt conventionnel, aux faibles participations c'est-à-dire aux portefeuilles d'investissement.

7. CJCE, C-379/05, Amurta SGPS, Conclusions Mengozzi présentées le 7 juin 2007, note 10.

8. CJCE, C-379/05, Amurta SGPS, Conclusions Mengozzi présentées le 7 juin 2007, note 8.

9. CJCE, Verkoijen, point 43.

10. CJCE, C-315/02, Lenz, 15 juillet 2004, point 27.

11. Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, point 68-70.

12. CJCE, C-204/90, Bachmann, 28 janvier 1992, points 21 à 28 et CJCE, C-300-90, Commission/Belgique, 28 janvier 1992, points 14 à 21.

13. CJCE, C-379/05, Amurta SGPS, 7 juin 2007, point 65.

2. Incompatibilité des retenues à la source en cas d'élimination de la retenue à la source par un full crédit prévu par la législation interne de l'État de résidence.

Il résulte de l'arrêt *Denkavit* que l'incompatibilité des retenues à la source par rapport aux libertés communautaires nécessite que la retenue à la source ne soit pas totalement éliminée par l'utilisation d'un crédit d'impôt conventionnel.

Dans l'affaire *Amurta*, l'avocat général s'est interrogé sur l'utilisation possible d'un crédit d'impôt total (*full crédit*) prévu par la législation interne de l'État de résidence.

Selon l'avocat général¹⁴ il ne semble pas que l'on puisse attribuer une quelconque importance à un avantage fiscal, indépendamment du montant et de l'effectivité de celui-ci, qui se fonderait sur la législation nationale d'un État membre, aux fins de l'appréciation de la compatibilité de la législation d'un autre État membre par rapport aux principes communautaires. Admettre le contraire équivaldrait, en substance, à permettre à un État membre d'échapper aux obligations auxquelles il est tenu en vertu du droit communautaire, en en faisant transférer la responsabilité à un autre État. La législation nationale assurant le respect de cette obligation étant de plus modifiable à tout moment et unilatéralement par l'autre État. Dans une telle hypothèse, il n'y aurait aucune sécurité juridique quant au respect de la part d'un État membre de l'interdiction de la discrimination arbitrale figurant aux articles 56 et 58 CE.

Dès lors, seule l'existence de crédits d'impôts conventionnels permettant l'élimination des retenues à la source constitue une limite à l'illégalité communautaire des retenues à la source sur les dividendes versés au sein de l'UE.

B. Application de la jurisprudence *Denkavit* à des relations entre l'UE et des pays tiers

Par deux décisions récentes, *Lasertec* (CJCE, C-492/04, 10 mai 2007), et *Holböck* (CJCE, C-157/05, 24 mai 2007), la CJCE a apporté des réponses à l'importante question de l'application du principe de libre circulation des capitaux dans les relations avec les États tiers et son articulation avec le principe de liberté d'établissement.

Dans la première affaire, *Lasertec* (CJCE, C-492/04, 10 mai 2007), une société mère suisse détenant les deux tiers du capital d'une société allemande invoquait la non-compatibilité communautaire d'une réglementation nationale en vertu de laquelle les intérêts d'emprunt que lui versait cette société résidente pouvaient être taxés comme des bénéfices occultes distribués.

Dans la seconde, *Holböck* (CJCE, C-157/05, 24 mai 2007), un actionnaire autrichien, détenant deux tiers des actions d'une société suisse distributrice, invoquait la discrimination entre le traitement fiscal des dividendes de source suisse (imposés à l'impôt sur le revenu au taux normal) et celui des dividendes de source domestique (imposés à un taux réduit égal à la moitié du taux normal).

L'on se souvient en effet que si le chapitre du traité relatif au droit d'établissement ne comporte aucune disposition qui étende son champ d'application aux situations concernant l'établissement dans un pays tiers d'un ressortissant d'un État membre ou d'une société constituée en conformité avec la législation d'un État membre¹⁵, tel n'est pas le cas de l'article 56 CE qui dispose que « dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites ».

L'application de l'une ou l'autre de ces libertés entraîne donc des conséquences tout à fait différentes dans les relations entre un État membre et un pays tiers. Le choix opéré par la CJCE entre ces deux libertés revêt par là même une importance toute particulière.

Selon la cour, aux termes de l'arrêt *Lasertec*, confirmé par l'arrêt *Holböck*, l'application de la liberté d'établissement ou de la libre circulation des capitaux dépend de l'objet de la législation en cause¹⁶.

Ainsi une mesure nationale qui s'applique aussi bien aux situations dans lesquelles une société non-résidente détient une participation importante dans le capital de la société résidente (par exemple une participation d'au moins 25 %) qu'aux participations moindres mais conférant néanmoins une influence dominante sur la société montre que la mesure nationale en cause a vocation à s'appliquer, indépendamment d'un seuil précis, aux participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société concernée et d'en déterminer les activités¹⁷.

Or, les dispositions nationales qui concernent la détention d'une participation permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de la société concernée et d'en déterminer les activités relèvent du champ d'application de la liberté d'établissement¹⁸.

Au contraire, une législation nationale qui soumet la perception de dividendes à un impôt dont le taux dépend de l'origine, nationale ou non, de ces dividendes, indépendamment de l'ampleur de la participation que l'actionnaire détient dans la société distributrice, est susceptible de relever aussi bien de l'article 43 CE, relatif à la liberté d'établissement, que de l'article 56 CE, relatif à la libre circulation des capitaux¹⁹.

Fort de ce analyse, la CJCE, dans l'arrêt *Holböck*, constate dans un premier temps que l'article 43 CE ne saurait être invoqué dans une situation avec un État tiers avant d'utiliser comme fondement alternatif l'article 56 CE.

En l'espèce toutefois, la CJCE déclare la disposition litigieuse comme non contraire au traité au regard de l'article 57 CE selon lequel : « l'article 56 ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit communautaire en

14. CJCE, C-379/05, *Amurta SGPS*, Conclusions Mengozzi présentées le 7 juin 2007, points 77 et 78.

15. CJCE, C-157/05, *Holböck*, 24 mai 2007, point 28.

16. CJCE, C-492/04, *Lasertec*, 10 mai 2007, point 19 ; C-157/05, *Holböck*, 24 mai 2007, point 22.

17. CJCE, C-492/04, *Lasertec*, points 21 et 22.

18. CJCE, C-492/04, *Lasertec*, point 20, C-251/98, *Baars*, 13 avril 2000, point 22, *Cadbury Schweppes*, point 31, *Test Claimants in the Thin Cap group litigation*, point 27.

19. CJCE, C-157/05, *Holböck*, 24 mai 2007, point 24.

ce qui concerne les mouvements de capitaux à destination ou en provenance de pays tiers lorsqu'ils 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 »²⁰.

Par cet article, les États membres ont entendu limiter les effets du principe de libre circulation des capitaux en recourant à une clause dite « de gel » visant à préserver l'application des dispositifs antérieurs au 31 décembre 1993 qui seraient non conformes à ce principe « lorsqu'ils impliquent des investissements directs ».

Si la notion « d'investissements directs » n'est pas définie par le traité CE, elle a néanmoins fait l'objet d'une définition dans la nomenclature des mouvements de capitaux figurant à l'annexe I de la directive 88/361/CEE²¹ qui dispose que correspondent à des investissements directs :

- « la création et l'extension de succursales ou d'entreprises nouvelles appartenant exclusivement au bailleur de fonds, et l'acquisition intégrale d'entreprises existantes,
- la participation à des entreprises nouvelles ou existantes en vue de créer ou maintenir des liens économiques durables,
- les prêts à long terme,
- le réinvestissement de bénéfices en vue de créer ou maintenir des liens économiques durables ».

Les notes explicatives figurant en annexe à ladite directive, définissent les investissements directs comme : « les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques, les entreprises commerciales, industrielles ou financières et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cette notion [devant] donc être comprise dans son sens le plus large ».

Selon les mêmes notes explicatives les investissements directs peuvent être dès lors répartis en trois catégories :

- les participations dans des filiales à 100 % et les succursales,
- les participations dans des sociétés par actions conférant à ces actionnaires, soit en vertu des dispositions de la législation nationale sur les sociétés par actions, soit autrement, la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou son contrôle²²,
- les prêts d'une durée de plus de cinq ans destinés à créer ou maintenir des liens économiques durables, tels les prêts intragroupe ou liés à une participation aux bénéfices. Figurent également dans cette catégorie les prêts accordés par des établissements financiers en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables.

Or, cette définition de la notion d'investissement direct apparaît très proche des cas d'application du principe de liberté d'établissement puisque dans l'arrêt du 13 mars 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*²³, et conformément à une jurisprudence constante depuis

l'arrêt *Baars*²⁴, la CJCE considère que : « relèvent du champ d'application matériel des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement les dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à la détention par un ressortissant de l'État membre concerné, dans le capital d'une société établie dans un autre État membre, d'une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités ».

En conclusion, dans l'hypothèse de retenues à la source pratiquées par des États membres sur les dividendes versés à des actionnaires résidents d'États tiers alors que des actionnaires nationaux comparables bénéficieraient d'un régime plus favorable, il conviendrait de distinguer au regard de cette jurisprudence récente, les situations suivantes :

■ Lorsque la disposition litigieuse instituant la retenue à la source vise uniquement les participations permettant d'exercer une influence certaine sur la société distributrice, l'actionnaire étranger ne devrait pas pouvoir invoquer la libre circulation des capitaux pour contester la retenue à la source.

Dans les autres cas,

– Soit la disposition en cause est postérieure au 31 décembre 1993 et la retenue à la source est alors contraire à la libre circulation des capitaux si elle n'est pas éliminée totalement par un crédit d'impôt conventionnel.

– Soit la disposition en cause est antérieure au 31 décembre 1993 (comme l'article 119 bis-2 du CGI) et la retenue à la source est alors contraire à la libre circulation des capitaux si elle n'est pas éliminée totalement par un crédit d'impôt conventionnel et si les participations ne répondent pas à la définition des investissements directs, ce qui semble être le cas des titres de portefeuilles d'investissement. ■

20. Article 57§1 Traité CE.

21. CJCE, 12 décembre 2006, C-446/04, FII, points 180 et 181.

22. CJCE, 12 décembre 2006, C-446/04, FII, points 182.

23. CJCE, 13 mars 2007, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, point 27.

24. CJCE, 13 avril 2000, *Baars*, C-251/98, point 22 ; 21 novembre 2002, *X et Y*, C-436/00, point 37 ; 12 septembre 2006 *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, point 31.