

Impôt sur les sociétés

305 L'article 4 de la directive mère-fille s'oppose à l'application de la contribution de 3 % sur les montants distribués par les sociétés mères lors de la redistribution de produits de filiales

Par

Philippe DEROUIN,

avocat, cabinet Derouin,

président du Groupement français de l'IFA



1 – Par deux arrêts du 17 mai 2017, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée sur l'interprétation de certaines dispositions de la directive n° 2011/96/UE concernant le régime commun des sociétés mères et filiales. Ces deux décisions ont été prises au regard des législations française et belge, respectivement relatives à la contribution additionnelle de 3 % sur les montants distribués par les sociétés françaises et à la « *fairness tax* » sur les dividendes distribués par les sociétés et établissements belges, qui lui est, à certains égards, similaire (CJUE, 1^{re} ch., 17 mai 2017, aff. C-365/16, AFEP – CJUE, 1^{re} ch., 17 mai 2017, aff. C-68/15, X). Sur les deux questions, la Cour s'est prononcée dans le sens préconisé par son avocat général dans l'affaire belge (concl. J. Kokott, 17 nov. 2016 ; V. Ph. Derouin, Directive mère-fille, « *fairness tax* » belge et contribution de 3 % sur les montants distribués : Dr. fisc. 2016, n° 47, act. 650) en considérant qu'elle disposait de tous les éléments nécessaires pour statuer également sur l'affaire française (arrêt C-365/16, pt 19). Les deux arrêts ont ainsi confirmé l'analyse critique présentée dans les colonnes de cette Revue lors de l'instauration de la contribution additionnelle de 3 % sur les montants distribués (V. Ph. Derouin, La contribution de 3 % sur les montants distribués et le régime des sociétés mères et filiales : de Charybde en Scylla : Dr. fisc. 2012, n° 40, étude 457. – E. Dinh, Contribution de 3 % au titre des montants distribués : quelle compatibilité avec les engagements internationaux de la France ? : Dr. fisc. 2013, n° 10, étude 178).

2 – Dans les deux cas, la Cour de justice a retenu que l'article 4 de la directive mère-fille fait obstacle à l'établissement d'une imposition, telle que la contribution française et « *fairness tax* » belge, qui a pour assiette les montants distribués par une société mère, y compris ceux provenant de filiales non-résidentes, et pour conséquence de soumettre ces bénéficiaires à une imposition dépassant le plafond de 5 % (en base) prévu par ce texte.

Par des motifs identiques dans les deux arrêts, la Cour a fondé son interprétation sur le libellé de l'article 4, son contexte et ses finalités (arrêts C-68/15, pt 78 et C-365/16, pt 30). Lit-on le texte ? En prévoyant que l'État membre de la société mère « *s'abstient d'imposer ces bénéficiaires* », cette disposition interdit aux États membres d'imposer la société mère au titre des bénéficiaires qui lui ont été distribués par une filiale, « *sans distinguer selon que l'imposition de la société mère a pour fait générateur la réception de ces bénéficiaires ou leur redistribution* » (arrêts C-68/15, pt 79 et C-365/16, pt 31). Examine-t-on les finalités ? La directive mère-fille poursuit « *l'objectif d'éliminer la double imposition des bénéficiaires distribués par une filiale à sa société mère au niveau de la société mère* ». Une imposition de ces bénéficiaires dans le chef de la société mère lors de leur redistribution « *aurait pour effet de soumettre lesdits bénéficiaires à une imposition dépassant le plafond de 5 % prévu à l'article 4, paragraphe 3, de cette directive* ». Elle entraînerait ainsi « *une double imposition au niveau de la société mère contraire à ladite directive* » (arrêts C-68/15, pt 80 et C-365/16, pt 32).

Implicitement mais nécessairement, la Cour a considéré que le contexte de l'article 4 – qui commence par les mots « *Lorsqu'une société mère (...) perçoit, au titre de l'association entre la société mère et sa filiale, des bénéfices distribués* » – définit une condition d'application du régime commun des sociétés mères et filiales défini par la directive mais ne limite pas la portée de l'abstention d'imposer que prescrit le *a* du texte.

Dans l'affaire française, la Cour a ajouté « qu'il importe peu que la mesure fiscale nationale soit ou non qualifiée d'impôt sur les sociétés (...) L'application de l'article 4, § 1, a de la directive mère-fille n'est pas subordonnée à un impôt en particulier. En effet, cette disposition prévoit que l'État membre de la société mère s'abstient d'imposer les bénéfices distribués par sa filiale non-résidente. Ladite disposition vise ainsi à éviter que les États membres n'adoptent des mesures fiscales qui conduisent à une double imposition de tels bénéfices dans le chef des sociétés mères » (*arrêt C-365/16*, pt 33).

3 – Sur l'article 5 de la directive, qui prohibe toute retenue à la source sur les bénéfices distribués par une filiale à une société mère, la Cour a confirmé sa jurisprudence : « afin qu'un impôt puisse être qualifié de retenue à la source, au sens de l'article 5 de la directive mères-filiales, trois critères cumulatifs doivent être satisfaits (...) premièrement, l'impôt doit être prélevé dans l'État dans lequel les dividendes sont distribués et son fait générateur doit être le versement de dividendes ou de tout autre rendement des titres, deuxièmement, l'assiette de cet impôt est le rendement des titres et, troisièmement, l'assujetti est le détenteur des mêmes titres » (*arrêt C-68/15*, pt 63). Sur ce troisième critère seul en cause, la Cour a écarté l'approche fondée sur des appréciations économiques – telles que la répercussion, sur l'actionnaire, de l'impôt de distribution auquel la société distributrice est assujettie – en se référant à son précédent arrêt *Burda* du 26 juin 2008 (*CJCE*, 4^e ch., 26 juin 2008, aff. C-284/06, *Finanzamt Hamburg-Am Tierpark c/ Burda GmbH*, pts 58 à 62 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 4571, concl. P. Mengozzi ; *RJF* 10/2008, n° 1146. – V. L. Bernardeau et F. Schmied, *Jurisprudence de la CJCE : fiscalité directe* (avr./juin 2008) : *Dr. fisc.* 2008, n° 37, étude 476). La « *fairness tax* » belge ne pouvait donc pas constituer une retenue à la source au sens de l'article 5 de la directive. Le sujet n'a pas été abordé dans l'affaire française pour laquelle l'article 5 était invoqué à titre subsidiaire mais la solution aurait été identique.

4 – Sur la portée des arrêts de la Cour de justice, il est remarquable que tant les questions posées par les juridictions nationales sur la directive mère-fille n° 2011/96/UE que les motifs et dispositifs des arrêts sur ces questions sont rédigés en termes généraux et qu'aucun n'indique ni même n'implique que la solution, fondée sur le dépassement du plafond de 5 %, serait limitée aux distributions entre sociétés d'États membres différents de l'Union européenne. La rédaction du point 35 et du dispositif de l'arrêt C-365/16 est particulièrement nette : le texte interprété « s'oppose à une mesure fiscale prévue par l'État membre d'une société mère, telle que celle en cause au principal, prévoyant la perception d'un impôt à l'occasion de la distribution des dividendes par la société mère et dont l'assiette est constituée par les montants des dividendes distribués, y compris ceux provenant des filiales non-résidentes de cette société ». D'une part, cette formule n'exclut pas que la juridiction nationale juge la même prohibition applicable aux produits de filiales résidentes ; d'autre part, elle ne distingue pas entre les filiales non-résidentes selon qu'elles relèvent d'États membres ou de pays tiers. L'arrêt C-68/15 est plus simple encore et mentionne, au point 82 des motifs et au point 3 du dispositif, la société mère et sa filiale, sans aucune précision ou restriction.

Cette formulation ne saurait surprendre. Dans l'un et l'autre cas, les juridictions nationales ont posé des questions préjudicielles dans le cadre de recours en annulation dirigés – directement pour

l'un, indirectement pour l'autre – contre des dispositions générales et impersonnelles qui ne font aucune distinction relative à la source des bénéfices distribués par les filiales. En France comme en Belgique, le principe d'égalité devant la loi est de nature à prohiber des distinctions de cet ordre et tant le législateur français que le législateur belge ont instauré un régime identique. La Cour constitutionnelle de Belgique et le Conseil d'État en France ont pris cet élément en considération pour rédiger leurs questions préjudicielles à la Cour de justice en des termes qui ne suggèrent aucune différence de traitement entre les situations directement couvertes par la directive et les situations purement internes. La Cour elle-même a rappelé le cadre des litiges principaux qui ont motivé sa saisine. Il n'est donc pas surprenant que, pour éviter de susciter toute discrimination, « à rebours » ou autrement, la Cour se soit prononcée ainsi qu'elle l'a fait.

5 – Dans notre étude publiée en 2012, nous croyons avoir montré que la prohibition énoncée à l'article 4 de la directive mère-fille avait vocation à s'appliquer à la redistribution de produits de filiales établies dans d'autres États membres de l'Union européenne mais aussi, en application des principes d'égalité devant la loi, aux produits de filiales françaises et, en application des clauses de non-discrimination aux produits de filiales établies dans les pays tiers. La solution a été confirmée à plusieurs reprises, sur des sujets voisins ou différents, tant par le Conseil d'État que par le Conseil constitutionnel, et ne devrait plus faire de doute.

En France, la question qui subsiste ne paraît porter que sur le partage des compétences entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Faut-il considérer, à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice, que l'article 235 ter ZCA du CGI comporte une discrimination, en l'occurrence « à rebours », que seul le Conseil constitutionnel pourrait déclarer contraire à la Constitution, comme ce fut le cas dans les précédents *Metro Holding* et *Natixis* ? Doit-on considérer, au contraire, que le texte législatif de l'article 235 ter ZCA du CGI ne fait aucune distinction, ni par lui-même ni par son renvoi à l'article 110 du CGI, entre l'origine des produits de filiales redistribués ? En quelque sorte indivisible, son application serait paralysée par la directive en ce qu'il inclut dans l'assiette de la contribution de 3% les produits de toutes filiales, françaises ou non-résidentes, sans autre condition d'origine que celles de l'article 145 du même code et la condition de seuil de 10 % de la directive.

Le Conseil d'État a progressivement admis l'interprétation de la législation nationale conformément aux directives européennes, notamment les directives mère-fille, y compris dans les situations purement internes, lorsque le législateur a aligné la solution nationale sur celle du droit de l'Union européenne ou que la loi ne comporte pas de disposition expresse de nature à y faire obstacle. Il est invité à faire un pas supplémentaire en décidant de même en présence d'un défaut de conformité, de manière à ne pas imputer au législateur une discrimination que ce dernier n'a ni prévue ni voulue, même s'il s'est trompé sur l'interprétation de la directive et le profil de l'alignement des solutions. La Cour de justice a clairement montré par ses deux arrêts du 17 mai 2017 qu'une discrimination « à rebours » ne serait pas son fait ni celui du droit de l'Union européenne et elle a fait tout ce qui est en son pouvoir pour permettre aux juges nationaux de l'éviter, en Belgique comme en France.

6 – Plus concrètement pour les sociétés françaises, l'arrêt C-68/15 implique que, pour l'établissement de la contribution additionnelle de 3 % sur les montants distribués, les dividendes reçus de filiales soient déductibles des montants distribués au cours de l'année pendant laquelle ils ont été perçus et des années postérieures. L'imputation et le suivi des dividendes reçus et redistribués par les sociétés françaises pourraient en être rendus un peu plus complexes mais le résultat devrait être favorable aux contribuables concernés.