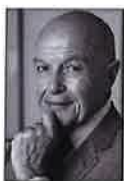


Droit de l'Union européenne

650 Directive mère-fille, « *fairness tax* » belge et contribution de 3 % sur les montants distribués

Par

Philippe DEROUIN,
avocat au barreau de Paris

1 – La « *fairness tax* » belge, instaurée par une loi du 30 juillet 2013, a plusieurs traits communs avec la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés de 3 % sur les montants distribués.

Comme la contribution française, elle est assise sur le montant des dividendes distribués par une société soumise à l'impôt sur les sociétés. Comme la contribution française, elle présente les caractéristiques

tant d'un impôt sur les sociétés que d'une retenue à la source sur les dividendes. À la différence de la contribution française, la « *fairness tax* » s'applique seulement au montant distribué qui excède le résultat imposable de la même période et à proportion des déductions pour pertes reportées et pour intérêt notionnel sur le capital à risque.

2 – Comme la contribution française, la « *fairness tax* » belge a été contestée devant le juge constitutionnel et au regard du droit de l'Union européenne. On sait qu'en France le Conseil d'État a opéré le tri entre la question de discrimination, qu'il a transmise au Conseil constitutionnel, et celles de la conformité à la directive mère-fille, qu'il a transmises à la CJUE. En Belgique, la loi permet un recours direct devant la Cour constitutionnelle belge, laquelle a posé trois questions à la CJUE : l'une, en deux branches, sur la liberté d'établissement, les deux autres sur les articles 4 et 5 de la directive mère-fille.

Par des conclusions déposées le 17 novembre 2016, Madame l'avocat général Kokott a proposé à la Cour de considérer, sur la première question, que le régime belge ne porte pas atteinte à la liberté d'établissement ; sur la deuxième question, que la « *fairness tax* » belge n'est pas une retenue à la source prohibée par l'article 5 de la directive mère-fille mais, sur la troisième question, que l'article 4 de la même directive fait obstacle à l'application de la « *fairness tax* » à une distribution de dividendes qu'une société a elle-même perçus et qu'elle redistribue.

Ces analyses sont particulièrement pertinentes pour la contribution additionnelle de 3 % sur les montants distribués.

3 – Les différences d'assiette entre les impôts belge et français, comme les modalités d'application de la « *fairness tax* » aux sociétés étrangères, font que l'égalité de traitement ne pose pas les mêmes difficultés pour l'une et l'autre contribution.

En France, l'exonération des montants distribués entre sociétés d'un même groupe a été jugée discriminatoire en tant qu'elle était restreinte aux groupes fiscalement intégrés, c'est-à-dire aux groupes français ayant opté pour le régime de l'intégration fiscale (Cons. const., déc. 30 sept. 2016, n° 2016-571 QPC, Sté Layher SAS : Dr. fisc. 2016, n° 46, comm. 592, note G. Blanluet. – V. également Ph. Derouin et M. Pelletier, Contribution de 3 % : inconstitutionnalité de l'exonération des distributions au sein des seuls groupes fiscalement intégrés : Dr. fisc. 2016, n° 40, act. 567). L'article 31 du projet de loi de finances rectificative pour 2016 tend à mettre fin à cette restriction (V. infra Dr. fisc. 2016, n° 47, 600). Tranchée sur le terrain de l'égalité devant la loi, au bénéfice des sociétés françaises comme des sociétés de pays tiers, la question relève, pour le passé, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Elle n'a plus lieu d'être examinée en France au regard de la liberté d'établissement dans l'Union européenne, si ce n'est à titre subsidiaire.

En Belgique, ce sont les différences de traitement entre les filiales et les établissements stables belges de sociétés européennes qui ont suscité des interrogations sur leur conformité aux exigences de la liberté d'établissement. Alors que le système français exonère les bénéfices réalisés en France par les sociétés européennes, le système belge impose les sociétés européennes ayant un établissement en Belgique à proportion des dividendes qu'elles distribuent effectivement et des bénéfices provenant de leur établissement en Belgique. Même s'il en résulte deux différences de traitement avec la situation des filiales belges de sociétés étrangères, l'avocat général a considéré que les situations sont différentes entre filiales et succursales sur ce

point, de sorte qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'établissement (pts 24 à 34).

4 – Au regard de la directive mère-fille, les questions relatives à la « *fairness tax* » belge sont similaires à celles que pose la contribution additionnelle de 3 %. Les questions transmises par le Conseil d'État en juin 2016 sont très proches de celles qui l'avaient été par la Cour constitutionnelle de Belgique en janvier 2015. D'ailleurs, le gouvernement français est intervenu devant la Cour de justice pour défendre son analyse.

Pour y répondre, l'avocat général a essentiellement retenu que « par ses articles 4 et 5, la directive mère-fille consacre un choix fondamental quant à l'attribution de la compétence d'imposition. Le principe veut que ce soit l'État membre de la filiale qui dispose du droit d'imposer ses bénéficiés. Ce choix assure la neutralité fiscale des distributions de dividendes qui rentrent dans le champ d'application de la directive mère-fille. Il doit en aller de même pour les chaînes de participations, puisqu'il convient aussi d'éviter la double ou multiple imposition lorsqu'il y a distribution de dividendes à la société mère au travers d'une chaîne de sociétés filiales » (pt 52).

5 – La première illustration de ce principe est l'article 5 de la directive qui prohibe la perception de retenue à la source sur les dividendes distribués par une filiale à sa société mère européenne.

L'avocat général a rappelé « que trois conditions doivent être remplies pour qu'il puisse être question d'une retenue à la source au sens de l'article 5 de la directive mère-fille. L'imposition doit être déclenchée par la distribution de dividendes, la base de l'imposition doit être liée au montant de la distribution et l'assujéti doit être le bénéficiaire de la distribution » (pt 38).

La « *fairness tax* » belge, comme la contribution additionnelle française, remplissent les deux premières conditions mais non pas la troisième. Pour considérer que cette troisième condition est pertinente, l'avocat général a considéré que :

« la première imposition des revenus d'une filiale n'est pas couverte par la directive mère-fille. L'interdiction d'une retenue à la source prévue à l'article 5 ne s'étend pas au paiement par la filiale de l'impôt grevant les revenus générés par son activité économique, même si cet impôt n'est prélevé qu'à l'occasion de la distribution des bénéficiés. C'est ce que confirme l'article 7, § 1 de la directive, qui prévoit expressément que la notion de retenue à la source ne comprend pas le paiement anticipé de l'impôt sur les sociétés de la filiale. Il doit en aller de même s'agissant de la *fairness tax*, qui a pour effet, dans certaines conditions, que le revenu d'une société est soumis à une imposition supplémentaire » (pt 42).

La solution paraît transposable à la contribution additionnelle de 3 % sur les montants distribués. Si les distributions de filiales

françaises à leurs sociétés mères, européennes ou autres, sont exonérées lorsque le taux de détention du capital de la filiale excède 95 %, en revanche la contribution est due sur les distributions aux sociétés mères dont la participation est inférieure à ce taux, même lorsqu'elle est supérieure au seuil de la directive mère-fille de 10 %.

6 – Toutefois, l'élimination de la double ou multiple imposition en cascade des dividendes distribués entre sociétés d'un même groupe reste l'objectif de la directive européenne.

« Il en découle que n'est pas compatible avec la directive mère-fille une situation dans laquelle les bénéficiés d'une société sont soumis, dans le chef d'une société qui se trouve à un niveau plus élevé dans la chaîne des participations, à une imposition d'un montant plus élevé que celui qu'autorise l'article 4 de la directive. Est par ailleurs dépourvue de pertinence la question de savoir si l'impôt est prélevé à l'occasion de la perception des dividendes ou à l'occasion de la redistribution » (pt 53).

Les gouvernements belge et français déduisaient du libellé de l'article 4 de la directive que l'exonération qu'il prévoit ne concerne que les dividendes perçus et ne s'impose plus en cas de redistribution ultérieure. L'avocat général a écarté l'argument par deux propositions. La première, déjà avancée par son prédécesseur Gelhoed dans l'affaire *FII Group litigation*, à savoir : « Une telle interprétation irait à l'encontre de l'économie et de la finalité de la directive mère-fille et porterait atteinte à son effet utile » (pt 51). La seconde, qu'elle « aurait pour effet qu'un État membre pourrait contourner ses obligations au titre de la directive en modifiant la technique de perception de l'imposition » (pt 53).

Ces conclusions rejoignent l'analyse que nous avons proposée, dès l'instauration de la contribution additionnelle de 3 %, dans les colonnes de cette revue (*Ph. Derouin, La contribution de 3 % sur les montants distribués et le régime des sociétés mères et filiales : de Charibde en Scylla ? : Dr. fisc. 2012, n° 40, 457*) et qui a été reprise par la suite. Si ces conclusions étaient suivies par la Cour de justice, elles contribueraient à détricoter le malencontreux amendement qui avait cru pouvoir introduire en France la double ou multiple imposition en cascade des bénéficiés distribués entre sociétés.

Concrètement, elles aboutiraient à soustraire de l'assiette de la contribution de 3 % sur les montants distribués les dividendes de provenance de filiales européennes, voire tous les produits de participation ayant ouvert droit au régime des sociétés mères (sous réserve d'un taux de participation minimal de 10 %). Actuellement, seuls les produits de participation en provenance de pays tiers échappent à la contribution additionnelle de 3 % dans la mesure où ils ont supporté, dans l'État de la filiale distributrice, une retenue à la source imputable sur la contribution de 3 %.