

La fin ne justifie pas les moyens

Par Hugues HENAFF (cf. portrait), Steve IDRISSEAU, Samantha SCHMITZ-MERLE et Marie BENTLEY, ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg)*

Avant sa modification en 2015 par l'introduction d'une mesure générale anti-abus (General Anti-Abuse Rule, «GAAR»), la directive mères-filiales⁽¹⁾ (la «Directive») permettait aux États Membres («EM») de l'Union Européenne («UE») de recourir à des dispositions nationales ou conventionnelles pour restreindre l'application de la Directive, notamment afin de lutter contre les fraudes fiscales et abus. La Directive accordait à cet égard une large marge d'appréciation aux EM.

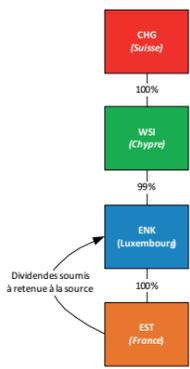
Dans un arrêt du 7 septembre 2017⁽²⁾, la Cour de Justice de l'UE («CJUE») a précisé les conditions dans lesquelles un EM de l'UE pouvait ainsi refuser l'exonération de retenue à la source normalement accordée en vertu de la Directive, au motif de la lutte contre l'évasion fiscale, sans pour autant contrevenir à la Directive ou constituer une entrave à la liberté d'établissement consacrée par le Traité sur le fonctionnement de l'UE («Traité»).

Bien que cet arrêt concerne l'application de la Directive dans son ancienne mouture, son enseignement, en ligne avec la jurisprudence précédente de la CJUE, présente un intérêt certain dans la mesure où il pourra sans conteste être transposé à l'application pratique, dans un contexte européen, des nouvelles mesures prises récemment en matière de lutte contre la fraude fiscale, comme par exemple la GAAR introduite dans la Directive en 2015⁽³⁾, la GAAR qu'on retrouve dans la récente directive «ATAD»⁽⁴⁾ ou encore le test relatif aux objets principaux d'un montage ou d'une transaction (*Principle Purposes Test*, «PPT»), tel qu'on le retrouve dans la récente convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base imposable et le transfert de bénéfices («MLI»).

Le présent article rappelle (1) les faits en cause (2) les éléments clés apportés par la CJUE et (3) en tire les conséquences pour l'application des mesures mises / à mettre en place par l'UE et ses EM dans le cadre de l'intensification de la lutte contre la fraude fiscale.

1. Rappel des faits et de la législation en jeu

Au cours des exercices d'imposition 2005 et 2006, la société française Euro Stockage S.A.S («EST») a procédé à la distribution de dividendes pour un montant de 300.000 euros, au bénéfice de sa société mère de droit luxembourgeois, ENKA SA («ENK»). Au cours de ces exercices, ENK était indirectement détenue à 99% par une société de droit suisse Campores Holding («CHG») par l'intermédiaire d'une société de droit chypriote Waverley Star Investments Limited («WSI», voir schéma).



Alors que les dividendes distribués par EST à ENK étaient en principe exonérés de retenue à la source sur base de la Directive, l'administration fiscale française leur a appliqué une retenue à la source de 25% en vertu du code général des impôts français, dans sa version applicable à l'époque⁽⁵⁾. Selon cette législation, l'exonération de retenue à la source ne s'appliquait pas lorsque les dividendes distribués bénéficiaient à une personne morale contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États qui n'étaient pas membres de l'UE⁽⁶⁾, à moins que cette personne morale soit en mesure d'établir que la chaîne de participations n'avait pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage de l'exonération⁽⁷⁾. Or, en l'espèce, EST était indirectement contrôlée par CHG, une société de droit suisse, et n'avait pas rapporté (selon l'administration fiscale française) la preuve que la chaîne de détention de participations entre CHG, WSI, ENK et EST n'avait pas pour objet principal, ou comme un de ses objets principaux, de tirer avantage de l'exonération de retenue à la source.

Par une décision du 30 décembre 2015⁽⁸⁾, le Conseil d'État français saisi de cette affaire adressa à la CJUE quatre questions préjudicielles⁽⁹⁾, afin de déterminer si la législation française mentionnée ci-dessus était ou non conforme à la Directive et/ou⁽¹⁰⁾ portait atteinte aux libertés fondamentales (liberté

d'établissement⁽¹¹⁾ et de circulation des capitaux⁽¹²⁾) consacrées par le Traité.

2. La CJUE rejette les présomptions générales de fraude fiscale ou d'abus

a. Non-conformité à la Directive

La CJUE rappelle que l'objectif de la Directive est d'assurer la neutralité fiscale des distributions de bénéfices effectuées par une société établie dans un EM en faveur de sa société mère établie dans un autre EM en exonérant de retenue à la source ces distributions. La Directive limite ainsi la compétence des EM quant à l'imposition des bénéfices distribués par les sociétés établies sur leur territoire. En outre, la CJUE rappelle que les EM ne peuvent pas instaurer unilatéralement des mesures ayant pour objectif de limiter le bénéfice de cette Directive, sauf si celles-ci sont nécessaires afin d'éviter les comportements consistant à créer des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique et dont le but est de bénéficier indûment d'un avantage fiscal⁽¹³⁾.

Dans ce contexte, et notamment pour s'assurer de la nécessité d'une mesure, la CJUE considère que seul un examen individuel de l'ensemble de l'opération concernée – et non l'application de critères généraux prédéterminés – permet de déterminer si une opération poursuit un objectif de fraude fiscale ou d'abus. De façon similaire, rappelant sa jurisprudence à ce sujet, la CJUE estime qu'une mesure fiscale revêtant une portée générale excluant automatiquement certaines catégories de contribuables de l'avantage fiscal, sans que l'administration fiscale soit tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve ou d'indice de fraude fiscale et d'abus, va au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter les fraudes fiscales et les abus⁽¹⁴⁾.

Or, en l'espèce, la CJUE constate que la législation française en cause n'a pas pour objet spécifique d'exclure du bénéfice de la Directive les montages frauduleux ou abusifs, mais vise, de manière générale, «toute situation dans laquelle une société mère contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'États tiers a son siège, pour quelque raison que ce soit, en dehors de la France». Toutefois, selon la CJUE, la seule circonstance qu'une société résidant dans l'UE soit contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'États tiers n'implique pas, en elle-même, l'existence d'un montage purement artificiel, dépourvu de réalité économique, créé uniquement dans le but de bénéficier indûment d'un avantage fiscal⁽¹⁵⁾.

Selon la CJUE, la législation française en cause applicable à l'époque, instaure une présomption générale de fraude fiscale et d'abus dès lors :

- qu'une société mère ne pouvait pas bénéficier de l'exonération de retenue à la source du seul fait qu'elle était contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États tiers et
- que l'administration fiscale n'était pas tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve ou d'indice de fraude fiscale et d'abus⁽¹⁶⁾.

Or, une présomption générale de fraude fiscale et d'abus ne saurait justifier une mesure fiscale qui porte atteinte aux objectifs d'une directive⁽¹⁷⁾. Il s'ensuit que, pour la CJUE, la législation française en cause applicable à l'époque est non-conforme à la Directive.

b. Non-conformité au Traité

La CJUE va ensuite plus loin et relève que, dans la mesure où la législation française en cause n'est pas une mesure d'harmonisation, elle peut être appréciée au regard du Traité⁽¹⁸⁾. Par ailleurs, selon la CJUE, une législation nationale qui a vocation à s'appliquer aux participations permettant d'exercer un influence certaine sur les décisions d'une société et de déterminer les activités de celle-ci relève des dispositions du Traité relatives à la liberté d'établissement⁽¹⁹⁾.

En l'espèce, la législation fiscale française en cause était applicable aux sociétés qui détenaient au moins 20% du capital de leurs filiales, ce qui n'implique pas nécessairement l'exercice effectif d'une telle influence. Toutefois, sur base des faits de la cause, ENK détenant 100% du capital d'EST conférant à cette première société une influence certaine sur les décisions de cette seconde société, celle-ci pouvait se prévaloir des dispositions relatives à la liberté d'établissement. Le fait qu'ENK soit contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États tiers⁽²⁰⁾ ne prive pas cette société du droit de se prévaloir de cette liberté⁽²¹⁾.

La liberté d'établissement est le droit dont dispose un résident d'un EM, d'exercer son activité dans un

autre EM par l'intermédiaire d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence, dans les mêmes conditions qu'une société résidente. Or, en vertu de la législation fiscale française en cause, la CJUE relève que lorsqu'une société résidente française verse un dividende à une autre société résidente française contrôlée par des résidents d'un État tiers, la société mère résidente peut se prévaloir de l'exonération de retenue à la source sans avoir à justifier, comme ce serait le cas pour une société mère résidente d'un autre EM, que la chaîne de participation n'a pas comme objet principal ou comme l'un de ses objets principaux de tirer avantage de cette exonération⁽²²⁾. Une telle différence de traitement applicable à ces sociétés mères qui sont pourtant dans une situation comparable, constitue une entrave à la liberté d'établissement.

Une telle entrave à la liberté d'établissement n'est admise que si elle concerne (i) des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou (ii) si cette entrave est (a) justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, (b) propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et (c) qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. La CJUE considère à cet égard que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales par l'instauration d'une disposition visant à empêcher le «*treaty shopping*» constitue une raison impérieuse d'intérêt général, susceptible de justifier une entrave à l'exercice des libertés garanties par le Traité⁽²³⁾. Toutefois une législation telle que la législation française en cause dont l'objectif visant à lutter contre la fraude et l'évasion fiscales et sauvegarder une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres ne peut justifier une telle entrave dès lors que cette législation :

- repose sur une présomption générale de fraude fiscale et d'abus⁽²⁴⁾, et
- ne vise pas spécifiquement les montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dont le but est l'obtention d'un avantage fiscal⁽²⁵⁾.

Or, une présomption générale de fraude fiscale et d'abus ne saurait justifier une mesure fiscale portant atteinte à l'exercice d'une liberté fondamentale garantie par le Traité. Il s'ensuit que, pour la CJUE, la législation française en cause applicable à l'époque était non-conforme aux dispositions du Traité.

3. Portée – les dispositions anti-abus à la lumière de la jurisprudence de la CJUE

L'arrêt rendu par la CJUE est à lire dans le contexte global de l'intensification générale des mesures adoptées (ou à adopter) par l'UE et les pays membres de l'OCDE afin de lutter contre les pratiques fiscales abusives. Au cours de ces dernières années, la Commission Européenne, les directives européennes et les sphères médiatiques et politiques ont eu tendance à considérer qu'il y avait une fraude fiscale ou un abus dès lors que des transactions se déroulaient dans un contexte transfrontalier. Ces situations abusives existent et il est normal qu'au niveau européen et international des dispositifs soient mis en place afin de lutter contre ces situations particulièrement dommageables. Cependant, il est impératif que ces dispositifs respectent les principes fondateurs de l'UE ainsi que les droits des contribuables. C'est exactement ce que la CJUE vient de rappeler dans son arrêt du 7 septembre 2017.

D'un point de vue pratique, les enseignements de l'arrêt commenté sont divers. Il en ressort en effet que :

- Une mesure visant à lutter contre la fraude fiscale et les abus serait contraire au Traité dans l'hypothèse où :
 - elle constitue une présomption générale de fraude fiscale et d'abus ;
 - elle a une portée générale puisque dans un tel cas elle ne viserait pas spécifiquement des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dont le but est de bénéficier indûment d'un avantage fiscal⁽²⁶⁾ ;
 - elle exclut automatiquement certaines catégories de contribuables de l'avantage fiscal, sans que l'administration fiscale soit tenue de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve ou d'indice de fraude fiscale et d'abus ;
 - elle va au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter les fraudes fiscales et les abus.
- La seule circonstance qu'un contribuable structure une opération au travers d'une chaîne de participations transfrontalières ne constitue pas, en soi, un indice de fraude fiscale ou d'abus.
- Le fait que les bénéficiaires économiques d'un contribuable européen soient résidents d'un État non membre de l'UE n'a pas d'influence sur le droit de ce contribuable de bénéficier des droits consacrés par une directive européenne et/ou le Traité.

La conformité aux libertés fondamentales (consacrées par le Traité) de l'ensemble des dispositifs anti-abus prévus notamment dans la directive ATAD 1⁽²⁷⁾, dans le MLI avec le PPT pour prévenir l'utilisation abusive des conventions fiscales, ou encore dans les législations nationales mettant en œuvre ces dispositifs, peut être appréciée à la lumière de ces enseignements. A cet égard, au niveau européen, les dispositions nationales de disposition des clauses anti-abus générales, introduites en 2015 dans la Directive ou encore par ATAD, devraient pouvoir être considérées comme conformes au Traité si les autorités fiscales locales en font une bonne application, conformément à la jurisprudence de la CJUE. En effet, ces mesures n'ont pas de portée générale dans

la mesure où elles ne s'appliquent pas de façon automatique à une catégorie prédéfinie de contribuable, mais au contraire, ne devraient trouver application qu'en cas de montage purement artificiel, dépourvu de réalité économique et dont le but est de bénéficier indûment d'un avantage fiscal, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents de l'espèce. La GAAR contenue dans ATAD s'applique en effet aux «montages (...) qui ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents» et un montage est considéré comme non authentique dans la mesure où il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.

La conclusion est en revanche moins certaine en ce qui concerne l'application pratique, dans un contexte européen, du PPT inclus dans le MLI, PPT qui à l'avenir devrait se retrouver dans la quasi-totalité des conventions fiscales. En effet, bien que la disposition ne contienne pas de présomption générale de fraude fiscale puisque qu'elle ne peut être appliquée que dans l'hypothèse où il est «raisonnable de conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation» que l'un des objets principaux d'un montage était l'obtention d'un avantage fiscal conventionnel, il n'en reste pas moins qu'elle a une portée générale puisqu'elle vise tout montage dont l'un des objectifs principaux est d'obtenir directement ou indirectement un avantage fiscal et ce, peu importe que le montage ou la transaction soit ou non purement artificiel (et donc pourvu ou non de réalité économique).

Dans son rapport du 28 janvier 2016, la Commission Européenne énonçait bien avant la signature du MLI qu'afin d'assurer la conformité au droit de l'UE de la clause PPT, il convenait de l'aligner sur la jurisprudence de la CJUE relative à l'abus de droit. Elle sous-entendait donc qu'en l'état, une telle clause n'était pas conforme à cette jurisprudence. La Commission proposait à cette fin de soumettre l'application du PPT à la condition que le montage ne corresponde pas à une activité économique authentique. Cette précision n'ayant pas été reprise dans le MLI, il est assez probable qu'à l'avenir, le PPT soit considéré comme non conforme aux libertés fondamentales du Traité et rende son application pratique problématique dans les relations entre EM, les contribuables faisant valoir leurs droits sanctionnés par la jurisprudence de la CJUE. Cette dernière confirme en effet que la seule existence d'un avantage fiscal ne permet pas de conclure en l'existence d'une fraude fiscale et qu'il appartient à l'administration fiscale de fournir ne serait-ce qu'un commencement de preuve ou d'indice de fraude fiscale et d'abus ou en démontrant l'absence de raison économique compte tenu du cas de l'espèce. Ainsi, contrairement à la citation bien connue attribuée à Machiavel, «la fin ne justifie pas toujours les moyens».

* Hugues Henaff est Tax Partner, Steve Idrissau est Tax Senior Associate, Samantha Schmitz-Merle est Knowledge Director et Marie Bentley est Knowledge Manager au sein de ATOZ Tax Advisers (Taxand Luxembourg).

Pour contacter les auteurs :

hugues.henaff@atoz.lu

steve.idrissau@atoz.lu

samantha.merle@atoz.lu

marie.bentley@atoz.lu

www.atoz.lu

1) Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JO 1990, L 225, p. 6), telle que modifiée par la directive 2003/123/CE du Conseil, du 22 décembre 2003 (JO 2004, L 7, p. 41).

2) Arrêt C-6/16 du 7 septembre 2017, Eajom SAS, anciennement Holcim France SAS, Enka SA contre Ministère des Finances et des Comptes publics.

3) Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015, modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents (JO 2015, L 21/1, p.1-3).

4) Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (JO 2016, L 193, p.1).

5) Article 119 ter, paragraphe 1 et 2, du code général des impôts («CGI»).

6) Conformément aux articles 119 bis, paragraphes 2 et 187 du CGI, les revenus distribués par des personnes morales françaises à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France sont soumis à une retenue à la source de 25%.

7) Article 119 ter, paragraphe 3, du CGI tel qu'applicable à l'époque.

8) Arrêt du Conseil d'État n°374836 du 30 décembre 2015.

9) Cf. considérant 13 de l'arrêt du 7 septembre 2017.

10) La distinction entre l'applicabilité de la Directive ou du Traité est importante dès lors que la non-conformité à la Directive aurait pour conséquence l'exonération de la retenue à la source sans aucune restriction. La non-conformité de cette disposition au Traité ne garantit que l'égalité de traitement avec les personnes se trouvant dans une situation comparable.

11) Article 49 du TFUE.

12) Article 63 TFUE. Contrairement à la liberté d'établissement, la liberté de circulation des capitaux protège les ressortissants d'États tiers contre des dispositions nationales restrictives prises par des États membres.

13) Cf. considérants 23 à 25.

14) Cf. considérant 32 ; arrêt du 8 mars 2017, Euro Park Service, C 14/16, EULC:2017:177, points 55 et 56.

15) Faisant siennes les conclusions de l'Avocat Général aux points 27 et 28 de ses conclusions.

16) Cf. considérant 36.

17) Arrêts du 26 septembre 2000, Commission/Belgique, C 478/98, EULC:2000:497, point 45 et jurisprudence citée, ainsi que du 5 juillet 2012, SIAT, C 318/10, EULC:2012:415, point 38.

18) Cf. considérant 18.

19) En revanche, des dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à des participations effectuées dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise doivent être examinées exclusivement au regard de la libre circulation des capitaux (arrêt du 15 septembre 2011, Accor, C 310/09, EULC:2011:581, point 32 et jurisprudence citée).

20) En effet, la Cour a déjà dit pour droit qu'il ne résulte d'aucune disposition du droit de l'Union que l'origine des actionnaires, personnes physiques ou morales, des sociétés résidant dans l'Union ait une incidence sur ce droit, le statut d'une société de l'Union étant fondé, en vertu de l'article 54 TFUE, sur le lieu du siège social et de l'ordre juridique auxquels la société est rattachée, et non pas sur la nationalité de ses actionnaires (arrêt du 1er avril 2014, Felixstowe Dock and Railway Company, C 80/12, EULC:2014:200, point 40).

21) Cf. considérant 47.

22) Cf. considérant 55.

23) Arrêt du 8 mars 2017, Euro Park Service, C 14/16, EULC:2017:177, point 65 et jurisprudence citée.

24) Cf. considérants 65 et 66.

25) Cf. Arrêt du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04).

26) Cf., en ce sens, arrêts du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas, C 196/04, EULC:2006:544, point 55, ainsi que du 5 juillet 2012, SIAT, C 318/10, EULC:2012:415, point 40.

27) Cf. ATAD, Articles 6 (clause anti-abus générale) et 7 (règle relative aux sociétés étrangères contrôlées).