

SOURCES - PRINCIPES MÉTHODES

Chronique d'actualité



**Emmanuelle
CORTOT-BOUCHER,**
Maître des requêtes au Conseil d'État



**Alexandre
MAITROT DE LA MOTTE,**
Professeur à l'Université Paris Est - Créteil
Directeur du Master Droit Fiscal, spécialité fiscalité
appliquée
Premier Vice-Président de la ComUE Université Paris Est



**Emmanuel
RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE,**
Maître de conférences à l'Université Rennes I
Co-directeur du Master 2 DFA,
Avocat associé, PwC Société d'avocats

Sources

> **Droit interne** - Le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité, qu'il estime présenter un caractère sérieux, tirée de ce que l'article 182 B du CGI méconnaît le principe d'égalité devant les charges publiques en tant qu'il prévoit le prélèvement d'une retenue à la source sur le montant brut des rémunérations servies à une société étrangère quand bien même cette société serait déficitaire (V. § 1).

> **Droit de l'Union européenne** - Dans deux arrêts de grande chambre rendus le 26 février 2019 sur renvois préjudiciels de plusieurs cours d'appel danoises, la CJUE a apporté d'importantes précisions relatives à la notion d'abus de droit et aux règles y applicables (V. § 3).

> La CJUE, dans un arrêt de Grande chambre, se prononce sur l'interprétation de la clause dite de

« standstill » ou « de gel », figurant au § 1 de l'article 64 du TFUE, et sur les conditions de compatibilité avec le droit de l'Union des dispositifs relatifs à l'imposition des « sociétés étrangères contrôlées » (SEC). La Cour paraît s'engager dans la voie d'une modulation des exigences liées à la libre circulation des capitaux, en allégeant les contraintes qui résultent de celle-ci lorsque sont en cause des pays tiers (V. § 8).

> Le Tribunal de l'UE valide la compétence de la Commission mais annule sa décision de la Commission au motif que cette dernière a commis une erreur de droit en estimant que les décisions anticipées permettant à des entreprises de déduire de leurs résultats imposables des bénéfices dits « excédentaires » constituaient un régime d'aides (V. § 13).

Sources

Droit interne

1. Constitution - Principe d'égalité devant les charges publiques – Retenue à la source - Le Conseil d'État renvoie au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité, qu'il estime présenter un caractère sérieux, tirée de ce que l'article 182 B du CGI méconnaît le principe d'égalité devant les charges publiques en tant qu'il prévoit le prélèvement d'une retenue à la source sur le montant brut des rémunérations servies à une société étrangère quand bien même cette société serait déficitaire.

CE, 9^e et 10^e ch., 25 févr. 2019, n° 412497, Sté Cosfibel Premium, concl. E. Bokdam-Tognetti (V. annexe 1)

Droit international

2. À NOTER

> Conventions internationales – Instrument multilatéral

-La convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (Instrument multilatéral) est publiée au Journal officiel de la République française (V. annexe 2).

D. n° 2019-6, 4 janv. 2019 portant publication de la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, adoptée à Paris le 24 novembre 2016, signée par la France le 7 juin 2017 : JO 6 janv. 2019, texte n° 2

> Conventions internationales – France-Luxembourg

-La loi autorisant l'approbation de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et la fortune, a été publiée au Journal officiel du 26 février 2019.

L. n° 2019-130, 25 févr. 2019 : JO 26 févr. 2019, texte n° 4

> Conventions internationales – Chalandage fiscal

-L'OCDE a publié un premier rapport d'examen par les pairs évaluant les efforts des pays dans la mise en œuvre des normes minimales de l'action 6 du plan BEPS sur le chalandage fiscal.

OCDE, communiqué, 14 févr. 2019

Le rapport, qui comprend les résultats globaux de l'examen par les pairs et des données relatives aux conventions fiscales conclues par chacune des 116 juridictions qui étaient membres du Cadre inclusif du BEPS au 30 juin 2018, souligne les progrès substantiels réalisés par les juridictions en 2017 et 2018 en vue de la mise en œuvre de la norme minimale. Il révèle par ailleurs qu'une grande majorité des

membres du Cadre inclusif ont commencé à traduire leur engagement en actions, en modifiant actuellement leur réseau de conventions.

> OCDE - Lutte contre les pratiques fiscales dommageables (BEPS action 5) – Régimes fiscaux préférentiels - Rapport d'étape - L'OCDE a publié un rapport intitulé « *Harmful Tax Practices - 2018 Progress Report on Preferential Regimes* », dont les résultats démontrent que les juridictions ont respecté leur engagement de se conformer à la norme sur les pratiques fiscales dommageables, notamment en veillant à ce que leurs régimes préférentiels alignent la fiscalité sur la substance.

OCDE, communiqué, 29 janv. 2019

La dernière évaluation du Forum sur les pratiques fiscales dommageables a abouti à de nouvelles conclusions sur 57 régimes, notamment :

- 44 régimes où les juridictions se sont engagées à apporter des modifications législatives en vue de les supprimer ou de les amender (Antigua-et-Barbuda, Barbade, Belize, Botswana, Costa Rica, Curaçao, France, Jordanie, Macao (Chine), Malaisie, Panama, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les Grenadines, les Seychelles, l'Espagne, la Thaïlande et l'Uruguay) ;

- en conséquence, tous les régimes de propriété intellectuelle recensés dans le rapport BEPS Action 5 de 2015 ne sont désormais plus « nuisibles » et sont conformes à l'approche du « nexus », à la suite des récentes modifications législatives adoptées par la France et l'Espagne ;

- trois nouveaux régimes ou régimes de remplacement ont été jugés « non nuisibles », car ils ont été spécifiquement conçus pour respecter le standard Action 5 (Barbade, Curaçao et Panama) ;

- quatre autres régimes ont été jugés hors champ ou non opérationnels (Malaisie, Seychelles et deux régimes thaïlandais), et deux autres engagements ont été pris d'apporter des modifications législatives en vue de supprimer ou de modifier un régime (Malaisie et Trinité-et-Tobago) ;

- un régime a été jugé potentiellement nuisible, mais pas réellement (Montserrat) ;

- trois régimes ont été jugés potentiellement dangereux (Thaïlande).

L'OCDE avait déjà communiqué en fin d'année 2018 sur de nombreuses évaluations de régimes préférentiels (FI 1-2019, n° 2, § 6).

Droit de l'Union européenne

Questions générales

3. Droit de l'Union européenne – Abus de droit - Dans deux arrêts de grande chambre rendus le 26 février 2019 sur renvois préjudiciels de plusieurs cours d'appel danoises, la CJUE a apporté d'importantes précisions relatives à la notion d'abus de droit et aux règles y applicables.

CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-116/16 et C-117/16,

Skatteministeriet c/ T Danmark et Y Denmark Aps (FI 2-2019, n° 5.2)

CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16, N Luxembourg 1 et a. (FI 2-2019, n° 5.3)

4. Les six affaires ayant donné lieu à ces deux arrêts portaient sur des retenues à la source consécutives au paiement, par des sociétés établies au Danemark, de dividendes et d'intérêts à des sociétés non résidentes appréhendées par l'administration fiscale danoise comme n'étant pas leurs bénéficiaires effectifs. Parce que ces entités non résidentes ont été considérées comme des sociétés-relais, les sociétés établies au Danemark n'ont ainsi pas pu bénéficier des régimes d'exonération prévus par la directive « mères-filiales » dans sa version antérieure à 2011¹ et par la directive « intérêts-redevances »².

La directive « mères-filiales » et la directive « intérêts-redevances » prévoient en effet que les paiements de dividendes, d'intérêts et de redevances ne sont pas imposables dans l'État de leur source s'ils interviennent entre des sociétés liées qui remplissent des conditions précises (nature des sociétés, condition de résidence, imposition à un impôt équivalent à l'impôt sur les sociétés, et conditions relatives aux modalités de détention de sa filiale ou de sociétés-sœurs par une société-mère). Toutefois, l'exonération n'est pas absolue dès lors que **les directives comportent également des clauses autorisant les États membres à pratiquer des retenues à la source en cas d'abus de droit** : si, à l'époque des faits en litige, ces clauses ne prévoyaient pas que les États membres devaient lutter contre les abus, elles précisaient que les directives ne faisaient pas obstacle à l'application des dispositions nationales ou des dispositions fondées sur des conventions qui sont nécessaires pour prévenir les fraudes ou les abus³.

1 Dir. 90/435/CEE du Conseil, 23 juill. 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JOUE 1990, L 225, p. 6). Cette directive a été refondue en 2011 : V. Dir. n° 2011/96/UE du Conseil, 30 nov. 2011, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JOUE L. 345, p. 8-16).

2 Dir. 2003/49/CE du Conseil, 3 juin 2003, concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents (JOUE 2003, L 157, p. 49).

3 Depuis les faits en litige, la directive « mères-filiales » a été refondue (V. *supra*, note n° 1), avant d'être révisée en ce qui concerne la lutte contre les abus de droit. Une directive du 27 janvier 2015 (Dir. (UE) 2015/121 du Conseil, 27 janv. 2015 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents : JOUE L. 21, p. 1-3) a en effet modifié la directive « mères-filiales » en obligeant comme suit les États membres à lutter contre certains abus : « 2. Les États membres n'accordent pas les avantages de la présente directive à un montage ou à une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la présente directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. / Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties. / 3. Aux fins du paragraphe 2, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique. 4. La présente directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires pour prévenir la fraude fiscale ou les abus. ». En France, ce texte a été repris sous le 3 de l'article 119 ter du CGI.

À l'époque des faits en litige, le droit danois ne comportait pas de législation anti-abus spécifique. Ceci étant, **deux théories jurisprudentielles s'appliquaient**. Il s'agissait d'une part du **principe dit « de réalité »**, selon lequel l'imposition doit être déterminée sur la base d'une appréciation concrète des faits : « Cela signifie notamment que les montages fiscaux artificiels peuvent, selon les circonstances, être écartés afin que l'imposition tienne compte de la réalité, en vertu du principe de la prééminence du fond sur la forme (substance-over-form) »⁴. Et il s'agissait d'autre part du **principe dit du « bénéficiaire légitime des revenus »** : « Ce principe repose sur les dispositions fondamentales relatives à l'imposition des revenus, figurant à l'article 4 de la *statsskatteloven* (loi relative aux impôts de l'État), qui ont pour effet que les autorités fiscales ne sont pas tenues d'admettre une dissociation artificielle entre l'entreprise ou l'activité qui génère les revenus et l'affectation des revenus qui en découlent. Ce principe vise donc à déterminer la personne qui – quelles que soient les apparences formelles – est le véritable bénéficiaire d'un revenu donné et donc celle qui est redevable de l'impôt y afférent »⁵.

5. Saisie de questions préjudicielles, la Cour de justice devait, dans les arrêts commentés, répondre à la question de savoir si ces théories étaient applicables. **Était-il possible de refuser à des sociétés établies au Danemark qu'elles bénéficiaient des avantages fiscaux prévus par les directives « mères-filiales » et « intérêts-redevances »** aux motifs que, dans des groupes de sociétés ne satisfaisant pas aux conditions prévues par les directives, une ou plusieurs **sociétés artificielles répondant aux conditions formelles des directives européennes** avaient été créées entre les sociétés qui versaient des dividendes ou des intérêts et les entités qui avaient vocation à en disposer réellement ? Ou **fallait-il considérer que la jurisprudence danoise relative à l'abus de droit et aux bénéficiaires effectifs méconnaissait les exigences des directives et les libertés européennes de circulation** ?

6. La **jurisprudence antérieure de la Cour de justice ne permettait pas de répondre précisément à ces questions**. Dans l'arrêt *Cadbury Schweppes*⁶, la Cour avait précisé qu'en matière de fiscalité directe, des restrictions à la libre circulation pouvaient être justifiées par la lutte contre les montages purement artificiels, « *dépourvus de réalité économique, dans le but d'é luder l'impôt normalement dû sur les bénéfices générés par des activités réalisées sur le territoire national* »⁷. Mais en matière de TVA, il avait été constaté que « *la jurisprudence issue de l'arrêt Halifax n'exige pas d'établir que l'obtention d'un avantage fiscal constitue le seul objectif des opérations en cause. Si des opérations poursuivant exclusivement un tel objectif sont susceptibles de remplir l'exigence résultant de cette jurisprudence, la Cour a précisé, au point 45 de son arrêt du 21 février 2008, Part Service (C425/06, EU:C:2008:108), qu'il en allait de même*

4 V. l'arrêt *N Luxembourg 1 et a.*, pt 24.

5 *Idem*, pt 26.

6 CJCE, gde ch., 12 sept. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas* : Dr. fisc. 2006, n° 39, act. 176 ; Rec. CJCE 2006, I, p. 7995 ; BDCF 12/2006, n° 146, concl. Ph. Léger.

7 V. le point 55 de l'arrêt *Cadbury Schweppes*.

lorsque la recherche d'un avantage fiscal constitue le but essentiel des opérations en cause »⁸. Enfin, dans l'arrêt *Eqiom*, la Cour avait peine à clarifier l'état du droit⁹ et n'avait pas répondu à la question de savoir si des règles nationales destinées à lutter contre des abus de droit pouvaient être protégées par les clauses anti-abus des directives (théorie de la directive-écran)¹⁰.

7. Dans ces conditions, l'apport des deux arrêts de grande chambre rendus le 26 février 2019, dont les termes sont identiques quant à l'interprétation qu'il convient de donner du droit primaire et du droit dérivé de l'Union, est essentiel à un triple point de vue.

> En premier lieu, la Cour a jugé que **l'existence d'un abus de droit peut - et même doit - être invoquée par un État membre même s'il n'existe aucun texte explicite en ce sens**. Selon la Cour, en effet, « il existe, dans le droit de l'Union, un principe général de droit selon lequel les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit de l'Union »¹¹. Et dans la mesure où « l'application de la réglementation de l'Union ne saurait être étendue jusqu'à couvrir les opérations qui sont réalisées dans le but de bénéficier frauduleusement ou abusivement des avantages prévus par le droit de l'Union »¹², « un État membre doit refuser le bénéfice des dispositions du droit de l'Union lorsque celles-ci sont invoquées non pas en vue de réaliser les objectifs de ces dispositions, mais dans le but de bénéficier d'un avantage du droit de l'Union alors que les conditions pour bénéficier de cet avantage ne sont que formellement remplies »¹³. Pour la Cour, l'invoque d'un abus de droit de type « fraude à la loi » n'est alors pas une faculté pour les États membres, mais une obligation : « Il s'ensuit que le principe général d'interdiction des pratiques abusives doit être opposé à une personne lorsque celle-ci se prévaut de certaines règles du droit de l'Union prévoyant un avantage d'une manière qui n'est pas cohérente avec les finalités que visent ces règles »¹⁴. Cette nouvelle exigence est de nature à favoriser la lutte contre la concurrence fiscale dommageable au sein de l'Union, cette lutte devenant obligatoire pour les États membres qui la subissent en raison des abus de droit commis par les contribuables. Dans cette perspective, de nombreuses situations internationales (tous les mouvements

intra-européens au regard de la libre circulation des personnes et des services ; et tous les flux internationaux de capitaux au regard de la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement¹⁵) sont potentiellement concernées dès lors qu'elles supposent nécessairement l'exercice d'une liberté européenne de circulation. Se pose alors la question de savoir si l'idée exprimée au point 36 de l'arrêt *Cadbury Schweppes* précité, dont il ressort que « le fait qu'un ressortissant communautaire, personne physique ou morale, a entendu profiter de la fiscalité avantageuse en vigueur dans un État membre autre que celui dans lequel il réside n'autorise pas, à lui seul, à le priver de la possibilité d'invoquer les dispositions du traité », reste valable.

> Cette question est d'autant plus pertinente qu'en deuxième lieu, la Cour a apporté des **précisions quant aux éléments constitutifs d'un abus de droit, qu'elle appréhende désormais de manière moins stricte que dans l'arrêt *Cadbury Schweppes***. Certes, la Cour a confirmé que « la preuve d'une pratique abusive nécessite, d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation de l'Union, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint et, d'autre part, un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation de l'Union en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention »¹⁶. Mais elle a ensuite ajouté que « c'est ainsi l'examen d'un ensemble de faits qui permet de vérifier si les éléments constitutifs d'une pratique abusive sont réunis, et notamment si des opérateurs économiques ont effectué des opérations purement formelles ou artificielles, dénuées de toute justification économique et commerciale, dans le but essentiel de bénéficier d'un avantage indu »¹⁷. Cette formulation, qui maintient l'exigence d'un montage **purement** artificiel mais qui admet que le but fiscal du montage ne soit plus qu'**essentiel**, n'est pas des plus convaincantes : elle est en effet ambiguë ; et elle présente l'inconvénient de ne pas fixer de **critère juridique** clair. Ceci explique que la Cour a ensuite éprouvé le besoin de préciser à quels **indices factuels** il est possible de recourir pour mettre un abus de droit en évidence : « Peut être considéré comme étant un montage artificiel un groupe de sociétés qui n'est pas mis en place pour des motifs qui reflètent la réalité économique, a une structure purement formelle et a pour principal objectif ou pour l'un de ses objectifs principaux l'obtention d'un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable. Tel est le cas notamment lorsque, grâce à une entité relais insérée dans la structure du groupe entre la société qui verse des intérêts et l'entité qui en est le bénéficiaire effectif, le paiement de l'impôt sur les intérêts est évité »¹⁸ ; « De même, le caractère artificiel d'un montage est susceptible d'être corroboré par la circonstance que le groupe de sociétés concerné est structuré de manière telle que la société qui perçoit les intérêts payés par la société débitrice doit elle-même reverser ces intérêts à une troisième société ne répondant pas aux conditions d'application de la directive 2003/49, ce qui a pour conséquence qu'elle ne réalise qu'un bénéfice taxable insignifiant lorsqu'elle agit en qualité de société relais afin de permettre le flux financier de la société débitrice vers

8 CJUE, 22 nov. 2017, C251/16, Cussens et a., pt 53. V. aussi CJUE, 17 déc. 2015, C419/14, *WebMindLicenses*, pt 36 : « Aux points 74 et 75 de l'arrêt *Halifax* e.a. (C255/02, EU:C:2006:121), la Cour a jugé que la constatation d'une pratique abusive en matière de TVA exige, d'une part, que les opérations en cause, malgré l'application formelle des conditions prévues par les dispositions pertinentes de la directive TVA et de la législation nationale la transposant, aient pour résultat l'obtention d'un avantage fiscal dont l'octroi serait contraire à l'objectif poursuivi par ces dispositions et, d'autre part, qu'il résulte d'un ensemble d'éléments objectifs que le but essentiel des opérations en cause se limite à l'obtention de cet avantage fiscal ».

9 CJUE, 7 sept 2017, C-6/16, *Eqiom SAS*, anciennement *Holcim France SAS*, et *Enka SA*. Pour un commentaire critique, V. A. Maitrot de la Motte et L. Silberman, Les clauses anti-abus, le droit primaire et le droit dérivé de l'Union européenne : presque rien sur presque tout : Dr. fisc. 2018, n° 11, comm. 223.

10 V. ensuite CJUE, 26 oct. 2017, C39/16, *Argenta Spaarbank NV*. – CJUE, 20 déc. 2017, C504/16, *Deister Holding AG*, anciennement *Traxx Investments NV* et *C613/16, Juhler Holding A/S*.

11 V. l'arrêt *N Luxembourg 1 et a.*, pt 97.

12 *Ibidem*, pt 97.

13 *Ibid.*, pt 98.

14 *Ibid.*, pt 102. Nous soulignons.

15 En ce sens, V. aussi l'arrêt CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-135/17, *X-GmbH*, commenté *infra* (V. § 8).

16 *Ibid.*, pt 124.

17 *Ibid.*, pt 125.

18 *Ibid.*, pt 127.

l'entité qui est le bénéficiaire effectif des sommes versées »¹⁹ ; « La circonstance qu'une société agit comme société relais peut être établie lorsque celle-ci a pour unique activité la perception des intérêts et la transmission de ceux-ci au bénéficiaire effectif ou à d'autres sociétés relais. L'absence d'activité économique effective doit, à cet égard, à la lumière des spécificités caractérisant l'activité économique en question, être déduite d'une analyse de l'ensemble des éléments pertinents relatifs, notamment, à la gestion de la société, à son bilan comptable, à la structure de ses coûts et aux frais réellement exposés, au personnel qu'elle emploie ainsi qu'aux locaux et à l'équipement dont elle dispose »²⁰. Illustrant l'idée d'une absence de critère précis, il est intéressant que la Cour ait ajouté que « de tels indices peuvent être confortés par des coïncidences ou des proximités temporelles entre, d'un côté, l'entrée en vigueur de nouvelles législations fiscales importantes, telle la législation danoise en cause au principal, que certains groupes de sociétés s'efforcent de contourner, et, de l'autre, la mise sur pied d'opérations financières complexes et l'octroi de prêts au sein d'un même groupe »²¹. Ceci ne va pas sans risquer de méconnaître l'exigence de sécurité juridique²².

> En troisième et dernier lieu, la Cour a confirmé, s'agissant de la **dévolution de la charge de la preuve**, qu'il appartient à l'administration fiscale « d'établir que le prétendu bénéficiaire effectif n'est qu'une société relais par l'intermédiaire de laquelle un abus de droit a été commis »²³, ce qui signifie implicitement qu'est maintenue la jurisprudence dont il ressort qu'une présomption défavorable au contribuable est en principe contraire au droit de l'Union²⁴. Ceci étant, l'administration fiscale n'est pas tenue « d'identifier les bénéficiaires effectifs », ce qui semble logique au regard du principe selon lequel « il ne saurait être exigé de cette autorité qu'elle fournisse des preuves qu'il lui serait impossible d'apporter »²⁵.

Dans ces conditions, les tenants de la thèse selon laquelle ni l'actuel 3 de l'article 119 ter du code général des impôts (qui reprend mot pour mot la rédaction de la directive « mères-filiales » telle que modifiée en 2015), ni les mesures nationales de transposition de la directive dite « ATAD 1 »²⁶ ne méconnaissent les exigences du droit de l'Union européenne disposent désormais de sérieux arguments.

A. MAITROT DE LA MOTTE ■

19 *Ibid.*, pt 130.

20 *Ibid.*, pt 131. D'autres indices figurent au point 132.

21 *Ibid.*, pt 133.

22 V., en ce sens, CJUE, 5 juill. 2012, C-318/10, Société d'investissement pour l'agriculture tropicale (SIAT) SA c/ Belgique : Dr. fisc. 2013, n° 3, comm. 71, note E. Meier et A. Calloud ; Europe 2012, comm. 322, note A.-L. Mosbrucker.

23 V. l'arrêt *N Luxembourg 1 et a.*, pt 143. V. aussi le point 145.

24 S'agissant de la jurisprudence antérieure, V. CJCE, 12 sept. 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas, préc. - CJUE, 10 nov. 2011, C126/10, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais, pt 37. - CJUE, 8 mars 2017, C14/16, Euro Park Service, pts 55 et 56. - CJUE, 7 sept. 2017, C-6/16, Eqiom SAS, anciennement Holcim France SAS, et Enka SA, préc. - et CJUE, 20 déc. 2017, C504/16, Deister Holding AG, anciennement Traxx Investments NV et C613/16, Juhler Holding A/S, spéc. pts 63 et 69.

25 V. l'arrêt *N Luxembourg 1 et a.*, pt 143.

26 Dir. n° 2016/1164, 12 juill. 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur : JOUE n° L 193, 19 juill. 2016 ; Dr. fisc. 2016, n° 29, comm. 424.

Libertés de circulation

8. Libre circulation des capitaux – Clause de gel – Sociétés étrangères contrôlées - La CJUE, dans un arrêt de Grande chambre, se prononce sur l'interprétation de la clause dite de « *standstill* » ou « de gel », figurant au § 1 de l'article 64 du TFUE, et sur les conditions de compatibilité avec le droit de l'Union des dispositifs relatifs à l'imposition des « sociétés étrangères contrôlées » (SEC). La Cour paraît s'engager dans la voie d'une modulation des exigences liées à la libre circulation des capitaux, en allégeant les contraintes qui résultent de celle-ci lorsque sont en cause des pays tiers.

CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-135/17, X-GmbH, concl. P. Mengozzi (V. annexe 3)

9. Dans cet arrêt de grande chambre, la Cour de justice répond à une question préjudicielle posée par la Cour fédérale des finances d'Allemagne dans un litige où il avait été fait application des dispositions de la loi fiscale allemande relatives aux « sociétés étrangères contrôlées » établies dans des pays tiers. En vertu de celles-ci, les revenus réalisés par une société établie dans un pays tiers ne provenant pas d'une activité propre de celle-ci, et ayant ainsi la nature de revenus passifs, étaient incorporés, au prorata de la participation détenue, dans l'assiette fiscale d'un assujetti établi en Allemagne pour autant que les deux conditions suivantes soient remplies : d'une part, l'assujetti en cause devait détenir une participation d'au moins 1% dans la société établie dans le pays tiers ; et d'autre part, les revenus devaient être soumis, dans ce pays tiers, à un niveau d'imposition plus faible que celui existant en Allemagne.

Ce dispositif, qui avait conduit en l'espèce les autorités fiscales allemandes à réintégrer une partie des revenus réalisés par une société établie en Suisse dans l'assiette fiscale d'une société de droit allemand, était critiqué au regard de la liberté de circulation des capitaux, protégée par l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

10. Le premier axe d'interrogation de la haute juridiction allemande portait sur l'interprétation de la clause dite de « *standstill* » ou « de gel », figurant au paragraphe 1 de l'article 64 du TFUE, selon laquelle l'interdiction figurant à l'article 63 du même traité ne porte pas atteinte à l'application, aux pays tiers, des restrictions existant le 31 décembre 1993 et applicables aux mouvements de capitaux impliquant des investissements directs.

Il s'agissait plus précisément de savoir si le dispositif critiqué pouvait bénéficier de l'immunité conférée par cette clause alors qu'il avait été étendu, après le 31 décembre 1993, à des mouvements de capitaux n'impliquant pas des investissements directs. Il était en outre demandé à la Cour de justice si, dans l'affirmative, l'application de la clause de gel n'était pas de toute façon remise en cause du fait de la modification dont avait fait l'objet le dispositif contesté pour sa

partie applicable aux mouvements de capitaux impliquant des investissements directs.

Dans un esprit plutôt accommodant à l'égard des États membres, la Cour de justice surmonte tour à tour ces deux obstacles pour juger que le bénéfice de la clause de *standstill* n'est pas perdu, sous réserve d'une vérification à faire par la juridiction de renvoi.

Elle avait déjà jugé que le fait qu'une législation nationale s'applique à des mouvements de capitaux autres que ceux, visés au paragraphe 1 de l'article 64 du TFUE, impliquant des investissements directs, ne faisait pas obstacle à ce que la clause de gel puisse jouer²⁷. Et si elle avait exclu que des États membres ayant réintroduit un obstacle à la liberté de circulation des capitaux après l'avoir supprimé puissent se prévaloir de cette clause, elle l'avait fait en tirant argument d'une exigence de continuité du cadre juridique et en excipant de la nécessité que celui-ci ait comporté la restriction en cause de manière ininterrompue depuis le 31 décembre 1993²⁸. Or **cette exigence de continuité pouvait légitimement être regardée comme remplie en l'espèce** compte tenu des conditions particulières dans lesquelles la modification apportée au dispositif contesté avait eu lieu : cette modification, en effet, n'était en définitive jamais entrée en application puisque, par une sorte de valse-hésitation, le législateur avait finalement décidé de revenir à l'état antérieur du droit avant même que soit arrivée l'échéance à laquelle elle était censée entrer en vigueur. Tout en laissant à la juridiction de renvoi le soin de vérifier que la modification effectuée n'avait pas été rendue effectivement applicable, la Cour de justice lève donc les deux objections dont elle était saisie à propos de la clause de *standstill*.

11. Le second champ de questions auxquelles la Cour de justice avait à répondre portait sur la conformité, sur le fond, de la législation allemande au regard de la liberté de circulation des capitaux dans l'éventualité où la clause de gel serait regardée, par la juridiction de renvoi, comme n'étant pas applicable.

C'est sans doute sur ce dernier aspect, évoqué uniquement à titre subsidiaire, que l'arrêt commenté se révèle le plus intéressant. À travers lui, en effet, **la Cour de justice est amenée à se prononcer sur les conditions de compatibilité avec le droit de l'Union des dispositifs relatifs à l'imposition des « sociétés étrangères contrôlées » (SEC)**, adoptés par de nombreux États membres sous des formes diverses, et inspirés des mesures prises par les États-Unis dans les années 1960 pour réduire l'évasion fiscale par l'intermédiaire des « *controlled foreign companies* » (CFC).

> Selon un cheminement désormais classique, la Cour de justice commence par constater **l'existence d'une restriction à la liberté de circulation des capitaux**, résultant du simple fait que, par l'effet de la réglementation contestée, les revenus passifs réalisés par une société établie dans un pays tiers font l'objet d'un traitement fiscal moins favorable que ceux enregistrés par une société établie en Allemagne.

> Examinant ensuite si la différence de traitement observée affecte des **situations objectivement comparables**, la Cour de justice répond par l'affirmative, tout en reconnaissant que l'objectif de lutte contre le transfert artificiel de revenus passifs devant normalement échoir à des personnes assujetties à l'impôt en Allemagne vers des pays tiers à faible niveau d'imposition n'a, par construction, pas vocation à être poursuivi à l'égard de revenus passifs issus d'investissements réalisés sur le territoire allemand. Pour la haute juridiction européenne, il résulte toutefois du seul fait que les revenus d'une société établie dans un pays tiers sont soumis à l'impôt sur les sociétés en Allemagne que cette société est regardée, pour l'application de la législation en cause, comme étant dans la même situation qu'une société établie en Allemagne.

> Compte tenu de ces deux prémisses, **la compatibilité de la législation critiquée au droit de l'Union ne pendait donc plus qu'au fil de l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général** susceptible de justifier la restriction constatée. Et **c'est ici que la Cour de justice, finalement, surprend le plus : peu encline, d'habitude, à accepter les justifications fournies par les États membres, elle en valide en l'espèce pas moins de trois**, regardées comme étant « étroitement liées » : la nécessité de sauvegarder la répartition du pouvoir d'imposer entre les États membres, d'une part, la nécessité de prévenir la fraude et l'évasion fiscale, d'autre part, et la nécessité de garantir l'efficacité des contrôles fiscaux, enfin, justifient selon elle, ensemble, l'adoption d'une législation visant à dissuader le transfert artificiel de revenus passifs revenant à des personnes intégralement assujetties à l'impôt en Allemagne vers des pays tiers à faible niveau d'imposition.

> Enfin, au prix d'un dernier effort, la Cour de justice juge que le dispositif allemand, en dépit de la présomption générale de fraude et d'évasion fiscale qu'il institue, **ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire** pour atteindre ces trois raisons impérieuses d'intérêt général. L'affirmation n'allait franchement pas de soi puisque la haute juridiction européenne avait déjà affirmé que la seule circonstance qu'une société résidente détienne une participation dans une autre société établie dans un pays tiers ne pouvait pas fonder, en tant que telle, une présomption de cette nature : elle avait ainsi exigé que les mesures nationales restreignant la liberté de circulation des capitaux au nom de la nécessité de lutter contre ces phénomènes visent spécifiquement les montages purement artificiels²⁹.

Pour écarter l'application de cette ligne, la Cour de justice y apporte **deux précisions intéressantes**. D'une part, elle indique que la **notion de montage purement artificiel** ne se limite pas aux situations dans lesquelles un établissement est dépourvu de substance économique, mais inclut également celles dans lesquelles des bénéfices issus d'activités réalisées sur le territoire d'un État membre sont artificiellement transférés vers un pays tiers à faible niveau d'imposition. D'autre part, la Cour de justice précise que, si le droit de l'Union impose en principe de réserver au contribuable

27 CJUE, 15 févr. 2017, C-317/15, X, pts 21 et 22.

28 CJUE, 5 mai 2011, C-384/09, Prunus et Polonium, pt 34.

29 CJCE, 11 oct. 2007, C-451/05, ELISA, pt 91.

la **possibilité de renverser la présomption** selon laquelle un transfert de revenus passifs vers un pays tiers à faible niveau d'imposition est effectué dans un but de fraude et d'évasion fiscale, cette exigence s'efface, dans certains cas, lorsque sont en cause des pays tiers. D'après la Cour de justice, en effet, « la jurisprudence relative aux restrictions à la liberté de circulation au sein de l'Union ne saurait être intégralement transposée aux mouvements de capitaux entre les États membres et les pays tiers », lesquels « s'inscrivent dans un contexte juridique différent »³⁰.

En particulier, lorsqu'est en cause un pays tiers, l'obligation de mettre un assujéti en mesure de produire les éléments démontrant les éventuelles raisons commerciales d'un transfert de bénéfices peut être alléguée en fonction des facilités dont dispose l'État membre en cause pour obtenir de telles informations : en l'absence d'une convention prévoyant l'échange des renseignements requis, l'État membre en cause est ainsi fondé à présumer que le transfert de revenus passifs dans un pays à faible niveau d'imposition est effectué dans un but de fraude et d'évasion fiscale.

12. Pour la première fois de manière aussi explicite, la **Cour de justice paraît donc s'engager dans la voie d'une modulation des exigences qui s'attachent au respect de la liberté de circulation des capitaux**, en allégeant les contraintes qui résultent de celle-ci lorsque sont en cause des pays tiers, à tout le moins lorsque ceux-ci n'ont pas souscrit des engagements conventionnels en matière d'échanges de renseignements. Elle aura sans doute été sensible aux positions prises sur ce point par l'Organisation de coopération et de développement économiques, et consciente qu'une souplesse particulière s'imposait dans le déroulement de la grille d'analyse habituelle.

E. CORTOT-BOUCHER ■

Aides d'État

13. Aides d'État – Rulings fiscaux – Notion de régime d'aide et d'aide individuelle – Régime belge des bénéfices excédentaires - Le Tribunal de l'UE valide la compétence de la Commission mais annule sa décision de la Commission au motif que cette dernière a commis une erreur de droit en estimant que les décisions anticipées permettant à des entreprises de déduire de leurs résultats imposables des bénéfices dits « excédentaires » constituaient un régime d'aides.

Trib. UE, 7e ch. élargie, 14 févr. 2019, T-131/16 et T-263/16, Belgique et Magnetrol International/Commission (V. annexe 4)

14. Par une décision (UE) 2016/1699 du 11 janvier 2016, la Commission européenne a qualifié d'aide d'État un régime belge permettant à des entreprises de déduire de leurs résultats imposables des bénéfices - dits « excédentaires » - réalisés en raison de leur appartenance à un groupe et correspondant à des avantages tels que les synergies, la réputation, etc. Selon la Commission, ce régime déroge au droit commun et, en particulier, au principe de pleine concurrence. Une des critiques formulées dans cette décision est que la Belgique excluait unilatéralement ces bénéfices de la base imposable sans que les sociétés n'aient à montrer l'existence d'une double imposition ou même d'un risque de double imposition.

Par l'arrêt du 14 février 2019 ici commenté, le Tribunal annule la décision de la Commission au motif que cette dernière a commis une erreur de droit en estimant qu'il s'agissait d'un régime d'aides. Néanmoins, l'arrêt du Tribunal n'est pas, en tous points défavorable à la Commission puisqu'il balaye les critiques autour de l'absence de compétence de la Commission.

15. L'incompétence de la Commission écartée - Le Tribunal commence par analyser l'argument fondé sur « l'ingérence de la Commission, outrepassant ses compétences en matière d'aides d'État, dans les compétences exclusives du Royaume de Belgique en matière de fiscalité directe ». Partant du principe que le domaine de la fiscalité directe relève de la compétence exclusive des États membres, les requérants estimaient qu'en utilisant le droit des aides d'État pour remettre en cause des décisions anticipées faisant application du principe de pleine concurrence, la Commission procédait en fait « à une harmonisation forcée des règles relatives au calcul des revenus imposables, ce qui ne relève pas de la compétence de l'Union. » (pt 59).

Le Tribunal écarte ce moyen en renvoyant à la jurisprudence constante de la Cour, développée dans le domaine des libertés fondamentales, selon laquelle « même si la fiscalité directe relève, en l'état actuel du développement du droit de l'Union, de la compétence des États membres, ces derniers doivent néanmoins exercer cette compétence dans le respect du droit de l'Union » (pt 62). Il ajoute que « les interventions des États membres dans

³⁰ CJUE, 28 oct. 2010, C-72/09, Ets Rimbaud, pt 40.

les domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation dans l'Union, tels que la fiscalité directe, ne sont pas exclues du champ d'application de la réglementation relative au contrôle des aides d'État. » (pt 63)

En conclusion, dès lors, que la Commission est compétente pour veiller au respect de l'article 107, il ne saurait lui être reproché d'avoir outrepassé sa compétence.

16. La qualification erronée de régime d'aides - Sur le plan procédural, la Commission européenne avait estimé que le régime des bénéfices excédentaires constituait un régime d'aides. Selon le règlement 2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, un régime d'aides est « une disposition sur la base de laquelle, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des aides peuvent être octroyées individuellement à des entreprises, définies d'une manière générale et abstraite dans ladite disposition et toute disposition sur la base de laquelle une aide non liée à un projet spécifique peut être octroyée à une ou plusieurs entreprises pour une période indéterminée et/ou pour un montant indéterminé ».

Le Tribunal rappelle aussi qu'en l'absence d'acte juridique instituant un régime d'aide, la Commission « peut se fonder sur un ensemble de circonstances de nature à déceler l'existence en fait d'un régime d'aides » (pt 79).

Lorsqu'elle ne découle pas d'un régime d'aide, l'aide d'État est une aide individuelle.

Le choix de l'une ou l'autre base légale emporte des conséquences. Ainsi, s'il est démontré qu'une disposition constitue un régime d'aide, il n'est alors pas nécessaire d'analyser chaque cas d'application de celui-ci. En revanche, s'il s'agit d'une aide individuelle, il faudra qualifier l'aide d'État pour chaque cas pris individuellement.

Selon le Tribunal, un régime d'aide, au sens de l'article 1^{er}, d du règlement, doit reposer sur des actes réunissant plusieurs caractéristiques :

- ils doivent définir les éléments essentiels du régime d'aides ;
- les autorités nationales ne doivent disposer d'aucune marge d'appréciation pour les appliquer concernant tant l'opportunité de son octroi que la détermination de ses éléments essentiels ;

- et enfin ils doivent définir de manière générale et abstraite, les bénéficiaires.

Le tribunal vérifie donc si les actes identifiés par la Commission comme fondement du régime d'aides regroupent ces caractéristiques. Au terme d'une analyse détaillée, il conclura que tel n'est pas le cas puisque :

- des mesures d'application supplémentaires contenant certains éléments « essentiels » étaient nécessaires (pts 90 à 98) ;
- les autorités nationales semblaient disposer de pouvoirs réels d'appréciation (pts 99 à 113) ; et

- les mesures identifiées ne définissaient pas les bénéficiaires de l'aide de manière générale et abstraite (pts 114 à 120).

Enfin, le Tribunal écarte la démonstration par la Commission, sur la base d'un échantillon de décisions anticipées, d'une ligne de conduite systématique caractérisant l'existence d'un régime d'aide de fait (pts 121 à 134).

Pour conclure, le tribunal juge que la Commission a erronément considéré que le système belge des bénéfices excédentaires constituait un régime d'aides et annule, en conséquence, sa décision.

L'ŒIL DE LA PRATIQUE

Si l'on peut être déçu de ne pas avoir une première décision sur la problématique de l'application du droit des aides d'État dans le domaine des prix de transfert, cet arrêt est important. En effet, il vient préciser des notions fondamentales de cette branche du droit de l'UE. La qualification de régime d'aide ou d'aide individuelle est, en effet, un enjeu – procédural mais aussi pratique – dans les différentes affaires pendantes devant le Tribunal en matière d'aides d'État fiscales. À notre connaissance, cette question n'avait jusqu'à présent pas fait l'objet d'une analyse détaillée par la Cour de justice. Elle aura l'occasion de préciser les contours de ces notions puisqu'elle a été saisie en appel (C-337/19 P). En parallèle, il n'est pas impossible que la Commission européenne décide d'ouvrir des procédures à l'encontre de chacun des bénéficiaires du régime des bénéfices excédentaires en estimant qu'ils ont bénéficié d'une aide individuelle.

E. RAINGEARD DE LA BLÉTIÈRE ■

Annexes (disponibles sur le site internet de la Revue)

Annexe 1 : CE, 9^e et 10^e ch., 25 févr. 2019, n° 412497, Sté Cosfibel Premium, concl. E. Bokdam-Tognetti

Annexe 2 : Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, adoptée à Paris le 24 novembre 2016, signée par la France le 7 juin 2017

Annexe 3 : CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-135/17, X-GmbH, concl. P. Mengozzi

Annexe 4 : Trib. UE, 7^e ch. élargie, 14 févr. 2019, T-131/16 et T-263/16, Belgique et Magnetrol International/Commission