



# Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL  
M<sup>ME</sup> JULIANE KOKOTT  
présentées le 19 janvier 2017<sup>1</sup>

## Affaire C-6/16

**Eqiom SAS, anciennement Holcim France SAS, et  
Enka SA  
contre  
Ministre des Finances et des Comptes publics**

[demande de décision préjudicielle formée par le Conseil d'État (France)]

« Législation fiscale – Liberté d'établissement (article 43 CE) – Libre circulation des capitaux (article 56 CE) – Directive 90/435/CEE – Retenue à la source appliquée aux dividendes sortants – Prévention de l'évasion fiscale – Abus de droit »

### I – Introduction

1. La présente affaire porte en substance sur la question de savoir dans quelles conditions un État membre peut refuser, au motif de la prévention de l'évasion fiscale, une exonération de la retenue à la source normalement accordée pour les versements de dividendes effectués par une filiale résidente au profit de sa société mère étrangère.

2. Cette question a été soulevée dans le contexte d'une disposition française destinée à prévenir l'utilisation abusive de cette exonération, qu'impose en principe l'article 5 de la directive 90/435/CEE<sup>2</sup>, applicable ratione temporis aux faits de la présente affaire. L'administration fiscale, en application de cette disposition, a refusé d'exonérer les dividendes distribués par une société établie en France à sa société mère luxembourgeoise. L'entreprise établie au Luxembourg était, quant à elle, indirectement contrôlée par une société dont le siège était situé en Suisse, et le contribuable n'a pas apporté la preuve, exigée dans ce type de situations, que la structure de la chaîne de participations n'était pas principalement motivée par des motifs fiscaux.

<sup>1</sup> Langue originale : l'allemand.

<sup>2</sup> Directive du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (JO 1990, L 225, p. 1), abrogée par la directive 2011/96/UE du Conseil, du 30 novembre 2011 (JO 2011, L 345, p. 8).

3. La question soulevée est celle de la conformité de la mesure française, en principe dirigée contre une certaine forme de ce qu'il est convenu d'appeler le « directive shopping », à la directive 90/435 et aux libertés fondamentales<sup>3</sup>. L'importance particulière de ce sujet a justement été illustrée récemment par l'intensification générale des efforts de lutte contre les pratiques fiscales abusives, tant sur le plan de l'Union européenne<sup>4</sup> que sur le plan international<sup>5</sup>. S'il est nécessaire, ne serait-ce que pour des raisons d'équité fiscale, de lutter contre l'évasion fiscale, il n'en faut pas moins assurer avec constance le respect du principe de proportionnalité dans ce cadre.

## II – Le cadre juridique

### A – Le droit de l'Union

4. Le cadre de droit primaire de la présente affaire est formé par les dispositions relatives à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux. Dès lors que le litige porte sur la légalité d'une retenue sur les dividendes distribués perçue en 2005 et 2006, il convient, s'agissant de répondre aux questions préjudicielles, d'avoir égard aux dispositions du traité dans sa version du traité d'Amsterdam<sup>6</sup>.

5. En ce qui concerne le droit secondaire, la directive pertinente est la directive 90/435. Conformément à son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, chaque État membre applique cette directive :

« [...]

— aux distributions de bénéfices reçues par des sociétés de cet État et provenant de leurs filiales d'autres États membres,

[...]. »

6. En ce qui concerne ce type de distributions de bénéfices, l'article 5 de la directive 90/435 dispose ce qui suit :

« Les bénéfices distribués par une filiale à sa société mère sont exonérés de retenue à la source. »

7. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 est libellé comme suit :

« La présente directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus. »

3 Dans la variante qui nous intéresse dans la présente affaire, une personne ressortissante d'un État tiers qui ne peut bénéficier de la directive 90/435, en créant une société intermédiaire dans l'Union, a fait naître une situation de nature à lui permettre de profiter de l'exonération de la retenue à la source prévue dans ladite directive.

4 Voir 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) et directive (UE) 2015/121 du Conseil, du 27 janvier 2015, modifiant la directive 2011/96 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et aux filiales d'États membres différents (JO 2015, L 21, p. 1), par laquelle une disposition dite « règle anti-abus minimale » a été reprise dans la directive 2011/96. Voir aussi recommandation de la Commission du 6 décembre 2012 relative à la planification fiscale agressive [C(2012) 8806 final].

5 Voir notamment rapports finaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) publiés le 5 octobre 2015 sur le projet OCDE/G 20 relatif à l'érosion de la base d'imposition et au transfert de bénéfices (BEPS), disponibles à l'adresse <http://www.oecd.org/fin/ctp/beps-rapports-finaux-2015.htm>.

6 JO 1997, C 340, p. 1.

## **B – Le droit national**

8. Conformément à l'article 119 bis, paragraphe 2, de la version applicable à la présente affaire du code général des impôts (ci-après le « 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.

9. Conformément à l'article 119 ter, paragraphe 1, du CGI, lu en combinaison avec le paragraphe 2 du même article, la distribution de revenus aux personnes morales est exonérée de cette retenue à la source dans certaines conditions. L'une de ces conditions est que la personne morale concernée justifie auprès du débiteur ou de la personne qui assure le paiement de ses revenus être le bénéficiaire effectif des dividendes et avoir son siège de direction effective dans un État membre de l'Union. La personne morale bénéficiaire doit en outre revêtir l'une des formes énumérées en annexe de la directive 90/435 et détenir 20 % au moins du capital de la personne morale qui distribue les dividendes.

10. L'exonération ne s'applique toutefois pas, en vertu de l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI, lorsque les dividendes distribués bénéficient à une personne morale contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États qui ne sont pas membres de l'Union, sauf si cette personne morale justifie que la chaîne de participations n'a pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage de l'exonération.

## **III – Le litige au principal et la procédure devant la Cour**

11. La présente affaire trouve sa source dans un litige opposant les entreprises Eqiom SAS et Enka SA, d'une part, à l'administration fiscale française, d'autre part.

12. Un prédécesseur en droit de la société Eqiom, établie en France, a distribué des dividendes, en 2005 et 2006, à sa société mère et actionnaire unique Enka, dont le siège est situé au Luxembourg. Cette dernière était, à l'époque qui nous intéresse, presque entièrement détenue par une société établie à Chypre, elle-même contrôlée par une société dont le siège est situé en Suisse.

13. L'administration compétente a refusé l'exonération de la retenue à la source prévue à l'article 119 ter, paragraphe 1, du CGI, lu conjointement avec le paragraphe 2 du même article, pour les dividendes ainsi distribués. L'administration a en effet considéré que les distributions de dividendes relevaient au contraire du paragraphe 3 de l'article en question, dès lors que le bénéficiaire n'avait pas pu démontrer que la chaîne de participations n'avait pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage de l'exonération. Les sociétés concernées ont introduit un recours contre cette décision.

14. Le Conseil d'État (France), actuellement saisi de l'affaire, considère que le droit de l'Union est décisif pour la solution du litige et a déféré à la Cour, le 30 décembre 2015, les questions suivantes, au titre de l'article 267 TFUE :

- « 1) Lorsqu'une législation nationale d'un État membre utilise en droit interne la faculté offerte par le 2 de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990, y a-t-il place pour un contrôle des actes ou accords pris pour la mise en œuvre de cette faculté au regard du droit primaire de l'Union européenne ?
- 2) Les dispositions du 2 de l'article 1<sup>er</sup> de cette directive, qui accordent aux États membres une large marge d'appréciation pour déterminer quelles dispositions sont "nécessaires afin d'éviter les fraudes et abus", doivent elles être interprétées comme faisant obstacle à ce qu'un État membre adopte un mécanisme visant à exclure du bénéfice de l'exonération les dividendes distribués à

une personne morale contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États qui ne sont pas membres de l'Union, sauf si cette personne morale justifie que la chaîne de participations n'a pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de bénéficier de l'exonération ?

- 3) a) Dans l'hypothèse où la conformité au droit de l'Union du mécanisme "anti-abus" mentionné ci-dessus devrait également être appréciée au regard des stipulations du traité, y a-t-il lieu d'examiner celle-ci, compte tenu de l'objet de la législation en cause, au regard des stipulations de l'article 43 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, alors même que la société bénéficiaire de la distribution des dividendes est contrôlée directement ou indirectement, à l'issue d'une chaîne de participations ayant parmi ses objets principaux le bénéfice de l'exonération, par un ou plusieurs résidents d'États tiers, lesquels ne peuvent se prévaloir de la liberté d'établissement ?
- b) À défaut de réponse positive à la question précédente, cette conformité doit-elle être examinée au regard des stipulations de l'article 56 du traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ?
- 4) Les stipulations précitées doivent-elles être interprétées comme faisant obstacle à ce qu'une législation nationale prive d'exonération de retenue à la source les dividendes versés par une société d'un État membre à une société établie dans un autre État membre, lorsque ces dividendes bénéficient à une personne morale contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États qui ne sont pas membres de l'Union européenne, à moins que celle-ci n'établisse que cette chaîne de participations n'a pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de bénéficier de l'exonération ? »

15. Des observations écrites sur ces questions ont été déposées devant la Cour par les requérantes au principal, le Royaume de Danemark, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne et la Commission européenne. Les parties précitées, à l'exception du Royaume d'Espagne et de la République italienne, ainsi que la République fédérale d'Allemagne ont participé à l'audience du 30 novembre 2016.

#### **IV – Appréciation juridique**

16. Le juge de renvoi souhaite en substance, par les questions posées, savoir si la directive 90/435 et les libertés fondamentales s'opposent à une réglementation d'un État membre comme celle établie à l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI, conformément à laquelle le bénéfice de l'exonération de la retenue à la source est refusé pour les dividendes distribués par une société de cet État membre à une société résidente d'un autre État membre lorsque la société bénéficiaire est directement ou indirectement contrôlée par des détenteurs de participations établis dans des États tiers, sauf si la société bénéficiaire justifie que la chaîne de participations n'a pas comme objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage de l'exonération.

17. Nous commencerons par examiner la deuxième question préjudicielle, qui porte sur la directive 90/435 (ci-après, sous A). Nous aborderons ensuite les première, troisième et quatrième questions préjudicielles, qui ont pour objet la conformité au droit primaire et, plus précisément, aux libertés fondamentales (ci-après, sous B).

## A – Sur la deuxième question préjudicielle

18. La deuxième question du juge de renvoi vise à déterminer si la réglementation litigieuse est compatible avec la directive 90/435.

19. Il n'est pas contesté entre les parties à la procédure que les paiements de dividendes en cause relèvent en principe du champ d'application de la directive 90/435. Il en découle que la France, en tant qu'État de résidence de la société qui distribue les dividendes, devrait accorder l'exonération de la retenue à la source, conformément à l'article 5 de la directive. La République française estime toutefois que les conditions supplémentaires auxquelles elle soumet le bénéfice de l'exonération sont couvertes par l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la même directive. Aux termes de cette disposition, la directive ne fait pas obstacle à l'application de dispositions nationales ou conventionnelles nécessaires afin d'éviter des fraudes et abus.

20. Il convient par conséquent d'examiner si une réglementation d'un État membre comme celle établie à l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI peut se fonder sur l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435.

21. La Commission considère que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 n'est pas pertinent en l'espèce. Dès lors que l'adoption de la réglementation litigieuse ne peut être considérée comme une mesure de transposition de la directive, la compatibilité de cette réglementation avec le droit de l'Union ne pourrait selon elle être examinée qu'au regard du droit primaire.

22. Nous ne pouvons suivre la Commission sur ce point. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 forme un cadre qui fixe des limites à l'action des États membres s'agissant pour eux de refuser d'octroyer les avantages conférés par la directive au motif de la lutte contre les fraudes et abus en matière fiscale. En effet, il résulte a contrario du seul libellé de cette disposition que la directive s'oppose aux dispositions qui *ne visent pas* à éviter les fraudes et abus et qui vont au-delà de ce qui est nécessaire à cet effet<sup>7</sup>.

23. Toute autre interprétation porterait en outre atteinte à l'effet utile de la directive 90/435. Car, contrairement à ce que semble penser la Commission, l'examen de la réglementation française litigieuse au regard de la directive ne peut pas forcément être considéré comme équivalent à l'examen de cette même réglementation au regard des libertés fondamentales. Dans l'hypothèse où la République française, en appliquant l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI, aurait franchi les limites imposées aux États membres à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435, l'exonération de la retenue à la source devrait être accordée sans aucune restriction. Si, par contre, ce sont les libertés fondamentales qui devaient être invoquées avec succès, la seule chose qui serait en principe garantie, c'est l'égalité de traitement avec les personnes se trouvant dans une situation interne comparable.

<sup>7</sup> À l'exception de ses versions en langues allemande et néerlandaise, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 parle explicitement dans toutes ses versions des dispositions *nécessaires* afin d'éviter les fraudes et abus, s'agissant des dispositions auxquelles la directive ne fait pas obstacle.

24. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 reflète le principe général de droit de l'Union selon lequel l'abus de droit est prohibé<sup>8</sup>. Nul ne saurait abusivement se prévaloir du droit de l'Union<sup>9</sup>. Il est vrai que le libellé de la disposition ne nous indique pas les contours précis de la notion d'« abus » telle qu'il convient de l'entendre<sup>10</sup>, mais on ne peut, en tout état de cause, pas voir dans cette disposition un simple renvoi au droit des États membres, auquel cas le champ d'application de la directive risquerait de se trouver réduit au gré de la pratique de chacun des États membres.

25. En tant que disposition d'exception, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 doit cependant faire l'objet d'une interprétation stricte<sup>11</sup>. S'agissant des mesures relatives à la lutte contre les abus, c'est aussi ce qu'impose en particulier le principe de la sécurité juridique. Si, en effet, un particulier remplit du point de vue formel l'ensemble des conditions pour faire valoir un droit, il ne doit être possible que dans des cas exceptionnels de lui refuser ce droit au motif d'un abus de droit.

26. Comme l'a déjà décidé la Cour à propos de la directive 90/435, les structures de participation qui ont pour seul but de profiter des avantages fiscaux prévus par la directive représentent une forme d'abus<sup>12</sup>. Cette directive suppose donc elle aussi que le choix de la structure repose sur des raisons économiques. La seule recherche d'un avantage purement fiscal sans que la structure corresponde à une réalité économique ne bénéficie d'aucune protection<sup>13</sup>. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 ne fait dès lors pas obstacle à ce que l'exonération de la retenue à la source ne soit pas accordée, conformément à l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI, dans la mesure où la société bénéficiaire fait partie d'une chaîne de participations qui a essentiellement été mise en place pour des motifs fiscaux<sup>14</sup>.

27. Cependant, en vertu de l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI, le simple fait que la société qui reçoit les dividendes soit contrôlée directement ou indirectement par une personne qui n'est pas établie dans l'Union suffit à faire naître la présomption qu'un avantage a été abusivement tiré de l'exonération. C'est ainsi au bénéficiaire des dividendes qu'il incombe de démontrer que la chaîne de participations n'a pas pour objectif principal d'obtenir un avantage fiscal.

28. Une telle façon de procéder va au-delà de ce qui est nécessaire pour éviter l'évasion fiscale et sort du cadre de ce que permet l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435.

8 Voir arrêt du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 38 et jurisprudence citée).

9 Arrêts du 12 mai 1998, Kefalas e.a. (C-367/96, EU:C:1998:222, point 20) ; du 23 mars 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, point 33) ; du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, point 68) ; du 13 mars 2014, SICES e.a. (C-155/13, EU:C:2014:145, point 29), ainsi que du 28 juillet 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, point 37).

10 Voir à l'inverse, par exemple, article 15 de la directive 2009/133/CE du Conseil, du 19 octobre 2009, concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre (JO 2009, L 310, p. 34).

11 Arrêts du 17 octobre 1996, Denkavit e.a. (C-283/94, C-291/94 et C-292/94, EU:C:1996:387, point 27) ; du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, points 38 et 39) ; du 5 juillet 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, point 37) ; du 11 décembre 2008, A. T. (C-285/07, EU:C:2008:705, point 31) ; du 20 mai 2010, Modehuis A. Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, point 46), ainsi que du 10 novembre 2011, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, point 44).

12 Arrêt du 17 octobre 1996, Denkavit e.a. (C-283/94, C-291/94 et C-292/94, EU:C:1996:387, point 31).

13 Voir, concernant la directive 2009/133, arrêts du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, point 47), et du 10 novembre 2011, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, point 34).

14 En ce qui concerne la structure de participation en cause dans la présente affaire, nous voudrions noter que la procédure qui s'est déroulée devant la Cour n'a pas permis de distinguer clairement en quoi consisterait l'avantage fiscal. À notre connaissance, il n'y aurait pas non plus eu lieu pour la République française d'effectuer une retenue à la source si les dividendes avaient été payés à un détenteur de participations établi en Suisse. Voir article 11, paragraphe 2, sous b), de la convention entre la Suisse et la France en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales, conclue le 9 septembre 1966 et entrée en vigueur le 26 juillet 1967, ainsi qu'article 15, paragraphe 1, de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (JO 2004, L 385, p. 30).

29. La réglementation litigieuse impose aux contribuables de justifier systématiquement l'absence de motifs fiscaux sans que l'administration soit tenue de fournir des indices suffisants d'évasion fiscale<sup>15</sup>. On ne peut voir un tel indice dans la simple référence au contrôle direct ou indirect par un détenteur de participations établi dans un État tiers, ne serait-ce que parce qu'il n'est pas possible d'affirmer de façon générale que le traitement fiscal des distributions de dividendes à des sociétés établies en dehors de l'Union serait plus favorable dans l'État membre de la société mère ou de la société grand-mère qu'en France.

30. Le refus de l'exonération de la retenue à la source se fonde ainsi sur une présomption générale d'évasion fiscale. Pareille présomption ne peut toutefois être admise<sup>16</sup>. Il convient de toujours procéder à un examen des éléments objectifs et vérifiables du cas concret<sup>17</sup>. Si cet examen fait naître un soupçon justifié qu'il n'est pas à exclure que la structure de participation poursuit principalement des fins fiscales, on ne pourra néanmoins pas conclure à un abus si le contribuable fait valoir des motifs autres que purement fiscaux pour le choix de ladite structure<sup>18</sup>. En effet, l'interdiction de pratiques abusives n'intervient pas lorsque le choix de la structure en cause est susceptible d'avoir une justification autre que la simple obtention d'avantages fiscaux<sup>19</sup>.

31. Il convient par conséquent de répondre à la deuxième question du juge de renvoi en ce sens que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 fait obstacle à une réglementation d'un État membre comme celle de l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI dans la mesure où elle impose aux sociétés étrangères contrôlées directement ou indirectement par des personnes établies dans des États tiers, pour pouvoir bénéficier de l'exonération de la retenue à la source conformément à l'article 5 de la directive, d'apporter la preuve que la structure de la chaîne de participations repose sur des motifs autres que fiscaux sans que l'administration soit tenue de fournir des indices suffisants d'évasion fiscale.

## **B – Sur les première, troisième et quatrième questions**

32. Les première, troisième et quatrième questions portent en substance sur la conformité de la réglementation litigieuse établie à l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI aux libertés fondamentales. En dépit des considérations que nous avons exprimées ci-dessus, il n'est pas inutile d'aborder ces questions, car il est possible que des exigences supplémentaires découlent des libertés fondamentales. À cet égard, il y a toutefois lieu de se pencher sur les doutes du juge de renvoi quant à la place qu'il peut y avoir pour un contrôle au regard du droit primaire (voir ci-après, sous 1). Il convient ensuite de déterminer quelle est la liberté fondamentale qui trouve à s'appliquer (voir ci-après, sous 2) et de vérifier si cette liberté fondamentale fait l'objet d'une restriction (voir ci-après, sous 3).

15 Arrêt du 5 juillet 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, point 30).

16 Voir arrêts du 4 mars 2004, Commission/France (C-334/02, EU:C:2004:129, point 27) ; du 9 novembre 2006, Commission/Belgique (C-433/04, EU:C:2006:702, point 35) ; du 28 octobre 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, point 34), ainsi que du 5 juillet 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, point 38 et jurisprudence citée).

17 Voir arrêts du 17 juillet 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, points 41 et 44) ; du 9 mars 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, point 25) ; du 21 novembre 2002, X et Y (C-436/00, EU:C:2002:704, point 42) ; du 20 mai 2010, Modehuis A. Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, point 44), ainsi que du 10 novembre 2011, Foggia – Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, point 37).

18 Voir arrêts du 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, point 82) ; du 5 juillet 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, point 50), et du 3 octobre 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, point 37).

19 Voir arrêts du 21 février 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, point 75) ; du 22 décembre 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, point 30) ; du 12 septembre 2013, Slancheva sila (C-434/12, EU:C:2013:546, point 42) ; du 13 mars 2014, SICES e.a. (C-155/13, EU:C:2014:145, point 33) ; du 9 juillet 2015, Cimmino e.a. (C-607/13, EU:C:2015:448, point 65) ; du 14 avril 2016, Cervati et Malvi (C-131/14, EU:C:2016:255, point 34), ainsi que du 28 juillet 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, point 40).

## ***1. Sur le contrôle au regard du droit primaire de l'Union***

33. La question qui se pose tout d'abord est celle de savoir si la réglementation française peut effectivement être examinée au regard du droit primaire.

34. Il ne faudrait y répondre par la négative que dans l'hypothèse où la réglementation en cause relèverait d'un domaine qui aurait fait l'objet d'une harmonisation exhaustive au niveau de l'Union. En pareil cas en effet, selon une jurisprudence constante, ladite réglementation devrait être appréciée au regard des dispositions non pas du droit primaire, mais de celles de la mesure d'harmonisation<sup>20</sup>.

35. Par son objet, l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI ne relève cependant pas d'un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive. L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435 ne peut notamment pas être considéré comme une mesure d'harmonisation, dès lors que cette disposition n'oblige pas les États membres à adopter des mesures de lutte contre les abus, pas plus qu'elle ne définit exhaustivement des objectifs à atteindre.

36. Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435, c'est au contraire aux États membres qu'il appartient de déterminer si, et, si oui, comment, dans le cadre examiné ci-dessus, ils entendent lutter contre les abus liés au bénéfice des avantages conférés par la directive. Cependant, comme l'a déjà précédemment établi la Cour, les États membres ne sauraient exercer les possibilités que leur offre la directive que dans le respect des dispositions du traité et en particulier des libertés fondamentales<sup>21</sup>.

37. La réglementation litigieuse établie à l'article 119 ter, paragraphe 3, doit donc faire l'objet d'un contrôle au regard du droit primaire de l'Union.

## ***2. Sur la liberté fondamentale applicable***

38. Il convient par la suite de déterminer quelle est la liberté fondamentale applicable s'agissant d'examiner la mesure française. Dans ce contexte, le juge de renvoi demande à la Cour s'il s'agit d'appliquer la liberté d'établissement (article 43 CE, devenu l'article 49 TFUE) ou la libre circulation des capitaux (article 56 CE, devenu l'article 63 TFUE).

39. Le litige au principal concerne le traitement fiscal des dividendes. Cette question peut, selon la jurisprudence de la Cour, relever tant de l'article 43 CE que de l'article 56 CE. Ce qui est déterminant, c'est l'objet de la réglementation nationale en cause. Lorsqu'une législation nationale n'est destinée à s'appliquer qu'aux participations qui confèrent au détenteur une influence certaine sur les décisions de la société et lui permettent d'en déterminer les activités, ce sont les dispositions relatives à la liberté d'établissement qui trouvent à s'appliquer. En revanche, les dispositions nationales qui régissent les 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<sup>22</sup>.

20 Voir arrêts du 12 octobre 1993, Vanacker et Lesage (C-37/92, EU:C:1993:836, point 9) ; du 23 mai 1996, Hedley Lomas (C-5/94, EU:C:1996:205, point 18) ; du 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, point 64), et du 30 avril 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, point 63).

21 Arrêts du 18 septembre 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, point 26) ; du 23 février 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, point 45) ; du 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, point 46) ; du 1<sup>er</sup> octobre 2009, Gaz de France – Berliner Investissement (C-247/08, EU:C:2009:600, point 53), et du 2 septembre 2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, point 39).

22 Voir arrêts du 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, points 36 et 37) ; du 10 février 2011, Haribo Lakritzten Hans Riegel et Österreichische Salinen (C-436/08 et C-437/08, EU:C:2011:61, points 33 à 35) ; du 15 septembre 2011, Accor (C-310/09, EU:C:2011:581, points 30 à 32), et du 11 septembre 2014, Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, points 29 à 32).



40. La Commission considère que c'est la liberté d'établissement qui est en cause dans la présente affaire, dès lors que l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI s'applique aux versements de dividendes à des personnes qui sont directement ou indirectement *contrôlées* par une ou plusieurs personnes qui ne sont pas établies dans l'Union.

41. La relation entre la société bénéficiaire des dividendes et les sociétés au-dessus d'elle dans la chaîne des participations ne peut cependant pas être l'élément déterminant. Le litige au principal concerne en effet l'imposition des dividendes distribués par une société française à la société qui en détient les parts sociales, établie au Luxembourg.

42. L'application de l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI à ces paiements de dividendes suppose qu'il existe entre le bénéficiaire et la société qui distribue le dividende une relation de participation à hauteur d'au moins 20 %. Une telle participation ne permet toutefois pas d'aboutir nécessairement à la conclusion que son titulaire exerce une influence certaine sur les décisions de la société<sup>23</sup>. Pour déterminer quelle est la liberté fondamentale applicable, il convient donc de se baser sur les éléments de faits du cas d'espèce<sup>24</sup>.

43. Selon l'exposé des faits du juge de renvoi, les parts de la société française qui distribue les dividendes étaient, à l'époque en cause, entièrement détenues par la société luxembourgeoise bénéficiaire. Dès lors qu'une telle participation assure à son titulaire une influence certaine sur les décisions de la société, les dispositions pertinentes sont celles relatives à la liberté d'établissement.

### ***3. Sur la restriction de la liberté d'établissement***

44. Il convient donc d'examiner si la liberté d'établissement fait l'objet d'une restriction. Il pourrait y avoir pareille restriction en ce que du fait de l'application de l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI, la société luxembourgeoise bénéficiaire se voit refuser l'exonération de la retenue à la source.

45. La liberté d'établissement confère, conformément à l'article 43 CE, lu en combinaison avec l'article 48 CE, aux sociétés constituées en conformité avec la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union, notamment le droit d'exercer leur activité dans l'État membre concerné par l'intermédiaire d'une filiale<sup>25</sup>. Dans ce cadre, la liberté d'établissement garantit plus particulièrement le bénéfice du traitement national dans l'État d'accueil, en interdisant toute discrimination fondée sur le lieu du siège<sup>26</sup>.

23 Voir, à propos d'une participation à hauteur d'un tiers des parts sociales, arrêt du 13 avril 2000, Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, point 20). Voir également, à propos de participations à hauteur de 10 %, arrêt du 3 octobre 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, point 22), et du 11 septembre 2014, Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, point 31).

24 Voir arrêts du 13 avril 2000, Baars (C-251/98, EU:C:2000:205, point 21) ; du 12 décembre 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, points 37 et 38) ; du 13 novembre 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-35/11, EU:C:2012:707, points 93 et 94), ainsi que du 11 septembre 2014, Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, point 37).

25 Arrêts du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, point 35) ; du 13 décembre 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, point 30) ; du 17 juillet 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, point 17), ainsi que du 17 décembre 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, point 40).

26 Arrêts du 28 janvier 1986, Commission/France (270/83, EU:C:1986:37, point 14) ; du 21 septembre 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, EU:C:1999:438, point 35) ; du 14 décembre 2006, Denkvit Internationaal et Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, point 22), ainsi que du 12 juin 2014, SCA Group Holding e.a. (C-39/13 à C-41/13, EU:C:2014:1758, point 45).

46. Comme l'a indiqué le gouvernement français lors de l'audience, seules les distributions de dividendes à des sociétés étrangères sont soumises au régime de preuve spécifique établi à l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI. Les versements de dividendes au profit de sociétés résidentes ne sont pas visés par ce régime. Cette circonstance rend l'exercice de la liberté d'établissement moins attrayant pour les sociétés des autres États membres. Elles peuvent donc être amenées à renoncer à l'acquisition, à la création ou au maintien d'une filiale en France<sup>27</sup>.

47. Est à cet égard dépourvu de pertinence le fait que la société qui invoque la liberté d'établissement soit indirectement contrôlée par des personnes établies dans des États tiers. Comme la Cour l'a en effet précisé, il ne ressort d'aucune disposition du droit de l'Union que l'origine des actionnaires, personnes physiques ou morales, d'une société ait une incidence sur le droit de cette société de se prévaloir de la liberté d'établissement<sup>28</sup>.

48. La différence décrite entre les sociétés mères quant au traitement fiscal des dividendes en fonction du lieu de leur siège constitue donc une restriction à la liberté d'établissement, en principe interdite par les articles 43 et 48 CE<sup>29</sup>.

49. Selon la jurisprudence, une telle restriction n'est autorisée que lorsqu'elle concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables [voir ci-après, sous a)] ou lorsqu'elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général [voir ci-après, sous b)]<sup>30</sup>.

#### ***a) Sur les situations objectivement comparables***

50. Dans le cadre de son appréciation du caractère objectivement comparable des situations, la Cour a régulièrement égard à l'objectif de la réglementation en cause<sup>31</sup>. Vu sous cet angle, il est permis de douter que le versement de dividendes à des sociétés résidentes et le versement de dividendes à des sociétés étrangères soient des situations comparables. En effet, la mesure litigieuse vise à éviter que des ressortissants d'États tiers contournent la retenue à la source en créant des sociétés intermédiaires dans l'Union et en utilisant les différences entre les ordres juridiques des différents États membres, alors que les dividendes payés à des sociétés résidentes continuent à relever du même ordre juridique.

51. Le critère déterminant pour la Cour, s'agissant des paiements de dividendes, est toutefois l'exercice de la compétence fiscale<sup>32</sup>. Au regard de ce critère, il convient sans aucun doute de conclure que les situations sont objectivement comparables, dès lors que la République française exerce sa compétence fiscale tant sur les dividendes versés à des résidents que sur les dividendes versés à des bénéficiaires étrangers.

#### ***b) Sur la justification***

52. Il reste dès lors à examiner si la restriction à la liberté de circulation qu'entraîne l'application de l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI peut être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général.

27 Arrêts du 12 décembre 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, point 32) ; du 23 février 2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, point 35), ainsi que du 14 décembre 2006, Denkvit Internationaal et Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, point 30).

28 Arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200, point 40).

29 Arrêt du 14 décembre 2006, Denkvit Internationaal et Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, point 29).

30 Arrêts du 25 février 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, point 20) ; du 6 septembre 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532, point 17) ; du 17 juillet 2014, Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, point 23), et du 17 décembre 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, point 26).

31 Arrêts du 25 février 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, point 22) ; du 21 février 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, point 33), ainsi que du 12 juin 2014, SCA Group Holding e.a. (C-39/13 à C-41/13, EU:C:2014:1758, point 28).

32 Arrêts du 14 décembre 2006, Denkvit Internationaal et Denkvit France (C-170/05, EU:C:2006:783, points 34 à 36), ainsi que du 12 décembre 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, point 68).

53. La République française fait valoir que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales constitue un tel motif de justification.

54. Selon une jurisprudence constante, une mesure restrictive peut être ainsi justifiée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dont le but est l'obtention d'un avantage fiscal<sup>33</sup>.

55. Dans la présente affaire, il n'apparaît déjà cependant pas que la mesure française viserait spécifiquement les montages de cette nature. En effet, en ce que l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI exige la preuve que l'objectif principal ou l'un de ses objectifs principaux de la chaîne de participations n'est pas de bénéficier de l'exonération de la retenue à la source, cette disposition attache une importance déterminante à la recherche d'un avantage fiscal. Ce critère subjectif ne saurait cependant suffire en soi pour conclure à l'existence d'un montage purement artificiel au sens de la jurisprudence de la Cour<sup>34</sup>. Il doit au-delà ressortir d'éléments objectifs que, malgré un respect formel des conditions prévues pour l'octroi de l'exonération de la retenue, l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement n'est pas atteint<sup>35</sup>.

56. Il faut considérer que l'objectif poursuivi n'est ainsi pas atteint lorsqu'il ressort d'une appréciation globale des circonstances que l'exonération de la retenue à la source ne profite pas à la société de l'autre État membre qui reçoit les dividendes, mais, en réalité, directement à un ressortissant d'un État tiers. En effet, la liberté d'établissement ne protège, en tout état de cause, que les ressortissants des États membres<sup>36</sup>.

57. Un élément d'appréciation à cet égard peut être la substance de la société intermédiaire. Il faudrait ainsi par exemple considérer que la structure a le caractère d'un montage artificiel si la société constituait une simple implantation fictive sous la forme d'une « boîte aux lettres »<sup>37</sup>. Mais même dans le cas d'une présence physique, il se pourrait qu'il faille conclure au caractère artificiel de la structure tant au vu de la situation financière qu'en termes de personnes. Des éléments qui apparaissent déterminants à cet égard sont, par exemple, le pouvoir de décision effectif des organes de la société ou les moyens financiers propres dont elle est dotée, ou encore le risque d'entreprise auquel elle est exposée.

58. L'absence de prise en considération de ces éléments pour l'application de l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI fait déjà apparaître que la mesure ne constitue pas un moyen approprié de faire face à des montages purement artificiels, dépourvus de réalité économique, dont le but est l'obtention d'un avantage fiscal.

59. En tout état de cause, la réglementation litigieuse va au-delà de ce qui est nécessaire pour lutter contre l'évasion fiscale, en ce que son application a pour résultat que les sociétés qui entendent bénéficier de l'exonération de la retenue à la source, du simple fait qu'elles sont directement ou indirectement contrôlées par une personne qui ne réside pas dans l'Union, voient peser sur elles la

33 Arrêts du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 55) ; du 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, point 74) ; du 4 décembre 2008, Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, point 35), et du 5 juillet 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, point 40).

34 Arrêt du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 63).

35 Arrêt du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 64).

36 Arrêts du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, point 53) ; du 11 mars 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, point 36), et du 23 février 2016, Commission/Hongrie (C-179/14, EU:C:2016:108, point 148).

37 Arrêt du 12 septembre 2006, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, points 67 et 68).

charge de la preuve de l'absence d'abus<sup>38</sup>. En effet, selon la jurisprudence de la Cour, une telle présomption générale d'évasion fiscale ne saurait suffire à justifier une mesure fiscale restrictive<sup>39</sup>. Or, l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI entraîne un renversement de la charge de la preuve, sans que l'administration fiscale soit tenue de fournir des indices suffisants d'évasion fiscale<sup>40</sup>.

#### **4. Conclusion intermédiaire**

60. Il convient donc de répondre aux première, troisième et quatrième questions en ce sens que l'article 43 CE, lu en combinaison avec l'article 48 CE, fait obstacle à une réglementation d'un État membre comme celle de l'article 119 ter, paragraphe 3, du CGI dans la mesure où elle impose aux sociétés étrangères contrôlées directement ou indirectement par des personnes établies dans des États tiers, pour pouvoir bénéficier de l'exonération de la retenue à la source conformément à l'article 5 de la directive 90/435, d'apporter la preuve que la structure de la chaîne de participations repose sur des motifs autres que fiscaux, sans que l'administration soit tenue de fournir des indices suffisants d'un montage purement artificiel, dépourvu de réalité économique, dont le but est l'obtention d'un avantage fiscal.

#### **V – Conclusion**

61. Nous proposons en conclusion à la Cour de répondre à la question du Conseil d'État (France) en ce sens que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, de la directive 90/435/CEE du Conseil, du 23 juillet 1990, concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, abrogée par la directive 2011/96/UE du Conseil, du 30 novembre 2011, et l'article 43 CE, lu en combinaison avec l'article 48 CE, font obstacle à une réglementation d'un État membre qui impose aux sociétés étrangères contrôlées directement ou indirectement par des personnes établies dans des États tiers, pour pouvoir bénéficier de l'exonération de la retenue à la source conformément à l'article 5 de la directive 90/435, d'apporter la preuve que la structure de la chaîne de participations repose sur des motifs autres que fiscaux, sans que l'administration soit tenue de fournir des indices suffisants d'un montage purement artificiel, dépourvu de réalité économique, dont le but est l'obtention d'un avantage fiscal.

<sup>38</sup> Voir points 27 à 30 des présentes conclusions.

<sup>39</sup> Voir arrêts du 4 mars 2004, Commission/France (C-334/02, EU:C:2004:129, point 27) ; du 9 novembre 2006, Commission/Belgique (C-433/04, EU:C:2006:702, point 35) ; du 28 octobre 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, point 34), ainsi que du 5 juillet 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, point 38 et jurisprudence citée).

<sup>40</sup> Arrêt du 5 juillet 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, point 55).