



Par



Clémentine Van Lede

Le Master 2 Opérations et Fiscalité Internationales des Sociétés présente :

Arrêt Sofina du 22 novembre 2018 : un nouveau coup porté à la retenue à la source¹ !

La crise de 2008 a imprimé sa marque dans les bilans des entreprises et désormais dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Nombreuses sont les entreprises, qui ont subi dans cette période des pertes. Elles ont saisi l'occasion pour contester les dispositifs fiscaux défavorables aux entreprises déficitaires, dont les retenues à la source.

La CJUE s'est déjà prononcée à plusieurs reprises sur les retenues à la source dans le prolongement de son célèbre arrêt *Denkavit*¹. Dans cet arrêt, elle avait jugé que constituait une entrave le fait d'imposer une retenue à la source aux dividendes distribués par une filiale à une société-mère située dans un autre État membre, alors que cette retenue ne s'applique pas si la société-mère est située dans le même État membre que la filiale. Depuis, elle ne cesse d'en étendre la portée. L'arrêt *Sofina* accroît encore les contraintes pesant sur les législateurs nationaux pour éviter les restrictions à la libre circulation des capitaux : un simple décalage de trésorerie résultant d'une retenue à la source pour des sociétés déficitaires est prohibé, ce qui ne manque pas de soulever des questions de comparabilités et

de mise en œuvre.

Dans cet arrêt, trois sociétés belges, les sociétés *Sofina*, *Rebelco* et *Sidro*, ont perçu des dividendes entre 2008 et 2011 à raison de leurs participations dans des sociétés françaises. Ces dividendes ont fait l'objet d'une retenue à la source au taux de 15 % prévu par la convention franco-belge lorsque la détention est inférieure à 10 % du capital de la filiale. Ces trois sociétés belges étant déficitaires durant ces exercices, elles ont demandé la restitution de ces retenues à la source.

Elles ont, dans un premier temps, posé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en affirmant que cette retenue à la source méconnaissait l'égalité des citoyens devant la loi et les charges publiques. Dans un arrêt du 23 décembre 2016,² le Conseil d'État a refusé de transmettre cette QPC.

Les sociétés déboutées ont alors demandé au Conseil d'État de saisir la CJUE d'une question préjudicielle en affirmant que cette retenue à la source était contraire au principe de libre circulation des capitaux tel que défini par les articles 63 et 65 du traité sur le

¹ CJUE 14 décembre 2006, *Denkavit*, C- 170/05, EU:C:2006:783

² CE 3^{ème} chambre du 23 décembre 2016 n°398662

fonctionnement sur l'Union européenne (TFUE).

Le Conseil d'État avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur la question en 2012³. Il avait alors jugé que les dividendes perçus par une société résidente déficitaire ne sont en fait pas exonérés, mais imposés de façon décalée dans le temps, au titre de l'exercice où la société redevient bénéficiaire. Il en avait déduit que la retenue appliquée aux dividendes perçus par une société déficitaire non résidente ne posait pas de difficulté au regard du droit de l'Union européenne (UE), s'agissant d'une simple technique de perception de l'impôt adaptée aux sociétés non résidentes se traduisant par un simple décalage de trésorerie. De plus, le Conseil d'Etat a, dans le même arrêt, souligné la difficulté de la comparaison entre une société française déficitaire et une société étrangère déficitaire.

Toutefois, dans des affaires plus récentes, la CJUE a paru remettre en cause cette analyse, notamment dans l'arrêt *Pensioenfond Metaal en Techniek*⁴. Le Conseil d'Etat a alors décidé de transmettre des questions préjudicielles à la CJUE, dont la principale est⁵ : le désavantage de trésorerie résultant de l'application d'une retenue à la source aux dividendes versés aux sociétés non-résidentes déficitaires, alors que les sociétés résidentes déficitaires ne sont imposées sur le montant des dividendes qu'elles perçoivent que lors de l'exercice au titre duquel elles redeviennent le cas échéant bénéficiaires, constitue-t-il par lui-même une différence de traitement caractérisant une restriction à la liberté de circulation des capitaux ?

Dans l'arrêt *Sofina*, la CJUE vient affirmer qu'un simple décalage de trésorerie peut constituer une restriction à la libre circulation des capitaux (I). Cet arrêt va donner lieu à une décision du Conseil d'Etat très attendue aux yeux des enjeux de l'arrêt (II), et soulève de nombreuses questions sur sa portée (III).

I. Le décalage de trésorerie : une restriction à la libre circulation des capitaux

La CJUE procède en deux étapes, elle va d'abord voir s'il existe une restriction à la libre circulation des capitaux (A) et, dans un deuxième temps, si cette restriction est justifiée (B).

A) Une restriction à la libre circulation des capitaux

3 CE Assemblée plénière, 9 mai 2012, *Société GBL Energy*, n°342221 et 342222,

4 CJUE 2 juin 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402

5 CE 9ème - 10ème chambres réunies, 20/09/2017 n°398662

6 CJUE 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763

Pour répondre à cette question, la CJUE va tout d'abord vérifier s'il existe une restriction à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 63 §1 du TFUE.

Elle constate que l'imposition de la société résidente dépend, en droit français, de son résultat, bénéficiaire ou non. Si la société est déficitaire, elle bénéficie d'un avantage de trésorerie, puisqu'elle n'aura pas à payer d'impôt sur ces dividendes. En outre, l'imposition future de la société a un caractère incertain, car rien ne prouve qu'elle ne cessera pas ses activités avant de redevenir bénéficiaire.

Dès lors, la CJUE confirme, premièrement, qu'**un avantage de trésorerie accordé à une société résidente dont ne bénéficie pas une société étrangère constitue une restriction à la libre circulation des capitaux**⁶, et, deuxièmement, que l'appréciation d'un traitement désavantageux des dividendes doit être effectuée pour chaque exercice fiscal pris individuellement⁷. Or, si une société résidente est déficitaire et perçoit des dividendes pendant ce même exercice fiscal, sa charge fiscale sera nulle, contrairement à une société non-résidente déficitaire qui aura subi une retenue à la source. Enfin, le report d'imposition de la société résidente revêtira le caractère d'une exonération définitive si la société ne présente plus d'exercice bénéficiaire avant de cesser ses activités. La CJUE en conclut que **la réglementation française est susceptible de procurer un avantage aux sociétés résidentes déficitaires**. Elle constate ainsi une restriction à la libre circulation des capitaux. Classiquement après la qualification de restriction, la Cour, vérifie, ensuite s'il existe une justification à la restriction à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 65 du TFUE.

B) L'absence de justification

Au sens de l'article 65, pour que soit justifiée une restriction, il faut que les situations en cause ne soient pas objectivement comparables ou que la différence de traitement soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général⁸.

Pour tenter de justifier le dispositif, le gouvernement français s'est fondé sur l'arrêt *Truck Center*⁹ de la CJUE. Il était soutenu qu'il y aurait une différence de situation objective entre une société résidente et non

7 CJUE 2 juin 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402

8 CJUE 17 septembre 2015, *Miljoen e.a.*, C-10/14, C-14/14 et C-17/14, EU:C:2015:608

9 CJUE 22 décembre 2008, *Truck Center*, C-282/07, EU:C:2008:762

résidente justifiant une réglementation différente en raison de modalités de perception de l'impôt différentes en fonction du lieu du siège de la société bénéficiaire. La CJUE rejette cet argument en affirmant que cette retenue à la source ne se contente pas de prévoir des modalités de perception d'impôt différentes mais est susceptible d'apporter un avantage fiscal aux sociétés résidentes. De ce fait, **la différence de traitement, qui dépasse la simple modalité de recouvrement, n'est pas justifiée par une différence de situation objective.**

La question a alors rebondi sur le terrain de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposer entre les États membres. Mais l'argument n'a pas davantage emporté la conviction de la CJUE. Selon elle, le report d'imposition des dividendes perçus par une société non-résidente déficitaire ne signifie pas que l'État français doit renoncer à son droit d'imposer, mais qu'il doit attendre que, comme pour une société résidente, la société redevienne bénéficiaire. Si la société ne redevient jamais bénéficiaire avant de cesser ses activités, l'État français aura subi des pertes fiscales. Toutefois, la réduction de recettes fiscales n'est jamais considérée comme une justification valable¹⁰ et la France consent généralement à une telle perte pour des sociétés résidentes. En conséquence, **la CJUE ne retient pas la justification tirée de la répartition équilibrée du pouvoir d'imposer.**

Enfin, le gouvernement français a avancé le motif de **l'efficacité du recouvrement de l'impôt. La CJUE n'accepte pas cet argument**, car ce report d'imposition pour les sociétés déficitaires constitue une dérogation et n'a donc pas vocation à s'appliquer à la majorité des sociétés percevant des dividendes. De plus, c'est aux sociétés d'apporter les éléments prouvant qu'elles remplissent les conditions pour bénéficier d'un tel report et les mécanismes d'assistance mutuelle sont suffisants pour permettre à l'État français d'effectuer les vérifications nécessaires.

En conclusion, pour la CJUE, *« les articles 63 et 65 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle les dividendes distribués par une société résidente font l'objet d'une retenue à la source lorsqu'ils sont perçus par une société non-résidente, alors que, lorsqu'ils sont perçus par une société résidente, leur imposition selon le régime de droit commun de l'impôt sur les sociétés ne se réalise à la fin de l'exercice au cours duquel ils ont été perçus qu'à la condition que le résultat de cette société ait été bénéficiaire*

*durant cet exercice, une telle imposition pouvant, le cas échéant, ne jamais intervenir si ladite société cesse ses activités sans avoir atteint un résultat bénéficiaire depuis la perception de ces dividendes.*¹¹ »

Cette décision novatrice sur la prise en compte d'un simple décalage de trésorerie, en apparence simple, soulève de nombreuses difficultés de mise en œuvre, mais aussi de portée.

II. Une future décision du Conseil d'État très attendue

Le code général des impôts (CGI) prévoit déjà une exemption de retenue à la source à l'article 119 quinquies à compter du 1^{er} janvier 2016 pour les dividendes versés à des sociétés en liquidation judiciaire sans perspective de redressement. Cette disposition n'apparaît toutefois pas suffisante¹² pour satisfaire aux exigences de la CJUE, qui considère que les dividendes perçus par toutes les sociétés non-résidentes déficitaires ne doivent pas subir de retenue à la source dans les mêmes conditions que celles résidentes, posant alors la question du retour à meilleure fortune. Le Conseil d'État devra donc déterminer à partir de quel moment et sous quelles conditions une société non-résidente déficitaire est exonérée de retenue à la source en définissant le déficit à prendre en compte (A) et le contrôle que pourra effectuer l'administration fiscale (B).

A) Le dilemme du déficit

Pour résoudre le dilemme du déficit, une première question se pose : doit-on prendre en compte **le résultat comptable ou fiscal**, établi selon quelle législation, de la société non-résidente ? Au premier abord, le résultat comptable pourrait séduire dans la mesure où il existe une certaine harmonisation au niveau international définie par l'*International Financial Reporting Standards* (IFRS). Cette solution écarterait de possibles abus liés aux méthodes de calcul du résultat. Toutefois, il est plus probable que le Conseil d'État opte pour le résultat fiscal. En effet, l'imposition des sociétés françaises s'effectue à partir de leur résultat fiscal. Or, se baser sur le résultat comptable pourrait constituer une discrimination envers les sociétés non-résidentes et créerait un décalage de trésorerie lié aux différences entre résultats comptables et fiscaux.

Ensuite, si l'on opte pour un résultat fiscal, une

¹⁰ CJUE 20 octobre 2011, *Commission/Allemagne*, C-284/09, EU:C:2011:670

¹¹ CJUE 22 novembre 2018, *Sofina E.A.*, C-575/17, EU:C:2018:943

¹² AGULHON V., « Nouvelle remise en cause de la retenue à la source sur les dividendes », *Option finance* déc. 2018, p. 47.

deuxième question apparaît. Ce déficit doit-il être calculé **selon le droit français ou le droit local** de la société-mère ? Il est plausible que le Conseil d'État opte pour le droit local de la société-mère pour éviter une possible condamnation par la CJUE, qui avait jugé dans l'arrêt *Futura Participations*,¹³ excessive l'exigence d'une comptabilité selon les règles locales pour obtenir le report de pertes. Mais cette solution soulèvera de réelles difficultés au regard des règles fiscales nationales créant des charges purement fiscales, telles que le suramortissement ou les intérêts notionnels.

Enfin, subsidiairement, on peut se demander s'il ne faudrait pas envisager uniquement une restitution partielle lorsque la restitution de la retenue à la source conduirait à rendre la société non-résidente par hypothèse déficitaire à nouveau bénéficiaire grâce à ce surcroît de revenus.

B) Une administration fiscale sourcilleuse

En ce qui concerne **l'offre de preuve** exigible par l'administration pour la réalité du déficit, le Conseil d'État s'appuiera certainement sur le précédent du précompte mobilier, qui consistait à éviter la double imposition sur les dividendes distribués par des filiales françaises à des sociétés-mères françaises. Dans un arrêt du 4 octobre 2018¹⁴, la CJUE a affirmé que, dans ce cadre, il fallait prendre en compte les sommes versées par une filiale ou une sous-filiale et a validé l'exigence du Conseil d'État sur la nécessité de disposer de tous les éléments de nature à justifier le bien-fondé de la demande de remboursement pendant toute la durée de la procédure, sans que l'expiration du délai légal de conservation n'entraîne dispense de cette obligation.

Enfin, il devrait laisser la porte largement ouverte à l'administration, dans le cadre offert par la coopération européenne, pour exercer son **droit de contrôle**, y compris en ce qui concerne **l'abus de droit**, pour vérifier que le déficit n'est pas artificiel ou créé dans un but principalement ou exclusivement fiscal¹⁵.

L'arrêt *Sofina* fait déjà pressentir des difficultés de mise en œuvre de la solution. Cependant, il demeure aussi difficile de mesurer toute la portée de la décision de la Cour de justice.

III. Une problématique internationale au-delà des seuls dividendes

L'arrêt *Sofina* pose problème au niveau de son périmètre social et géographique (A) ainsi que pour les régimes concernés (B) et les possibles abus qui peuvent en découler (C).

A) Le périmètre social et géographique

Rappelons que la décision de la Cour de justice concerne directement des sociétés européennes, qui détiennent moins de 10 % du capital de leurs filiales. Il peut donc s'appliquer à toutes les sociétés de capitaux, donc à toutes les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (IS) ou à un impôt équivalent.

Ensuite, l'arrêt concerne des sociétés déficitaires de l'Union européenne. On peut toutefois se demander si un tel arrêt pourrait être applicable à des **sociétés déficitaires non-européennes**.

En effet, la libre de circulation des capitaux de l'article 63 du TFUE est invocable par des sociétés tierces à l'Union européenne. Toutefois, dans ce cadre, les restrictions de l'article 65 du TFUE peuvent être plus importantes. Or dans cet arrêt, pour refuser la justification tirée de l'efficacité du recouvrement, la CJUE s'est fondée sur les directives européennes d'assistance mutuelle¹⁶. De tels dispositifs n'existent pas en dehors de l'Union européenne, et il paraît particulièrement difficile d'imaginer un dispositif permettant le suivi et l'imposition d'une société non-résidente de l'UE redevenue bénéficiaire, ce qui pourrait conduire la CJUE à admettre un traitement différent. Cependant, sa **jurisprudence est très restrictive**¹⁷, une coopération fiscale au moins équivalente à celle entre les Etats membres ayant été jugée suffisante.

Il restera aussi la question des sociétés situées dans des États et territoires non coopératifs (ETCN), qui, par nature, devraient toujours subir une retenue à la source.

B) Les régimes fiscaux concernés

Selon les cabinets E&Y Sociétés d'avocats¹⁸ et

13 CJUE 15 mai 1997, *Futura Participations*, C-250/95, EU:C:1997:239

14 CJUE 4 octobre 2018, *Commission contre France*, C-416/17, EU:C:2018:811

15 On peut notamment penser au montage luxembourgeois d'Engie sanctionné par la Commission le 19 juin 2018.

16 Directive 2011/16/UE du Conseil, du 15 février 2011 et la directive 2010/24/UE du Conseil, du 16 mars 2010

17 CJUE 10 avril 2014, *Emmerging Markets Series of DFA Investment Trust*, C-190-12, EU:C:2014:249

18 Actualités et médias E&Y Sociétés d'avocats du 27 novembre 2018 *La retenue à la source prélevée sur des revenus versés à une société étrangère déficitaire peut faire l'objet d'une demande de restitution disponible sur <https://www.ey-avocats.com/ft/fr/newsroom/news-releases/ey-la-retenu-a-la-source-prelevee-sur-des-revenus-verses-a-une-societe-etrangere-deficitaire>*

PWC Société d'avocats¹⁹, les retenues à la source sur d'autres types de revenus pourraient aussi être concernées, telles que celles portant sur les intérêts ou les redevances. On peut également s'interroger sur les retenues à la source sur les bénéfices réalisés par les succursales en France de sociétés d'Etats tiers, aussi connues sous le nom de « **branch tax** ». L'article 115 quinquies-1 du CGI répute distribués tous les bénéfices réalisés en France et qu'ils sont distribués à des non-résidents. La succursale peut prouver qu'une partie de ses bénéfices n'a pas été distribuée ou qu'elle a été distribuée au profit de résidents français ou de l'Union européenne : cet impôt est donc très proche de la retenue à la source sur les dividendes. Il devrait donc pouvoir bénéficier de cette jurisprudence étendue aux sociétés déficitaires non européennes. Mais alors, à quel moment aurait-on une société déficitaire ? Si le résultat global de la société est déficitaire, il ne devrait pas y avoir de retenue à la source. Mais on pourrait arguer que, comme on impose la société sur le résultat de chacune de ses succursales, il ne faut pas prendre le résultat global de la société, mais ce résultat diminué du résultat de chaque succursale située dans un Etat différent pour savoir, si elle est déficitaire ou non. On retombe alors sur les mêmes problèmes de calcul, car selon les Etats, le résultat ne sera pas calculé de la même façon.

On peut aussi penser aux **distributions irrégulières**, qui sont soumises à une retenue à la source, même si la société bénéficie du régime des sociétés-mères. Cette extension est néanmoins assez peu probable car on rentrerait dans une justification admise par la CJUE comme exception à la libre circulation des capitaux, celle de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale.

Selon Maître Vincent Agulhon, cet arrêt pourrait peut-être venir changer la position très défavorable des juges français attachée aux **crédits d'impôt pour les sociétés déficitaires** comme en témoigne l'arrêt du 7 décembre 2015²⁰. Toutefois, l'arrêt Sofina ne produit pas ses effets qu'en France mais également à l'égard de tous les Etats européens, qui prélèvent une retenue à la source sur des dividendes versés à des sociétés déficitaires. Dans cette

configuration, le crédit d'impôt au sein de l'UE semble voué à disparaître.

C) Les abus

Cet arrêt pourrait inciter les sociétés à faire certains montages fiscaux pour créer un déficit en usant notamment de règles nationales. Même en écartant des montages très agressifs tels que des prêts de titres à une société non résidente déficitaire, la tentation peut exister de faire détenir tous les titres de participation de sociétés européennes par une société déficitaire, malgré les dividendes versés, pour écarter la retenue à la source sur les dividendes versés par ces filiales. Mais **la plus grande prudence s'impose au regard des sanctions pénales** désormais encourues. La création de cette société déficitaire ne doit pas être purement artificielle ni poursuivre un but exclusivement fiscal, au risque sinon pour la société mère de se voir redresser sur le fondement de l'abus de droit de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales (LPF).

De surcroît, la transposition de la directive ATAD a introduit le **but principalement fiscal**. Or il est très difficile de dire ce qui constitue un but principalement fiscal, ce qui va rendre dans cette situation les risques de redressement beaucoup plus nombreux. Toutefois, ces dispositions ne prévoient pas de pénalités supplémentaires, seulement l'absence de bénéfice du régime favorable recherché par le montage. Il faudra donc être particulièrement vigilant à ce que les sociétés déficitaires, qui reçoivent des dividendes, aient une vraie substance.

En conclusion, par cet arrêt la CJUE poursuit la déconstruction des solutions traditionnelles d'imposition des non-résidents et lance un défi au législateur pour adapter les dispositifs de retenue à la source en permettant le report de l'imposition en cas de déficit et son imposition ultérieure. Indirectement, cette décision pourrait relancer l'intérêt des travaux pour établir une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS).

[peut-faire-l-objet-d-une-demande-de-restitution](#) (page consultée le 4 janvier 2019)

¹⁹ Emmanuel Raingard de la Blétière *CJEU rules on incompatibility of French withholding tax on dividends received by lossmaking non-resident companies with EU law EU Direct Tax Newsletter* du 27 novembre 2018 <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/eu-direct->

[tax-newsalerts/eudtg/newsalert-27-november-2018.pdf](#) (page consultée le 7 janvier 2019)

²⁰CE, plén. Fisc., 7 décembre 2015, *CIC Alsace-Lorraine*, n°357189

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGE

M. COZIAN, F. DEBOISSY et M. CHADEFaux, Précis de fiscalité des entreprises, LexisNexis, 41° éd., 2017/2018.

ARTICLE

Vincent Agulhon, *Nouvelle remise en cause de la retenue à la source sur les dividendes*, Option finance, 10 décembre 2018, p. 47.

WEBOGRAPHIE

Laurent Olléon, *Retenue à la source sur dividendes : Pour la CJUE, un tiens ne vaut pas mieux que deux tu l'auras* [En ligne] Option finance, 10 décembre 2018, disponible sur <https://www.optionfinance.fr/blogs-analyses/lanalyse-dorrick-rambaud-martel/retenue-a-la-source-sur-dividendes-pour-la-cjue-un-tiens-ne-vaut-pas-mieux-que-deux-tu-lauras.html> (page consultée le 02 janvier 2019).

Patrick Michaud *pas de retenue à la source sur dividendes versés à un résident déficitaire de l'UE* [En ligne] Etudes fiscales internationales, 28 novembre 2018, disponible sur <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/archive/2017/09/23/ras-sur-dividendes-verses-a-un-resident-de-l-ue-devant-la-cj-25613.html#more> (page consultée le 3 janvier 2019).

Actualités et médias E&Y Sociétés d'avocats, 27 novembre 2018, *La retenue à la source prélevée sur des revenus versés à une société étrangère déficitaire peut faire l'objet d'une demande de restitution* [En ligne] disponible sur <https://www.ey-avocats.com/ft/fr/newsroom/news-releases/ey-la-retenue-a-la-source-prelevee-sur-des-revenus-verses-a-une-societe-etrangere-deficitaire-peut-faire-l-objet-d-une-demande-de-restitution> (page consultée le 4 janvier 2019).

Patrick Michaud, *Le conseil d'Etat condamné par la CJUE ??? (CJUE 4 octobre 2018)* [En ligne] Etudes fiscales internationales, 8 octobre 2018 disponible sur <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/archive/2018/10/05/le-conseil-d-etat-condamne-par-la-cjue-cjue-4-octobre-2018-25937.html> (page consultée le 6 janvier 2019).

