

La nouvelle contribution de 3 % sur les revenus distribués à l'épreuve du droit communautaire

Cyril Valentin

Avocat associé

Bertrand Lacombe

Avocat à la Cour

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

La deuxième loi de finances rectificative pour 2012, publiée le 16 août dernier¹, a introduit une contribution additionnelle, assise sur le montant des revenus distribués par les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés (*IS*) en France. Cette contribution, destinée à compenser les pertes budgétaires résultant de la suppression de la retenue à la source sur les dividendes versés à des OPCVM étrangers², s'inspire, dans une certaine mesure, de la majoration d'*IS* en cas de distribution appliquée entre 1989 et 1992³. Toutefois, si jadis la question de la conformité d'un tel dispositif avec le droit communautaire ne s'était pas posée, il en va différemment aujourd'hui.

I. La nouvelle contribution additionnelle de 3 % sur les revenus distribués

À l'exception des organismes de placements collectifs⁴ et des sociétés considérées comme des petites et moyennes entreprises (*PME*)⁵, les sociétés soumises à l'*IS* en France sont désormais soumises à une nouvelle contribution addition-

nelle (la *Contribution*) égale à 3 % des revenus qu'elles distribuent⁶. Cette contribution, qui ne constitue pas une charge déductible aux fins de l'*IS*⁷, frappe tous les revenus distribués au sens des articles 109 à 117 du CGI, quels que soient la qualité (personne morale ou physique) et le lieu de résidence des bénéficiaires.

Sont notamment visés les dividendes ou acomptes sur dividendes, les avances faites aux associés considérées comme des revenus distribués, les avantages occultes et les rémunérations excessives. Cette définition exclut cependant certaines répartitions (remboursements d'apports, rémunération d'un prêt d'actionnaire ou d'un service...)⁸.

Une exonération est prévue s'agissant des distributions réalisées entre sociétés appartenant au même groupe d'intégration fiscale, aux distributions entre sociétés d'investissements immobiliers côtés (SIIC), et aux distributions de dividendes en actions.

II. La Contribution face au droit communautaire

1. La Contribution et la directive mère-fille : une retenue à la source prohibée ?

En taxant ainsi les distributions, le législateur n'a-t-il pas introduit une nouvelle retenue à la source ? La question revêt une importance majeure, dans la mesure où l'article 5 de la directive mère-fille⁹ impose que les bénéfices distribués par une filiale à sa société mère soient exonérés de retenue à la source. Ainsi, dans les situations dans lesquelles la Directive s'applique (actionnaire société communautaire imposable détenant au moins 10 % du capital de la filiale distributrice), l'application de la Contribution pourrait être écartée. On notera à cet égard que le rédacteur du texte initial en avait vraisemblablement conscience, dans la mesure où le projet de texte présenté par le Gouvernement prévoyait une exonération de Contribution pour les distributions éligibles au régime-fille¹⁰.

Le rapport de la commission des finances de l'Assemblée nationale répond à cette question par la négative : la Contri-

1 Loi n°2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, article 6.

2 Le législateur tirant les conséquences de la décision de la Cour de justice de l'Union Européenne (*CJUE, CJCE* dans son ancienne appellation, ou la *Cour*), 10 mai 2012, aff. 338/11 à 347/11, *Santander Asset Management SGIIC SA*.

3 Ancien article 219 I c, du Code général des impôts (*CGI*).

4 Ne sont pas soumis à la Contribution les organismes de placements collectifs mentionnés à l'article L. 214-1 du Code monétaire et financier : organismes de placements collectifs en valeurs mobilières (OPCVM), organismes de titrisation, sociétés civiles de placement immobilier (SCPI), sociétés d'épargne forestière, organismes de placement collectif immobilier (OCPI) et sociétés d'investissement à capital fixe (SICAF).

5 Les sociétés distributrices qui revêtent la qualité de PME au sens du règlement européen 800/2008 du 6 août 2008 présentent les caractéristiques suivantes : moins de 250 salariés et (i) un chiffre d'affaires annuel

n'excédant pas 50 millions d'euros ou (ii) un total du bilan annuel n'excédant pas 43 millions d'euros. (À noter cependant que la qualité de PME s'apprécie selon des modalités différentes selon que l'entreprise est considérée comme autonome, partenaire ou liée).

6 Article 235 ter ZCA du CGI. La Contribution s'applique aux montants dont la mise en paiement est intervenue après le 16 août 2012.

7 Article 231 du CGI.

8 Article 112 du CGI.

9 Directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres (la *Directive*).

10 Cette exonération a été retirée au cours des travaux parlementaires, pour être remplacée par celle relative aux distributions opérées au sein d'un groupe d'intégration fiscale.

bution « *ne constitue pas une retenue à la source par la société distributrice sur les dividendes qu'elle va verser, mais une charge supplémentaire d'IS qui va peser sur son résultat comptable a posteriori* »¹¹.

Toutefois, aux yeux du juge communautaire, l'avis du législateur importe peu lorsqu'il s'agit d'apprécier la conformité d'une norme de droit à une norme communautaire : en l'absence de définition dans la Directive, la CJUE tient compte des caractéristiques objectives des impositions nationales et non des qualifications données en droit national¹². La Cour a ainsi fixé trois critères pour qu'une imposition soit qualifiée de retenue à la source prohibée par la Directive¹³ :

- ◆ le fait générateur est le versement de dividendes ou de tout autre rendement des titres ;
- ◆ l'assiette est le montant des dividendes versés ou le rendement des titres ; et
- ◆ l'assujetti est le détenteur des titres.

Au cas présent, il est clair que les deux premiers critères ci-dessus sont satisfaits par la Contribution. S'agissant du troisième critère, la Contribution est due par la filiale française distributrice, et non par sa mère communautaire. Faut-il en conclure pour autant que la Contribution est conforme à la Directive ?

La CJUE a d'ores et déjà écarté la pertinence du troisième critère. Dans l'arrêt *Athinaiki Zythopoiia*, la Cour a suivi les conclusions de son avocat général qui soutenait qu'« *on ne saurait [...] conférer une importance déterminante au fait que la charge fiscale pèse sur la société filiale. L'effet économique d'une imposition de la société filiale correspond à une imposition de la société mère, étant donné que l'impôt – ce qui est le principe même des retenues à la source – est retenu par la société distribuant les bénéfices et directement versé aux services fiscaux.* »¹⁴. Sans même adopter une approche exclusivement « économique » du troisième critère, la Cour a ainsi considéré qu'une imposition nationale (grecque, en l'espèce), conçue comme un supplément d'impôt sur le revenu établi au nom de la filiale sur son bénéfice, devrait être qualifiée de retenue à la source aux fins de la Directive, dès lors que son fait générateur était la distribution de dividendes et que son montant dépendait de l'ampleur de la distribution¹⁵. Le raisonnement alors suivi par le juge communautaire semble pouvoir être transposé, *mutatis mutandis*, à la Contribution¹⁶.

Ce constat doit toutefois être nuancé au regard d'une décision *Burda* de 2008 dans laquelle la Cour semble être revenue à une application stricte du troisième critère, en faisant référence à sa « *jurisprudence postérieure à l'arrêt Athinaiki Zythopoiia* »¹⁷. La Cour a alors considéré que l'imposition d'une filiale au titre de revenus qui n'auraient pas été taxés si cette dernière les avait thésaurisés au lieu de les distribuer ne constitue pas une retenue à la source prohibée par la Directive.

On notera toutefois que l'imposition allemande discutée dans l'affaire *Burda* est très différente de la Contribution ou du supplément d'impôt sanctionné dans l'affaire *Athinaiki Zythopoiia*. En effet, les bénéfices de la société allemande *Burda* étaient soumis à des taux différents d'IS selon qu'ils étaient thésaurisés (45 %) ou distribués (30 %). Une distinction était opérée au niveau des capitaux propres distribuables de la société, entre ceux provenant de bénéfices soumis à l'IS (au taux de 45 % en cas de thésaurisation et de 30 % en cas de distribution) et ceux provenant d'accroissements d'actifs en principe exonérés d'IS, mais pour certains soumis à l'IS à un taux de 30 % en cas de distribution (la société distributrice émettant à cet égard une attestation fiscale permettant à sa mère de bénéficiaire d'un crédit d'impôt correspondant à l'impôt prélevé au taux de 30 %). Si, comme dans les faits de l'affaire *Burda*, le montant des bénéfices déclarés comme ayant fait l'objet d'une distribution était considéré comme inexact à la suite d'un contrôle fiscal et que le montant des capitaux propres provenant de bénéfices soumis à l'IS se révélait insuffisant, la correction devait être effectuée en imputant la distribution sur les capitaux propres provenant d'accroissements d'actifs (l'IS étant alors dû au taux de 30 %). C'est ce « *mécanisme de correction comptable* »¹⁸, pour reprendre les termes de la Cour, dont celle-ci a estimé qu'il ne constituait pas une retenue à la source au sens de la Directive. Aussi, comme le soulignait du reste l'avocat général dans ses conclusions, les « *circonstances différentes caractérisant l'affaire [Burda] et l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Athinaiki Zythopoiia* »¹⁹ justifiaient une conclusion différente. Il nous semble que les caractéristiques de la Contribution, cet impôt autonome de distribution, présenté comme « additionnel » à l'IS, devraient également donner lieu à une analyse différente de celle retenue dans l'affaire *Burda*.

La jurisprudence *Burda* est au demeurant critiquable au regard des objectifs (« *la neutralité fiscale* ») de la Directive. En effet, un impôt de distribution frappant la société distributrice grève son résultat et ses capacités distributives, ce qui *in fine* impacte la rémunération de l'actionnaire communautaire. Le rapport de la commission des finances de l'Assemblée nationale est, à cet égard, particulièrement éclairant : « *Lorsqu'une société aura décidé de distribuer 100 de dividendes, ses actionnaires percevront bien 100, mais la société devra verser trois à l'État. Ces trois diminueront son résultat comptable post-distribution, et donc sa capacité future de distribution de nouveaux dividendes. Il s'agit ainsi d'une imposi-*

11 Rapport sur le projet de loi de finances rectificative pour 2012 (n°71) présenté par Monsieur Christian Eckert le 12 juillet 2012. Le rapport précise en outre que la Contribution est « *une imposition pesant sur les entreprises à titre principal, mais avec un effet différé sur la rémunération des actionnaires sous forme de dividendes.* »

12 Cette approche, qui a été pour la première fois exposée en matière de retenue à la source par la Cour dans un arrêt *Epson Europe* (CJCE, 8 juin 2000, aff. 375/98, *Epson Europe*, point 20 : RJF 9-10/00 n°1186) résulte d'une jurisprudence constante de la Cour (cf. notamment CJCE, 13 février 1996, aff. 197/94 et 252/94, *Sté Bautiaa* : RJF 3/96, n° 401).

13 Arrêt *Epson Europe* précité, point 23 ; CJCE, 4 octobre 2001, aff. 294/99, *Athinaiki Zythopoiia*, points 28 et 29 ; CJCE, 25 septembre 2003, aff. 58/01, *Océ van der Grinten*, point 47 ; CJCE, 12 décembre 2006, aff. 446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, point 108.

14 Conclusions présentées le 31 janvier 2008 par l'avocat général M. Mengozzi, point 32.

15 Arrêt *Athinaiki Zythopoiia* précité, point 33.

16 Dans les deux cas d'espèce, le supplément d'impôt est généré par la distribution, assis sur le montant de la distribution, dû par la société

distributrice. Les pertes reportables ne peuvent, contrairement au droit commun, être imputées sur le supplément d'impôt sur le revenu dû au titre de la distribution.

17 CJCE, 26 juin 2008, aff. 284/06, *Burda GmbH*, points 55, 56 et 61 : RJF 09/2008 n°1146. Cette solution a été reprise au point 34 de la décision *Ferrero* (CJUE, 24 juin 2010, aff. 338/08 et 339/08, *P. Ferrero e C. SpA et autres*).

18 Arrêt *Burda* précité, point 63.

19 Conclusions présentées le 10 mai 2001 par l'avocat général M. Siegbert Alber, point 76

tion pesant sur les entreprises à titre principal, mais avec un effet différé sur la rémunération des actionnaires sous forme de dividendes ».

2. La Contribution et la liberté d'établissement : une discrimination prohibée ?

Le fait que l'exonération initialement prévue pour les distributions éligibles au régime mère-fille ait été remplacée par une exonération des seules distributions internes à un groupe d'intégration fiscale français alimente le débat sur la compatibilité de régime de l'intégration fiscale avec la liberté d'établissement.

Prenons l'exemple de deux sociétés françaises distributrices détenues à 100 % par un actionnaire unique, la première par une société soumise à l'IS en France et la seconde par une société soumise à l'IS dans un autre État membre. Sous réserve de certaines conditions²⁰, la société mère française peut former un groupe d'intégration fiscale avec sa filiale distributrice qui sera alors exonérée de Contribution. En revanche, dans une situation analogue, la société mère établie dans un autre État membre de l'UE ne peut former un groupe d'intégration fiscale français avec sa filiale distributrice française qui ne pourra donc pas être exonérée de la Contribution. En d'autres termes, la référence au régime français d'intégration fiscale pour exonérer de Contribution certaines distributions aboutit à une différence de traitement en fonction de la nationalité de la société mère.

Cette différence de traitement pourrait constituer une atteinte injustifiée à la liberté d'établissement²¹. Un tel raisonnement a en effet d'ores et déjà été tenu par la Cour qui a considéré qu'une différence de traitement entre filiales résidentes en fonction du siège de leur société mère constitue une entrave à la liberté d'établissement²².

Si une telle entrave venait à être établie dans l'exemple que nous évoquions, il serait probablement difficile de démontrer que cette discrimination est justifiée par des « *raisons impérieuses d'intérêt général* »²³ et que le critère de proportionnalité est satisfait. Dans ces conditions, la société distributrice française pourrait considérer que la Contribution ne devrait pas être appliquée aux distributions qu'elle réalise au bénéfice de son actionnaire communautaire qui la détient à 100 %.

On notera enfin que la question d'une différence de traitement en raison de la nationalité de l'actionnaire de la filiale distributrice pourrait également se poser au regard des clauses de non-discrimination figurant dans les conventions fiscales signées par la France²⁴. ■

20 Cf. article 223 A du CGI.

21 Article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

22 CJCE, 12 décembre 2002, aff. 324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH* : RJF 3/03 n°391 avec chronique L. Olléon p. 191, conclusions J. Mischo BDCF 3/03 n°43. Voir également : CJCE 27 novembre 2008, aff. 418/07, *Papillon* : RJF 2/09 n°180. On notera qu'un raisonnement analogue a été adopté par les juridictions de certains États membres et récemment développé par la Commission dans son avis motivé en date du 16 juin 2011 adressé aux Pays-Bas.

23 CJCE, 15 mai 2008, aff. 414/06, *Lidl Belgium GmbH* : RJF 8-9/2008, n°1030.

24 L'article 24.5 du modèle de convention de l'OCDE précise en effet que « les entreprises d'un État contractant, dont le capital est en totalité ou en

partie, directement ou indirectement, détenu ou contrôlé par un ou plusieurs résidents de l'autre État contractant, ne sont soumises dans le premier État à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujetties les autres entreprises similaires du premier État. ».