Plénière

Séance du 6 avril 2012
Lecture du 9 mai 2012

CONCLUSIONS

M. Laurent OLLEON, rapporteur public

(Ce texte est celui qui a été prononcé par M. Olléon en séance publique ; il a toutefois dû subir quelques modifications uniquement destinées à permettre d'identifier sans ambiguïté les références de jurisprudence citées dont les noms étaient effacés pour la mise en ligne.)

Le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat est, souvent, le moyen d'obtenir sinon satisfaction, du moins un éclairage utile sur l'issue probable d'un contentieux d'assiette mettant en œuvre des dispositions législatives que l'acte attaqué précise, lorsqu'il est réglementaire, ou commente, lorsqu'il s'agit d'une instruction fiscale. L'on se souvient que le sort de l'exit tax a été scellé le jour où M. de L... vous a demandé d'annuler le décret n° 99-590 du 6 juillet 1999 pris pour l'application des dispositions législatives instituant cet impôt, auquel il avait été assujéti. Juge de cassation, vous connaissez des litiges au terme d'un processus administratif et juridictionnel de plusieurs années, au point qu'il n'est pas rare que les dispositions que vous devez appliquer aient purement et simplement disparu lorsque vous vous prononcez enfin. L'avantage du recours pour excès de pouvoir, formé directement devant vous en raison de la nature réglementaire des actes ministériels attaqués, est qu'il vous conduit à prendre une position qui s'imposera à l'ensemble de la juridiction administrative indépendamment de tout contentieux d'assiette.

L'intérêt du recours pour excès de pouvoir en matière fiscale a été fortement accru par deux avancées jurisprudentielles que vous avez opérées au cours des dernières années. Tout d'abord, par votre décision du 6 mars 2006, Syndicat national des enseignants et artistes, vous avez jugé qu'était recevable un recours formé contre une instruction fiscale qui se borne à reproduire la loi fiscale. Ce choix pragmatique a été opéré dans la lignée de votre jurisprudence de Section Mme Duvignères du 18 décembre 2002, par laquelle vous avez modifié les règles de recevabilité des recours dirigés contre les circulaires, en retenant le caractère impératif et général des dispositions attaquées. Cette position prise en 2006 est intéressante pour les justiciables, dans la mesure où elle permet de porter directement devant vous la question de la contrariété entre une disposition fiscale de niveau législatif recopiée telle quelle et une norme supérieure, sans passer par les commentaires faits de ces dispositions.

Naturellement, à la date à laquelle vous avez énoncé cette jurisprudence, seuls pouvaient être invoqués, à l'encontre de la loi recopiée ou commentée dans une circulaire, les engagements internationaux de la France. Il s'agissait néanmoins d'un pas important.

1
Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Désormais, il devenait possible de vous demander si une disposition législative était conforme à ces engagements, sans devoir attendre que vous soyez saisis de la question dans le cadre d'un pourvoi en cassation.

La seconde avancée jurisprudentielle majeure est intervenue il y a deux ans, quand, à la faveur d'une affaire Epoux M... (n° 339081, T. p. 704), jugée le 9 juillet 2010, vous avez jugé qu'une question prioritaire de constitutionnalité pouvait être soulevée à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir formé contre une circulaire. Il fallait pour cela admettre que le « litige » visé à l'article 61-1 de la Constitution, susceptible de donner lieu à une question prioritaire de constitutionnalité, couvrît non seulement le litige d'assiette ou de recouvrement engagé devant un juge, mais aussi le contentieux d'excès de pouvoir formé contre une disposition réglementaire ou une circulaire.

Il est donc désormais possible de contester la constitutionnalité d'une loi à la faveur d'un recours formé contre une instruction fiscale. Lorsque l'on articule cette avancée avec la précédente, c'est-à-dire lorsque le recours est formé contre une instruction fiscale qui se borne à recopier la loi, le résultat est-il faut appeler un chat un chat - le moyen reconnu aux justiciables de contester directement devant vous la constitutionnalité du texte même de la loi.

La seule limite posée à ce bel édifice jurisprudentiel - qui ne connaît même pas l'obstacle de la tardiveté, puisque le délai de recours contentieux ne court pas à l'encontre des instructions fiscales - est celle de l'intérêt à agir. Il faut en effet que le requérant fasse état d'un intérêt lui donnant qualité pour demander et obtenir l'annulation de l'instruction fiscale. Or si la tendance historique est celle de l'élargissement de l'intérêt pour agir, cet assouplissement n'est pas infini, ainsi que vous allez le constater cet après-midi en statuant sur les recours formés par la Société GBL Energy.

Cette société, qui a son siège au Luxembourg, est une holding financière qui fait partie du groupe belge Albert Frère. En France, elle détient des participations dans GDF Suez et dans Total. La participation de GBL s'élevait, au moment du litige, à 4 % du capital de Total - ce taux de détention est important -, soit environ 3,6 milliards d'euros.

En 2008, Total a distribué à GBL Energy des dividendes et des acomptes sur dividendes d'un montant brut de 107 millions d'euros environ. Cette distribution a donné lieu à l'application de la retenue à la source prévue à l'article 119 bis du code général des impôts pour les dividendes versés par des sociétés établies en France à des sociétés actionnaires établies à l'étranger. Le taux de cette retenue à la source, fixé à l'article 187, est en principe de 25 %. Toutefois, les articles 8.2 a) et 19.3 a) de la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1^{er} avril 1958 stipulent que ce taux est limité à 5 % si l'actionnaire détient au moins 25 % du capital de la société distributrice, et 15 % dans les autres cas. La retenue a donc été appliquée au taux de 15 %, pour un montant de 16 millions d'euros environ.

Après s'être acquittée de cet impôt, la société a introduit une réclamation contentieuse visant à en obtenir le remboursement. Selon elle, si sa participation dans Total, inférieure à 5 %, ne lui permettait pas de bénéficier du régime mère-fille communautaire issu des directives 90/435/CEE et 2003/123/CE transposées à l'article 119 ter du code général des impôts et du régime français des sociétés-mères, l'imposition n'en était pas moins contraire au

droit communautaire, notamment au principe de libre circulation des capitaux, eu égard, notamment, à l'impossibilité d'imputer dans son Etat de résidence l'imposition subie en France.

Le rejet de la réclamation a conduit la requérante à saisir d'un contentieux d'assiette le tribunal administratif de Montreuil, devant lequel l'affaire est pendante.

Parallèlement, la Société GBL Energy forme donc devant vous un recours pour excès de pouvoir à l'encontre du paragraphe 5 de l'instruction fiscale BOI 4 C-7-07 du 10 mai 2007. Elle lui reproche d'avoir laissé subsister, après l'arrêt Denkavit (CJCE 14 décembre 2006, aff. C-170/05 : RJF 3/07 n°374), une interprétation non conforme au droit communautaire – violation du principe de libre circulation des capitaux – permettant l'application d'une retenue à la source sur les dividendes versés par des sociétés établies en France à des sociétés établies dans d'autres Etats membres au titre d'une participation inférieure à 5% de la société détentrice dans la société distributrice. La société requérante attaque par ailleurs les paragraphes 1 à 5 de la documentation administrative 4 J 1334 à jour au 1^{er} novembre 1995, en ce qu'ils réitèrent les dispositions de l'article 119 bis du code général des impôts sur le fondement duquel l'imposition à la source des dividendes a été perçue.

Rappelons à titre liminaire ce qu'a jugé l'arrêt Denkavit, rendu par la CJCE sur une question préjudicielle que vous lui aviez posée.

La Société Néerlandaise Denkavit International BV avait reçu de sa filiale française Denkavit France, détenue à 50 %, des dividendes grevés de la retenue à la source de l'article 119 bis du code général des impôts, au taux limité à 5 % en application de la convention fiscale franco-néerlandaise. Elle contestait la compatibilité de ce régime d'imposition appliqué à une société-mère avec le principe communautaire de liberté d'établissement (article 49 du TFUE, ex-article 43 du TCE).

Le tribunal administratif de Nantes l'avait déchargée de cette imposition au motif que le régime était incompatible avec la liberté d'établissement. La cour administrative d'appel de Nantes avait retenu la solution inverse, en jugeant que, dès lors que la société-mère française était soumise à l'impôt sur les sociétés à raison d'un bénéfice comprenant notamment ces dividendes, une société-mère française et une société mère-étrangère étaient placées dans des situations différentes qui autorisaient un traitement distinct.

Un pourvoi en cassation avait été formé par la société contre cet arrêt. Or, si vous aviez déjà jugé que des filiales françaises de sociétés mères françaises et étrangères sont dans une situation comparable (CE Section 30 décembre 2003, *Ministre c/Coréal Gestion* : RJF 3/04 n° 233), la question de savoir s'il en va de même s'agissant de deux sociétés mères françaises et étrangères d'une même filiale française, au regard du mécanisme de retenue à la source sur les dividendes, était inédite. Cette question se doublait d'une autre interrogation, portant sur le point de savoir s'il convenait de combiner le mécanisme de neutralisation prévu par la convention franco-néerlandaise avec le droit interne pour apprécier la réalité de la différence de traitement.

Par une décision du 15 décembre 2004, Société Denkavit International (RJF 3/05 n° 233), vous avez sursis à statuer jusqu'à ce que la CJCE se soit prononcée sur les trois questions suivantes :

- un dispositif qui fait supporter le poids d'une imposition à une société mère, bénéficiaire du versement de dividendes, qui ne réside pas en France, et en dispense les sociétés mères qui résident en France est-il susceptible d'être critiqué au regard du principe de la liberté d'établissement ?

- un tel dispositif de retenue à la source est-il en lui-même critiquable au regard du principe de la liberté d'établissement, ou, dès lors qu'une convention fiscale entre la France et un autre Etat membre, autorisant cette retenue à la source, prévoit la possibilité d'imputer sur l'impôt dû dans cet autre Etat la charge supportée en application du dispositif critiqué, y-a-t-il lieu de tenir compte de cette convention pour apprécier la compatibilité de ce dispositif avec le principe de la liberté d'établissement ?

- Dans l'hypothèse où est retenue la seconde branche de cette alternative, l'existence de la convention suffit-elle à faire regarder le dispositif critiqué comme un simple mécanisme de répartition de la matière imposable entre les deux Etats concernés, sans incidence pour les entreprises, ou la circonstance qu'une société mère qui ne réside pas en France peut être dans l'impossibilité de procéder à l'imputation prévue par la convention doit-elle conduire à regarder ce dispositif comme méconnaissant le principe de la liberté d'établissement ?

Par son arrêt du 14 décembre 2006, aff. C-170/05 (RJF 3/07 n° 374), la Cour a jugé que les sociétés-mères bénéficiaires sont bien dans une situation comparable, qu'elles perçoivent les dividendes comme sociétés-mères résidentes ou comme sociétés-mères non résidentes mais disposant en France d'un établissement stable. Elle a ajouté que dès lors que l'exonération au profit des sociétés-mères résidentes visait à prévenir une imposition en chaîne des bénéfices des filiales, cette mesure d'exonération devait être étendue aux sociétés-mères non résidentes. Ainsi, en refusant d'accorder aux sociétés-mères non résidentes le traitement fiscal national, plus avantageux, octroyé aux sociétés-mères résidentes, la législation française constitue une mesure discriminatoire incompatible avec le traité en ce qu'elle prévoit une imposition des dividendes versés par des filiales résidentes à des sociétés-mères néerlandaises plus lourde que celle des mêmes dividendes versés à des sociétés-mères françaises.

A la suite de cet arrêt, la directrice de la législation fiscale a pris l'instruction 4C-7-07 du 10 mai 2007. Ce texte rappelait que, dans l'hypothèse d'une relation de contrôle entre deux entreprises de l'Union, seule couverte par l'arrêt Denkavit, la suppression progressive de la retenue à la source avait déjà été programmée en application de la directive mère-fille du 23 juillet 1990. Les distributions de dividendes doivent en être exonérées lorsqu'elles sont afférentes à des participations supérieures à 25 % en 2003 et 2004, 20 % en 2005 et 2006, 15 % en 2007 et 2008 et 10 %, seuil retenu par la directive, à compter du 1^{er} janvier 2009.

L'instruction prévoyait d'aller plus loin, en modifiant, à partir du 1^{er} janvier 2007, le traitement fiscal des distributions de source française effectuées au profit de sociétés ayant

leur siège dans un autre Etat de la Communauté européenne. Le paragraphe 5 de l'instruction précisait ainsi qu'en l'absence de montage artificiel, lorsqu'une société européenne bénéficie de dividendes de source française afférents à une participation supérieure à 5 % du capital de la société distributrice et se trouve, du fait d'un régime d'exonération applicable dans son Etat de résidence, privée de toute possibilité d'imputer la retenue à la source en principe prélevée en France sur le fondement de l'article 119 bis du code général des impôts, les distributions en question ne sont plus soumises à la retenue. Ce paragraphe précisait enfin que si l'impossibilité d'imputer tout ou partie de la retenue à la source apparaissait postérieurement à la date de la distribution, du fait par exemple d'une situation déficitaire ou d'une liquidation, la restitution de la quote-part de retenue non imputable pourrait être demandée par voie de réclamation contentieuse.

La Société GBL Energy, qui, eu égard à son pourcentage de détention du capital de Total (4 %), ne remplit pas la condition de seuil de détention (5 %) du régime mère-fille français, conteste l'existence même de ce seuil. Selon elle, dès lors qu'une société actionnaire non résidente ne peut imputer la retenue à la source dans son pays, elle doit en être exonérée, quel que soit son taux de détention du capital, sous peine d'être victime d'une discrimination. Le paragraphe 5 de l'instruction du 10 mai 2007 serait donc illégal en ce qu'il maintient le seuil de 5 % comme condition au bénéfice de l'exonération de retenue à la source, et la société vous demande, à titre principal, de l'annuler. A titre subsidiaire, elle vous demande d'annuler l'instruction seulement dans la mesure où s'agissant d'une société établie hors de France dans un autre Etat membre et détenant moins de 5 % du capital de la société distributrice établie en France, elle ne peut, même si elle est fiscalement déficitaire dans son pays d'origine, bénéficier de l'exonération de retenue à la source ou en obtenir la restitution par voie de réclamation. Enfin, à titre plus subsidiaire, la société vous demande de saisir la CJUE de trois questions préjudicielles.

Ce n'est pas la première fois que cette instruction est attaquée devant vous. Il lui a déjà été reproché de n'avoir corrigé la discrimination entre sociétés-mères que pour l'avenir, en la laissant subsister pour les années antérieures à 2007, au titre desquelles la Société Maaldrift BV, requérante, avait subi une retenue à la source sur les dividendes perçus. Vous avez jugé qu'il n'en était rien, et que le silence de l'instruction sur les impositions antérieures à 2007 ne pouvait avoir eu pour objet, ni avoir eu légalement pour effet d'interdire aux services fiscaux de faire application à ces impositions des principes issus de l'arrêt Denkavit (CE 22 janvier 2010 n° 311863, Société Maaldrift BV).

Le recours dirigé contre cette instruction par la Société GBL Energy pose un problème de recevabilité, tiré du défaut d'intérêt à agir de la requérante. Que dit cette instruction ? Vous l'avez compris, son paragraphe 5 étend le bénéfice de l'exonération de retenue à la source aux sociétés actionnaires des Etats membres répondant aux critères du régime mère-fille français, afin de faire cesser toute discrimination, comme l'impose l'arrêt Denkavit. Il est donc prévu de leur appliquer les mêmes conditions d'imposition que celles des articles 216 et 145 du code général des impôts applicables aux sociétés-mères françaises, c'est-à-dire une distribution de dividendes en franchise d'imposition.

Pour que la Société GBL Energy soit recevable à demander l'annulation de ce paragraphe, il faut qu'il lui fasse grief, c'est-à-dire que l'intérêt personnel lésé soit suffisamment direct et certain pour justifier l'intérêt à agir.

Le caractère direct de l'intérêt à agir est apprécié à la lumière de la théorie dite des « cercles d'intérêt » (CE Section 4 mai 1990 n° 55124-55137, Association Freudienne : RJF 6/90 n° 674). Cette jurisprudence pose le principe que l'intérêt à agir des tiers contre les instructions fiscales instituant des régimes de faveur est réservé aux personnes qui appartiennent au même cercle d'intérêt que celles qui bénéficient d'un régime fiscal de faveur alors qu'elles en sont exclues. Votre décision du 8 août 1990 n° 68387, Chambre de commerce et d'industrie de Dunkerque (RJF 8-9/90 n° 1101) a ajouté à cette première catégorie celle des personnes qui se voient reconnaître l'extension d'un tel régime qui leur était réservé. Pour reprendre les conclusions de Gilles Bachelier sous votre décision du 6 mars 2002, n° 225980 et 236746, Union des métiers de l'industrie et de l'hôtellerie, le cercle d'intérêt réunit donc toutes les personnes susceptibles d'être directement concernées par les distorsions de concurrence créées à l'intérieur d'une catégorie.

Or les sociétés qui relèvent du régime mère-fille sont dans une catégorie distincte de celles qui n'en relèvent pas. La différence ne tient pas uniquement au seuil de détention ; pour prétendre au bénéfice du régime mère-fille, les titres de participations détenues par la société-mère doivent en effet répondre à certains critères : être nominatifs, conférer un droit de vote en plus du droit aux dividendes, être détenus en pleine propriété. Il ne faut pas oublier que les titres doivent, en outre, être conservés pendant au moins deux ans. Il y a donc une volonté claire de favoriser la stabilité des investissements et de simplifier la fiscalité entre mère et fille dans ce cas de figure. La directive mère-fille de 1990 mentionne elle-même la nécessité de faciliter la coopération et le regroupement de sociétés atteignant le seuil, qui est de 10 % pour le droit communautaire, par un régime fiscal commun. La Société GBL Energy n'appartient donc pas, à raison de sa participation dans Total, au même cercle d'intérêt que les sociétés qui bénéficient du régime mère-fille ou pourraient en bénéficier si elles étaient françaises. Elle n'a donc pas d'intérêt à agir contre le paragraphe 5 de l'instruction fiscale du 10 mai 2007, dont l'objet est uniquement de faire cesser toute discrimination entre ces sociétés. C'est la raison pour laquelle vous rejetterez la requête en annulation n° 342221, qui était assortie de conclusions tendant au remboursement des frais irrépétibles.

Venons-en à présent à l'examen de la requête n° 342222, par laquelle la société vous demande d'annuler les paragraphes 1 à 5 de la documentation administrative 4 J 1334 à jour au 1^{er} novembre 1995, en ce qu'ils réitèrent les dispositions de l'article 119 bis du code général des impôts sur le fondement desquelles l'imposition à la source des dividendes a été perçue.

Le problème de recevabilité rencontré dans l'affaire précédente ne se pose pas ici : le texte attaqué ne traite pas seulement des sociétés relevant du régime mère-fille français ou qui en relèveraient si elles étaient françaises, mais bien de l'ensemble du dispositif de retenue à la source de l'article 119 bis du code général des impôts, qui a été appliqué à la Société GBL Energy. Les paragraphes attaqués sont divisibles du reste de l'instruction, et les dispositions qu'ils contiennent présentent bien un caractère général et impératif.

La société reproche à ces cinq paragraphes de réitérer les dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts, qui sont, selon elle, contraires au principe de libre circulation des capitaux, dès lors qu'elles soumettent à la retenue à la source les dividendes reçus par une société non résidente établie dans un autre Etat membre et ne

relevant pas du régime des sociétés mères et que cette retenue ne peut être imputée sur un impôt dans son Etat de résidence dans la mesure où elle est exonérée ou est en situation déficitaire, alors que ces dividendes ne sont pas soumis à l'impôt si, placée dans une situation identique, la société qui les reçoit est établie en France. Il y aurait donc là une discrimination prohibée par le droit communautaire.

Au même titre que la liberté d'établissement, la liberté de circulation des capitaux est applicable en matière d'impositions directes. La Cour de justice a jugé que l'acquisition d'une participation dans une société établie dans un autre Etat membre relève de cette liberté (CJCE 12 février 2004, aff. C-242-03, Elisabeth Paulus).

Le régime de l'article 119 bis du code général des impôts est-il contraire au principe de liberté de circulation des capitaux ? La Société GBL Energy l'affirme, en pointant la discrimination qu'il opère entre les sociétés étrangères détenant des participations inférieures à 5 % dans des sociétés établies en France et les sociétés françaises détenant des participations analogues. Pour le démontrer, elle s'appuie non seulement sur l'arrêt Denkvit, mais aussi sur des arrêts ultérieurs.

La société requérante invoque ainsi l'arrêt Amurta (CJCE 8 novembre 2007, aff. C-379/05, Amurta SGPS), par lequel la Cour de justice a jugé, de façon générale, qu'une différence de traitement fiscal des dividendes selon le pays de résidence de la société bénéficiaire est une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée par l'article 56 du TCE (devenu 63 TFUE) et, dans le cas de l'espèce, qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifiait une telle restriction. La société invoque également l'arrêt Commission c/ Italie (CJUE 19 novembre 2009, aff. C-540/07), par lequel la Cour a jugé qu'un Etat membre ne peut en principe pas soumettre les dividendes distribués à des sociétés résidant dans un autre Etat membre à un taux d'imposition supérieur à celui des sociétés résidentes, mais a, en l'espèce, conclu à l'absence de violation de la liberté de circulation des capitaux, dès lors que la législation italienne se justifiait par une raison impérieuse d'intérêt général tenant à la lutte contre la fraude fiscale.

Selon la Société GBL Energy, la discrimination opérée par l'article 119 bis du code général des impôts découle de ce qu'alors que des sociétés mères françaises et étrangères sont, depuis l'arrêt Denkvit, regardées comme placées dans une situation comparable, les sociétés étrangères sont soumises à une retenue à la source qui se traduit par une pression fiscale plus lourde que celle que supportent les sociétés françaises, qui ne sont pas soumises à cette taxation. Les sociétés étrangères sont donc exposées à un risque de double imposition, qui est à la fois juridique et économique.

Certes, le risque de double imposition juridique existe, puisque le régime fiscal français prévoit la taxation à la source des dividendes tirés par une société établie au Luxembourg de ses participations françaises, alors que le Luxembourg peut également taxer ces revenus. Mais il y a une confusion, dans l'esprit de la société, entre risque de double taxation et discrimination. Or la jurisprudence communautaire distingue bien les deux.

Par un arrêt Kerckhaert et Morres (CJCE 14 novembre 2006, aff. 513/04), la Cour était saisie du cas de la législation belge, appliquant un taux uniforme de 25 % sur tous les dividendes perçus par les résidents belges, que leur source soit interne ou externe. La Cour a

jugé que le refus des autorités fiscales belges de prendre en considération la retenue à la source pratiquée en France, au taux de 15 %, sur les dividendes de source française ne constitue ni une restriction, ni une discrimination indirecte dès lors que le désavantage qui en résulte pour le contribuable découle non pas d'une contrariété avec le droit de l'Union mais de « l'exercice parallèle par deux Etats membres de leur compétence fiscale ». La Cour renvoie ensuite, en l'absence de critères généraux définis par le droit communautaire, aux conventions bilatérales le soin de régler ce type de situation. Il est donc clairement affirmé par la jurisprudence communautaire que les Etats membres, dès lors qu'ils ne discriminent pas entre les dividendes de source étrangère et ceux de source nationale, ne sont pas tenus par le Traité de prévoir des dispositions éliminant la double imposition juridique. Cette élimination relève du choix librement opéré par les Etats dans le cadre des conventions fiscales bilatérales. Et le mode d'élimination le plus fréquemment retenu est celui qui consiste à prévoir, dans l'Etat de résidence du contribuable, un crédit d'impôt tenant compte de l'imposition supportée dans l'Etat de la source. Au cas d'espèce, c'est donc le Luxembourg qui pourrait éliminer, par un tel mécanisme, le risque de double taxation des dividendes sortants taxés à la source en France. Il n'en demeure pas moins que si, dans l'exercice de sa compétence fiscale, le Luxembourg a choisi d'exonérer d'impôt la société, cette circonstance n'est pas de nature à faire obstacle à l'exercice par la France de sa propre compétence fiscale, lorsqu'elle prélève une retenue à la source sur les dividendes sortants, retenue qui, faut-il le rappeler, est envisagée par la convention franco-luxembourgeoise, qui en limite le taux.

Mais la société soutient également que la discrimination résulte dans la double imposition économique des dividendes. Selon elle, à cause de l'article 119 bis du code général des impôts, les dividendes qu'elle perçoit sont soumis à un taux global discriminatoire par rapport aux dividendes perçus par des sociétés françaises. En effet, dans la mesure où elle est déficitaire – ce qu'elle établit -, elle affirme subir une imposition que les sociétés françaises déficitaires ne subissent pas.

Dans son arrêt *Commission c/Italie* précité, la Cour de justice a précisé la notion de « situation comparable » pour apprécier l'existence d'une discrimination. Saisie de la législation italienne, qui taxe les dividendes distribués à des sociétés établies dans d'autres Etats membres, elle a jugé que les non-résidents bénéficiaires de ces dividendes se trouvent dans une situation comparable à celle des résidents en ce qui concerne le risque de double imposition économique des dividendes distribués par les sociétés résidentes, de sorte que les bénéficiaires non-résidents ne peuvent être traités différemment des bénéficiaires résidents. C'est l'existence d'une telle discrimination qu'il convient de vérifier.

Commençons par comparer le traitement réservé aux sociétés mères françaises et étrangères qui ne relèvent pas du régime mère-fille lorsqu'elles sont bénéficiaires. Les sociétés françaises ne sont pas exonérées sur la perception des dividendes : elles acquittent l'impôt sur les sociétés au taux de 33,3 %. Les sociétés étrangères, qui supportent sur les dividendes perçus de sociétés françaises la retenue à la source prévue par l'article 119 bis du code général des impôts ne sont donc pas discriminées par la législation française, puisque, même en l'absence de stipulations particulières dans la convention fiscale bilatérale, le taux de la retenue à la source qui leur est appliqué est inférieur. L'argument selon lequel cette retenue à la source se traduit par une charge définitive au Luxembourg, alors que, dans ce pays, la société mère est exonérée d'impôt est sans portée. En effet, l'exonération procède d'un choix librement opéré par les autorités luxembourgeoises dans l'exercice de leur

compétence fiscale. Or la jurisprudence communautaire précitée n'impose nullement que ce choix rétroagisse sur la législation française, en contraignant la France à revoir ses propres règles pour supprimer la retenue à la source et assurer, ce faisant, à la société luxembourgeoise, l'exonération d'impôt prévue par le droit luxembourgeois. En d'autres termes, la France n'expose pas sa législation au reproche de discrimination prohibée par le droit communautaire lorsqu'elle ne tient pas compte, dans l'exercice de sa propre compétence fiscale, des choix fiscaux opérés par le Luxembourg.

Qu'en est-il à présent lorsque les sociétés bénéficiaires des distributions sont déficitaires ? Relevons pour commencer un problème pratique. Ce qui nous préoccupe aujourd'hui, c'est la situation de déficit fiscal, et non pas de déficit comptable. Or vous savez que les deux ne coïncident pas en France, puisque le résultat comptable est retraité pour aboutir au résultat fiscal. Pour apprécier si une discrimination existe, il faut apprécier tout d'abord si des sociétés sont placées dans des situations comparables. Or comment considérer qu'une société française déficitaire et une société luxembourgeoise sont, de ce seul fait, placées dans des situations comparables, alors que les règles de détermination du résultat diffèrent d'un pays à l'autre, toujours en raison de la compétence fiscale qui permet à chaque Etat de définir librement ces règles ? A la vérité, pour apprécier si une société française et une société luxembourgeoise sont discriminées par le droit français lorsqu'elles sont déficitaires, il faut les placer dans des situations comparables, et donc regarder si une société luxembourgeoise serait traitée différemment d'une société française si elle était déficitaire par application des règles françaises de détermination des résultats. C'est donc en appliquant le raisonnement hypothétique suivi par votre Section du contentieux dans l'affaire SA Andritz

du 30 décembre 2003 qu'il conviendrait de procéder. Pour démontrer qu'il y a discrimination pour les sociétés déficitaires, il faudrait donc que la société requérante commence par établir qu'elle serait également déficitaire au regard des règles fiscales françaises, c'est-à-dire des règles appliquées aux sociétés mères françaises auxquelles elle entend se comparer.

Quoi qu'il en soit, il est faux de dire, comme le soutient la société requérante, que le droit français exonère d'impôt les dividendes perçus par une société ne relevant pas du régime mère-fille lorsqu'elle est déficitaire. Vous le savez, ces dividendes sont en réalité compris dans le résultat imposable de cette société, et viennent diminuer le déficit reportable. Par conséquent, lorsque le résultat de la société redevient bénéficiaire, la diminution du déficit reportable que ces dividendes avaient entraînée aura pour conséquence qu'ils seront effectivement imposés à l'impôt sur les sociétés au titre d'une année ultérieure, et au taux de droit commun alors applicable.

Le droit français prévoit donc bien, y compris pour les sociétés françaises, un mode de taxation des dividendes. Certes, la grande différence par rapport au mécanisme de la retenue à la source, c'est qu'alors que celle-ci est perçue immédiatement par le Trésor sur la société déficitaire non résidente, l'imposition des dividendes de la société française déficitaire ne surviendra qu'au cours de l'exercice où ses résultats redeviennent bénéficiaires. Toutefois, ce décalage de trésorerie entre les deux hypothèses ne saurait, à lui seul, constituer une différence de traitement caractérisant une restriction à la liberté de circulation des capitaux. Alors que l'avocat général Kokott avait proposé de juger le contraire, elle n'a pas été suivie

par la Cour de justice dans son arrêt du 22 décembre 2008, aff. C-282/07, Belgique c/ Truck Center.

En conclusion, à aucun titre, les dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts, réitérées par les paragraphes attaqués de la documentation administrative du 1^{er} novembre 1995, n'apparaissent donc en délicatesse avec le principe de libre circulation des capitaux.

La Société GBL Energy soutient encore que les dispositions attaquées méconnaissent le principe de non discrimination selon la nationalité posé par l'article 21 de la convention fiscale franco-luxembourgeoise du 1^{er} avril 1958. Mais ces paragraphes ne contiennent aucun élément fondé sur la nationalité. Au surplus, ils se bornent à réitérer les dispositions du 2 de l'article 119 bis du code général des impôts, et c'est à l'encontre de ces dispositions qu'il conviendrait de formuler cette critique, qui n'aurait pas plus de chance de prospérer.

La société requérante soutient enfin que lorsqu'il a supprimé, par l'article 9 de la loi de finances pour 2001, le seuil en valeur absolue de 150 millions de francs (22,8 millions d'euros) et abaissé de 10 à 5 % le seuil proportionnel de détention du capital de la filiale pour pouvoir bénéficier du régime fiscal des sociétés mères, le législateur aurait dû mettre en place un dispositif spécial permettant de neutraliser les retenues à la source sur les dividendes distribués à des actionnaires établis dans d'autres Etats membres détenant moins de 5% du capital de la société distributrice. Faute de le faire, le législateur aurait porté une nouvelle restriction à la liberté de circulation des capitaux. Toutefois, vous êtes saisis d'un recours formé contre une documentation administrative datée du 1^{er} novembre 1995, soit antérieure de plus de cinq ans à la loi de finances pour 2001, que, par construction, elle ne commente pas. Ce moyen est donc inopérant à l'encontre des paragraphes contestés de cette documentation administrative.

Vous rejetterez la requête en annulation n° 342222, qui était assortie de conclusions tendant au remboursement des frais irrépétibles.

Et par ces motifs, nous concluons au rejet des deux requêtes.