

CHANGEMENTS DANS LE RÉGIME FISCAL FRANÇAIS DE MÈRE-FILLE: CONTRÔLE ANTI-ABUS RENFORCÉ ET MISE EN CONFORMITÉ AVEC LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Felipe SÁEZ

Membre d'Honneur de la CHAMBRE OFFICIELLE DE COMMERCE

La Loi 2015-1786 rectificative de Finances pour 2015 a introduit des modifications dans les conditions requises pour que les dividendes distribués entre les sociétés mères et les filiales bénéficient d'une exonération d'imposition. Certaines de ces modifications durcissent les conditions d'exonération tandis que d'autres les assouplissent.

Toutefois, en ligne générale, la réforme répond aux normes établies par l'O.C.D.E. ainsi qu'à celles du droit et de la jurisprudence communautaires, dans le sens d'une plus grande rigueur visant à combattre l'utilisation induite des textes légaux pour éluder ou minorer les impositions fiscales.

Ces changements dans la législation fiscale mère-fille intéressent notamment les relations financières franco-espagnoles.

1 – Clause anti-abus

La plus importante modification est l'introduction, dans l'art. 119 *ter*.3 du C.G.I., d'une clause anti-abus conformément au modèle prescrit par la Directive communautaire 2015/121 UE du 27 janvier 2015.

Jusqu'à présent, le dit art. 119 *ter*.3 excluait du régime d'exonération les dividendes perçus par une société mère contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'Etats non membres de l'Union Européenne, sauf si cette société mère prouvait que cette chaîne de participations n'avait pas pour objet principal, ou comme un de ses objets principaux, l'exonération de la retenue à la source. En outre, en vertu du premier alinéa du paragraphe 2 du dit art. 119 *ter*, la société mère doit également justifier auprès du débiteur ou du payeur qu'elle est la bénéficiaire effective des dividendes.

Cependant, dans son exposé de motifs, la Directive susmentionnée se réfère aux dispositions nationales anti-abus des Etats membres, en nuanciant leur portée: "... *en tout état de cause, elles sont conçues pour refléter les spécificités du régime fiscal de chaque État membre...*". Ainsi, la rédaction antérieure de l'art. 119 *ter* du C.G.I. cherchait à prévenir essentiellement les montages consistant dans l'interposition de sociétés, établies dans l'Union Européenne, comme destinataires apparentes des dividendes exonérés, alors que les bénéficiaires effectifs de ces dividendes sont les associés, non résidents dans l'Union Européenne, qui contrôlent ces sociétés.

D'où elle en déduit la convenance d'inclure dans la Directive 2011/96 du 30 novembre 2011 -qui régit les conditions d'exonération des dividendes versés par les filiales à leurs sociétés mères- une "*règle anti-abus commune minimale*". C'est cette règle qui figure désormais dans le C.G.I., satisfaisant à l'obligation de sa transposition avant le 31 décembre 2015 imposée par la Directive 2015/121.

En conséquence, en vertu de l'art. 29 de la Loi, la nouvelle rédaction de l'art. 119 *ter*.3 du C.G.I. inclut la clause suivante: "*[L'exonération] ne s'applique pas aux dividendes distribués dans le cadre d'un montage ou d'une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de cette même [exonération], n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. ≠ Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties. ≠ Pour l'application de [l'exonération] un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.*"

On peut observer la prédominance des critères *subjectifs* (**intention** du contribuable en opposition à celle de l'auteur ou des auteurs de la règle fiscale, **validité** des motifs commerciaux qui ont inspiré le montage ou la série de montages), ce qui ne facilite guère l'application de la clause. Par ailleurs, en envisageant aussi le cas où l'objectif fiscal ne soit pour le contribuable qu'un parmi d'autres objectifs principaux, la clause rend difficile, dans cette éventualité, le recours à la procédure répressive d'abus de droit prévue par l'art. L.64 du L.P.F. (*Livre des Procédures Fiscales*) car cet article fait référence à un objectif *exclusivement* fiscal.

Mais, en outre, cette mesure anti-abus pâtit d'un manque de précision car elle ne définit pas en quoi consiste la validité d'un motif commercial sinon pour autant qu'il corresponde à la réalité économique, ce dernier concept n'étant pas non plus précisé. Cette imprécision peut donner lieu à une ingérence de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises, aux fins d'évaluer la pertinence économique des opérations qu'elle conteste. Dans cet ordre d'idées, un rapport préparatoire du Sénat avant

l'approbation de cette Loi relevait que cette clause serait d'application difficile et incertaine par les juristes d'entreprise, l'administration fiscale, et les tribunaux qui auraient à connaître des litiges relatifs à son interprétation.

Néanmoins, à cet égard, le rapporteur de la Loi au nom du Gouvernement a précisé qu'il convient de définir la validité des motifs commerciaux en comparant l'avantage fiscal obtenu d'un montage avec les autres avantages résultant de ce même montage: si ces derniers sont prépondérants, le montage est considéré comme étant authentique. Et les motifs commerciaux sont considérés comme reflétant la réalité économique, s'il ressort d'éléments objectifs et vérifiables que la constitution de la filiale correspond à une réalité économique concrétisée par un degré d'existence physique en termes de locaux, de personnel et d'équipements suffisants pour exercer son activité, c'est à dire une implantation réelle ayant pour objet l'accomplissement d'activités économiques effectives dans l'Etat membre d'accueil.

Il faut espérer que ces indications soient de nature à limiter, le plus possible, les remises en cause arbitraires des opérations par le fisc.

Ces dispositions prennent effet pour les exercices ouverts à partir du 1er janvier 2016.

Certaines des autres modifications correspondent à des mises en conformité du régime français mère-fille avec la législation et la jurisprudence européennes à cet égard, d'autres non.

2 – Prise en compte des titres détenus en *nue-propriété* pour déterminer le niveau de participation

Selon la doctrine administrative en vigueur jusqu'à présent, l'exonération fiscale n'était pas applicable quand les droits afférents aux titres de participation se trouvent démembrés entre le *nu-propiétaire* et un *usufruitier*. En effet, l'article 54 de l'annexe II au C.G.I. stipulait que, pour bénéficier de l'exonération, les sociétés mères devaient détenir durant 2 ans au minimum la *pleine propriété* des titres de participation, et l'art. 119 *ter*, 2c du C.G.I. se référait à la détention *directe* de ces titres.

De son côté, la jurisprudence communautaire (décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 22/12/2008) avait confirmé la doctrine administrative refusant l'exonération fiscale aux dividendes perçus par l'*usufruitier* de titres de participation, au motif que "*la notion de participation dans le capital d'une société, au sens de cette disposition, ne comprend pas l'usufruit que détient une société sur les parts du capital d'une autre société*". En revanche, la jurisprudence avait remis en cause cette même doctrine, en affirmant que la détention de titres en *nue-propriété* remplit le critère d'une "participation dans le capital" et que la société détentrice doit être considérée comme "société mère" au sens de la Directive 90/435 CEE (substituée postérieurement par la Directive 2011/121) Depuis quelque temps, la jurisprudence française coïncidait sur ce point avec la jurisprudence communautaire.

En conséquence, la Loi, en son art. 29, a modifié l'article 119 *ter*.2c, stipulant dans ce dernier que, à l'effet d'apprécier si la société mère détient le pourcentage minimum requis de participation dans le capital, sont pris en compte les titres de participation détenus tant en *pleine* comme en *nue-propriété*. Curieusement, le contenu de l'art. 54 de l'annexe II au C.G.I. n'a pas varié à cet égard.

Ces dispositions s'appliquent aux exercices clos à partir du 31 décembre 2015.

3 – Extension du régime mère-fille et exonération fiscale des dividendes aux sociétés situées dans l'E.E.E.

Une autre modification introduite par l'art. 29 de la Loi consiste à étendre le régime d'exonération fiscale aux sociétés mères domiciliées dans l'E.E.E. (Espace Economique Européen), à savoir en Islande, en Norvège et au Liechtenstein, ainsi qu'à leurs établissements stables dans ces pays. La doctrine administrative incluait déjà cette extension, mais seulement en ce qui concerne l'exonération des dividendes; en ce qui concerne l'exonération des bénéfices obtenus en France par les sociétés étrangères, elle ne s'appliquait qu'aux sociétés domiciliées dans l'Union Européenne.

Par ailleurs, ledit art. 29 de la Loi confirme et légalise la doctrine administrative en vigueur, selon laquelle les dividendes afférents à une participation minimum de 5 % (au lieu du minimum normal de 10 %), détenue par une société mère domiciliée dans l'Union Européenne (ou dans l'Espace Economique Européen, en vertu de l'extension susmentionnée), sont exonérés de retenue à la source quand ladite société mère n'a pas la possibilité d'imputer cette retenue sur l'impôt auquel elle est assujettie dans son Etat de résidence. La doctrine française était en conformité avec la jurisprudence communautaire figurant dans un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne, en date du 14 décembre 2006, aux termes duquel constitue une entrave injustifiée à la liberté d'établissement une législation nationale traitant fiscalement de manière différente les dividendes distribués par une filiale selon que la société mère est domiciliée dans l'Etat de la filiale ou dans un autre Etat membre de l'Union Européenne. Dans l'affaire faisant l'objet de cet arrêt, les dividendes versés par une filiale française à sa société mère

hollandaise avaient subi dans leur totalité une retenue à la source, alors que s'ils avaient été versés à une société mère française, à niveau égal de participation, ils auraient été imposés uniquement sur 5 % de leur montant à titre de quote-part de frais et charges.

Les articles 115 *quinquies* (bénéfices obtenus en France par les sociétés étrangères) et 119 *ter* (exonération des dividendes versés à des sociétés domiciliées dans l'Union Européenne ou dans l'Espace Economique Européen) sont donc complétés en ce sens. Ces modifications s'appliquent aux exercices clos à partir du 31 décembre 2015.

4 – Suppression de la neutralité fiscale des distributions dans les groupes intégrés fiscalement

Un changement important est celui introduit par la Loi dans le régime d'intégration fiscale des groupes de sociétés.

Jusqu'à présent, en vertu de l'art. 223 B du C.G.I., était déductible du résultat du groupe la taxation, au titre d'une quote-part des frais et charges, ayant grevé, sous le régime mère-fille, 5 % des dividendes versés (crédit d'impôt compris) à une société du groupe pour ses participations directes et indirectes (par l'entremise de sociétés intermédiaires, de sociétés étrangères ou de sociétés mères non résidentes, pour autant que la société mère perceptrice justifie qu'il s'agit de redistributions de dividendes provenant de sociétés intégrées au groupe) dans d'autres sociétés intégrées au groupe depuis plus d'un an. Il en résultait une complète neutralité fiscale pour les dividendes distribués par des filiales participées, directement ou indirectement, à 95 % au minimum. De même, les dividendes perçus par une société intégrée au titre de ses participations directes ou indirectes dans une autre société du groupe et ne donnant pas droit au régime mère-fille, bénéficiaient d'une complète neutralité fiscale en tant qu'intégralement déductibles du résultat du groupe. Toutefois, dans les deux cas, la neutralité fiscale ne pouvait s'appliquer qu'aux dividendes provenant de filiales françaises intégrées, car les filiales étrangères non résidentes ne sont pas incluses dans le périmètre d'intégration français du fait qu'elles ne sont pas assujetties à l'impôt français de sociétés. Par conséquent, 5 % des dividendes provenant de ces filiales étrangères donnant droit au régime mère-fille était taxé au titre d'une quote-part de frais et charges, alors qu'ils n'auraient subi aucune imposition si les filiales avaient été domiciliées en France.

Cet écart de traitement a été condamné par la Cour de Justice de l'Union Européenne, le 2 septembre 2015, comme étant contraire à la liberté d'établissement.

Aussi, dans son art. 40, la Loi a modifié l'art 223 B dans le sens de supprimer la neutralisation de la taxation, au titre de la quote-part de frais et charges, de 5 % des dividendes distribués au sein d'un groupe intégré en vertu de participations directes et indirectes, en application du régime mère-fille. Toutefois, en vertu de ce même article, la Loi a modifié l'art. 216 du C.G.I., dans le sens de réduire à 1 % le taux des dividendes (crédit d'impôt compris) imposables au titre de la quote-part de frais et charges et distribués à des sociétés membres d'un groupe pour leurs participations, directes et indirectes, dans d'autres sociétés intégrées ainsi que dans d'autres sociétés –assujetties à un impôt équivalent à l'impôt français de sociétés- résidentes dans l'Union Européenne ou dans des Etats de l'Espace Economique Européen ayant souscrit avec la France une convention d'assistance administrative pour lutter contre la fraude et l'évasion fiscales, et qui réunissent les conditions –autres que celle de leur assujettissement à l'impôt de sociétés français- pour intégrer un groupe fiscal si elles étaient établies en France (parmi ces conditions, être participées à 95 % au minimum).

Il est à noter que la Loi ne prescrit aucun délai minimum d'appartenance au groupe intégré pour pouvoir bénéficier du taux réduit en matière de quote-part de frais et charges. De ce fait, ce taux de quote-part imposable sera applicable aux dividendes distribués dès le premier exercice d'appartenance au groupe. Il sera également applicable à l'effet de déterminer le résultat individuel de la société perceptrice de dividendes en provenance d'une autre société intégrée, et non le résultat du groupe. Enfin, pour l'application du taux réduit, la Loi supprime l'exigence antérieure que la société mère justifie qu'il s'agit de redistribution de dividendes provenant de sociétés intégrées.

La Loi ne modifie pas le régime de distribution de dividendes au sein des groupes n'ouvrant pas droit au régime mère-fille, la neutralisation fiscale ne s'appliquant qu'à partir du deuxième exercice d'appartenance au groupe.

L'art. 40 de la Loi est applicable aux exercices ouverts à partir du 1^{er} janvier 2016.

5 – Exonération fiscale des revenus distribués à des sociétés étrangères déficitaires et en liquidation judiciaire

Une autre innovation introduite par la Loi, dans son art. 82, pour mettre en conformité la législation française avec la communautaire, est l'exonération fiscale, sous certaines conditions, des revenus distribués par une société française à des

sociétés non résidentes actuellement assujetties à une retenue à la source en vertu de l'art. 119 *bis*, 2 du C.G.I. Cet aménagement a été requis par la Commission Européenne, afin de remédier à un écart de traitement contraire au principe de libre circulation des capitaux. En effet, une société française dont le résultat est négatif ou qui se trouve en situation de liquidation judiciaire n'est pas imposée sur les revenus qu'elle perçoit, tandis qu'une société non résidente, dans les mêmes circonstances, est assujettie à une retenue à la source sur ces mêmes revenus.

Aussi, la Loi a modifié le C.G.I., en y insérant un nouvel article 119 *quinquies* aux termes duquel sont exonérés de retenue à la source les revenus distribués aux sociétés qui, d'une part, ont leur siège de direction effective dans un Etat de l'Union Européenne ou dans un Etat tiers mais ayant souscrit avec la France une convention d'assistance administrative pour lutter contre la fraude, et qui, d'autre part, sont assujetties dans cet Etat à l'impôt sur les sociétés. Au titre de l'exercice de perception des revenus, ces sociétés doivent justifier auprès du débiteur ou du payeur des revenus qu'elles satisfont aux deux conditions *cumulatives* suivantes: dégager un résultat fiscal négatif, calculé selon les règles de l'Etat de leur siège; et faire l'objet, à la date de distribution des revenus, d'une procédure comparable à la procédure française de liquidation judiciaire telle que mentionnée à l'art. L. 640-1 du Code de commerce ou bien, si une telle procédure n'existe pas dans la législation locale, se trouver en état de cessation de paiements, un redressement de la société s'avérant manifestement impossible. L'exonération est également applicable aux établissements stables de ces sociétés, lorsque ceux-ci perçoivent les revenus, pour autant que: l'établissement et sa société soient situés dans l'Union Européenne ou dans un Etat coopératif; l'établissement dégage un résultat fiscal négatif; la société se trouve dans une situation comparable à la liquidation judiciaire française (n'ayant pas la personnalité morale, l'établissement ne peut, par lui-même, faire l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire).

L'exonération s'applique aux revenus perçus à partir du 1er janvier 2016.

6 – Régime mère-fille modifié pour les sociétés mères contrôlées par des organismes sans but lucratif

Dans son art. 36, la Loi étend le champ d'application du régime mère-fille, avec effet pour les exercices clos à partir du 31 décembre 2015.

Actuellement, selon l'art.145 1 du C.G.I., pour que les dividendes distribués puissent bénéficier de ce régime, les titres de participation doivent, entre autres conditions, représenter au minimum 5 % du capital et 5 % des droits de vote de la société participée et avoir été conservés pendant une durée minimale de 2 ans.

La Loi modifie cet article en y ajoutant une disposition ramenant, pour les sociétés mères contrôlées par un ou plusieurs organismes sans but lucratif, le niveau minimum requis de participation à 2,5 % du capital de la société distributrice des dividendes tout en maintenant l'exigence de détention de 5 % des droits de vote dans ladite société. Cependant, en contrepartie, elle élève à 5 ans (au lieu de 2) le délai minimum de détention de la participation. La Loi se réfère aux organismes sans but lucratif mentionnés à l'art. 206 *1bis* du C.G.I. (associations régies par la loi du 1er juillet 1901, syndicats régis par les articles L. 2131-1 à L. 2136-2 du Code du Travail, fondations reconnues d'utilité publique, fondations d'entreprises, fonds de dotation et congrégations, pour autant que leur gestion soit désintéressée, leurs activités non lucratives soient significativement prédominantes, et leurs revenus d'exploitation ne dépassent pas 60.540 € par année civile).

On peut se demander si la référence de la Loi aux organismes sans but lucratif de l'art. 206 *bis* vise uniquement leurs structures ou si elle inclut également l'exigence de ne pas être assujettis à l'impôt de sociétés en raison des trois conditions requises dans ledit article (gestion désintéressée, prédominance significative des activités non lucratives, et plafond annuel des activités lucratives). Si la seconde hypothèse correspond à l'objet de la Loi, alors les sociétés mères contrôlées par des organismes sans but lucratif mais assujettis à l'impôt de sociétés ne pourraient bénéficier de la réduction du niveau minimum de participation et devraient donc détenir la participation minimum normale de 5 % du capital social et 5 % des droits de vote bénéficiant du régime mère-fille.

7 – Modification du régime applicable aux dividendes provenant d'un Etat ou territoire non coopératifs

Enfin, dans son art. 29, la Loi assouplit le contenu de l'art. 145, 6d du C.G.I. aux termes duquel sont exclus du régime mère-fille les produits des titres de sociétés établies dans un Etat ou territoire non coopératifs (Etats ou territoires tiers n'ayant pas souscrit avec la France ni avec au moins 12 Etats ou territoires une convention d'assistance administrative, et dont la situation au regard de la transparence fiscale a fait l'objet d'un examen de la part de l'O.C.D.E.). C'est la conséquence d'une décision du *Conseil Constitutionnel* subordonnant la conformité constitutionnelle de cette exclusion à l'instauration d'une clause de sauvegarde, à savoir la possibilité pour les sociétés en cause de démontrer qu'elles ne s'étaient pas rendues coupables de fraude fiscale.

En conséquence, la Loi a modifié l'art. 145, 6d, lequel stipule désormais que le régime mère-fille n'est pas applicable aux produits des titres d'une société établie dans un Etat ou territoire non coopératifs, sauf si la société mère justifie que les opérations de la société participée hors de France correspondent à des opérations réelles qui n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre, dans un but de fraude fiscale, la localisation de bénéfices dans un Etat ou territoire non coopératifs.

La modification s'applique aux exercices clos à partir du 31 décembre 2015.

- oOo -