



Actualités

Aperçus rapides

Droit de l'Union européenne

543 Refus de reconnaissance d'une clause de la nation la plus favorisée : la CJUE persiste et signe

Par
Louis NAYBERG,
avocat, *Mayer Brown*



1 – Par une décision *Riskin et Timmermans* du 30 juin 2016 (CJUE, 6^e ch., 30 juin 2016, aff. C-176/15, *Guy Riskin et Geneviève Timmermans* : *Dr. fisc.* 2016, n° 27, act. 431. – V. également *L. Bernardeau, O. Peiffert et O. Schmied, Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe* (avr./juin 2016) : *Dr. fisc.* 2016, n° 30-35, 438, n° 48-50 et 62), la Cour de Luxembourg,

suivant les conclusions de son avocat général, a de nouveau refusé de reconnaître que les libertés de circulation instaurées par le droit de l'UE garantissaient l'existence d'une clause de la nation la plus favorisée.

En l'espèce, la Cour a estimé que la liberté de circulation des capitaux ne s'oppose pas à ce qu'un État membre traite les dividendes reçus d'un autre État membre de façon moins favorable que ceux reçus d'un État tiers, dès lors que cette différence de traitement résulte des stipulations respectives prévues par les conventions fiscales.

2 – Dans l'affaire qui nous occupe, deux résidents belges détenaient dans une société polonaise une participation au titre de laquelle ils ont perçu des dividendes. À l'occasion de cette distribution, un retenue à la source a été prélevée par la Pologne, que les requérants ont décidé d'imputer sur l'impôt belge afférent auxdits dividendes.

L'administration fiscale belge a contesté cette imputation au motif que la convention fiscale belgo-polonaise ne permettait l'imputation de la retenue à la source polonaise sur l'impôt belge que sous réserve de l'application du droit belge. Or, selon la législation belge, une telle imputation n'est autorisée que si les capitaux ayant généré les dividendes concernés sont affectés en Belgique à l'exercice d'une activité professionnelle. Considérant que, en l'occurrence, tel n'était pas le cas, l'administration fiscale belge a refusé l'imputation de la retenue à la source polonaise.

Les requérants ont alors saisi le tribunal de première instance de Liège d'un recours contre cette décision, en faisant valoir que, à la différence de la convention belgo-polonaise, d'autres conventions

fiscales conclues entre la Belgique et certains États tiers (comme les États-Unis) ne prévoyaient pas de renvoi au droit belge et permettaient ainsi d'imputer, de façon inconditionnelle, l'impôt payé dans ces États tiers sur l'impôt belge. Dans ces conditions, la juridiction belge a décidé de surseoir à statuer et a interrogé la CJUE à titre préjudiciel sur la conformité de cette entrave à la libre circulation des capitaux.

Il est intéressant de noter que cette question correspond, en substance, à celle soulevée il y a dix ans déjà par le professeur Gutmann (*D. Gutmann, L'impact des conventions fiscales conclues avec les pays tiers à l'UE sur les conventions fiscales conclues entre États membres* : *BF Lefebvre avr. 2006*, p. 2) : un résident d'un État membre peut-il exiger un traitement fiscal aussi favorable en raison d'un dividende provenant d'un autre État membre que celui qui lui serait consenti en raison d'un dividende provenant d'un État tiers ?

1. Une différence de traitement entre État membre et État tiers peut constituer une restriction à la libre circulation des capitaux

3 – Il est désormais bien établi par la jurisprudence en droit de l'Union que l'article 63 du TFUE interdit les mesures nationales de nature à dissuader les non-résidents de faire des investissements dans un État membre ou à dissuader les résidents d'un État membre d'en faire dans d'autres États (CJUE, 3^e ch., 17 sept. 2015, aff. C-10/14, *Miljoen e.a.*, pt. 44 : *Dr. fisc.* 2015, n° 45, comm. 664, note A. de Waal).

Cette disposition interdit notamment de favoriser les dividendes versés par des sociétés nationales par rapport aux dividendes provenant de sociétés ayant leur siège dans un autre État membre ou dans un État tiers. Toutefois, dans cette affaire, la particularité de l'argumentation des requérants consistait non pas à revendiquer le bénéfice du traitement national pour les dividendes reçus de Pologne – ce qui impliquerait la prévention de la double



imposition juridique – mais à dénoncer l'inégalité de traitement entre des dividendes provenant de différents États étrangers.

En effet, le simple refus d'imputer une retenue à la source sur les dividendes n'est pas, en tant que tel, une restriction à la liberté de circulation des capitaux. Les désavantages découlant de l'exercice parallèle des compétences fiscales de différents États membres, pour autant qu'ils ne soient pas discriminatoires, ne constituent pas des restrictions interdites (CJCE, *gde ch.*, 14 nov. 2006, *aff. C-513/04, Mark Kerkhaert et Bernadette Morres* : *Rec. CJCE 2006, I, p. 10967, pts 19, 20 et 24* ; *Dr. fisc. 2006, n° 48, act. 224* ; *RJF 2/2007, n° 244* ; *BDCF 2/2007, n° 25, concl. L. A. Geelhoed*). La Cour de justice considère ainsi que les doubles impositions ne constituent pas des restrictions aux libertés fondamentales, et qu'en l'absence de droit dérivé de l'Union européenne, les États membres sont libres de les éliminer ou non (CJCE, *1^{re} ch.*, 16 juill. 2009, *aff. C-128/08, M. Damseaux* : *Rec. CJCE 2009, I, p. 6823, pts. 26 à 30* ; *Dr. fisc. 2010, n° 7, comm. 189, note J.-Ch. Gracia* ; *RJF 11/2009, n° 1031*).

En revanche, toute autre est la question de savoir si la Belgique peut, dans le respect de la libre circulation des capitaux, réserver aux actionnaires de sociétés établies dans certains États l'imputation inconditionnelle d'une retenue à la source, mais la refuser aux actionnaires de sociétés établies dans d'autres États.

4 – Comme le souligne l'avocat général Kokott au point 35 de ses conclusions, la Cour a déjà été amenée à examiner la problématique d'une discrimination entre non-résidents.

L'article 63 du TFUE s'oppose, en principe, au traitement différencié de revenus provenant de différents États membres (CJCE, *gde ch.*, 20 mai 2008, *aff. C-194/06, Orange European Smallcap Fund NV* : *Rec. CJUE 2008, I, p. 3747, pt 57* ; *Dr. fisc. 2008, n° 22, act. 169* ; *RJF 10/2008, n° 1148*). En revanche, un traitement différencié des revenus provenant de différents États tiers n'est pas contraire à la libre circulation des capitaux (CJUE, *3^e ch.*, 10 févr. 2011, *aff. C-436/08, Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH et C-437/08, Österreichische Salinen AG*, *pt. 48* : *Rec. CJUE 2011, I, p. 305* ; *Dr. fisc. 2011, n° 7, act. 54* ; *RJF 5/2011, n° 666* ; *FR Lefebvre 16/2011, note D. Gutmann*).

Toutefois, à notre connaissance, la CJUE ne s'était pas encore prononcée sur la différence de traitement entre des dividendes provenant d'un État membre et ceux provenant d'un État tiers. C'est désormais chose faite avec la présente décision. La Cour a ainsi jugé que la conditionnalité d'imputation d'une retenue à la source prélevée par un État membre est susceptible de dissuader les résidents belges de procéder à des investissements dans les États membres avec lesquels la Belgique n'a pas conclu de convention fiscale prévoyant un droit inconditionnel à imputation. Par conséquent, un tel traitement désavantageux constitue une restriction à la libre circulation des capitaux (CJUE, *6^e ch.*, 30 juin 2016, *aff. C-176/15, Guy Riskin et Geneviève Timmermans*, *préc.*, *pt 25*).

5 – Incidemment, on peut s'interroger sur l'hypothèse inverse : un traitement plus favorable accordé dans un État membre aux dividendes provenant (ou à destination) d'un autre État membre, par rapport à ceux provenant (ou à destination) d'un État tiers, pourrait-il constituer une restriction à la libre circulation des capitaux ?

Dans ses conclusions sous la présente affaire, l'avocat général a soutenu que les mouvements de capitaux avec les autres États membres jouissent d'une protection plus importante que les mouvements de capitaux avec les États tiers. En effet, ces derniers ne sont protégés que dans la mesure où ils sont désavantagés par rapport aux mouvements de capitaux nationaux.

Remarquons toutefois que dans les affaires *KBC et Beleggen* du 4 juin 2009 (CJCE, *5^e ch.*, *ord.*, 4 juin 2009, *aff. C-439/07, NV KBC-bank*, *et aff. C-499/07, NV Beleggen, Risicokapitaal, Beheer*, *pt. 72* : *Rec. CJCE 2009, I, p. 4409* ; *Europe 2009, comm. 325, note A.-L. Mos-*

brucker), la Cour de justice avait adopté une position nuancée en estimant qu'en raison du degré d'intégration juridique existant entre les États membres, l'imposition d'activités transfrontalières au sein de l'UE n'est pas toujours comparable à celle d'activités ayant trait à des relations entre États membres et États tiers.

À cet égard, il nous semble que si un avantage fiscal accordé à des situations extra-UE par rapport à des situations intra-UE constitue une entrave prohibée, cela implique nécessairement que ces situations soient potentiellement comparables : par symétrie, l'hypothèse inverse pourrait aboutir au même résultat. En outre, limiter la portée de cette liberté fondamentale à une comparaison avec les seuls mouvements de capitaux nationaux entraverait substantiellement l'effectivité de la protection des mouvements de capitaux avec les États tiers.

2. La confirmation du refus d'un principe fiscal de la nation la plus favorisée

6 – Après avoir constaté une restriction au principe de libre circulation des capitaux, la Cour précise que cette dernière peut être justifiée si elle concerne des situations qui ne sont pas objectivement comparables ou si elle est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général.

Dès lors, tout l'enjeu du débat résidait dans l'analyse de comparabilité entre la situation d'un résident belge ayant investi en Pologne et celle de ce même résident ayant investi dans un État tiers. En l'espèce, la différence de traitement découlait directement de l'application des stipulations conventionnelles. Alors que la convention belgo-polonaise laisse le choix à la Belgique d'imputer la retenue à la source polonaise, la convention fiscale conclue avec l'État tiers prévoit une obligation d'imputer la retenue à la source perçue par cet État tiers.

Reconnaître la comparabilité de ces situations supposait néanmoins d'étendre l'avantage fiscal offert par une convention à un contribuable, bien que celui-ci ne soit pas expressément inclus dans son champ d'application. Autrement dit, cela nécessiterait de reconnaître que les libertés de circulation garantissent au contribuable européen la mise en œuvre d'un principe de la nation la plus favorisée.

7 – Or, à deux reprises, la Cour de justice réunie en formation de grande chambre a refusé de reconnaître l'existence d'un tel principe entre États membres : tout d'abord dans l'arrêt *D* du 5 juillet 2005 (CJCE, *gde ch.*, 5 juill. 2005, *aff. C-376/03, D.* : *Rec. CJCE, 2005, I, p. 5821, concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer*, *pt. 49 et s.* : *Dr. fisc. 2005, n° 29, act. 161* ; *RJF 10/2005, n° 1143* ; *LPA 2005, n° 208, p. 14 (extraits)*, *note Th. Georgopoulos*) ; puis dans l'arrêt *ACT* du 12 décembre 2006 (CJCE, *gde ch.*, 12 déc. 2006, *aff. C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* : *Rec. CJCE 2006, I, p. 11673, concl. L. A. Geelhoed* ; *Dr. fisc. 2006, n° 52, act. 265* ; *RJF 3/2007, n° 376*).

Dans ces deux décisions, la Cour a considéré que des non-résidents établis dans différents États membres pouvaient être traités différemment par l'État membre d'accueil des capitaux lorsque l'avantage fiscal en cause découlait d'une convention fiscale. En effet, un tel avantage, qui ne s'applique qu'aux assujettis résidant dans l'État membre partie à la convention, ne saurait être détaché des autres dispositions de la convention, mais fait partie intégrante de son équilibre général.

La Cour a confirmé sa jurisprudence dans l'affaire *OESF* du 20 mai 2008 (CJCE, *gde ch.*, 20 mai 2008, *aff. C-194/06, Orange European Smallcap Fund NV*, *préc.*, *pt. 51*) à propos d'une restriction à la libre circulation des capitaux par l'État membre d'origine des capitaux.



8 – Malgré l'appel convaincant d'une partie de la doctrine à reconnaître l'existence d'une clause de la nation la plus favorisée (V. récemment, A. Maitrot de la Motte, *Le droit de l'Union européenne et les conventions fiscales internationales : faut-il persister à ne pas reconnaître l'existence d'une clause fiscale de la nation la plus favorisée ?*, note sur CE, 3^e et 8^e ss-sect., 12 mai 2015, n° 366398, *Sté Gist Brocades International BV : JurisData n° 2015-011400 : Dr. fisc. 2015, n° 30, comm. 499, concl. V. Daumas*), la Cour de Luxembourg a une nouvelle fois refusé de faire droit à cette argumentation.

Précisant, tout d'abord, que le champ d'application d'une convention autorisant une imputation inconditionnelle est circonscrit aux résidents belges percevant des dividendes provenant de l'État tiers partie à ladite convention, les juges de l'Union soulignent que cet avantage ne saurait être analysé comme détachable du reste de la convention étant donné qu'il fait partie intégrante des règles conventionnelles et contribue à l'équilibre général des relations réciproques entre les deux États contractants de ladite convention (CJUE, 6^e ch., 30 juin 2016, aff. C-176/15, *Guy Riskin et Geneviève Timmermans, préc.*, pt 33).

Les résidents belges ne se trouvent donc pas dans une situation objectivement comparable au regard de l'État de source des dividendes reçus, en fonction des stipulations qui régissent la convention fiscale qui leur est applicable. Partant, sans que l'obligation de coopération loyale prévue par l'article 4 du TUE ne fasse obstacle à cette conclusion, la restriction à la libre circulation des capitaux relevée précédemment est justifiée.

9 – Tout espoir de voir reconnaître une clause fiscale de la nation la plus favorisée est-il donc perdu ? Peut-être pas si l'on en considère une version « restreinte ».

Dans la décision OESF, la Cour avait précisé que l'effet « écran » des conventions fiscales sur la comparabilité de deux situations transfrontalières ne s'appliquait que lorsque la différence de traitement résultait de l'application automatique des dites conventions et non de la décision unilatérale de l'État membre.

De même, dans ses conclusions sous la présente affaire, l'avocat général Kokott prend le soin de souligner que : « si, dans un cas tel que celui de la présente espèce, les deux conventions préventives de double imposition pertinentes laissent le choix au Royaume de Belgique d'imputer la retenue à la source étrangère sur l'impôt belge, une imputation différenciée – sous réserve d'une autre justification – serait contraire à la libre circulation des capitaux ». Ce n'est que parce que la différence des modalités d'imputation résulte de l'application directe des conventions fiscales que la restriction à la libre circulation des capitaux est justifiée.

Ainsi, en suivant ce raisonnement, dans l'hypothèse où une discrimination résulterait de la seule application du droit interne, il nous semble possible de soutenir que la comparaison entre situations transfrontalières redeviendrait possible et que les libertés de circulation protégées par le TFUE trouveraient à s'appliquer pleinement.