

# EUROPEAN LAW ON DIRECT TAXATION

JACQUES MALHERBE

PROFESSOR EMERITUS OF THE CATHOLIC UNIVERSITY OF LOUVAIN

AVOCAT (SIMONT BRAUN, BRUSSELS)



# European law on direct taxation<sup>1</sup>

Jacques Malherbe  
Professor emeritus of the Catholic University of Louvain  
Avocat (Simont Braun, Brussels)

## Part I. Introduction

### Chapter I. Host State and Origin State

1. States raise taxes in order to fund their budget. Taxation is thus directly linked to the exercise of sovereignty. Since the early 20th century, (direct) income taxation has become an important component of the total State revenue.
2. Income taxation first bears on the income of **individuals**. It also bears on the income of **incorporated entities**, the income of which on the one hand may find its substance in dividends distributed by subsidiaries which have paid income tax and on the other hand is eventually distributed to individuals. Taxation of the same economic income at the level of the subsidiary, of the parent and of the individual shareholder gives rise to the problem of “**economic double taxation**”.
3. States traditionally affirm their jurisdiction to tax on the basis of criteria involving a nexus (link) with the income. This link may exist either with the beneficiary of the income, who is e.g. a **resident** of the State, or with the income itself, which finds e.g. its **source** in the State. The result of the interaction between the two types of criteria and of varying definitions of each of them is that the same income may be taxed in two or more States, giving rise to the problem of “**international double taxation**”. As to corporate taxation, the two types of double taxation interact and reinforce one another when the subsidiary, the parent and the individual shareholder are located in different States, each of which may indeed be less prone to solve a problem which concerns a foreign taxpayer.
4. Relief for international double taxation can be granted either by unilateral measures, pursuant to which a State agrees to withdraw its tax claim, or by international **double taxation conventions** (hereafter DTCs). Two main methods are proposed in order to avoid double taxation: the **exemption** method and the imputation or **tax credit** method. According to the OECD Commentary, “*under the principle of exemption, the State of residence R does not tax the income which according to the Convention may be taxed in the State E (the State where a permanent establishment is situated) or S (the State of source or situs)*”. With the ordinary “imputation” or “credit” method, “*the State of*

---

<sup>1</sup> First and second parts in English, third part in French.

*residence allows, as a deduction from its own tax on the income of its resident, an amount equal to the tax paid in the other State E (or S) but the deduction is restricted to the appropriate proportion of its own tax*".<sup>2</sup> It must be noted that those methods serve not only to relieve juridical double taxation, but also to alleviate or eliminate economic double taxation, be it at a domestic or at an international level.

**5.** Which of these methods – exemption or imputation – leads to the optimal use of economic factors? According to some economists, the best allocation is reached by imposing worldwide taxation combined with an imputation system. This combination ensures “**capital export neutrality**”, meaning that wherever the taxpayer invests, he will pay the same amount of tax in his State of residence. In contrast, “**capital import neutrality**” implies taxation only in the State of source, leading to territoriality, that is to say to different tax burdens depending on the source country. Capital import neutrality allows foreign investors to compete in the State of source on an equal footing with local investors. From this perspective, capital import or export neutrality is appreciated from the point of view of the State of residence. Most tax systems use a hybrid structure of capital export and capital import neutrality rules. However, a great variety of regimes can be observed, reflecting the diversity of the international tax policies pursued by States.<sup>3</sup>

**6.** Within the EU, most of the tax treaties concluded by the Member States follow the **OECD Model Convention**.<sup>4</sup> This Model Convention includes first general provisions as to applicability and general definitions of treaty terms, which are followed by so-called “distributive rules” defined in Articles 6 to 22 of the Model Convention providing for allocation of taxing powers between the Contracting Parties. The Model Convention also contains provisions as to exchange of information and arbitration procedures.

Since income taxation can be regarded as a cost linked to the production of income, it influences economic choices. The obvious result of international double taxation is to discourage cross-border economic activity, hereby directly hindering the achievement of the Internal market (Article 26 TFEU - Article 14 EC).

## **Chapter II. The role of the Court of Justice of the European Union in matters of direct taxation : Discriminations and Restrictions**

---

<sup>2</sup> OECD Model Convention (2013), Commentary, 23/13 A & B and 23/57 A & B.

<sup>3</sup> The exemption and imputation methods can both be applied on an “overall” and on a “per country” basis. With a “per country” limitation, an excess tax credit in relation to one State cannot be offset against tax credits remaining unused in relation to other States. The “overall” limitation allows the credit to be calculated on the global amount of income earned abroad.

<sup>4</sup> The OECD MC governs relations between developed countries. The UN Model Convention has been developed in order to cover the specific needs for tax treaties between developed and developing countries based on the statement that the OECD Model was less suitable for capital importing or developing countries. The general pattern of the articles follows the one of the OECD Model (Introduction. to the OECD MC Commentary, at 14). However, the UN Model globally grants more taxation rights to the source State (Introduction to the UN MC Comm. at 3).

**7.** As regards direct taxation, the Court of Justice becomes involved following either an infringement procedure initiated by the Commission<sup>5</sup> (and possibly by a Member State – Article 259 TFEU ((Art. 227 EC)) or the request of a national jurisdiction for a preliminary ruling concerning the interpretation of EU law. Contrary to infringement procedures, where the Court may declare national rules to be incompatible with EU law, preliminary rulings admit merely indirect control of national legislation. In fact, in a preliminary decision, the Court interprets Community law to the extent it may affect the specific legal provisions at stake in particular proceedings before a national judge.

On the basis of Article 10 EC – now, repealed TFEU -, Member States are obliged to accept all the consequences of the Court's rulings and to implement them in their national law, in accordance with general principles forming part of the Community's legal order, such as **effectiveness, equivalence and legal certainty**.<sup>6</sup> According to the Court, when a national tax measure is found to infringe European law, taxpayers may obtain a refund of unduly paid taxes<sup>7</sup> by claiming it before national jurisdictions according to the national procedural rules, which can lead to serious financial repercussions for the budget of a Member State.<sup>8</sup>

**8.** The role of the Court is not limited to the strict application and interpretation of the Treaty and of secondary legislation. The Court has also developed an array of general legal principles which are relevant in the area of taxation. An eloquent example can be found in the principles of **protection of the taxpayers' legitimate expectations** or of legal certainty. Although this principle is not written in the Treaty or in any tax directive, it is part of Community law, and it can protect taxpayers against, for example, retroactive tax laws, at least in harmonised areas.<sup>9</sup> Another important principle in the area of taxation is the principle of **proportionality**, according to which national measures restricting the individual freedoms cannot exceed what is necessary to attain their legitimate objectives.<sup>10</sup>

Directives leave to Member States the choice of form and means for implementation. That principle will often be used by the Court of Justice to decide whether national

---

<sup>5</sup> Lyal, R., *Compatibility of National Tax Measures with EU Law : The Role of The European Commission in Tax Litigation before the European Court of Justice*, EC Tax Review, 2015, p. 15.

<sup>6</sup> See for example ECJ, 3 December 1998, Case C-381/97, *Belgocodex v Belgian State*, ECR I-8153. See Lang, M. (ed.), *Procedural Rules in Tax Law in the Context of European Union and Domestic Law*, Wolters Kluwer, 2010, 752 p.; Douma, "Doorwerking van rechtspraak van het HvJ EG in de nationale rechtsorde", *WFR*, 2008, p. 1175.

<sup>7</sup> See a.o. ECJ, 2 October 2003, Case C-147/01, *Weber's Wine World*, ECR I-11365; 14 January 1997, joined Cases C-192/95 to C-218/95, *Comateb*, ECR p. I-165.

<sup>8</sup> On the effects in time of the ECJ judgements in tax matters, see the Opinions of AGs Jacobs and Stix-Hackl in Case C-475/03 *Banca Popolare di Cremona* ECR I-9373 and in Case C-292/04, *Meilicke*, ECR I-1835, and Lang, M., "Limitation of the temporal effects of judgments of the ECJ", *Intertax*, 2007, p. 230.

<sup>9</sup> ECJ, *Belgocodex* (fn. 40); 26 April 2005, Case C-376/02, *Stichting "Goed Wonen" v Staatssecretaris van Financiën*, ECR I-03445.

<sup>10</sup> This principle has to be distinguished from the principle laid down at Article 5 TEU (Art. 5 EC Treaty)), governing the attribution of powers to the EC. See Protocol (no 30) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality (1997).

measures impeding the basic freedoms can be justified : those measures cannot be accepted if other measures would be less detrimental to the objectives of the Treaty.<sup>11</sup>

In tax matters, the Court has made applications of this principle in order to limit the scope of national anti-abuse provisions.<sup>12</sup>

**9.** Some cases concern the application and interpretation of the direct tax Directives. Concerning the Parent Subsidiary-Directive, the Court of Justice has for example clarified the notions of “exemption” (*Cobelfret*<sup>13</sup>), of “withholding tax” (*Epson Europe*,<sup>14</sup> *Athinaiki Zythopoiia*,<sup>15</sup> *Océ van der Grinten*<sup>16</sup>), of “ownership of the shareholding” (*Vergers du Vieux Tauves*<sup>17</sup>), of “listed companies” (*Gaz de France*<sup>18</sup>) and of “holding period” (*Denkavit and others*<sup>19</sup>) under the Directive. Concerning the Merger Directive, the Court has contributed a.o. to the definition of the operations which fall within its scope of application (*Andersen og Jensen*,<sup>20</sup> *Leur-Bloem*,<sup>21</sup> *Kofoed*<sup>22</sup>) and of “anti-abuse” clause (*Zwijnenburg*<sup>23</sup>).

**10.** However, the overwhelming majority of the cases decided by the Court of Justice deal with the compatibility of direct tax provisions of the Member States with the EU/TFEU Treaty freedoms, in particular the free movement of persons, the free provision of services and the free movement of capital.<sup>24</sup>

The **free movement of persons** and the **freedom of establishment** covers the right of employees to take up residence for work purposes (Article 45 TFEU (Art. 39 EC)) and the right of undertakings (i.e. companies) and self-employed people to set themselves up or to open branches, subsidiaries or agencies in other Member States (Articles 49 to 54 TFEU (Art. 43 to 48 EC)). As regards shareholders, the Court has held that the situation must be appreciated from the perspective of the freedom of establishment when the “*holding gives [the shareholders] definite influence over the company’s decisions and allows them to determine its activities.*”<sup>25</sup>

---

<sup>11</sup> See Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 2006, p. 139.

<sup>12</sup> See e.g. ECJ, 13 March 2007, Case C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, ECR I-2107, para. 83.

<sup>13</sup> ECJ, 12 February 2009, Case C-138/07, *Belgische Staat v Cobelfret N.V.*, ECR I-731.

<sup>14</sup> ECJ, 8 June 2000, Case C-375/98, *Epson Europe*, ECR I-4245.

<sup>15</sup> ECJ, 4 October 2001, Case C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia v Elliniko Dimosio*, ECR I-6797.

<sup>16</sup> ECJ, 25 September 2003, Case C-58/01, *Océ van der Grinten v Revenue Commissioners*, ECR I-9809.

<sup>17</sup> ECJ, 22 December 2008, Case C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*, ECR I-10627.

<sup>18</sup> ECJ, 1st October 2009, Case C-247/08, *Gaz de France-Berliner Investissement SA. v Bundeszentralamt für Steuern*, ECR I-9225.

<sup>19</sup> ECJ, 17 October 1996, Cases C-283/94, C-291/94 and C-292/94, *Denkavit International v Bundesamt für Finanzen*, ECR I-5063.

<sup>20</sup> ECJ, 15 January 2002, Case C-43/00, *Andersen og Jensen v Skatteministeriet*, ECR I-379.

<sup>21</sup> ECJ, 17 July 1997, Case C-28/95, *Leur-Bloem v Inspecteur der Belastingdienst*, ECR I-2471.

<sup>22</sup> ECJ, 5 July 2007, Case C-321/05, *Kofoed v Skatteministeriet*, ECR I-5795.

<sup>23</sup> ECJ, 20 May 2010, Case C-352/08, *Zwijnenburg*.

<sup>24</sup> The free movement of goods has rarely been invoked in respect of direct taxation matters. See ECJ, 7 May 1985, Case 18/84, *Commission v France*, ECR 1339 and ECJ, 7 March 1990, Case C-69/88, *Krantz v Ontvanger der directe belastingen*, ECR I-583.

<sup>25</sup> ECJ, 21 November 2002, Case C-436/00, *X and Y v Riksskatteverket*, ECR I-10829, para. 37; ECJ 13 April 2000, Case C-251/98, *Baars*, ECR I-2787, paras 22 and 28- to 31.

In contrast to the right of establishment, which addresses permanent establishments, the **free movement of services** encompasses temporary economic activity carried out in another Member State. Article 56 TFEU (Art. 49 EC) not only assures the provider of a service the right to enter the market of another Member State and to be treated there in the same way as a domestic service provider, but it also protects the recipient of that service.

**11.** The **free movement of capital** prohibits obstacles to cross-border investments such as direct investments, portfolio investments, or the acquisition and sale of immovable property. It applies in situations where a person neither pursues an economic activity nor has a permanent presence in the State in which the tax measure under challenge has been enacted,<sup>26</sup> or where a shareholder has an “*insufficient level of participation*” in a company in order to benefit from Article 43 EC (now Article 49 TFEU).<sup>27</sup>

In ascertaining which freedom is to be applied, the Court states that “*the purpose of the legislation concerned must be taken into consideration*”.<sup>28</sup> The distinction between the free movement of capital and the other freedoms is of particular importance with regard to non-EU States, since the free movement of capital extends to such third States,<sup>29</sup> whereas the exercise of other freedoms is restricted to Community borders.

## **Part II. Analysis of the case-law of the Court and of its implementation by the Member States**

**12.** In the field of direct taxation, the Court of Justice is faced primarily with questions referred to it for a preliminary ruling. The Court provides to the national judges answers enabling them to decide the case pending before them. Furthermore, the number of infringement procedures launched by the Commission against Member States potentially not complying with EU law that comes before the Court is growing.

**13.** Member States have the obligation under the Treaty to respect the Court’s decisions, be it preliminary rulings or decisions in infringement procedures. **Therefore, national jurisdictions must apply Community law as interpreted by the Court and Member States have to adapt their domestic rules** accordingly. While they are free as to the means, they must respect efficient implementation. Court’s decisions are part of the “*acquis*” to be implemented by candidate countries before their accession.

**14.** However, the Court’s rulings give rise to interpretation. In this context, it is not surprising that implementation of the Court’s rulings varies amongst Member States, even at the level of domestic jurisdictions. A great difference exists between Member States as to the number of cases in which their legislation has been scrutinised by the Court. Before 2010, very few or no cases had been decided involving the direct tax system of Member States like Ireland or Italy (outside State aid), while the tax legislations

---

<sup>26</sup> See, e.g. ECJ, 11 October 2007, Case C-451/05, *ELISA v Directeur général des impôts*.

<sup>27</sup> *X and Y*, para. 67. ECR I-10829.

<sup>28</sup> For instance, see ECJ, 24 May 2007, Case C-157/05, *Holböck*, ECR I-4051, para. 22.

<sup>29</sup> Nevertheless, Article 64 TFEU (Art. 57 EC) provides for a standstill clause regarding relations with third countries and allows the continued application of restrictive measures that existed already on 31 December 1993.

of the Netherlands, Germany, the United Kingdom and even Finland are regularly challenged before the ECJ. Moreover, different attitudes can be observed as to the efforts made by Member States to adapt their tax legislation to the EC requirements. Regarding the new Member States, it is difficult to appreciate in which measure the gaps noticed in the integration of the “*acquis*” stem from difficulties of interpretation of the case law of the Court.<sup>30</sup>

**15.** It seems that there is no direct link between the number of cases referred to the ECJ and the legislative changes made by Member States to adapt their direct tax system to the EU requirements. For example, very few direct tax cases involve Austria, while that Member State has undertaken numerous reforms in order to comply with the EC/EU freedoms as interpreted by the ECJ in judgments regarding other countries. The same diligence can be observed in Finland, a country whose legislation is often the object of ECJ rulings. On the other hand, despite the lack of ECJ direct tax decisions concerning Italy, the Italian direct tax system seemingly presents features that could hinder the effectiveness of the EU freedoms.

**16.** This outline aims at providing an analysis of the Court’s decisions in the field of direct taxation. In addition, it gives an overview of the implementation of the Court’s rulings in the Member States in grey shaded boxes. The case-law has been subdivided according to the types of taxpayers involved, e.g. individuals, companies and shareholders. A special section is dedicated to the question of “costs related to the economic activity of the taxpayer” which deals with both individuals and companies.

## **Chapter I. Taxation of individuals**

**17.** Regarding the application of EU freedoms, the issues addressed in the area of personal taxation cover a very wide range of situations. In the income tax systems of the Member States, individuals are treated not only as economic operators but also as persons enjoying certain rights and benefits in relation to their individual or social needs, whether or not these are connected to their economic activity. For example, most Member States grant tax advantages to married persons, or allow tax deductions for contributions to pension schemes. Throughout the years, the Court of Justice has developed a case-law which, starting from the application of the economic freedoms, has progressively widened its scope to a much broader recognition of European citizenship in tax matters, based on Articles 18 and 21 TFEU (Art. 12 and 18 EC, introduced by the Maastricht Treaty.)<sup>31</sup>

### **Section I. Transfer of residence**

**18.** According to the Court's settled case-law, “*provisions which prevent or deter a national of a Member State from leaving his State of Origin to exercise his right to*

---

<sup>30</sup> As an example, some new Member States apply tax incentives that are likely to contravene State aid provisions (see Devereux, M., “Taxes in the EU New Member States and the Location of Capital and Profit”, 2006, University of Warwick, IFS and CEPR, 2006, p. 9)).

<sup>31</sup> ECJ, 11 July 2002, Case C-224/98, *D'Hoop v Office national de l'emploi*, ECR I-6191.

*freedom of movement constitute an obstacle to that freedom ...*".<sup>32</sup> The Court dealt with such a provision in an early case on direct taxation of individuals (*Biehl*<sup>33</sup>). The case concerned a Luxembourg tax provision that excluded the possibility of a refund of an excess of income taxes withheld in a case where the employee had transferred his residence from Luxembourg to another Member State in the course of the year. The Court held such provision incompatible with the free movement of workers under Article 39 EC (Article 45 TFEU): "*the principle of equal treatment with regard to remuneration would be rendered ineffective if it could be undermined by discriminatory national provisions on income tax ...*".<sup>34</sup>

Luxembourg did not comply with the ruling. Hence, the Commission launched an infringement procedure, in which the Court decided that the relevant provisions were in breach of EC law (*Biehl II*).<sup>35</sup>

The Court has dealt in more recent cases with national tax or social security provisions which hinder an individual's **ability to transfer his residence from one Member State to another**.<sup>36</sup> For example, the application of exit taxes on unrealised capital gains on shares owned by individuals transferring their residence to another Member State or of taxes on persons immigrating to another Member State after their retirement often leads to situations of double taxation.<sup>37</sup>

**19.** However, "*the EC Treaty offers no guarantee to a citizen of the Union that transferring his activities to a Member State other than the one in which he previously resided will be neutral as regards taxation*".<sup>38</sup> The Treaty indeed prohibits only **direct or indirect discrimination or unjustified obstacles** to the exercise of the EC freedoms, whether by the country of origin or by the country of settlement.<sup>39</sup> It does not address disadvantages which arise out of mere disparities between the tax systems of the Member States, like the transfer of residence from a Member State which applies progressive taxation on income to another Member State which applies a similar system with higher brackets.

<sup>32</sup> ECJ, 12 December 2002, Case C-385/00, *de Groot v Staatssecretaris van Financiën*, ECR I-1181, para. 79; ECJ, 13 November 2003, Case C-209/01, *Schilling v Finanzamt Nürnberg-Süd*, ECR I-13389, para. 25. This principle is also applied outside the field of taxation: ECJ, 2 October 2003, Case C-232/01, *Criminal proceedings against Van Lent*, ECR I-11525, para. 16.

<sup>33</sup> ECJ, 8 May 1990, Case 175/88, *Biehl v Administration des contributions du Luxembourg*, ECR I-273.

<sup>34</sup> *Biehl*, para. 12.

<sup>35</sup> ECJ, 26 October 1995, Case 151/94, *Commission v Luxembourg (Biehl II)*, ECR I-3685.

<sup>36</sup> In the area of social security, the ECJ considered to a transfer of residency the double payment of social security contributions to be deterrent (ECJ, 26 January 1999, Case C-18/95, *Terhoeve*, ECR I-345, para. 42) and the obligation to reimburse a savings-pension bonus on termination of full liability to taxation (ECJ, 10 September 2009, Case C-269/07, *Commission v. Germany*).

<sup>37</sup> On the taxation of pensions, see *infra*. On the taxation of capital gains, see *infra*.

<sup>38</sup> ECJ, 12 July 2005, Case C-403/03, *Schempp v Finanzamt München*, ECR I-6421, para. 45. The Court has issued the same statement in cases involving indirect taxation, for example, ECJ, 29 April 2004, Case C-387/01, *Weigell v Finanzlandesdirektion für Vorarlberg*, ECR I-4981, para. 55 (on Article 39 EC/45 TFEU) and also in cases concerning social security regulations, e.g. 19 March 2002, Cases C-393/99 and C-394/99, *INASTI v Hervein and Hervillier and Lorthois and Comtexbel*, ECR I-2829, para. 51 (on Article 43 EC/49 TFEU).

<sup>39</sup> For an example of indirect discrimination by the country of settlement, see ECJ, 23 April 2009, Case C-544/07, *Rüffler*, no. 44.

*A fortiori*, the Treaty, and in particular Article 21 TFEU (Art. 18 EC), does not as a rule protect taxpayers against the negative tax consequences of a relative's transfer of residence. In **Schempp**, the transfer of residence from Germany to Austria of the taxpayer's ex-wife gave rise to the consequence that he could no longer deduct from his income the maintenance allowance which he paid to her. The Court held that there was no breach of Article 18 EC (now Article 21 TFEU), since the wife had moved to a Member State in which income derived from maintenance payments was not taxable, while in Germany the deductibility of such payments from the income of the payer was balanced by the taxation of such income in the hands of the beneficiary.<sup>40</sup>

Finally, in relation to a transfer of residence from a Member State to a third country, the Court has stated, in **Van Hilten-Van der Heijden**, that "*the mere transfer of residence from one State to another*" does not fall within the scope of free movement of capital (Article 56 EC – now Article 63 TFEU),<sup>41</sup> the only freedom applicable to third countries.

Income from cross-border economic activity (employed or self-employed)

**20.** The core of the Court's case-law in the area of cross-border economic activity concerns discrimination by Member States towards non-resident workers, whether employed or self-employed, and irrespective of the fact that they were previously resident in this Member State. For employed workers, such situations are not only generally covered by Article 45 TFEU (Art. 39 EC), but are also explicitly mentioned in Article 7 of Regulation 1612/68, which states that **non-resident workers "shall enjoy the same ... tax advantages as national workers"**.<sup>42</sup>

According to the Court, those provisions do not impede the application by Member States of different tax rules or tax systems to resident and non-resident natural persons, since these two categories of persons are **generally not comparable**.<sup>43</sup> However, depending on the circumstances of the case, the Court may consider that a specific tax burden imposed only on non-residents, or the denial by a Member State to non-residents of a tax advantage available to residents, constitutes a discrimination if "*there is no objective difference between the situations of the two such as to justify different treatment in that regard*".<sup>44</sup>

As regards the second situation (the denial of a tax advantage to non-residents), a distinction can be drawn, for the sake of clarity, between national measures denying to

---

<sup>40</sup> *Schempp*, para. 46. This case has been the object of criticism by authoritative European academics. See among others Lang, M., 'Das EuGH-Urteil in der Rechtssache Schempp - Wächst der steuerpolitische Spielraum der Mitgliedstaaten?', *SWI*, 2005, p. 411.

<sup>41</sup> ECJ, 23 February 2006, Case C-513/03, *Van Hilten-Van der Heijden*, ECR I-1957 para. 49. See also Opinion AG Léger in this case, para. 58.

<sup>42</sup> Council Regulation 1612/68 of 15 October 1968 on the freedom of movement for workers within the Community, OJ, English Special Edition 1968 (II), p. 475.

<sup>43</sup> According to the Court "*there are objective differences between them, both from the point of view of the source of the income and from the point of view of their ability to pay tax or the possibility of taking account of their personal and family circumstances*" (ECJ, *Schumacker*, paras. 31-34; 11 August 1995, Case C-80/94, *Wielockx v Inspecteur der Directe Belastingen*, ECR I-2493, para. 18; ECJ 27 June 1996, Case C-107/94 *Asscher*, ECR I-3089 para. 41). In *Asscher*, however, the ECJ ruled that Member States could not apply a higher tax rate to non-residents without proper justification (*Asscher*, para. 49; see also ECJ, 12 June 2003, Case C-55/98, *Gerritse v Finanzamt Neukölln-Nord*, ECR I-5933, para. 54).

<sup>44</sup> *Schumacker*, paras 36-38, and *Asscher*, para. 42.

non-residents advantages conditional upon their personal and family situation, and national measures denying the deduction of costs and expenses in relation to an economic activity undertaken by non-residents; this latter point is dealt with in a special section hereafter, as it also is of interest for companies.

## **Section 2. Tax advantages related to the personal and family situation**

**21.** The leading case in respect of personal and family situation is *Schumacker*<sup>45</sup> which concerns a Belgian resident employed in Germany. Because of his non-resident status, Mr. Schumacker was denied in Germany the “splitting regime”, an income tax regime allowing couples to benefit from a lower progression, and the procedural advantage of an overall tax assessment at the end of the year, as both advantages were only granted to German residents. Such legislation was considered to be contrary to Article 45 TFEU (Art. 39 EC).

The *Schumacker* doctrine can be summarised as follows:

- The Court accepts the general principle of international tax law, embodied in the OECD Model convention, according to which personal and family circumstances have to be taken into account in the State of residence applying **worldwide taxation**.<sup>46</sup>
- **Exceptions** to this principle must be made when the non-resident taxpayer undertakes **significant economic activity** in the Member State. In this case, he is deemed to be in a situation comparable to that of the taxpayers resident of that State if he derives his income entirely or almost exclusively from the economic activity which he performs in that State.<sup>47</sup>

Interestingly, the 1995 Court judgment followed the **Commission’s unsuccessful attempts** to harmonise the income tax systems of the Member States in this respect, first through the 1979 Commission proposal for a directive concerning the harmonisation of income taxation provisions with respect to freedom of movement for workers within the Community, which was withdrawn in 1993, and then through “soft law”, with the Commission Recommendation 94/79/EC of 21 December 1993 on the taxation of certain items of income received by non-residents in a Member State other than that in which they are resident.<sup>48</sup>

**22.** The Court refined its position in *Gschwind*. It considered the German legislation, as amended after *Schumacker*, to pose no further problems of compatibility with EC law.<sup>49</sup> German law extended the treatment given to residents to non-resident couples earning at least 90% of their taxable income in Germany or alternatively earning less

<sup>45</sup> ECJ, 14 February 1995, Case C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v Schumacker*, ECR I-225.

<sup>46</sup> See also ECJ, 14 September 1999, Case C-391/97, *Gschwind v Finanzamt Aachen-Außenstadt*, ECR I-5451, para. 23; *Gerritse*, para. 44; ECJ 6 July 2006, Case C-346/04, *Conijn v Finanzamt Hamburg-Nord*, ECR I-6137, para.17.

<sup>47</sup> *De Groot* para. 89. However, according to the Court the application of criteria adopted in double taxation conventions between Member States could justify, in some circumstances, differences in treatment between resident and non-resident taxpayers. See, concerning frontier workers, ECJ, 12 May 1998, Case C-336/96, *Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, ECR I-2793.

<sup>48</sup> OJ L 039, 10.02.1994, pp. 22-28.

<sup>49</sup> *Gschwind*, para. 6:

than DM 24,000 outside Germany.<sup>50</sup> This doctrine has been applied in other cases involving joint taxation of married couples. In **Zurstrassen**, the Court declared the denial of the lower tax scale applicable in joint assessments resulting from the fact that the spouses resided in two different Member States to be incompatible with Article 45 TFEU (Art. 39 EC).<sup>51</sup> In **Meindl**, the Court held that, in order to calculate the 90% fraction being the minimum to be earned in the State, the State of activity could not take into consideration income of one of the spouses (*in casu* maternity allowances) which was not considered taxable by the Member State of such spouse's residence.<sup>52</sup>

**23.** In **Kieback**<sup>53</sup>, the Court found that a deduction for mortgage interest connected to the ownership of his residence abroad could be denied when an individual had worked in the country during part of the year only, because he had obtained the largest part of his income in his new country of residence.

**24.** In **Schulz**, a French civil servant, was teaching in Germany, married to a German resident and assessed jointly with him. The couple was exempt on the income paid by the French government which was taxable in France only, as provided by the French-Germany treaty.

Expatriation allowances geared at compensating the higher cost of living in Germany were tax exempt in France. However, the whole salary of Mrs Schulz, including those allowances, was taken into account to determine the tax rate applicable to the couple in Germany. When a German taxpayer works abroad and receives an expatriation allowance, this allowance is not taken into account to determine the progressive rate applicable to other income in Germany.

The Court found no violation of the freedom of movement of workers in the Schulz taxation : as the expatriation allowances aim at compensating a difference in the cost of living, the comparison must be made in the country where the taxpayer lives. The ability to pay of Mrs Schulz was enhanced by her allowance, whereas the ability to pay in Germany of an expatriated German taxpayer is not improved by his expatriation allowance<sup>54</sup>.

**25.** More generally, as a result of the Court's case-law, Member States can no longer apply to non-residents a tax system differing from the system which applies to residents, such as a withholding tax based on gross earned income, denying any allowance or deduction which exists for resident taxpayers and which is linked to their personal circumstances, provided that such non-residents are in the same situation as residents. This principle has been applied by the Court in **Wallentin** to Sweden's refusal to grant

---

<sup>50</sup> *Gschwind*, para. 32. Commission Recommendation 94/79/EC (see above) referred to a 75% threshold.

<sup>51</sup> ECJ, 16 May 2000, Case C-87/99, *Zurstrassen*, ECR I-3339, at 3353.

<sup>52</sup> ECJ, 25 January 2007, Case C-329/05, *Finanzamt Dinslaken v Meindl*, ECR I-1107. See also ECJ, 1 July 2004, Case C-169/03, *Wallentin v Riksskatteverket*, ECR I-6443, para. 18.

<sup>53</sup> ECJ, 18 June 2015, Case C-9/14, *Staatssecretaris van Financiën v Kieback* ; contra, B. Peeters, *Kieback, When Schumacker Emigrates ...*, EC Tax Review, 2016, p. 58.

<sup>54</sup> ECJ, 15 September 2011, Case C-240/10, *Schulz-Delzers, Schulz v Finanzamt Stuttgart III*.

the basic allowance (minimum taxable income) to a German student without taxable income in Germany, whose only taxable income had been earned in Sweden.<sup>55</sup>

**26.** In **Gielen**, the Court further added that a tax measure preventing non-residents from benefiting of from a tax advantage (in this case a deduction for self-employed persons conditioned on a minimum amount of working hours per year in the Netherlands) could not be justified by the right given to such non-residents to opt for the regime applicable to resident taxable persons, avoiding thus this discriminatory treatment.<sup>56</sup>

**27.** In Sweden, non-residents may elect between two tax regimes : taxation as residents, with a right to all deductions ; taxation at source at a lower rate, but on gross income. In **Hirwonon**,<sup>57</sup> the taxpayer having retired in Finland and receiving a Swedish pension, taxable in Sweden, had opted for taxation at source, but wanted nevertheless to be granted the deduction for interest paid on a housing loan available to Swedish residents.

The Court found that, contrarily to the situation in *Gielen*, as the taxation at source was more favourable than the ordinary taxation regime, the refusal to grant the deduction did not constitute discrimination.

In **Kohll**, the Court held that Luxembourg could not deny a tax credit for pensions to a resident receiving pensions from the Netherlands by providing that the credit would be granted only to those pensioners exhibiting a certificate of tax withholding of taxes on their pensions<sup>58</sup>.

**28.** However, the EC freedoms do not oblige Member States to grant these benefits to non-residents in all circumstances. For example, insofar as the basic allowance is concerned, objective differences between residents and non-residents, such as whether the person in question is affiliated to the national social security system (**Blanckaert**)<sup>59</sup> or benefits from a comparable advantage in the State of residence (**De Groot** and **Gerritse**),<sup>60</sup> could justify a difference in treatment. However, the State of residence is not allowed to reduce personal and family advantages in proportion to the income earned by its residents abroad (**De Groot**).<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> On the legitimate refusal by Member States to grant a basic allowance to non-residents, see also *Gerritse*, paras. 51-54 and ECJ, 5 July 2005, Case C-376/03, *D. v Inspecteur van de Belastingdienst*, ECR I-5821, para. 36.

<sup>56</sup> ECJ, 18 March 2010, Case C-440/08, *Gielen*.

<sup>57</sup> ECJ, 19 November 2015, Case C-632/13, *Skatteverket v Hilikka Hirwonon*.

<sup>58</sup> ECJ, 26 May 2016, Case C-300/15, *Kohll and Kohll-Schlesser v Directeur de l'administration des contributions directes*.

<sup>59</sup> ECJ, 8 September 2005, Case C-512/03, *Blanckaert v Inspecteur van de Belastingdienst*, ECR I-7685. This case was decided on the ground of the free movement of capital, because Mr Blanckaert, a Belgian resident, had no income from employed or self-employed activity in the Netherlands, but only income from savings and investments.

<sup>60</sup> *De Groot*, para. 100; *Gerritse*, para. 51.

<sup>61</sup> See the comments of Essers, P., and Elswieier, F., 'Dutch experience with European developments: a story of Dr. Jekyll and Mr. Hyde', *EC Tax Rev.*, 2003, p. 82.

### **Section 3. Deduction of costs related to the economic activity of the taxpayer**

#### **§ 1. Business expenses**

**29.** Income from activity performed by non-residents cannot be taxed more heavily than income earned by residents, as regards **costs and expenses which are directly linked to the economic activity** that generated the taxable income.

In **Gerritse**, German legislation which excluded almost entirely the deduction of business expenses from the taxable gross income earned in Germany by non-residents, while permitting this deduction to residents, was found to be incompatible with Article 49 EC (Article 56 TFEU).<sup>62</sup> Moreover, in **Scorpio**<sup>63</sup> the Court considered that a legislation which allowed the deduction of such expenses for non-residents, but only after the payment of income tax, through a refund procedure which had to be initiated by the taxpayer himself, was also contrary to EC law. According to the Court, *“in that commencing such a procedure involves additional administrative and economic burdens, and to the extent that the procedure is inevitably necessary for the provider of services, the tax legislation in question constitutes an obstacle to the freedom to provide services ...”*.<sup>64</sup> The Court issued a similar ruling in relation to the freedom of establishment in **Conijn**, a case which concerned the deduction of costs incurred in obtaining tax advice, which was only granted to residents under German legislation.<sup>65</sup>

**30.** Discrimination in respect of income or expenses related to economic activity in other Member States may also be rooted in **the legislation of a worker's State of residence**. Article 56 TFEU (Art. 49 EC) implies that Member States must allow the deduction of costs and expenses incurred in another Member State in the same manner as they allow deductions of business expenses incurred on their territory. In **Vestergaard**,<sup>66</sup> a Danish certified auditor, employed by a company of which he was the sole shareholder, was denied the deduction of the expenses incurred while attending a training course in Crete, on the grounds that such courses were deemed under Danish tax law to serve primarily touristic purposes. In contrast, such a presumption did not apply for expenses incurred on similar courses in Danish tourist resorts. This difference in treatment was held to be incompatible with the freedom to provide services.

#### **§ 2. Income or expenses related to pensions and social benefits**

**31.** The Treaty freedoms provide a protection that goes beyond a mere guarantee that income (including related deductions) directly earned from cross-border activity will not be treated in a discriminatory manner by any Member State. Other items of income and corresponding deductions also enjoy Treaty protection. This is the case for pensions,

---

<sup>62</sup> For a comment, see Hinnekens, L., 'European Court challenges flat rate withholding taxation of non-residents: comments on the Gerritse decision', *EC Tax Rev.*, 2003, p. 207.

<sup>63</sup> ECJ, 3 October 2006, Case C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH/Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel*, ECR I-9461, para. 44. Cf. with *Futura Participations and Singer*, para. 43 (no. 61).

<sup>64</sup> *Scorpio*, para. 47.

<sup>65</sup> *Conijn*, para. 20-25.

<sup>66</sup> ECJ, 28 October 1999, Case C-55/98, *Skatteministeriet v Vestergaard*, ECR I-07641.

whether public or private, and other social benefits. In the fiscal systems of the Member States, such items of income usually enjoy a more favourable regime than the one bearing on income from work, and the related social contributions are usually deductible for income tax purposes. At a European level, numerous harmonisation directives have been adopted, although none concerning direct taxation.<sup>67</sup>

**32.** The case-law provides a large number of examples where the freedom of movement has been held to apply to this area. In an early example, *Bachmann*,<sup>68</sup> a Belgian provision that excluded the deductibility, for income tax purposes, of insurance contributions paid in another Member State, while allowing the deductibility for contributions paid in Belgium, was held to be contrary to Articles 39 and 43 EC (Articles 45 and 49 TFEU). At that time, eight Member States out of fifteen limited in the same way the deductibility of insurance premiums to the ones paid to a resident insurance company.<sup>69</sup> The Court admitted that this non-deductibility was nevertheless justified by “*the need to safeguard the cohesion of the applicable tax system*”.<sup>70</sup> This is the first – and almost the only<sup>71</sup> – case in which the Court has admitted such a justification and it is likely to remain so in the light of the subsequent judgments on the income tax treatment of insurance contributions, which have progressively restricted and then abandoned the justification used in *Bachmann*.<sup>72</sup>

The refusal by Member States to grant the same tax treatment to insurance contributions paid to insurance companies established on their territory and to contributions paid to companies established in other Member States has also been considered by the Court to be incompatible with the free provision of services, from the perspective both of the insurance companies established in other Member States and of their clients (*Safir, Danner, Skandia/Ramstedt*<sup>73</sup>).

**33.** The case-law contains a number of other instances of discrimination or unjustified restrictions under the EU freedoms where pensions are involved. In *Turpeinen*, the Court considered incompatible with Article 18 EC (now Art. 21 TFEU) a national law subjecting a retirement pension paid in a Member State to a resident of another Member State to a higher tax burden than the same pension paid in the first Member State to one

---

<sup>67</sup> For legislation adopted in the field of social security see, above, Parliament and Council Regulation (EC) 883/2004 of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, OJ L 166, 30.4.2004, p. 1, replacing Regulation (EEC) 1408/71 of the Council of 14 June 1971, OJ L 149, 5.7.1971, p. 2. Among the legislation adopted in the areas of life and non-life assurances, see Parliament and Council Directive 2002/83/EC of 5 November 2002 concerning life assurance, OJ L 345, 19.12.2002, p. 1, and Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 (the third non-life insurance Directive), OJ L 228, 11.8.1992, p. 1.

<sup>68</sup> ECJ, 28 January 1992, Case C-204/90, *Bachmann v Belgian State*, ECR I-249 and Case C-300/90, *Commission v Belgium*, ECR I-305.

<sup>69</sup> Binon, J.M., *Avantages fiscaux en assurances de personne et droit européen*, R.M.U.E., 1996, p. 129.

<sup>70</sup> *Bachmann*, para. 23; *Commission v Belgium* (C-300/90), para. 16.

<sup>71</sup> The coherence of the tax system has been accepted as a justification by the Court in the *Papillon* case, where however, the national provision was considered as disproportionate.

<sup>72</sup> ECJ, 30 January 2007, Case C-150/04, *Commission v Denmark*, ECR I-1163 (on Articles 39, 43 and 49 EC/ 45, 49 and 56 TFEU); 5 July 2007, Case C-522/04, *Commission v Belgium*, (Articles 18, 39, 43 and 49 EC – employers’ contributions). Cf. in particular *Bachmann*, para. 27 and *Commission v Denmark* (C-150/04), paras. 72-74.

<sup>73</sup> ECJ, 28 April 1998, Case C-118/96, *Safir*, ECR I-1897; 3 October 2002, Case C-136/00, *Danner*, ECR I-08147; 26 June 2003, Case C-422/01, *Skandia and Ramstedt v Riksskatteverket*, ECR I-6817, 30 January 2007, C-150/04, *Commission v. Denmark*, ECR I-1163.

of its residents.<sup>74</sup> In **Pusa**, the Court considered that, in a situation involving a resident of Spain who received a pension in Finland, “[Article 18 EC/21 TFEU] *in principle precludes legislation of a Member State under which the attachable part of a pension paid ... in that State to a debtor is calculated by deducting ... the income tax prepayment levied in that State, while the tax which the holder of such a pension must pay on it subsequently in the Member State where he resides is not taken into account at all for the purposes of calculating the attachable portion of that pension*”.<sup>75</sup>

**34.** Although the taxation of pensions forms the major part of the case-law in this area, the Court has also issued judgments concerning the fiscal treatment of other social benefits. In **Merida**,<sup>76</sup> the Court held that there was discrimination under Article 39 EC (Article 45 TFEU) against frontier workers in respect of whether taxes on wages could be taken into consideration for the computation of unemployment benefits. The **Meindl** case concerned maternity allowances.<sup>77</sup> In **Rüffler**<sup>78</sup> and **Filipiak**<sup>79</sup>, the Court sanctioned the refusal by the State of residence to grant the tax deductions normally applicable to payments of health insurance and social security contributions on the ground that they had been made to an institution located in another Member State. Moreover, in this area, the cases interpreting the EC Regulations concerning the coordination of the Members States’ social security systems can have a direct or indirect relevance for the application of tax provisions. For example, in the **Derouin** case, the Court considered that [EC law] “*does not preclude a Member State whose social legislation is alone applicable to a resident self-employed worker, from excluding from the tax base for [social] contributions income earned by the worker in another Member State, by application, in particular, of a convention for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income*”.<sup>80</sup>

### **§ 3. Income losses and wealth from immovable property located in other Member States**

**35.** A category of cases deals with the taxation of cross-border situations involving immovable property, generally situated in a Member State which is different from the State in which the owner is assessed under the income tax.<sup>81</sup>

---

<sup>74</sup> ECJ, 9 November 2006, Case C-520/04, *Turpeinen*, ECR I-10685. See also the pending case C-39/10, *Commission v. Estonia*, O.J., C 63, 13.03.2010, p.42.

<sup>75</sup> ECJ, 29 April 2004, Case C-224/02, *Pusa*, ECR I-5763, para. 32. In the light of the latter case-law, it seems that the early *Werner* case (ECJ, 26 January 1993, Case C-112/91, ECR I-429), in which the Court denied the protection under Article 43 EC (now Art. 49 TFEU) of a German national who had moved his residence to the Netherlands while keeping his economic activity in Germany, is no longer relevant (see *Terra*, B.J.M., and *Wattel*, P.J., *European Tax Law*, The Hague, Kluwer Law International, 4<sup>th</sup> ed., 2005, p. 34).

<sup>76</sup> ECJ, 16 September 2004, Case C-400/02, *Merida v Germany*, ECR I- 8471.

<sup>77</sup> ECJ, 25 January 2007, Case C-329/05, *Finanzamt Dislaken v Meindl*.

<sup>78</sup> ECJ, 23 April 2009, Case C-544/07, *Rüffler v Dyrektor Izby Skarbowej w Wroclawiu Osrodek Zamiejscowy w Walbrzychu*, ECR I-03389

<sup>79</sup> ECJ, 19 November 2009, Case C-314/08, *Filipiak v. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu*, ECR I-11049.

<sup>80</sup> ECJ, 3 April 2008, Case 103/06, *Derouin v Urssaf de Paris – Région parisienne*.

<sup>81</sup> Relevant cases involving the taxation of income from immovable property concern also company taxation (Case C-451/05, *Elisa*) and the taxation of non-profit organisations (Case C-386/04, *Stauffer*). On a Dutch tax on company transactions involving immovable property, see Case C-1/93, *Halliburton*. On the

**36.** Even if the tax treatment of losses has been the object of a number of well-known decisions in the area of corporate taxation, recent decisions of the Court have also dealt with this topic in relation to natural persons and with regard to their immovable property. In *Ritter-Coulais* and later in *Busley-Cibrian*, the Court held incompatible with the free movement of workers a German law which did not take into account rental income losses (“negative income”) relating to the use of a private dwelling in another Member State for the purposes of determining the rate of progressive taxation on the taxpayer’s worldwide income, whereas positive income deriving from the use of such a dwelling was taken into account for that purpose.<sup>82</sup> In *Lakebrink*, the Court confirmed its position in respect of a similar Luxembourg provision.<sup>83</sup> In *Renneberg*, it applied the same reasoning to the deduction of the negative rental income on his dwelling in Belgium resulting from the mortgage interest paid in relation to that dwelling, by a Belgian resident who earned most of his taxable income from Dutch sources.<sup>84</sup>

Since the tax treatment of losses or expenses from immovable property can be seen as one where “*all the tax advantages connected with the non-resident’s ability to pay tax ... are not taken into account either in the State of residence or in the State of employment (...)*” and “*since the ability to pay tax may indeed be regarded as forming part of the personal situation of the non-resident ...*”, *Lakebrink*, *Ritter-Coulais* and *Renneberg* are thus applications of the *Schumacker* doctrine.<sup>85</sup>

In *K*<sup>86</sup>, the Court held that the taxpayer was in the same situation as to foreign real property and domestic property. However, the difference of treatment could be justified by mandatory reasons of general interest.

A Finnish resident had sustained a loss on the sale of real property in France. He had made gains on the sale of securities in Finland. The loss on French real property was not deducted from the Finnish gains in Finland, whereas a loss on the sale of Finnish real property would have been deductible.

---

taxation of a person owning immovable property subsequently to a transfer of residence, see *Van Hilten-Van der Heijden*.

<sup>82</sup> ECJ, 21 February 2006, Case C-152/03, *Ritter-Coulais v Finanzamt Germersheim*, ECR I-1711, para. 40. ECJ, 15 October 2009, Case C-35/08, *Busley/Cibrian v. Finanzamt Stuttgart*, ECR I-9807. (see comment by Schwenke, M., *IstR*, 2009, p. 843). In *Busley Cibrian*, the Court further added that Germany could not apply more favourable depreciation rules to immovable property acquired or constructed on the national territory. Germany amended its legislation on this point (Law of 26 March 2010, *BGBl*, 14 April 2010). On losses, see also ECJ Order, 12 September 2002, Case C-431/01, *Mertens v Belgian State*, ECR I- 7073.

<sup>83</sup> ECJ, 18 July 2007, Case C-182/06, *Luxembourg v Lakebrink*, ECR I-6705, para. 26. However, whereas in *Ritter-Coulais* the national legislation disregarded only the negative income, in *Lakebrink* the Luxembourg legislation took neither the negative, nor the positive foreign income into account for tax purposes. The Court did not consider this difference relevant (see paras. 20, 24-25).

<sup>84</sup> ECJ, 16 October 2008, Case C-527/06, *Renneberg v Staatssecretaris van Financiën*, ECR I-7735.

<sup>85</sup> *Lakebrink*, para. 34; *Renneberg*, para.63 See also the Opinion of AG Léger in *Ritter-Coulais*, paras. 97-99, and the pending case C-450/09, *Schröder v. Finanzamt Hameln*, OJ C 37, 13.02.2010, p. 3 (Opinion AG Bot of 9 December 2010).

<sup>86</sup> ECJ, 7 November 2013, Case C-322/11, K ; M.-A. Peetermans and M. Staes, « K. v Finland : EU Developments in the Area of Foreign Loss Deduction Rules », *EC Tax Rev.*, 2014, p.56.

*Prima facie*, there is a restriction of the free movement of capital, deterring a Finnish taxpayer from investing in real property in another Member State. However, the restriction is justified by the need to ensure the cohesion of the Finnish tax system and the balanced allocation of taxing powers between Member States. Indeed, the gain on foreign real property would not have been taxable in Finland, whereas a gain on Finnish real property would have been subject to tax in Finland. There is therefore a direct link between taxability of the gain and deductibility of the loss.

## Chapter 2. Taxation of companies

**37.** Starting with the early *Avoir fiscal* case, the majority of judgments issued by the Court regarding company taxation concerns direct tax provisions which hinder the freedom of establishment.<sup>87</sup> Other cases address the freedom to provide services. A specific section focuses on the much-debated question of the application of EU freedoms to national mechanisms for the compensation of cross-border losses and to consolidation. The corporate tax aspects of the Court's case-law on the taxation of dividends, interest and capital gains on shares, and the application of the free movement of capital and payments in this respect are analysed in this chapter devoted to the taxation of company shareholders.

### Section I. Freedom to choose the form of establishment in other Member States

**38.** According to Articles 49 and 54 TFEU (Art. 43 and 48 EC), as interpreted by the Court, the freedom of establishment includes the freedom to choose the appropriate legal form in which an economic operator established in a Member State wishes to pursue activities in another Member State. Discriminations or restrictions<sup>88</sup> which can only arise when two "objectively comparable" situations receive a different tax treatment<sup>89</sup> can be found in the corporate income tax systems of the Member State, but can also concern other types of taxes imposed on companies, as *Halliburton*<sup>90</sup> demonstrates. In this case, an exemption from the Dutch tax on transactions between companies relating to immovable property was considered to be contrary to Article 43 EC (Article 49 TFEU) insofar as it did not apply when the transferring company was incorporated under the law of another Member State.

**39.** A distinction can be drawn between, on the one hand, rulings concerning national tax measures of the State of the secondary establishment of a non-resident company (the Host State) and, on the other hand, cases which deal with tax measures adopted by the Member State where a company has its primary establishment (the Home State) that hinder the establishment of subsidiaries or branches in another Member State.

---

<sup>87</sup> ECJ, 28 January 1986 Case 270/83 *Commission v France*, "Avoir fiscal", ECR 273, para. 18.

<sup>88</sup> *Avoir fiscal* para. 22; ECJ 23 February 2006, Case C-253/03 *CLT-UFA*, ECR I-1831, para. 14; ECJ 18 July 2007, Case C-231/05, *Oy AA*, para. 40.

<sup>89</sup> On the comparability of situations as to company taxation, see Dahlberg, M., *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, Kluwer Law International, 2005, p. 106.

<sup>90</sup> ECJ, 12 April 1994 Case C-1/93, *Halliburton Services v Staatssecretaris van Financiën*, ECR I-1137.

## § I. In the Host State

**40.** In the Host State, the establishment of a non-resident EU company can be effected through the creation of permanent establishments (i.e. branches) or subsidiaries. Contrarily to a subsidiary, a branch, although it may constitute an economic entity separate from the head office of the company, is not endowed with a distinct legal personality, but is part of the legal entity identified as the company.<sup>91</sup> With regard to branches, EU law requires – in respect of certain tax benefits – that the Host State treat a branch of a non-resident company in the same way as it would treat the branch of a domestic company. Concerning subsidiaries, the Host State must treat equally subsidiaries of non-resident parent companies and those of resident parent companies.

### **A. Tax treatment of permanent establishments of EU companies**

**41.** In *Avoir fiscal*<sup>92</sup> (1986), the first decision in the field of direct taxation, a system of shareholder tax credit was held to be in breach of Article 43 EC (Article 49 TFEU), insofar as it was only available to French resident companies but not to French branches and agencies of companies established in other Member States. Although this case primarily deals with a tax mechanism aiming at limiting the economic double taxation of dividends in the hands of the shareholders, it displays, however, a good example of discrimination of branches of non-resident companies.

**42.** In *Royal Bank of Scotland*,<sup>93</sup> Greece applied to profits earned by a branch of a non-resident company a tax rate higher than the rate applicable to profits earned by a resident company. The Court considered that this difference could not be justified by objective differences between resident and non-resident companies, even though these two categories of taxpayers are generally not comparable as to the extent of their tax liability (worldwide income v domestic source income).<sup>94</sup> In *Commission v. Greece (C-406/07)*, the Court confirmed its viewpoint as regards the same discriminatory tax treatment applied to unincorporated companies. In *CLT-UFA*, the Court condemned under Article 43 EC (Article 49 TFEU) German legislation subjecting the profits of a branch of a non-resident EU company to a higher tax rate than the one that would have applied if this company had chosen to establish a German subsidiary distributing its profits in full to its parent company.<sup>95</sup>

**43.** Furthermore, to ensure freedom of establishment, a Member State must treat equally branches of non-resident companies and resident companies with regard to tax exemptions. The fact that a tax exemption is granted even by virtue of a DTC concluded with a third state outside the EU does not relieve the State from this obligation. In *Saint-Gobain*,<sup>96</sup> a tax relief provided by the DTC concluded between Germany and the United States was partly denied by Germany to a German branch of a French company, on the

---

<sup>91</sup> For the purpose of the study, the terms permanent establishment, a tax treaty term, and branch, a company law term, are used synonymously.

<sup>92</sup> Case 270/83, *Avoir fiscal*.

<sup>93</sup> ECJ, 29 April 1999, Case C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, ECR I-2651.

<sup>94</sup> *Royal Bank of Scotland*, paras. 27-29. The Court refers to its case-law relating to the taxation of income of natural persons in *Schumacker* and *Wielockx*. Greece complied as of 1 January 1996, replacing the dual rate system with a single 40% rate (*TNS Online*, 31 May 1999).

<sup>95</sup> ECJ, 23 February 2006, Case C-253/03, *CLT-UFA v Finanzamt Köln-West*, ECR I-1831.

<sup>96</sup> ECJ 14 September 1999, Case C-307/97, *Saint-Gobain v Finanzamt Aachen-Innenstadt*, ECR I-6163.

ground that the DTC applied only to companies subject to unlimited tax liability in Germany. This practice was held to be incompatible with the right of establishment.

Even before the Court delivered its judgment, the German tax legislator extended treaty relief provisions embodied in DTCs to non-resident taxpayers.<sup>97</sup> Following that landmark decision, most Member States also extended their DTCs, usually restricted to residents on their territory, to EU non-residents operating through permanent establishments.

**44.** Discrimination may also be found in procedural rules. In *Commerzbank*,<sup>98</sup> the Court had to examine UK legislation under which interest on a repayment of overpaid tax was granted to companies with “fiscal residence” in that Member State but was refused to non-resident companies. The Court ruled that the “fiscal residence” criterion, even if it were applied without discrimination on the ground of the location of a company’s seat, would most likely work more particularly to the disadvantage of companies having their seat in other Member States, and held that difference to be discriminatory.<sup>99</sup>

**45.** In most of the above-mentioned cases, the Member State involved tried to justify the disputed tax provisions by referring, for example, to advantages that could balance the disadvantages resulting from the questionable provision, the absence of harmonisation of tax law on a Community level, the risk of tax avoidance, the existence of double tax treaties or the objective differences between branches and subsidiaries.<sup>100</sup> However, the Court did not accept any of these grounds of justification.

## **B. Tax treatment of subsidiaries of EU companies**

**46.** Subsidiaries have an independent legal personality and are therefore always “nationals” or residents of the Host Member State. However, subsidiaries of non-resident EU parent companies are sometimes treated differently from subsidiaries of domestic parent companies. This situation has been considered to be incompatible with the Treaty freedoms in a number of cases.

**47.** The *Baxter* case<sup>101</sup> concerned French legislation which did not allow the deduction of expenditure for scientific and technical research carried out outside of France and therefore in other Member States. In the Court’s view, French undertakings will generally carry out research activities in France, whilst undertakings based in other Member States and operating in France through a secondary place of business such as a subsidiary will not, so that this deduction system operates to the detriment of French subsidiaries of foreign companies.<sup>102</sup> This unequal treatment cannot be justified by the need for effectiveness of fiscal supervision.<sup>103</sup>

<sup>97</sup> See Ernst & Young, *EuGH-Rechtsprechung Ertragssteuerrecht*, Stollfuß, 2<sup>nd</sup> ed. (2007), p. 192.

<sup>98</sup> ECJ, 13 July 1993, Case C-330/91, *Commerzbank*, ECR I-4017.

<sup>99</sup> *Commerzbank*, para. 13-15.

<sup>100</sup> *Avoir fiscal*, paras. 21-26, *Saint-Gobain*, paras. 53-55; *CLT-UFA*, paras. 19-30.

<sup>101</sup> ECJ, 8 July 1999, Case C-254/97, *Baxter*, ECR I-4811. See also ECJ, 13 March 2008, Case C-248/06, *Commission v. Spain*, ECR I-47. .

<sup>102</sup> *Baxter*, para. 12.

<sup>103</sup> *Baxter*, paras. 18, 19.

**48.** Similarly, in *Commission v. Spain*,<sup>104</sup> where an exemption of distributed dividends by a subsidiary to its parent company is subject to a higher shareholding requirement when dividends are paid to non-resident parent companies than to resident parents. This also is contrary to the freedom of establishment.

**49.** The denial of group taxation benefits in connection with subsidiaries of non-resident EU parent companies can also entail incompatibilities with the freedom of establishment, as the Court stated in respect to UK legislation on advance corporation tax due upon the distribution of dividends (ACT) in the cases *Metallgesellschaft/Hoechst*<sup>105</sup> and *Franked Investment Income (FII) Group Litigation*.<sup>106</sup>

**50.** Unjustified differences of treatment between subsidiaries can also occur in the application of anti-abuse provisions, such as thin capitalisation rules (see in particular cases *Lankhorst-Hohorst*<sup>107</sup> and *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*).<sup>108</sup> Other unjustified differences of treatment have been the object of the Court's rulings in the field of intra-group dividends and intra-group payments.

## § 2. In the State of residence

**51.** The freedom of establishment does not only restrict the tax competence of the Host State, but also the taxing power of the State of (principal) establishment of a company wishing to move or expand its activity in another Member State.<sup>109</sup> Although the freedom of establishment may also apply to the setting-up of a branch (permanent establishment), most of the cases concern the establishment of foreign subsidiaries and are often linked to group schemes and the deduction of foreign losses or expenses. The question whether EU law may mitigate the negative tax consequences of a transfer of seat remains debated.

### A. Tax treatment in the State of residence of permanent establishments located in other Member States

**52.** Another case deserves particular attention as regards the determination of the Member State competent to avoid an undue restriction following from the combined application of the legislations of two Member States. In *Deutsche Shell*<sup>110</sup> a German resident company allotted capital to its permanent establishment in Italy. The allotted capital was shown both on the Italian balance sheet and on the German head office's

---

<sup>104</sup> ECJ, 3 June 2010, Case C-487/08, *Commission v Spain*.

<sup>105</sup> ECJ, 8 March 2001, Joined Cases C-397/98 and C-410/98, *Metallgesellschaft/Hoechst*, ECR I- 1727. For a comment see Virgo, G., 'Hoechst revisited: the restitutionary aspects of the case', BTR, 2002, p. 4.

<sup>106</sup> ECJ 12 December 2006, Case C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, ECR I-11753.

<sup>107</sup> ECJ, 12 December 2002, Case C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, ECR I-11779.

<sup>108</sup> Case C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, ECR I-2107.

<sup>109</sup> *Daily Mail*, para. 16. See also *ICI*, para. 21, and ECJ, 13 December 2005, Case C-446/03, *Marks & Spencer*, ECR I-10837 para. 31.

<sup>110</sup> ECJ, 28 February 2008, Case C-293/06 *Deutsche Shell v Finanzamt für Grossunternehmen in Hamburg*, ECR I-1129.

balance sheet in their respective national currencies (LIT and DM). When the permanent establishment was wound up and the allotted capital was repatriated to Germany, the exchange rate had fallen and the German company suffered a substantial currency loss. This loss, however, was not tax-deductible, neither in Germany nor in Italy. According to the Court, which finally concludes to the existence of an unjustified restrictive effect, “although it is true that any Member State which has concluded a double taxation convention must implement it by applying its own tax law and thereby calculate the income attributable to a permanent establishment, it is unacceptable for a Member State to exclude from the basis of assessment of the principal establishment currency losses which, by their nature, can never be suffered by the permanent establishment”.<sup>111</sup>

### **B. Tax treatment of subsidiaries established in other Member States**

**53.** The Court of Justice has issued various rulings on the taxation of multinational groups of companies. Some of these cases, such as such as *ICI*,<sup>112</sup> *Marks and Spencer*,<sup>113</sup> *Rewe Zentralfinanz*,<sup>114</sup> *Lidl Belgium*<sup>115</sup> and *Krankenheim*<sup>116</sup> refer to the deductibility of foreign losses, and are discussed infra.

**54.** Other cases concern the fiscal treatment of intra-group transactions.

**55.** The Court found furthermore unjustified differences between parent companies on the basis of the State of residence of their subsidiaries in *Bosal*<sup>117</sup> and in *Keller Holding*<sup>118</sup> as to the deductibility of holding and financing costs (see infra).

**56.** Anti-abuse rules may also conflict with the freedom of establishment. *Cadbury Schweppes*<sup>119</sup> and *CFC and Dividend Group Litigation*<sup>120</sup> concerned UK Controlled Foreign Company (CFC) legislation which commended the inclusion in the tax base of a resident company of the profits made by a CFC in a lower tax State. The Court found that companies with a CFC in low-taxation Member States were treated less favourably than resident companies with subsidiaries in the UK or in a Member State which does not apply a lower level of taxation than in the UK.<sup>121</sup> The UK CFC legislation was considered contrary to the freedom of establishment. Nevertheless, it was found to be justified if applied only to wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the legislation of the Member State concerned.

---

<sup>111</sup> *Deutsche Shell*, para. 44.

<sup>112</sup> Case C-264/96, *ICI*, fn 67, esp. para. 28. .

<sup>113</sup> Case C-446/03, *Marks & Spencer*, fn 213.

<sup>114</sup> ECJ, 29 March 2007, Case C-347/04, *Rewe Zentralfinanz v Finanzamt Köln-Mitte*.

<sup>115</sup> ECJ, 15 May 2008, Case C-414/06, *Lidl Belgium v Finanzamt Heilbronn*.

<sup>116</sup> ECJ, 23 October 2008, Case C-157/07, *Finanzamt für Körperschaften III in Berlin v Krankenhaus Ruhesitz GmbH*.

<sup>117</sup> ECJ, 18 September 2003, Case C-168/01, *Bosal Holding*, ECR I-9401.

<sup>118</sup> ECJ, 23 February 2006, Case C-471/04, *Keller Holding*, ECR I-2107.

<sup>119</sup> ECJ, 12 September 2006, Case C-196/04, *Cadbury Schweppes*, ECR I-7995.

<sup>120</sup> ECJ, Order of 23 April 2008, Case C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*.

<sup>121</sup> *Cadbury Schweppes*, para. 44.

However, the Court considered in **Columbus Container**<sup>122</sup> that CFC legislation (in the case at hand, the provision challenged provided for a switch from the exemption to the credit method) does not contravene the freedom of movement when it does not submit to an additional tax burden the economic operator having cross-border activities, as compared to a person operating in a purely national context.

## **Section 2. Losses of companies and consolidation**

**57.** The question of cross-border loss compensation has raised difficult specific problems which are directly linked with the structure of the Member States' tax systems. When companies own several places of business in the same country, all their profits and losses are aggregated in order to determine their taxable income. When places of business are located in different countries, difficulties arise when neither the State of residence nor the State of activity admits the deduction of losses.

### **§ I. Losses of EU companies with a permanent establishment in another Member State**

**58.** How does the Court address the tax treatment of losses incurred by a company having a permanent establishment in another Member State?

#### **A. In the State of residence**

**59.** In **AMID**<sup>123</sup> the issue concerned the tax treatment of a loss incurred in the State of residence by a company which had a permanent establishment in another Member State (Luxembourg), the profits of which were exempt according to a DTC. According to the worldwide income taxation principle, the company's Belgian losses were set-off against the profits of its foreign permanent establishment, which were normally exempt according to the DTC. This compensation led economically to Belgian (double) taxation of the Luxembourg profits, since the Belgian loss could not be carried forward to be deducted from future Belgian income. The Court compared companies having all their branches in Belgium with companies with one or more foreign permanent establishments. The Court held that by setting off domestic losses against profits exempted by treaty, the legislation of that Member State established a differentiated tax treatment as between those two categories incompatible with EC law.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> ECJ, 6 December 2007, *Columbus Container v Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*, ECR I-10451. This case concerned a German mechanism providing a switch from the exemption to the credit method in the case of a significantly lower taxation in the State of source. Interestingly enough, the German *Bundesfinanzhof* ruled in a judgment of 21 October 2009 that despite the ECJ ruling, the provision containing this switch-over clause was contrary to EU law (see IStR, 2010, p. 149 with comments of B. Lieber p.142- and S. Sydow p. 174)

<sup>123</sup> ECJ, 14 December 2000, Case C-141/99, *AMID v Belgian State*, ECR, I-11679.

<sup>124</sup> *AMID*, § 23 and 31.

However, it results from more recent ECJ case-law that there would be an obligation for the State of residence to grant relief for losses incurred by foreign (EU) permanent establishments only where all the possibilities to carry-over the losses in the Host State have been exhausted. This statement results in timing differences detrimental to foreign established entities.<sup>125</sup>

**60.** A similar situation regarding an individual was solved in the same way.<sup>126</sup> In **Mertens**, the loss incurred by a Belgian resident in the exercise of his professional activities in Belgium had been set off against the profits from another professional activity in Germany, despite the fact that this profit was exempt from taxation in Belgium according to the DTC between the two countries. The Court pointed out “*that the unfavourable tax treatment ... is the direct result of the application of the Belgian legislation, not of an inevitable disparity between the Belgian and German tax legislation*”.<sup>127</sup> In the absence of justification, the Court ruled that the provisions in question contravened the free movement of persons.

**61.** The company’s Home State can also create an unfavourable tax treatment for losses of a permanent establishment incurred in the Host State. In **Stahlwerk Ergste Westig**,<sup>128</sup> a German company had two loss-making permanent establishments in the United States. Germany refused the deduction of the US losses from the profits taxable in Germany. The company claimed that this was contrary to the EC Treaty and especially to the free movement of capital. The Court, however, decided in an Order that such a situation involved the right of establishment which cannot be invoked in relations with third countries.

A similar question arose in the case of **Lidl Belgium**,<sup>129</sup> which concerned a German company that has been denied the deduction of losses from a permanent establishment in Luxembourg on the grounds that, according to the Luxembourg-German DTC, income from such a permanent establishment was not subject to taxation in Germany. The Court bases its reasoning on the fact that “*a permanent establishment constitutes, under tax convention law [and international legal practice<sup>130</sup>], an autonomous entity*”,<sup>131</sup> and on the statement that loss compensation is to be considered as a “*tax advantage*”,<sup>132</sup> to consider that the tax regime at issue involves a restriction on the freedom of establishment, as the tax advantage is denied to enterprises operating through foreign permanent establishments while being granted to pure national enterprises. This restriction however

---

<sup>125</sup> ECJ, 15 May 2008, Case C-414/06, *Lidl Belgium v Finanzamt Heilbronn*. See also, ECJ, 13 December 2005, Case C-446/03, *Marks & Spencer*, ECR I-10837.

<sup>126</sup> ECJ, 12 September 2002, Case C-431/01, *Mertens v Belgian State*, ECR, I-7073.

<sup>127</sup> *Mertens*, § 36.

<sup>128</sup> ECJ, Order of 6 November 2007, Case C-415/06, *Stahlwerk Ergste Westig v Finanzamt Düsseldorf-Mettmann*, ECR I-151.

<sup>129</sup><sup>129</sup> ECJ, 15 May 2008, Case C-414/06, *Lidl Belgium v Finanzamt Heilbronn*, ECR I-3601.

<sup>130</sup> *Lidl Belgium*, § 22.

<sup>131</sup> § 21.

<sup>132</sup> § 23.

is justified<sup>133</sup> but does not preclude the State of Residence to grant loss compensation when there is no more possibility for the losses to be taken into account in the State of source.<sup>134</sup>

Moreover, in the case *Krankenheim Ruhesitz*,<sup>135</sup> the Court of Justice had to decide whether freedom of establishment allows a Home State to reintegrate losses incurred by a foreign branch in a case where the loss has been deducted in the Home State but cannot be effectively deducted in the other State. According to the Court, such a rule constitutes a restriction on the right of establishment which is justified by the need to guarantee the coherence of the German tax system. Since losses are reintegrated only up to the amount of profits made by the permanent establishment, the restriction is proportionate to the objective pursued. The Home State does not have to consider the fact that the State of Source does not allow a carry-over of the losses.

**62.** In *Nordea Bank Danmark*<sup>136</sup>, a Danish bank with branches in the other Scandinavian countries sold its branches to its subsidiaries in the same country. The profits of the branches were taxable in Denmark with a credit for foreign taxes. The losses were deductible.

Danish law required a recuperation of foreign losses upon the winding-up of the branches. They had to be reincorporated in the profits of the Danish head office. The Court saw there a discrimination because the rule would not apply to losses of a national branch upon transfer of the branch to a national subsidiary. The situations are comparable as Denmark taxes the profits of foreign permanent establishments as it taxes the profits of domestic branches.

## **B. In the Host State**

**63.** In *Futura Participations and Singer*,<sup>137</sup> the questions referred to the Court dealt with the treatment of losses in the Host State. Under Luxembourg tax legislation, the carry-forward of losses for branches of non-resident companies was subject to two conditions. First, the losses had to be economically linked to the income earned by the

---

<sup>133</sup> As to the first justification – preservation of the allocation of the power to impose taxes -, the Court relies on the “*symmetry between the right to tax profits and the right to deduct losses*” under tax conventions, and on the need to avoid any possibility to allow companies to choose freely the Member State in which their losses could be deducted. The Court also recognizes a danger that losses may be taken into consideration twice.

<sup>134</sup> The starting point of the Court that a P.E. is an “autonomous entity” as well as the theory of loss compensation as being a “tax advantage” may be criticised: see a.o. Opinion Statement of the ECJ Task Force of the Confédération Fiscale Européenne on Losses Compensation within the EU for Individuals and Companies Carrying Out Their Activities through Permanent Establishments, *Eur. Tax.*, 2009, 487.

<sup>135</sup> ECJ, 23 October 2008, case C-157/07, *ECR* I-8061.

<sup>136</sup> ECJ, 17 July 2014, Case C-48/13, *Nordea Bank Danmark*.

<sup>137</sup> Case C- 250/95, *Futura Participations & Singer v Administration des contributions*, *ECR* I-2471 ; See also Aarnio, K., Treatment of permanent establishments and subsidiaries under EC law: towards a uniform concept of secondary establishment in European tax law?, *EC Tax Rev.*, 2006, p.18.

taxpayer in Luxembourg. Second, the taxpayer had to keep and hold accounts according to Luxembourg law. Regarding the first condition, the Court ruled that a Member State does not encroach upon the freedom of establishment by insisting that there be an economic link between the losses to be carried forward and the income earned in the Member State in question: such a system is in conformity with the fiscal principle of territoriality and does not entail discrimination.<sup>138</sup> However, with regard to the second condition, the Court considered that a Member State cannot oblige a non-resident taxpayer to keep accounts complying with national rules to justify the carry-forward of losses; it must allow that taxpayer other means for proving eligibility for the carry-forward.

## **§ 2. Intra-group losses and transfers (consolidation)**

**64.** Most countries restrict the setting-off of losses to the taxpayer who has incurred them.<sup>139</sup> A change in the ownership or control of a company, or a restructuring (e.g. a merger) can thus restrict or eliminate the right to the deduction of such losses. Moreover, as a rule, a loss incurred by a company within a group cannot be set off against the profits of another company within the same group, whether or not it is established in the same country,<sup>140</sup> except by the application of specific tax provisions on group consolidation.<sup>141</sup> Group taxation regimes generally apply only to resident subsidiaries, with some exceptions (i.e. Denmark, France and Italy), and a number of jurisdictions expand the scope of the regime to domestic permanent establishments of foreign corporations (e.g. Austria, Cyprus, Finland, Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Spain, Sweden and the UK).<sup>142</sup>

### **A. Loss offset within EU multinational groups**

**65.** On the relation between the right to compensate losses within a group and the State of establishment of the subsidiaries, the Court has decided two cases, which both deal with the UK “group relief regime”.

**66.** *ICI* was the first case regarding loss offset between companies. Together with another UK company, ICI formed a consortium through which the two companies beneficially owned the shares of a holding company, the sole business of which was to hold shares in subsidiaries operating in many countries. One of those subsidiaries located in the UK incurred losses. ICI tried to set off its part in these losses against its chargeable profits for the corresponding periods by way of tax relief. The tax relief was denied on the basis that, under UK legislation, group relief could be refused to a UK

---

<sup>138</sup> *Futura Participations and Singer*, para. 22.

<sup>139</sup> Masui, Y., “General Report– Group Taxation”, International Fiscal Association, 2004, Vienna Congress, *Cah. dr. fisc. intern.*, 2004, Vol. 89b, p. 21-67, esp. p. 46.

<sup>140</sup> This is a fundamental difference between group structuring through subsidiaries compared to permanent establishments pertaining to a single legal entity. In this later case, as far as the [worldwide] taxation principle applies, all the profits and losses must be aggregated.

<sup>141</sup> On the existing and possible systems of “consolidation”, see Masui, (2004), op. cit.

<sup>142</sup> “This is a new trend among European countries especially since 2000.”; Masui, Y., (2004), op. cit., pp. 53-54.

group, as regards UK losses to be set off against UK profits, if a majority of the subsidiaries of the group were outside the UK, even if a number of them were within the EU. The Court of Justice held that such legislation constituted an unjustified inequality of treatment under the Treaty's provisions on freedom of establishment and rejected all the justifications proposed by the UK.<sup>143</sup>

**67.** Academic commentators of the ICI decision have read it as implying that the losses of a subsidiary established in a Member State other than the one of the parent company must be taken into consideration within the framework of a consolidation regime.<sup>144</sup> The Court of Justice dealt with this question in **Marks and Spencer**.<sup>145</sup> Marks and Spencer, incorporated in the UK, established a number of subsidiaries in the UK and in other Member States. In the UK, Marks & Spencer claimed group tax relief in respect of losses incurred by its subsidiaries in Belgium, France and Germany. That claim for relief was rejected on the ground that group relief could only be granted for losses recorded in the UK.

The Court of Justice considered that losses incurred by a resident subsidiary and losses incurred by a non-resident subsidiary were treated differently for tax purposes, which amounted to a restriction on the freedom of establishment. Nonetheless, according to the Court, such a restriction is generally compatible with the EC Treaty, since it pursues a legitimate objective and is justified by imperative reasons in the public interest.<sup>146</sup> The Court recognised the need to preserve the allocation of the power to impose taxes between Member States so that it makes "*it necessary to apply to the economic activities of companies established in one of those States only the tax rules of that State in respect of both profits and losses*". In this context, "*to give companies the option to have their losses taken into account in the Member State in which they are established or in another Member State would significantly jeopardize a balanced allocation of the power to impose taxes between Member States, as the taxable basis would be increased in the first State and reduced in the second to the extent of the losses transferred*". The Court also held that Member States must be able to prevent a double deduction of losses, and acknowledged the need to minimise the risk of tax avoidance schemes whereby losses could be transferred to companies established in those Member States which apply the highest rates of taxation.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> ECJ, 16 July 1998, Case C-264/96, Imperial Chemical Industries plc v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), ECR I-471, § 23-24. Dibout, P., Territorialité de l'impôt, répression de l'évasion fiscale et liberté d'établissement dans la Communauté européenne; A propos de l'arrêt "Imperial Chemical Industries" (ICI), *Dr. Fiscal*, 1998, p. 1475.

<sup>144</sup> Boon, R., and Pelinck, M., De ICI-zaak en Articles 15 en 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969, *WFR*, 1998, p. 1824.

<sup>145</sup> ECJ (Grand Chamber), 13 December 2005, Case C-446/03, *Marks & Spencer*, ECR I-10837.

<sup>146</sup> *Marks & Spencer*, § 51.

<sup>147</sup> *Marks & Spencer*, paras. 45- 49. It is worth noting that these three justifications are accepted together by the Court, which is innovative as the Court usually considers justifications separately.

However, the Court held that in the case at hand the restrictive measure went beyond what was necessary to attain the objectives pursued, since the non-resident subsidiary had exhausted all possibilities in its Home State to deduct or carry forward its losses.<sup>148</sup>

The UK amended its legislation but required, for the setting off of a foreign subsidiary's loss, evidence that no deduction of the loss would be available in the future, be supplied as at the time immediately after the end of the accounting period. The Commission found the condition too strict, as requiring de facto a liquidation of the subsidiary during the accounting period. The ECJ disagreed in **Marks & Spencer II** and considered that the requirement met the proportionality rule<sup>149</sup>.

68. The French integration system was under scrutiny in **Papillon**, which was denied integration because it held its loss-making French sub-subsidiary through a 100% subsidiary in the Netherlands. This restriction on the freedom of establishment can be justified by the need for coherence which requires that the intra-group provision for depreciation on the shares be neutralised in order to avoid the risk that losses be taken into consideration twice; the French provision was nevertheless "overruled" as the Court<sup>150</sup> pointed out that that risk can be avoided by the provision of documentary evidence required from the group companies.

69. In **X Holding**, the Court had to consider the Dutch fiscal unity regime which is denied to a subsidiary non-resident in the Netherlands. Such a scheme is justified by the need to safeguard the allocation of the power to impose taxes between the Member States: "*Since the parent company is at liberty to decide to form a tax entity with its subsidiary and, with equal liberty, to dissolve such an entity from one year to the next, the possibility of including a non-resident subsidiary in the single tax entity would be tantamount to granting the parent company the freedom to choose the tax scheme applicable to the losses of that subsidiary and the place where those losses are taken into account*".<sup>151</sup> The Court rejected the argument based on the comparability with the situation of permanent establishments.

In Sweden, loss relief is granted through a contribution mechanism leading to the taxation of the contribution at the level of the receiving company.

70. As a result of the Court's case-law, a Member State cannot limit the group relief for losses incurred on its territory by a resident company which is a member of a group, simply because that company has subsidiaries in other Member States. Moreover, insofar as the loss cannot be carried over in the Home State of the subsidiary, the Home State of the parent company, when it grants a group relief regime, must allow that foreign loss to be set off against profits realised on its territory.

---

<sup>148</sup> *Marks & Spencer*, paras. 54-56. Cf. also AG Poiares Maduro, § 49, 82.

<sup>149</sup> ECJ, 3 February 2015, Case C-172/13, (*Marks & Spencer II*) ; Pinetz, E., and Spies, Final Losses after the Decision in *Commission v UK (Marks & Spencer II)*, EC Tax Review, 2015, p. 309.

<sup>150</sup> ECJ, 27 November 2008, Case C-418/07, *Société Papillon v Ministère du Budget*, ECR I-8947.

<sup>151</sup> ECJ, 25 February 2010, Case C-337/08, *X Holding BV v Staatsecretaris van Financiën*, § 31.

71. In *Philips Electronics UK*<sup>152</sup>, it was held that the UK could not restrict group relief in respect of permanent establishments to domestic companies of the group: the loss of the UK permanent establishment of a Dutch company of the group could be surrendered in the UK to the profits of the permanent establishment.

72. In the UK, a consortium company may assign its losses to other companies members of the group or of the consortium, provided that it is related to such companies through a liaison company established in the UK. In *Felixstowe, Dock and Railway Ltd*, the Court held that this possibility had to be extended to the case in which the liaison company was established in another Member State<sup>153</sup>.

73. In *SCA Group Holding BV*<sup>154</sup>, the Court held that the fiscal unity regime could not be denied when the subsidiaries were held through a non-resident company having no permanent establishment in the Netherlands. Neither can it be denied to sister companies held by such companies.

In Austria, in the event of the acquisition of a shareholding in a domestic company, a goodwill may be depreciated up to 50 % of the purchase price. The depreciation is not allowed when the company the shares of which are acquired is non-resident. In *Finanzamt Linz*,<sup>155</sup> the Court found an infringement of EU law.

## **B. Deduction of losses from intra-group participations**

74. A further question is whether a parent company which is allowed to deduct from its tax base in its State of residence the loss incurred on the shares of a subsidiary located in the same State should be allowed to do it in respect of shares in a subsidiary located in another Member State.

This question mainly deals with the concept of taxable income (i.e. what is included or excluded from taxation), since a subsidiary is usually allowed to carry over its losses against its profits in its State of residence. In *Rewe Zentralfinanz*,<sup>156</sup> the Court considered that the denial of the deductibility – in the State of the parent company – of write-downs on shares of a subsidiary located in another Member State, while such deductibility was granted in the case of the shares of a domestic (German) subsidiary,

---

<sup>152</sup> ECJ, 6 September 2012, Case C-18/11, The Commissioners for HRMCV Philips Electronics UK Ltd ; R. Monteiro and M. Kiers, *The Court's Position on Cross-Border Losses : A quest for the Well-Being of EU Citizens ?*, EC Tax Rev., 2013, p.92.

<sup>153</sup> ECJ, 18 April 2014, Case C-80/12, *Felixstowe Dock and Railway Company Ltd and others*.

<sup>154</sup> ECJ, 12 June 2014, Cases C-39-13, C-40/13 and C41-13 - *Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor, Groningen v SCA Group Holding BV and others, X AG and others v Inspecteur van de Belastingdienst, Amsterdam, Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zuandam v MSA International Holdings BV and MSA Nederland BV*.

<sup>155</sup> ECJ, 6 October 2015, Case C-66/14, *Finanzamt Linz*.

<sup>156</sup> ECJ, 29 March 2007, Case C-347/04, *Rewe Zentralfinanz v Finanzamt Köln-Mitte*, ECR I-2647.

constituted a restriction of the freedom of establishment.<sup>157</sup> Several justificatory arguments were rejected by the Court. In particular, in response to the argument based on the “rule of symmetry” between the right to tax the profits of a company and the obligation to take into account the losses incurred by that company, the Court held that “... a difference in tax treatment between resident parent companies according to whether or not they have subsidiaries abroad cannot be justified merely by the fact that they have decided to carry on economic activities in another Member State, in which the State concerned cannot exercise its taxing powers ...”.<sup>158</sup> The Court rejected an analogy with Marks and Spencer, since “[s]uch a separate treatment of, first, the losses suffered by the subsidiaries themselves and, secondly, the losses incurred by the parent company cannot, on any basis, amount to using the same losses twice”.<sup>159</sup>

**75.** Following the Rewe Zentralfinanz, Germany amended its Law on corporation Tax, with effect as to holdings in resident companies for tax-year 2002 and as to holdings in non-resident companies for tax-year 2001. In **STEKO**, this differentiation was held contrary to the free movement of capital; the transitional nature of the discrimination was no justification.<sup>160</sup>

However, if capital gains on shares are tax free, there is no obligation, said the Court in **X AB**<sup>161</sup> to allow the deduction of capital losses, even if they are the consequence of a currency loss.

### **C. Intra-group tax deductible transfers**

**76.** As regards the other Member States, the Court has also decided on the “contribution scheme” which is applicable in Finland and Sweden. In the case of **X AB and Y AB**,<sup>162</sup> a Swedish group scheme according to which assets could be transferred tax-free between companies belonging to the same group was considered to be contrary to the freedom of establishment, since it did not apply to certain cross-border situations. In **X AB and Y AB**, the ECJ concluded that the Swedish contribution relief must be granted also when the contributing company (to a Swedish loss-making recipient) is not a Swedish resident company but an EU resident company.<sup>163</sup>

In the reverse situation of a contribution made by a Finnish company to its loss-making parent in another Member State, the ECJ upheld in **Oy AA**<sup>164</sup> the Finnish law allowing a Finnish subsidiary to make a tax deductible financial transfer to a Finnish parent but not to its non-resident (loss-making) EU parent; according to the Court, allowing a transferor

---

<sup>157</sup> Rewe Zentralfinanz, § 36.

<sup>158</sup> Rewe Zentralfinanz, § 43. See also Opinion AG, § 32.

<sup>159</sup> Rewe Zentralfinanz, § 48. The Rewe Zentralfinanz ruling is in line with the decisions in *Bosal* and *Keller Holding*.

<sup>160</sup> ECJ 22 January 2009, Case C-377/07, *Finanzamt Speyer-Germersheim v Steko Industriemontage GmbH*, ECR I-299.

<sup>161</sup> ECJ, 10 June 2015, Case C-686/13, *X AB v Skatteverket*.

<sup>162</sup> ECJ, 18 November 1999, Case C-200/98 *X AB, Y AB*, ECR I-8264.

<sup>163</sup> ECJ, 18 November 1999, Case C-200/98 *X AB, Y AB*, ECR I-8264.

<sup>164</sup> ECJ, 18 July 2007, Case C-231/05, *Oy AA*, ECR I-6373.

to deduct an intra-group cross-border transfer from its taxable income would result in enabling groups of companies to choose the Member State in which the profits of the subsidiary were to be taxed.

That would undermine the system created by a balanced allocation of taxing powers between Member States because the Member State of the subsidiary's residence, according to the choice of the group of companies concerned, would be forced to renounce its right to tax the profits of that group's subsidiary to the benefit of the Member State of the parent company's residence.<sup>165</sup> Moreover, according to the Court, the possibility of transferring the taxable income of a subsidiary to a non-resident parent company carries the risk that companies establish purely artificial arrangements in order that income transfers be made to parent companies established in those Member States which apply the lowest rates of taxation, or where the income in question would not be taxed at all.<sup>166</sup>

### **§ 3. Intra-group loans**

#### **A. Thin capitalization rules**

77. Finally, restrictions on the right of establishment can come up in relation with the treatment of interest payments from companies to non-resident shareholders. Under thin capitalisation rules, when a loan is supplied to a subsidiary by a parent company as a substitute for equity, the interest paid on the loan will not be deductible and will be treated as a dividend. This may happen not only when the interest is excessive, but also when the subsidiary would not have obtained such a loan from a third party.

Under German tax law, the deduction of interest paid by a German corporation to a foreign parent company was denied except when the loan could have been obtained from a third party.<sup>167</sup> **Lankhorst-Hohorst** was a subsidiary in Germany of a Dutch company. The Dutch parent of that Dutch company had granted Lankhorst a loan, subordinated to the claims of other creditors and accompanied by a letter of support, as a substitute for a more expensive bank loan. Lankhorst-Hohorst was in a loss-making situation. The German tax authorities argued that no third party would have granted such a loan and denied the deduction of the interest. The Court held that the difference in treatment between non-resident and resident parent companies was in violation of the right of establishment.<sup>168</sup>

78. Subsequently, in the **Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation** case, UK thin capitalisation rules were at issue. Contrary to what might be inferred from the Lankhorst-Hohorst ruling, the Court held that such rules may be an effective tool in preventing the diversion of profits. Nevertheless, on the basis of the freedom of establishment, the Court also held that such rules would be compatible with EC law only

---

<sup>165</sup> Oy AA, para. 56.

<sup>166</sup> Oy AA, para. 58.

<sup>167</sup> Sec. 8a of the German Corporation Tax Law.

<sup>168</sup> ECJ, 12 December 2002, Case C-324/00, *Lankhorst-Hohorst v Finanzamt Steinfurt*, ECR I-11779.

in so far as they applied to purely artificial arrangements entered into for tax reasons alone.<sup>169</sup>

79. It is worth adding that, if the situation concerned a lender established in a third country the right of establishment would not apply, nor would EC law. In *Lasertec*,<sup>170</sup> a Swiss parent company granted the loan to a German subsidiary in which it held two thirds of the capital. Deduction of the interest paid was denied on the basis of the debt to capital ratio. The Court held that the restriction of capital movement was an unavoidable consequence of the restriction on the freedom of establishment and that therefore the freedom of establishment was the governing provision. However, this provision could not be relied upon with regard to relations with a third country.

### **B. Withholding tax**

Under Belgian law, a withholding tax of 15 % applies to interest paid to non-residents, whereas the withholding is waived when interest is paid to a Belgian “professional investor”, including a.o. resident companies. Under the Belgium-Luxembourg DTC, the withholding is waived on interest paid to companies, except if it is paid to a creditor owning 25 % or more of the shares of the payer.

In *Truck Center*<sup>171</sup>, a Belgian debtor was subject to withholding on interest paid to its 48 % Luxembourg parent.

The Court found no infringement of the freedom of establishment. Domestic and foreign recipients of interest are not in the same situation, as Belgium taxes in the first case as State of residence and in the second case as State of source. Besides, interest is taxed in both cases to the recipient, under corporation tax in the first case and under the withholding tax in the second case. The withholding procedure is justified by the fact that non-resident companies are not subject to Belgian supervision. It corresponds to the division of taxing powers agreed by treaty between Belgium and Luxembourg.

Finally, the difference in treatment results in no disadvantage to non-resident companies as resident companies are subject to a corporation tax which is higher than the withholding and must make advance payments of corporation tax.

The solution would be the same if the situation was appreciated under the freedom of movement of capital.

## **Chapter III. Taxation of company shareholders**

80. The issues concerning the taxation of company shareholders are mainly related to the potential (and often actual) risk of economic double taxation of distributed income. Although most Member States have found solutions which mitigate the economic double

---

<sup>169</sup> Case C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (fn 45).

<sup>170</sup> ECJ, Order of 10 May 2007, Case C-492/04, *Lasertec v FA Emmendingen*, ECR I-3775. For a comment see Cordewener, A., Kofler, G. W., Schindler, C. P., Free movement of capital and third countries: exploring the outer boundaries with *Lasertec*, *A and B* and *Holböck*, *Eur. Tax.*, 2007, p. 371.

<sup>171</sup> ECJ, 22 December 2008, Case C-282/07, *Etat belge-SPF Finances v Truck Center S.A.*, ECR ...

taxation of such income, these national solutions vary according to the political choices of the various Member States, and therefore problems may arise when corporate income crosses national borders.

81. Concerning dividends, a distinction should be drawn between outbound dividends (i.e. dividends paid by a domestic corporation to foreign shareholders, individuals or corporations) and inbound dividends (i.e. dividends paid by a foreign EU corporation to domestic shareholders, individuals or corporations). With regard to this distinction, the issues raised before the Court concern the equal treatment of outbound dividends paid to foreign and domestic shareholders and of inbound dividends from foreign and domestic sources which are paid to domestic shareholders.

Moreover, other questions have been addressed by the Court, such as the taxation of capital gains and the deduction of costs related to participations.

## **Section I. Tax treatment of outbound dividends**

### **§ I. Withholding tax on outbound dividends**

82. Traditionally, the State of the company paying a dividend will impose a withholding tax. Sometimes the withholding is waived in favour of domestic shareholders, especially parent companies. In most cases, the withholding tax rate is reduced by DTCs,<sup>172</sup> depending on the person of the shareholder (parent company or not). The DTC generally provides that the State of residence of the shareholder will grant a tax credit for the foreign withholding. However, to a foreign parent, the tax credit will often be ineffective to relieve double taxation:

- if the residence country exempts foreign dividends, no tax is due so that no credit is given;
- if the residence country grants both a direct tax credit for the withholding and an indirect tax credit for the underlying corporate tax due in the source country in respect of the dividend, the credit will often exceed the amount of national tax due and such excess credit will be lost.

83. The Court has issued a number of important judgments on the compatibility of withholding taxes on outbound dividends with EU law.

84. In *Denkavit Internationaal*,<sup>173</sup> France levied a withholding tax on dividends paid to foreign parents. Dividends paid to domestic parents were not subject to such withholding and moreover economic double taxation of such dividends was eliminated by a 95 % exemption in the hands of the parent. The parent company established in another Member State would therefore be taxed more heavily than a domestic parent

---

<sup>172</sup> From, in most cases, 25% to 15% or even 5 or 0% in favour of parent companies.

<sup>173</sup> ECJ, 14 December 2006, Case C-170/05, *Denkavit Internationaal v Ministre de l'Economie*, ECR I-11949.

company. The Court found in this case that there was a restriction of the freedom of establishment. In fact, although the DTC between the countries of the subsidiary and the parent companies provided for a tax credit in the parent company's country (here, the Netherlands) to take into account the withholding tax, the restriction was not eliminated as the dividend was tax-exempt in the Netherlands, so that no credit was effectively granted.

**85.** In *Amurta*,<sup>174</sup> the Court was faced with a similar situation but in the absence of sufficient shareholder influence. The case was analysed under the free movement of capital and not under the right of establishment. The Court found that the free movement of capital was restricted and that the difference in the treatment of non-residents and residents could not be justified. Indeed, the Court held that once a country taxes residents and non-residents on dividends distributed by a resident company, it puts them in a comparable situation and the coherence of the tax system does not justify such a difference in treatment, as there is no link between the exemption for resident companies and a compensatory tax which they would bear. It was alleged that Portuguese law and the DTC between Portugal and the Netherlands provided for a credit of the withholding tax at source in the State of residence. The Court responded that, although a Member State may not rely on a tax benefit granted unilaterally by another Member State to justify a violation of Community law, it may, however, achieve conformity with Community law by treaty provisions, subject to the scrutiny of national Courts.

Again in *Aberdeen*,<sup>175</sup> the Host State exempted dividends paid by a subsidiary to its domestic parent whereas a withholding tax was charged on dividends paid to non-resident companies – in the case at hand a SICAV under Luxembourg law. The Parent-subsiary Directive does not apply, as a SICAV is not a listed company under that Directive. A difference in treatment cannot be justified by the fact that the legal form of a SICAV is unknown under the law of the subsidiary “*since, as the company law of the Member States has not been fully harmonised at Community level, that would deprive the freedom of establishment of all effectiveness*”.<sup>176</sup>

**86.** The reasoning has been extended to an EEA-situation, where **the Netherlands**<sup>177</sup> levied a withholding tax on dividends paid to Norwegian or Icelandic affiliates holding less than respectively 25% or 10% of the shares and exempted dividends paid to EU affiliates holding as little as 5% of the shares. That was found to be a prohibited restriction of the movement of capital under article 40 of the EEA Agreement.

**87.** In situations not covered by the parent-subsiary directive, **Italy**<sup>178</sup> levied a withholding tax<sup>179</sup> on dividends paid to foreign companies but exempted dividends paid to Italian companies. The Court found a restriction of movement of capital; Italy argued that the levy aimed to fight tax evasion, a contention that was dismissed in the case of

---

<sup>174</sup> ECJ, 8 November 2007, Case C-379/05, *Amurta v Inspecteur van de Belastingdienst*, ECR I-9564.

<sup>175</sup> ECJ, 18 June 2009, Case C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, ECR I-5145.

<sup>176</sup> Para. 50.

<sup>177</sup> ECJ, 11 June 2009, Case C-521/07, *Commission v. Netherlands*, ECR I-4873.

<sup>178</sup> ECJ, 19 November 2009, Case C-540/07, *Commission v. Italy*, ECR I-10983.

<sup>179</sup> 27%., subject to a refund of 4/9<sup>ths</sup>

EU companies, where directive 77/799/EEC on mutual assistance applies, but upheld concerning the EEA countries (Iceland, Norway, Liechtenstein) with which Italy argued<sup>180</sup> that it does not have a provision of exchange of information in tax matters.

**88.** Similar cases have confirmed that a different treatment of corporate shareholders, non-resident and resident, is a restriction to the freedom of establishment or to the free movement of capital.

This was the case in **Commission v Spain** of a Spanish withholding tax on dividends applicable to non-resident companies when resident companies were exempt up to 93 % on such income.<sup>181</sup>

In the old French system, a French company redistributing dividends of its subsidiaries to its shareholders was subject to a compensatory tax equivalent to corporation tax ("précompte") but could credit against this tax an equivalent amount on account of dividends of French subsidiaries but not of foreign subsidiaries.

**89.** Portugal was blamed in **Commission v Portugal** for taxing dividends paid to a non-resident pension fund whereas dividends paid to a domestic pension fund were not taxed.<sup>182</sup> It was also found in violation in **Amorim Energia** because a corporate shareholder resident in Portugal could obtain the total elimination of the economic double taxation resulting from withholdings three months after filing its tax return whereas a non-resident corporate shareholder obtained no relief if its shareholding was lower than 20 % and had to hold the qualified participation during two years before obtaining relief.<sup>183</sup>

**90.** In the German system, only German parents could obtain the credit or the reimbursement of the corporate tax supplement withheld at source on distributions of dividends. In cases which were not covered by the parent-subsidiary directive, the withholding applied and was final for foreign parents.<sup>184</sup> In **Commission v Germany**, this was held contrary to the freedom of movement of capital.

In a case of partial splitting, the Belgian withholding on the liquidation gain was final for non-resident corporate shareholders whereas it was creditable and reimbursable for Belgian parents.<sup>185</sup> In **Tate & Lyle**, this was also held contrary to the freedom of movement of capital.

**91.** Finland levied a withholding tax on dividends paid to a US UCIT. In **Emerging Markets**<sup>186</sup>, the Court held that such a different treatment in respect of movements of capital was forbidden vis-à-vis third countries. The referring national court must verify

---

<sup>180</sup> A somehow surprising affirmation, in view, notably, of article 27 of its conventions of 17 June 1985 with Norway (ratified by Italian law No. 108/1987) and of 10 September 2002 with Iceland (ratified by Italian law No. 138/2008). The Court noted that Italy had "maintained, without being contradicted" (§ 71).

<sup>181</sup> ECJ, 15 September 2011, Case C-310/04, *Commission v Spain*.

<sup>182</sup> ECJ, 6 October 2011, Case C-493/09, *Commission v Portugal*.

<sup>183</sup> ECJ, 18 June 2012, Case C-38/11, *Amorim Energia*, Order.

<sup>184</sup> ECJ, 20 October 2011, Case C-284/09, *Commission v Germany*.

<sup>185</sup> ECJ, 12 July 2012, Case C-38/11, *Tate & Lyle Investment*, Order ; see also ECJ, 25 October 2012, Case C-387/11, *Commission v Belgium*.

<sup>186</sup> ECJ, 10 April 2014, Case C-190/12, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company v Dyrektor Izby Skarboweg Bydgoszczy*.

whether the mechanisms of exchange of information provided in the applicable tax conventions are sufficient to secure the effectiveness of tax controls, which was the case under the tax treaty between the United States and Poland. The information exchange provided by the UCIT directive is irrelevant as to tax matters.

In **Miljoen**,<sup>187</sup> three taxpayers questioned the compatibility with the freedom of movement of capital of the Dutch withholding tax on dividends paid to non-residents, which is a final tax, whereas, for Dutch individual or corporate residents it is only an advance on the final tax due and may be set off with the final tax, the excess being reimbursed. The Court confirmed that, as soon as both non-residents and residents are subject to tax, their situations are comparable, and that the differential treatment of dividends paid to those two categories of taxpayers constitutes a restriction to the free movement of capital.

A convention for the avoidance of double taxation may allow the effects of the difference in treatment under national legislation to be compensated for, but only if the tax withheld can be fully set off against the tax due in the Member State of residence. This was not the case under the Belgian-Dutch tax treaty, as the foreign withholding is only allowed in Belgium as a deduction and not as credit and that moreover the deduction is granted under national law and not under the convention: the State of source cannot rely on a tax advantage granted unilaterally by the State of residence, as held in *Amurta*.

As for the French-Dutch convention, it granted to the French corporate recipient of the Dutch dividend a tax credit, but the credit was limited to the French tax due on the same amount. It is therefore for the national court to ascertain whether the withholding was fully offset.

## § 2. Tax credit for dividends

**92.** In **Fokus Bank**,<sup>188</sup> the EFTA Court, which interprets the Agreement on the European Economic Area with regard to the EFTA States (Iceland, Liechtenstein and Norway), was faced with the issue of a tax credit granted to shareholders in respect of corporation tax paid by the distributing company: such a credit is granted in Norway to resident shareholders, but not to non-resident shareholders. Contrary to what the Court of Justice would later hold, the EFTA Court considered that this differential treatment was in violation of the free movement of capital (Article 40 EEA), as it deterred non-residents from investing in Norway.

**93.** In the two following cases, the issues stemmed from the system then in force in the UK to prevent economic double taxation. A shareholder receiving a dividend was entitled to a partial tax credit on account of the tax paid by the distributing company which accordingly had to pay “advance corporation tax” (ACT, abolished in 1999). When the

---

<sup>187</sup> ECJ, 17 September 2015, Case C-10/14, C-14/14 and C-17/14, *Miljoen, X and Société Générale S.A. v Staatssecretaris van Financiën*.

<sup>188</sup> EFTA Court, 23 November 2004, Case E-1/04, *Fokus Bank v The Norwegian State*, OJ C 45, 23.2.2006, p. 10.

recipient of the dividend was another company, it could apply the ACT against the ACT due on its own distributions and a UK final shareholder would be granted a tax credit.

However, when a non-resident company received a dividend from a company resident in the UK, it was in principle not entitled to a tax credit, except if a DTC so provided. The ACT was nevertheless payable by the distributing company.

When a UK parent company held at least 51% of a UK subsidiary, both companies could make a group income election. In that case, no ACT was payable by the subsidiary upon distribution of a dividend. The parent company was not entitled to a tax credit. ACT was payable only when the parent company redistributed the dividend.

**94.** In *Metallgesellschaft/Hoechst*,<sup>189</sup> the Court found that the denial of the group income election to foreign parent companies constituted an unjustified restriction of the freedom of establishment. In fact, according to the ACT regime, UK subsidiaries had to pay ACT on dividends paid to non-resident (EU) shareholders while no ACT was due on dividends paid to resident shareholders. This system led to a cash-flow disadvantage detrimental to non-resident shareholders.

**95. ACT Group Litigation**<sup>190</sup> raised various questions concerning the ACT regime. According to the Court, the fact that a resident parent company which received a dividend was entitled to a tax credit, whilst – except under certain DTCs – a non-resident parent company was not, did not constitute a restriction on the freedom of establishment or on the free movement of capital. In effect, as regards the mitigation of economic double taxation of profits in the hands of a subsidiary and a parent company, a non-resident parent company is not in the same situation as a domestic parent company: it is for the State of residence of the parent company to avoid double taxation. It is not compelled to do so, except when the Parent-Subsidiary Directive<sup>191</sup> applies. To impose the duty to avoid double taxation upon the subsidiary's State of residence would deprive this State from the right to tax profits which arise in its territory.

The Court of Justice, furthermore, considered that the UK, in granting by treaty the right to a full or partial tax credit to parent companies resident in the Contracting States alone, did not unduly restrict the freedom of establishment of parent companies resident in States to which no such treaty applied. In the absence of tax harmonisation, in particular in the field of elimination of double taxation, Member States are free to allocate fiscal jurisdiction amongst them by means of bilateral agreements.

The UK ACT regime was abolished in 1999 and replaced by a system of quarterly instalment payments of corporation tax.<sup>192</sup>

<sup>189</sup> ECJ, 8 March 2001, Cases C-397/98 and C-410/98, *Metallgesellschaft/Hoechst*, ECR I-1727.

<sup>190</sup> ECJ, 12 December 2006, Case C-374/04, *Test claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, ECR I-11673.

<sup>191</sup> Council Directive 90/435/EEC on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 225, 20.8.1990, p. 6, now replaced by Council Directive of 30 November 2011 as amended by Council Directive 2014/86/EU of 8 July 2014.

<sup>192</sup> [http://www.hmrc.gov.uk/stats/corporate\\_tax/introduction.pdf](http://www.hmrc.gov.uk/stats/corporate_tax/introduction.pdf).

In *Burda*,<sup>193</sup> the Court analysed the German dual corporate tax rate system as it applied under the Corporation Tax Law 1996. Resident shareholders only were entitled to benefit from a tax credit of 30% for the tax paid by the corporation. Furthermore, an additional tax was charged when the amount of dividend distributed exceeded the profits taxed at 30% available for distribution. Burda was charged this additional tax despite the fact that half of the dividend distributed was paid to a non-resident shareholder which was not entitled to the corresponding tax credit.

According to the Court, there was no discrimination since the additional tax was charged irrespective of the residence of the shareholder, so that Burda's tax burden was not aggravated on the basis of the residence of its parents. The tax credit itself is granted in order to mitigate economic double taxation. In a cross-border situation, it is up to the State of residence of the shareholder to prevent economic double taxation of dividends.<sup>194 195</sup>

In *Groupe Steria*,<sup>196</sup> the Court had to compare the 95 % deduction granted to French parents for domestic and foreign dividends alike with the integration system, available only between a domestic parent and its domestic subsidiaries, under which intra-group transactions are disregarded and a 100 % dividend exemption follows as a result. The French consolidation regime was judged incompatible with EU law.

## **Section 2. Tax treatment of inbound dividends**

96. The treatment of inbound dividends has also been scrutinised by the Court. These cases often address the compatibility with EC law of national mechanisms, aimed at avoiding or mitigating economic double taxation of dividends in the hands of the shareholders, but restricted either to resident shareholders or to dividends distributed by resident companies. A further group of judgments specifically addresses the issue of intra-group dividends between parent companies and subsidiaries which are located in different Member States.

### **§ I. Branches and economic double taxation of dividends**

97. As seen above, a national tax regime of dividends can discriminate between branches of non-resident companies and subsidiaries of domestic companies. The very first case brought before the Court of Justice in the field of direct taxation concerned the "*avoir fiscal*",<sup>197</sup> a tax credit granted to French resident shareholders equal to half the

---

<sup>193</sup> ECJ, 26 June 2008, Case C-284/06, Finanzamt Hamburg – Am Tierpark v Burda GmbH, formerly Burda Verlagsheteiligungen GmbH, *ECR* I-4571.

<sup>194</sup> Para. 88-89.

<sup>195</sup> The Bundesfinanzhof decided accordingly: BFH, 26 November 2008, I R 56/05, *TNS Online*, 24 March 2009.

<sup>196</sup> ECJ, 2 September 2015, Case C-386/14, *Groupe Steria* ; Korving, J., *Groupe Steria, A Threat to Group Taxation Regimes ?*, *EC Tax Review*, 2016, p. 40.

<sup>197</sup> *Avoir fiscal*.

dividend received, as a partial relief from corporation tax paid on the distributed profits.<sup>198</sup> This credit was denied to non-residents and in particular to French branches of foreign insurance companies. It was extended to non-residents, but never to branches, by some DTCs concluded by France. The Court found this denial to be in a breach of the Treaty provision securing freedom of establishment, whether by creation of a branch or a subsidiary.<sup>199</sup>

**98.** The favourable tax regime for dividends applicable to residents can also find its source in a DTC. In **Saint-Gobain**, a tax relief provided for in a DTC concluded between Germany and the United States was partly denied to a German branch of a French company, on the ground that the DTC applied only to German companies and companies subject to unlimited tax liability in Germany. The Court held that the Member States must grant to permanent establishments the same advantages as to resident companies. The Court also held that “*as far as the exercise of the power of taxation so allocated is concerned, the Member States nevertheless may not disregard Community rules....although direct taxation is a matter for the Member States, they must nevertheless exercise their taxation powers consistently with Community law*”.<sup>200</sup>

As from 1994,<sup>201</sup> even before the judgment was delivered, German law extended to permanent establishments both the dividend exemptions granted by DTCs<sup>202</sup> and the indirect credit on account of foreign corporation tax paid by a subsidiary on distributed profits.<sup>203</sup> The discriminatory provision concerning wealth tax was also repealed.<sup>204</sup>

## § 2. Differential taxation of shareholders based on company residence

### Exemption

**99.** Member State laws can also be found to be incompatible with EC requirements with regard to the introduction of distinctions in the tax treatment of their (resident) shareholders as concerns the State of residence of the company in which those shareholders have their holding. In **Verkooijen**,<sup>205</sup> the Court found a Dutch exemption only available for dividends received from a domestic company to be contrary to the free movement of capital.

### Tax rates

**100.** Discrimination can also occur as regards a difference in the tax rate on foreign and domestic inbound dividends, as the Court held in **Lenz**.<sup>206</sup> The case concerned Austrian legislation, which provided that dividends from domestic corporations were taxed to

<sup>198</sup> French CGI, Art. 158 bis, Art. 158 ter and Art. 204.

<sup>199</sup> French CGI, Art. 158 bis, Art. 158 ter CGI and Art. 204.

<sup>200</sup> Para. 56-57.

<sup>201</sup> Law to Maintain and Improve the Attraction of the Federal Republic as a Site for Business of 13 September 1993, BGBl. I, p.1569.

<sup>202</sup> Sec. 8b (4) German Corporate tax law (KStG).

<sup>203</sup> Sec. 26(7) KStG.

<sup>204</sup> Law on the Furtherance of Corporation Tax Reform of 29 October 1997.

<sup>205</sup> ECJ, 6 June 2000, Case C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën v Verkooijen*, ECR I-4073.

<sup>206</sup> ECJ, 15 July 2004, Case C-315/02, *Lenz v Finanzlandesdirektion für Tirol*, ECR I-7063.

resident individuals at a reduced rate while dividends from foreign shares were taxed at the ordinary rate of income tax. In the same line, discrimination exists where the tax system provides for an exemption of income tax at the level of the individual shareholder for dividends paid by a national company while a tax is due – even with a tax credit being granted – in the case of dividends received from a EU company.<sup>207</sup> The Court ruled in a similar way as regards a company shareholder, in *Haribo*, concerning inter-company dividends.<sup>208</sup>

In *Haribo*, the Court had to reconsider various questions raised in previous cases in the light of Austrian legislation on incoming dividends.

1°. Dividends from domestic companies are always tax exempt in the hands of the receiving company, as are dividends on shares of “international inter-company holdings”, being 10 % subsidiaries held during one year and shares in companies falling under the definition of companies subject to the parent-subsidiary directive or in companies located in EEA countries. However, portfolio dividends on a lower than 10 % holding in a company located in the EEA are exempt only if Austria and the source country are bound by an agreement on mutual assistance in administrative matters and enforcement.

The Court considered this difference to entail a restriction on the free movement of capital which could be justified as to the requirement of a convention providing for mutual administrative assistance, as the EU directive on such assistance is not in force with third countries and as Austrian law also subjects the exemption to the condition that the profits of the distributing company be subject abroad to a tax comparable to the Austrian corporation tax.

However, this does not warrant that an agreement be required also as to the enforcement of the recovery of taxes. Recovery takes place in Austria and does not require any intervention of the source State.

2°. The exemption, as stated, is conditional upon the levy on the profits of the foreign distributing company of a tax comparable to Austrian corporate tax, which should not be lower than the latter by 10 percentage points, the company not enjoying an exemption therefrom.

Failing those conditions, the exemption is replaced by a credit for the foreign corporation tax.

The restriction on the free movement of capital is justified here, as it was held that a State may apply indifferently an exemption or an imputation method and apply one to domestic dividends and the other one to foreign dividends.<sup>209</sup>

The difficulties which the taxpayer encounters to gather information relating to the conditions put upon the use of the exemption method are irrelevant, as the only

---

<sup>207</sup> ECJ, 23 April 2009, Case C-406/07, *Commission v Hellenic Republic*.

<sup>208</sup> ECJ, 10 February 2011, Joined Cases C-436/028 and C-437/08, *Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH and Österreichische Salinen AG v Finanzamt Linz*: Operative part of the judgment at point 3.

<sup>209</sup> ECJ, 22 December 2006, Case C-446/04, *Test Claimants in the Franked Investment Income (FII) Group Litigation*, ECR I-11753, ECJ, 23 April 2008, Case C-201/05, ECR I-2875, *Test Claimants in the Franked Investment Income (FII) Group Litigation and CDC and Dividend Group Litigation*.

consequence of the non-application of this method is the switchover to the equally permissible imputation method.

Difficulties are also faced in gathering evidence as to the creditable tax under the imputation method : they are however inherent to that method, as it was also held.<sup>210</sup> They may be enhanced when dividends are distributed through an investment fund, but this information is available to the distributing company which should supply it. The State of residence is under no obligation to gather it by way of conventional mutual assistance provided by a DTC.

3°. Dividends paid on participations inferior to 10 % in third countries – non EEA members – companies give no entitlement to neither exemption nor imputation of the underlying corporate tax.

As it was also held,<sup>211</sup> such a restriction of the free movement of capital, which has been unilaterally extended to third countries by article 63 TFEU, cannot be justified. Reciprocity is not a condition under the Treaty. The denial is not predicated, as vis-à-vis EEA countries, upon the lack of a convention on mutual assistance. It is absolute and therefore not proportionate to the permitted goal of a restrictive measure.

It was in force in 1993 but article 64 TFEU grandfathers only provisions existing at that date concerning direct investment, acquired with a view to the creation or maintenance of lasting and economic ties between the shareholder and the distributing shareholdings lower than 10 %.

4°. If the receiving company is in a loss situation and may claim an exemption, its loss will be carried forward. If it is subject to the imputation method, there is no tax on which to credit the foreign tax and its loss will be used up. The credit is not carried forward. De facto, the dividends are subject to economic double taxation. The situation is similar as to the findings in *Cobelfret* or *KBC Bank* (see *infra*).

This discrimination between the two types of income, domestic and foreign, is contrary to the free movement of capital.

Austria grants, when applying the imputation method, no credit for the withholding tax levied abroad on dividends from non-resident companies. This situation results from the parallel exercise of the taxing powers of two Member States and cannot be remedied under the Treaty, which does neither attribute Member States areas of competence nor oblige the State of residence to avoid double taxation.

## **Credit**

**101.** One method to avoid double taxation of dividends consists in granting the shareholder a credit corresponding to all or part of the corporation tax paid by the distributing company. In Finland, the shareholder of a Finnish company was granted such a credit, corresponding to the Finnish corporation tax rate. The credit did not apply in respect of foreign dividends. In *Manninen*,<sup>212</sup> the Court held that the denial of the credit

---

<sup>210</sup> FII Group Litigation.

<sup>211</sup> FII Group Litigation.

<sup>212</sup> ECJ, 7 September 2004, Case C-319/02, *Manninen*, ECR I-7215.

in respect of dividends from other Member States constituted a restriction on the free movement of capital.

In reaction to the Court's judgment, Finland abolished the tax credit regime,<sup>213</sup> as did France,<sup>214</sup> the United Kingdom and Germany.

**102.** The same conclusion was reached in *Meilicke*<sup>215</sup> in respect of the German tax credit granted to shareholders of domestic corporations, corresponding to the (lower) corporation tax rate on distributed profits (30%).

Following the decision, Germany in order to limit the foreseeable claims for tax refunds has changed its procedural law.<sup>216</sup> The imputation system has been replaced by a partial income system whereby 60 percent only of the dividends received are subject to tax in the hand of the shareholder.<sup>217</sup>

**103.** As regards non-final shareholders (i.e. companies), the Court had to decide on several cases (a.o. *Denkavit Internationaal, Amurta, F II Group Litigation, Haribo, Orange Smallcap*). In *Glaxo Wellcome*,<sup>218</sup> which arose in the framework of an intra-group reorganisation, the national provision granted to the resident shareholder a full imputation whereby the tax paid by the resident subsidiary was credited against the tax to be paid by the parent recipient; an excess tax credit could be carried over; furthermore, those taxpayers were entitled, on reception of the dividends, to reduce the value of their holding in their tax balance sheet, thus reducing the tax basis resulting from the gross amount distributed. Such advantages were denied to the recipient receiving dividends from a non-resident company. The Court first held that the case dealt with the free movement of capital rather than with the freedom of establishment, the purpose of the legislation at issue being to prevent non-resident shareholders from obtaining an undue tax advantage.<sup>219</sup> Such a regime is not precluded under the free movement of capital where it “does not exceed what is necessary to maintain a balanced allocation of the power to impose tax between the Member States and to prevent wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality and whose purpose is unduly to obtain a tax advantage”; that must be checked by the national courts.

**104.** However, an unfavourable tax treatment of foreign dividends is not always contrary to the EC Treaty. In *Kerckhaert-Morres*,<sup>220</sup> the Court found that Belgian law was not

<sup>213</sup> As regards refunds, see Bill HE 57/2005 effective as of 15 August 2005 (*TNS Online*, 18 August 2005), extending refunds to EEA situations.

<sup>214</sup> See Finance Law 2004. On 21 December 2006, the Administrative Lower Court of Versailles ruled that the French legislation on the “avoir fiscal” tax credit and the precompte was not compatible with the free movement of capital principle and ordered for a refund of EUR 156 million. *TNS Online* (21 February 2007) mentions a possibility for the French State to have to refund between EUR 3 and EUR 5 billion.

<sup>215</sup> ECJ, 6 March 2007, Case C-292/04, *Meilicke, Weyde, Stöffler v Finanzamt Bonn-Innenstadt*, ECR I-1835.

<sup>216</sup> Sec. 175 of the General Tax Code; Cordewener, A., Germany, in Brokelind (2007), p. 151.

<sup>217</sup> Krämer, J., “German Credit Should Match Foreign Tax Rate Up to 30 Percent, AG Says”, *TNI*, 2011, p. 275.

<sup>218</sup> ECJ, 17 September 2009, Case C-182/08, *Glaxo Wellcom Gmbh v Finanzamt München II*, ECR I-8591.

<sup>219</sup> Paras. 50-52.

<sup>220</sup> ECJ, 14 November 2006, Case C-513/04, *Kerckhaert-Morres v Min. of Finance*, ECR I-10967; description of the facts in Malherbe, J., and Wathelet, M., ‘Pending cases Filed by Belgian Courts: The Kerckhaert-Morres case’, in Lang, M., Schuch, J. and Staringer, C., *ECJ – Recent Developments in Direct Taxation*,

contrary to the free movement of capital as it did not discriminate between Belgian dividends and dividends from other Member States. Even if Belgian individual taxpayers receiving foreign dividends bear a foreign withholding tax burden plus Belgian taxation on the net dividend at the rate of the Belgian withholding tax, whereas Belgian taxpayers receiving Belgian dividends will only bear the Belgian withholding tax, resulting in a higher net dividend, the same rate of tax applies in Belgium to both classes of income. The situation in **Kerckhaert-Morres** is thus different from the one found in the **Verkooijen**, **Lenz**, or **Manninen** cases, where the State of residence treated foreign dividends differently from domestic dividends, denying to the former a tax benefit granted to the latter.

**105.** In a similar case, **Damseaux**, the Court went on to say that, although the tax convention between Belgium and France allows both countries to tax cross-border dividends, Member States are free under Community law to allocate powers of taxation between them and to take measures preventing double taxation. The Member State of residence is not compelled by the freedom of movement of capital to take such a measure itself.<sup>221</sup> However, the French Conseil d'Etat considered that by subjecting a non-resident, residing in Belgium, to a withholding tax of 15 % on dividends of a French company, France discriminated him as a resident shareholder would be subject to a lower taxation taking into account the 40 % abatement on the gross dividend and other measures applicable at that time.<sup>222</sup> On the contrary, Spain discriminates against non-resident shareholdings, when exemption of dividends taxation is granted to companies on a shareholding requirement which is higher for non-resident holdings than for holdings in resident companies.<sup>223</sup>

**106.** The ECJ also applied this viewpoint in **Orange European Smallcap** when considering that there is no differentiation, in the case at hand, by the State of residence in the tax treatment of the dividends received by a Dutch investment fund on the basis of their origin.<sup>224</sup>

### Local taxes

**107.** Where the withholding tax is final in Belgium for both national and foreign dividends (and interest), the foreign dividend that has not borne the withholding tax must be reported in the individual tax return and is charged with a tax at the same rate as the withholding tax, increased by local taxes. Such local taxes discriminate against foreign dividends (and interest), said the ECJ in **Dijkman**.<sup>225</sup>

---

Vienna, Linde Verlag, 2006, p. 53 ; See, for a similar decision on dividend distributions from France to Italian residents, ECK, 4 February 20116(Order), Case C-194/15, Baudinet, Bayer v Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale I de Torino.

<sup>221</sup> ECJ, 16 July 2009, Case C-128/08, *Jacques Damseaux v Etat belge*, ECR I-6823.

<sup>222</sup> Conseil d'Etat, 7 May 2014 ; P. Delacroix and O. Hermand, *Dividendes d'origine française : discrimination des résidents belges*, *Fiscologue International*, 2014, n° 366, p. 1.

<sup>223</sup> ECJ, 3 June 2010, Case C-487/08, *Commission v Spain*.

<sup>224</sup> ECJ, 20 May 2008, Case C-194/06, *Staatssecretaris van Financiën v Orange Smallcap Fund N.V.*, ECR I-3747, at para. 36-37.

<sup>225</sup> ECJ, 1 July 2010, Case C-233/09, *Gerhard Dijkman, Maria Dijkman-Lavaleije v Belgische Staat*. Administrative circular of 19 October 2010, [www.fisconet.be](http://www.fisconet.be).

## Tax shield

**108.** The French “tax shield” set a ceiling on income and wealth tax. In *Bouanich*, it was held that France wrongly denied the inclusion of Swedish withholding taxes which had been credited in France in the computation of income taxes.<sup>226</sup>

## Third countries

**109.** Dividends could also come from a non-EU Member State. In *Holböck*,<sup>227</sup> the Court held that the free movement of capital was applicable to dividends received by an Austrian shareholder from a Swiss company.<sup>228</sup> In this case, however, the restriction created under Austrian law could be upheld under Article 64 TFEU (Article 57 EC), grandfathering provisions in existence in 1993.

**110.** Investment in a third country was also discussed in *A and B*.<sup>229</sup> Sweden had enacted a special regime for companies with “concentrated shareholding” (i.e. companies in which 50% of the shares are held by less than five individuals). Dividends of such companies were taxed as income from capital only up to a given return on the capital invested, including a fraction of any salaries paid to employees, provided that they were employed in Sweden or in another Member State, but not in a third country. The Court held that the freedom of establishment did not apply to the creation of a branch in a third country and that the free movement of capital could not apply, since the restriction was merely an unavoidable consequence of the restriction of the right of establishment.

**111.** In the *A* case, however, the Court considered that the freedom of capital was restricted by a Swedish legislation exempting a shareholder in respect of certain dividends, provided that the distributing company is established in a EEA State or a third State with which a DTC providing for the exchange of information has been concluded. Nevertheless, the national provision at stake was considered justified, because in the relations with third countries, a Member State cannot verify with the same degree of reliability that the conditions for the granting of the exemption are met as in intra-Community relations.<sup>230</sup>

## Intra-group dividends

**112.** Finally, the question of the tax treatment of intra-group dividends has also been addressed by the Court. In *Franked Investment Income (FII) Group Litigation*,<sup>231</sup> the Court had to examine various differences in the tax treatment of foreign and domestic inbound dividends received by UK parent companies in relation with ACT, some of which were found incompatible with EC law. Especially, the Court held that when the State of residence grants relief to mitigate double taxation of dividends received from resident

---

<sup>226</sup> ECJ, 13 March 2014, Case C-375/12, *Bouanich v Directeur des services fiscaux de la Drome*.

<sup>227</sup> ECJ, 24 May 2007, Case C 157/05, *Holböck v FA Salzburg-Land*, ECR I-4051.

<sup>228</sup> An investment creating lasting and direct links between a person and an undertaking falls within the category of direct investment, which is inspired from the nomenclature of capital movements set out in Annex I of the Council Directive 88/361/EEC of 24 June 1988 for the implementation of Article 67 of the Treaty [Article repealed by the Treaty of Amsterdam], OJ. L 178, 8.7.1988, p. 5.

<sup>229</sup> ECJ, 10 May 2007, Case C-102/05, *Skatteverket v A and B*, ECR I-3871.

<sup>230</sup> ECJ, 18 December 2007, Case C-101/05, *A*, paras. 60-64.

<sup>231</sup> ECJ, 12 December 2006, Case C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECR I-11753.

companies, it must treat dividends paid by non-resident companies in the same way; however, it is not precluded by EU law for the State of residence to provide for exemption of domestic dividends and to tax dividends paid by non-resident companies if, for those latter, a tax credit is granted in such a way that the dividend paid by a non-resident company is not tax higher than the domestic dividend. The Court repeated this statement in the ***Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation***.<sup>232</sup>

In **Test Claimants in the (FII) Group Litigation**, and **Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation**, the Court had to examine differences in the tax treatment of domestic and inbound dividends received by UK parent companies. The UK operated, in order to avoid economic double taxation of dividends, a system of partial imputation. When a resident company distributed profits, the shareholders could impute part of the corporation tax paid by the company on its own tax by way of tax credit.

In order to be sure that the credit would correspond to a corporation tax actually paid, the distributing company had to pay, when making the distribution, an “advance corporation tax” (ACT) equal to the percentage creditable by the shareholder.

Subsequently, the company could impute the ACT on its (mainstream) corporation tax and, if its liability was insufficient, carry it back or forward to other accounting periods or surrender it to subsidiaries which could use it.

When a resident company received a dividend from another resident company, such dividend was not subject to corporation tax. Besides, the ACT paid by the distributing subsidiary could be set off against the ACT due by the parent when the latter redistributed the dividend. The dividend and the tax credit corresponding to the ACT constituted together “franked investment income” (FII).

On the contrary, when a UK resident company received dividends from a foreign subsidiary, the dividend was not subject to corporation tax, but the UK parent could set off against its corporation tax :

- the withholding tax levied abroad on the distribution (direct credit) ;
- if it held more than 10 % of the voting rights in the subsidiary, the underlying corporate tax paid abroad by the subsidiary on the income distributed up to a limit formed by the UK corporate tax which would have been due on this income (indirect credit).

This resulted often in a payment by the parent of “surplus ACT” which could not be set off against a final tax liability : the tax liability had already been met by the foreign tax credit ; no tax credit was granted on the ACT on (partial) account of the foreign corporate tax paid.

As of 1994, the UK introduced an optional regime under which the UK company receiving dividends from a non-resident subsidiary could treat it as a “foreign income dividend” (FID).

---

<sup>232</sup> ECJ Order, 23 April 2008, Case C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, ECR I-2875.

When the parent company redistributed the dividend, it was liable to pay ACT but, when it became liable to corporation tax, could later reclaim the surplus ACT which could not be set off with the tax.

In that case however, the individual shareholders receiving the dividend were not entitled to a tax credit.

The Court held that a Member State which wishes to prevent the imposition of a series of charges to tax as distributed income could choose between various systems and apply different systems to foreign and domestic dividends, provided that foreign dividends were not treated less favourably than domestic dividends in comparable situations.

In that respect, exemption and imputation are acceptable, even if imputation imposes additional administrative burdens on the recipient, those burdens being an intrinsic part of the system.

However, when corporate shareholders owning less than 10 % of a foreign distributing company are denied the indirect credit for the underlying taxes paid by the distributor, freedom of movement of capital is infringed. Foreign and domestic dividends are not treated in the same way.

On the contrary, a UK company receiving foreign dividends is discriminated when it is denied the right to deduct from the ACT due upon redistribution of the dividend any amount on account of the corporation tax paid by the distributing foreign subsidiary, whereas a UK parent may deduct from the ACT due the ACT paid by a domestic distributing subsidiary. This latter ACT is nothing else than a portion of the corporation tax due by the domestic subsidiary.

The foreign subsidiary did not pay ACT but it has paid corporation tax in its own jurisdiction. The corporate recipient of foreign dividends is therefore subject to a cash-flow disadvantage which is contrary to Articles 49 (43 EC) and 63 (56 EC) of the TFEU.<sup>233</sup>

It is also discriminatory to allow a resident company to surrender ACT to domestic subsidiaries and not to allow the company to surrender it to foreign subsidiaries owing corporation tax in the UK.<sup>234</sup>

The FID system was also found contrary to the Treaty. A resident company receiving a foreign dividend was meant to be put on the same footing as a company receiving domestic dividends : the latter could offset against its ACT due the ACT paid by its subsidiary ; the former would not be subject to ACT in the long run, but had upon redistribution of the foreign dividend to pay ACT first and to reclaim it subsequently, suffering thereby a cash-flow disadvantage.

The denial of a tax credit to ultimate shareholders receiving the redistribution of a FID constituted another discrimination, compelling the redistributing company to pay out a higher dividend if it wanted that its shareholders be in the same position as those receiving the redistribution of a UK source dividend.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Case C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, § 99-112.

<sup>234</sup> Case C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, § 113-139.

<sup>235</sup> Case C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, § 140-173.

These cases led to the demise of imputation systems in the Union. They were generally replaced by systems under which part of the dividend received by an individual shareholder is subject to tax. This is the case in Finland.

### Method of prevention of double taxation

**113.** Special attention must now be given to the method used in order to prevent the international double taxation of dividends.

In **Commission v. Greece**, the Court held as discriminatory a tax regime providing for an exemption of income tax at the level of the individual shareholder receiving dividends from a national company while a tax is due – even with a tax credit being granted – in the case of dividends received from an EU company.<sup>236</sup>

In **Cobelfret**,<sup>237</sup> where the Court had to interpret the Parent-Subsidiary Directive, it held that exemption and imputation “*in the case of shareholders receiving those dividends, do not necessarily lead to the same result*”. This is an ambiguous statement by the ECJ, that might be understood either as meaning that Member States are at liberty to construe their exemption or tax credit system in the less detrimental way for their revenue or as meaning that, due to the different tax burden in the State of source, equivalence of the methods cannot be guaranteed in all figures. According to the Belgian “dividend received deduction” regime, the parent company is indirectly taxed on its dividends in subsequent years which is contrary to the Directive.

If a State adopts the exemption method, it may not, as Belgium did, make the exemption a deduction, subject to the condition that the beneficiary company has profits from which the dividend may be deducted.<sup>238</sup>

The Court suggests that, where the tax system provides for loss carry-over, such carry-over also must be granted for dividends which have not been effectively exempted under the Directive.<sup>239 240</sup>

In **Cobelfret**,<sup>241</sup> the taxation of incoming dividends to Belgian companies had been considered as not in conformity with the parent-subsidiary directive. Member States have a choice, in respect of the tax treatment of parent companies, between exemption of incoming dividends, eventually up to 95 % and the grant of an indirect credit in respect of the tax paid by the subsidiary.

<sup>236</sup> ECJ, 23 April 2009, Case C-406/07, *Commission v Hellenic Republic*, ECR I-62.

<sup>237</sup> ECJ, 12 February 2009, Case C-138/07, *Belgische Staat v Cobelfret N.V.*, ECR I-731.

<sup>238</sup> ECJ, 12 February 2009, Case C-138/07, *Belgische Staat v Cobelfret NV*. See also ECJ, 4 June 2009, Joined Cases C-439/07, *Belgische Staat v KBC Bank* and C-499/07, *Beleggen Risicokapitaal Beheer NV v Belgische Staat*.

<sup>239</sup> § 39-40.

<sup>240</sup> In the Joined Cases *KBC and Risicokapitaal*, the Court confirmed its statement in *Cobelfret*, as regards dividends paid by Belgian companies and by third-countries companies (ECJ, 4 June 2009, Cases C-439/07 and C-499/07, *Belgische Staat v KBC Bank NV and Beleggen, Risicokapitaal Beheer NV v Belgische Staat* – ECR I-4409). Belgium complied: see Law of 21 December 2009, Art. 8, in force as from 1 January 2010, and circulars of 23 June and 12 October 2009.

<sup>241</sup> ECJ, 12 February 2009, Case C-138/07, *Belgische Staat v Cobelfret N.V.*, ECR.

Belgium granted a deduction of the dividend from income, with the consequence that, if the parent was in a loss situation, the loss was set off with the dividend and could not be carried forward to subsequent tax years to be offset with other profits.

The Court held that Belgium was adding to the Directive a condition for the grant of the exemption, namely that the parent receiving the dividend be in a profit position.

The Tax Administration extended the carry-over of the unused dividend deduction to dividends from the EEA and from third countries with which Belgium has signed a treaty including a non-discrimination clause.<sup>242</sup>

For dividends from other third countries, a Belgian Court held that the free movement of capital could not be relied upon because the restriction existed already in 1993 and is grandfathered by article 63 TFEU.<sup>243</sup>

In **KBC** and **BRB**,<sup>244</sup> the Court was called upon to extend the debate to dividends received in domestic situations or from third countries and, in respect of the latter, to apply article 63 TFEU (article 56 EC).

After confirming Cobelfret in respect of dividends from other Member States, it held in respect of domestic dividends that, if their treatment was inspired by the parent-subsidiary directive, it was for the national Court to decide in the scope of the reference by domestic law to Community law, as this was a matter of domestic law.

Insofar as dividends from third countries were concerned, the Court considered that it belonged to the national Court to determine whether the Belgian system had to be examined not only under the freedom of establishment but also under the freedom of movement of capital, only the latter being susceptible of an application to third countries, and also whether dividends from a third country were treated less favourably than Belgian dividends so that Article 63 TFEU (art. 56 EC) precluded such treatment.

The Court also held that the treatment of a subsidiary could not be equated with the treatment of a permanent establishment as to the tax regime of the profits transferred respectively to a parent and to a head office. The only requirement of the Treaty is that permanent establishment be not discriminated vis-à-vis resident companies.

Belgium amended its legislation to comply with the decision, allowing a carry-over of the unused dividend deduction to companies owning more than 10 % of a subsidiary established in the EU.

**114.** One may conclude from the ECJ case-law – a.o. the cases ***Test Claimant in the FII Group Litigation*** and ***Haribo*** - that Member States are allowed to apply different methods for eliminating double taxation to internal dividends, on the one hand, and to foreign dividends, on the other hand. Therefore, where internal dividends are exempt, taxation of foreign dividends is allowable provided “*that the tax paid in the State in which the [distributing] company is resident is credited against the tax payable in the Member*

---

<sup>242</sup> Circular letters of 23 June 2009 and 12 October 2009.

<sup>243</sup> Civ. Brussels, 1 February 2011, Fisc. Act., 2011, nr. 9, p. 10.

<sup>244</sup> ECJ, 4 June 2009, Joined Cases C-439/07 and C-499/07, *Belgische Staat v KBC Bank NV and Beleggen Risicokapitaal Beheer NV*.

*State of the recipient company and the administrative burdens imposed on the recipient company in order to qualify for such a credit are not excessive”.*<sup>245</sup>

**115.** Under the international tax practice, the tax credit is generally limited to that part of the State of residence tax that relates to the foreign income; in most cases, there is no possibility to carry-over non-imputed tax credits. This of course leads to effective double taxation.

### **Section 3. Differential treatment of in- and outbound dividends transiting through an investment fund**

The tax burden on dividends received and paid by investment funds, and specifically pension funds came under special scrutiny of by the ECJ and the EU Commission which undertakes specific infringement procedures as a consequence of its analysis of the ECJ case-law.<sup>246</sup>

**116. *Orange European Smallcap Fund*,**<sup>247</sup> a fiscal investment enterprise under Dutch law, complained against an excess tax burden resulting from the refusal of a tax credit on foreign dividends received in order to compensate foreign withholding tax. Such a tax credit is granted only on the basis of a double tax treaty. The investment fund is taxed at a zero rate, and no withholding tax is withheld on domestic dividends. The higher tax burden on foreign dividends results, in this case, from the foreign withholding tax. However, the Court said, there is no obligation under the free movement of capital principle for the State of residence to grant relief for the foreign withholding tax.<sup>248</sup> Member States are allowed under EU law to grant a tax credit for dividends paid from some other Member States, through their DTCs, and this should not be considered as a discrimination against Member States which do not benefit of such advantage.<sup>249</sup> Nor does the free movement of capital preclude the granting of a domestic compensation for foreign withholding tax in DTCs situation, refused in the absence of DTC with the State of source.<sup>250</sup>

However, it is contrary to the free movement of capital for a Member State to limit the concession granted to the investment fund on account of withholding tax on dividends withheld in another Member State where and to the extent to which the shareholders of the fund are not natural persons resident in the Member State of residence of the fund or bodies subject to corporate tax in that State.

---

<sup>245</sup> *Haribo*, Operative part of the judgment, point 2.

<sup>246</sup> See Commission Press Releases IP/09/1640 of 29 October 2009 (Germany – payments to foreign funds – *Pending case C-600/10*); IP/09/1018 of 25 June 2009 (Denmark, Finland – outbound dividends – *Pending case (Finland) C-342/10*); IP/09/780 of 14 May 2009 (Poland ); IP/08/1817 of 27 November 2008 (Portugal (*Pending Case C-493/09*) and Spain); IP/08/1022 of 26 June 2008 (Italy and Czech Republic – both countries have modified their legislation in 2009)

<sup>247</sup> ECJ, 20 May 2008, Case C-194/06, *Staatssecretaris van Financiën v Orange Smallcap Fund N.V.*, ECR I-3747.

<sup>248</sup> § 42.

<sup>249</sup> § 51. See also the *D. Case*, § 54 (no. 48).

<sup>250</sup> § 64 (both situations are not comparable).

In **Santander**<sup>251</sup>, French law submitted to a 25 % withholding dividends paid to a non-resident UCIT whereas dividends paid to a French UCIT were not subject to such withholding. This was considered restrictive.

#### **Section 4. Tax treatment of acquisition, holding and alienation of shares**

117. Shareholders of EU companies which are resident in other Member States can also suffer income tax disadvantages that are not directly related to the taxation of dividends. These disadvantages can concern, amongst others, the acquisition or the holding of shares, the possibility of deducting the costs related to participations and the tax treatment of capital gains arising from the alienation of these shares (on the application of inheritance duties and wealth taxes to participations, see Taxation of individuals, paragraph 54).

##### **§ I. Acquisition and holding of shares**

118. Shareholders of EU companies which are resident in other Member States can be excluded from tax advantages linked to the acquisition of shares. In **Weidert-Paulus**,<sup>252</sup> Luxembourg law granted tax relief up to LUF 60,000<sup>253</sup> for the acquisition of shares in Luxembourg companies, but denied that relief in respect of foreign participations. As regards shares owned in Belgian companies by the taxpayer, the denial of the relief was held to be contrary to the free movement of capital.

119. The mere ownership of foreign shares cannot be taxed in a discriminatory manner. In **Baars**, Dutch law provided for an exemption for wealth tax applicable to substantial holdings in Dutch companies<sup>254</sup> but not in foreign companies. The Court considered that in respect of a 100% holding of a Dutch resident in an Irish company, this disallowance was contrary to the freedom of establishment.<sup>255</sup>

In **Heinrich Bauer Verlag**,<sup>256</sup> the Court held that the valuation, for the computation of a German wealth tax, - the valuation of foreign shares at their market value – including an element of profit expectation -, while domestic shares are valued at their net asset value, constitutes a restriction on the freedom of establishment.

##### **§ 2. Deduction of costs related to participations**

120. Discrimination can arise with regard to the possibility of deducting the costs connected with participations in foreign companies. For example, under Dutch law, costs (including interest) linked to participations could be deducted only if they were incurred in connection with profits taxable in the Netherlands,<sup>257</sup> i.e. when the subsidiary was

---

<sup>251</sup> ECJ, 10 May 2012, Joined Cases C-338/11 to C-347/11, *Santander Asset Management SGIC*.

<sup>252</sup> ECJ, 15 July 2004, Case C-242/03, *Ministre des Finances v Weidert, Paulus*, ECR I-7379.

<sup>253</sup> Art. 129 c). Income Tax Law of 4 December 1967 as amended by the Law of 22 December 1993.

<sup>254</sup> Art. 7 (2) and 3 (c) Luxembourg Wealth Tax Law 1964.

<sup>255</sup> ECJ, 13 April 2000, Case C-251/98, *Baars*, ECR I-2787.

<sup>256</sup> ECJ, 2 October 2008, Case C-360/06, *Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH v Finanzamt für Grossunternehmen in Hamburg*, ECR, 2008-I, 7333.

<sup>257</sup> Art. 13(1) Dutch Law on Corporation tax 1969.

Dutch or had a permanent establishment in the Netherlands. The Court in **Bosal** saw in this limitation a restriction on the right of establishment which hindered the creation of subsidiaries in other Member States.<sup>258</sup> Indeed, even though the Parent-Subsidiary Directive allows Member States to provide that charges relating to a holding may fail to be deducted when the Directive applies to relieve double taxation of dividends, Member States must exercise this right in accordance with the EC law.

121. In **Keller Holding**,<sup>259</sup> the Court was confronted with a German law denying the deduction of expenditure linked to dividends received from a subsidiary located abroad and exempt from tax under a DTC.<sup>260</sup> Keller Holding, a German company, was barred from deducting the fraction of its financing costs corresponding to the participation in its Austrian subsidiary, because the foreign dividend was exempt, whilst a dividend of German origin would have been taxable, but subject to a credit for the underlying German corporate income tax, which has the effect of an exemption.<sup>261</sup> The Court held that denying the deduction in respect of legally exempt foreign dividends whilst allowing it in respect of economically exempt domestic dividends was a restriction on the right of establishment.

### §3. Capital gains on shares

122. Shareholders can be liable to tax on the capital gain realised on a sale of their shares. Under Belgian tax law, capital gains were taxed when they were realised by individuals selling a substantial holding to a foreign company, whilst they were not taxed when selling to a Belgian company.<sup>262</sup> In **De Baeck**,<sup>263</sup> the Court found that this difference in treatment was contrary to freedom of establishment if the seller's holding conferred on him an influence in management, and that the difference was contrary to the free movement of capital otherwise.

Similarly, in **Commission v Spain**,<sup>264</sup> a Spanish law which granted a differentiated relief for capital gains on shares according to their quotation on Spanish regulated stock exchanges or on other exchanges was found to be in violation of the freedom to supply services and of the free movement of capital.

123. In **Grønfeldt**,<sup>265</sup> the Court examined a German law, which has been amended to tax capital gains on shares as soon as the taxpayer held a 1% participation (as opposed to 10 % participation formerly). This new law applied as of the start of the 2001 financial year to participations in foreign companies and as of the start of the 2002 financial year to participations in domestic companies.<sup>266</sup> This differentiation was held to be contrary to the free movement of capital and could not be justified by reasons linked to the prior reform of the tax treatment of domestic dividends in Germany.

---

<sup>258</sup> ECJ, 18 September 2003, Case C-168/01, *Bosal Holding v Staatssecretaris van Financiën*, ECR I-9401.

<sup>259</sup> ECJ, 23 February 2006, Case C-471/04, *Keller Holding*, ECR I-2107.

<sup>260</sup> Sec. 8 b(1) German Corporation Tax Law 1991.

<sup>261</sup> Sec. 36 (2) (3) German Income Tax Law 1990.

<sup>262</sup> Art. 67 (8) of the Belgian Income Tax Code 1964, now Article 90 (9) of the Income Tax Code 1992.

<sup>263</sup> ECJ, 8 June 2004, Case C-268/03, *De Baeck v Belgische Staat* (Order), ECR I-5961.

<sup>264</sup> ECJ, 9 December 2004, Case C-219/03, *Commission v Spain*, not published in ECR.

<sup>265</sup> ECJ, 21 December 2007, Case C-436/06, *Grønfeldt v Finanzamt Hamburg-Am Tierpark*, ECR I-12357.

<sup>266</sup> Sec. 17 of the German Income Tax Law, amended by the Law on Tax Reduction 2001/2002 of 23.10.2000.

124. In some instances the treatment of a gain made on the disposal of shares can differ according to the residence of the taxpayer, following the application of international conventions. **Bouanich**<sup>267</sup> addressed the consequences for a French resident shareholder of the repurchase by a Swedish company of its own shares. Under Swedish tax law, that transaction may generate to Swedish residents capital gains taxable at 30% after deduction of the acquisition cost, whilst the same income is characterised as a dividend for non-residents and is taxable without any deduction. The Court held that this difference of treatment was incompatible with the free movement of capital. However, under the French-Swedish DTC, as interpreted in the light of the OECD's commentaries on the Model OECD Convention,<sup>268</sup> a French resident is allowed to deduct from the price received the nominal value of the repurchased shares and is taxed at 15% on the difference. The Court acknowledged that the DTC must be taken into account: it left it for the national judge to determine, in view of both the cost of acquisition and the nominal value of the shares, whether equality was thus reinstated.

## Chapter IV. Exit taxes

### Section I. Individuals

125. Capital gains are often taxable in the country of residence and at the moment of the disposal of the shares. This situation can lead EU residents to transfer their residence before selling their participations in order to benefit from a more favourable tax regime. In **de Lasteyrie**<sup>269</sup> a French provision under which unrealised capital gains on important shareholdings were taxable at the time of transfer of the taxpayer's residence was found contrary to Article 43 EC (now Article 49 TFEU). Even if under certain conditions, the payment of the exit tax could have been deferred, the Court found that the taxpayer was, by establishing himself abroad, subjected to a tax on an unrealised gain which he would not have had to pay had he stayed in France.

126. In **N.**,<sup>270</sup> the Court examined the Dutch exit tax legislation in the case of a taxpayer holding 100% of the shares of a company. The Court found that the freedom of establishment was indeed hindered, but only to the extent that the deferral of the tax until actual disposal was made subject to a security for payment and a decrease in value, subsequent to departure, was excluded in the computation of the gain. The Court found the principle of assessment with deferred payment in line with the allocation of taxing powers according to the principle of territoriality.<sup>271</sup>

---

<sup>267</sup> ECJ, 19 January 2006, Case C-265/04, *Bouanich v Skatteverket*, ECR I-923.

<sup>268</sup> OECD Commentary, Article 13.31.

<sup>269</sup> ECJ, 11 March 2004, Case C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, ECR I-2409.

<sup>270</sup> ECJ, 7 September 2006, Case C-470/04, *N v Inspecteur van de Belastingdienst*, ECR I-7409.

<sup>271</sup> *N*, para. 46.

## **Section 2. Companies**

127. In **National Grid Indus**<sup>272</sup>, a currency gain was taxed upon the transfer of the seat of a Dutch company – the Netherlands applying the incorporation system to companies – to the UK to which the right to tax was attributed by treaty.

The ECJ considered that a conservatory assessment was justified, in order to “freeze” the gain but that immediate recovery was precluded by the freedom of establishment.

### **§ I. Permanent establishment**

128. In **DMC**<sup>273</sup>, two Austrian companies having a participation in a German (transparent) KG and therefore a permanent establishment in Germany transferred their participations to the German GmbH which was the active partner of the KG. The gain on the transfer was taxed, as the contribution had to take place at market value whereas between German companies it could take place at accounting value.

The ECJ saw a restriction to the free movement of capital, but considered that taxation of the gain was justified as Germany was losing the power to tax the Austrian companies. It would not be justified if that power were not lost. However, immediate taxation would exceed the proportionality and a choice must be left between immediate taxation and deferred taxation, eventually with interest. Germany allowed deferral over five years, which was deemed sufficient.

In **Verder LabTec**<sup>274</sup>, a German (transparent) KG formed by a German GmbH and two Dutch companies having therefore a permanent establishment in Germany transferred intangibles to its Dutch permanent establishment. The gain was taxed in Germany according to a law enacting a presumption of loss of the German taxing power when the assets of a German permanent establishment are transferred abroad. The tax was spread over ten years.

The ECJ approved but did not point out this time that the tax would be unjustified if Germany had kept a possibility to tax.

### **§ 2. Transfer of company seat<sup>275</sup>**

#### **A. Lex societatis**

129. The question to know whether companies are allowed to transfer their seat to other Member States depends on the law applicable to them. Each State chooses freely its connecting factor in order to determine that law. That connecting factor, or that conflict of law's rule is called the *lex societatis*, i.e. the law which applies to the recognition and to the functioning of a company.<sup>276</sup>

<sup>272</sup> ECJ, 29 November 2011, Case C-371/10, National Grid Indies BV v Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/Kantoor Rotterdam.

<sup>273</sup> ECJ, 23 January 2014, Case C-164/12, DMC.

<sup>274</sup> ECJ, 21 May 2015, Case C-657/13, Verder LabTec.

<sup>275</sup> J. Malherbe and M. Centner, Corporate Mobility – Transfer of Company Seat in the European Union, in J. Lüdicke, J. Mössner and L. Hummel, (ed.), Das Steuerrecht der Unternehmen, Festschrift für Gerrit Frottscher zum 70. Geburtstag, Freiburg-München, Haufe Gruppe, 2013, p. 443.

<sup>276</sup> H. Lamon, Les transferts de siège vers et en dehors de la Belgique, Séminaire Vanham & Vanham, Brussels, February 2008, p. 3.

Some Member States have chosen as their *lex societatis* the law of the real seat of the company, i.e. a material criterion arising from a factual situation : the law of the State where the company was incorporated and where it has its central administration or its main establishment. Other Member States, in contrast, opted for the incorporation theory, i.e. a formal criterion ; the law of the State where the company was incorporated, i.e. where it has its statutory seat, its seat under its articles of association, even if no decision concerning its administration is taken from there.<sup>277</sup>

The real seat theory is preferred by continental States such as France, Belgium, Luxembourg, Germany or Hungary.<sup>278</sup> Such theory limits the risk of creation of “mailbox companies”, companies incorporated in a Member State which has a more advantageous legislation but which exercise their activities in another Member State, and related abuses. However, it also limits the mobility of companies because any transfer of seat, whether it is the real seat or the statutory seat, will imply an unavoidable change of law implying a cumbersome legal procedure. Moreover, in certain circumstances, it will not be easy to locate the seat.

On the contrary, the incorporation theory is more often adopted by countries of Anglo-Saxon tradition such as the United Kingdom or Ireland, but also the Baltic States Estonia, Latvia, Lithuania or by Slovenia. This theory offers more legal certainty as no factual research of the central administration is necessary to determine the nationality of the company. Moreover, it authorises more flexibility to companies as far as mobility is concerned. The law applicable to the company remains the law of its country’s incorporation but the risk of “mailbox companies” will be broader. However, on the other hand, the transfer of statutory seat will not be possible without dissolution in the State of origin and re-incorporation in the host State.<sup>279</sup>

Certain Scholars consider finally that there is a third theory adopted by States such as Denmark or the Netherlands. That theory corresponds in fact to the incorporation theory but it goes along with several additional conditions aimed at putting on an equal footing “formally foreign companies” (“mailbox companies”) and national companies.<sup>280</sup>

## **B. The Delaware Syndrome**

130. Why do certain Member States choose one theory rather than another and try to hinder corporate mobility ? There exist deep disparities between their legislations, notably concerning the transfer of the company seat. Those Member States therefore fear to see companies engaging in *forum shopping* and having as only objective to incorporate in the State imposing as few requirements as possible.<sup>281</sup> Such anxiety is referred to as the “Delaware Syndrome”, alluding to the American State attracting

---

<sup>277</sup> G. Frotscher, *Internationales Steuerrecht*, 3<sup>rd</sup> ed., Munich, Beck, 2009, p. 185, n° 391.

<sup>278</sup> N. Lenoir, *La Societas Europeas ou SE : Pour une citoyenneté européenne de l’entreprise*, La documentation française, Paris, 2007, p. 124.

<sup>279</sup> G. Petrakos, *Transfert international du siège social et liberté d’établissement*, Mémoires de DEAr, Faculté de Droit, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 25.

<sup>280</sup> A. Autenne, M. De Wolf, *La mobilité transfrontalière des sociétés en droit européen : le cas particulier du transfert de siège social. Regards croisés de droit des sociétés et de droit fiscal*, CDE, 2007, p. 657.

<sup>281</sup> S. Kettmann, *La concurrence entre ordres juridiques est-elle efficace ? – quelques réflexions à propos de la liberté d’établissement en droit des sociétés*, *Revue pratique des sociétés*, 2004, p. 238.

investments as benefiting from the most complacent legislation in company law. The preference for the real seat theory could be analyzed as a manifestation of such fear. Indeed, Member States are afraid of the adverse effect of a legal competition leading to a “race to the bottom”.<sup>282</sup>

Member States defending the real seat theory justify their position by the need of legal security, by a better protection of third parties (creditors, workers, etc.) and the necessity to fight fraud.<sup>283</sup> They sometimes use these reasons as a pretext to hinder transfers of seats.

### **C. ECJ Case-Law**

#### **1. Preliminary remarks – Real seat vs. Statutory seat**

131. Before detailing the case-law of the ECJ and the way in which it has contributed to the freedom of establishment, an ultimate distinction must be made. Indeed, when one refers to the transfer of seat, one may talk about the statutory seat or about the real seat. The first kind of transfer concerns the situation in which the articles of association are changed and a new incorporation takes place. In such case, a company validly constituted in a Member State may elect the application of a national law more adapted to its needs. The second kind of transfer, the transfer of the real seat, concerns only the change of location of the administration centre. It will allow the company to modify its organization system without necessarily having to move its statutory seat.<sup>284</sup>

As far as the intra-Community transfer of the statutory seat is concerned, a proposal of 14<sup>th</sup> directive was issued by the Commission in 1997<sup>285</sup>, its purpose was to allow, without choosing one theory rather than the other, such transfer, and therefore a change of applicable law, to any company of a Member State, without dissolution and loss of legal personality. Unfortunately, an impact assessment put an end to it in 2007.<sup>286</sup> Among the different reasons that were given for such brutal end, the most relevant were perhaps the fear of Member States to be confronted with the departure of their enterprises to Member States with more favourable legislations (“Delaware Syndrome”) or the fact that, in the meantime, other instruments allowing to achieve similar results were adopted such as the cross-border mergers directive or the regulation on the European Company.<sup>287</sup>

Nonetheless, the recent ECJ decisions resurrected discussions on the topic and the European Parliament adopted a resolution recommending the Commission to draft rapidly a proposal of 14<sup>th</sup> directive on the cross-border transfer of company seats.<sup>288</sup> Only time and efforts will help to fill the legislative gap but, in the meantime, our only reference in the field of transfer of seat and freedom of establishment will be the ECJ case-law.

---

<sup>282</sup> Ph. Malherbe, J.M. Jonet, *Concurrence entre juridictions en droit américain des sociétés : un regard européen sur le syndrome du Delaware*, RDIDC, 2003, p. 143.

<sup>283</sup> B. Audit, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 514 ; N. Lenoir, *L’avenir de la Societas Europaea*, JDE, 2008/146, p. 42.

<sup>284</sup> A. Autenne, M. De Wolf, *op. cit.*, p. 657.

<sup>285</sup> Proposal of Parliament and Council, 14<sup>th</sup> Directive on the transfer abroad of registered offices of limited liability companies, OJEC, n° C 138, 5 May 1997.

<sup>286</sup> Impact assessment on the directive on the cross-border transfer of registered office, Commission staff working document, Brussels, 12 December 2007, SEC (2007), p. 1707.

<sup>287</sup> N. Lenoir, *L’avenir de la Societas Europaea*, JDE, 2008, p. 42.

<sup>288</sup> European Parliament Resolution of 2 February 2012 with recommendations to the Commission on a 14<sup>th</sup> company law directive on the cross-border transfer of company seats, 2011/2046 (INI).

## 2. ECJ Case-law

132. We shall analyze the ECJ decisions in chronological order, explaining how each of them helped to develop the freedom of establishment principle.

### a) Daily Mail

**133. Daily Mail** was the first decision to recognize the freedom of Member States to decide upon their *lex societatis*. It tackled the question of freedom of establishment from the "emigration side", i.e. from the State of origin's point of view.

In that case, a British company wanted to transfer its real seat to the Netherlands, while maintaining its legal personality, in order to avoid the taxation of capital gains in the United Kingdom. English tax legislation required an authorization from the Ministry of Finance in order to execute such transaction. The ECJ ruled that articles 43 and 48 from the EC Treaty on the freedom of establishment "confer(ed) no right on a company incorporated under the legislation of a Member State and having its registered office there to transfer its central management and control to another Member State [while retaining its status of company incorporated in the first State]". Following the ECJ, European law could not use these articles in order to impose a single connecting factor to all Member States. Indeed, each Member State should keep its right to choose such factor freely.

This decision was considered as ambiguous as, because the UK and the Netherlands both applied the incorporation theory, Daily Mail could transfer its real seat without any consequences on the maintaining of its legal personality. The ECJ therefore answered a question which was not put to it but did not answer a question which was formulated, i.e. the impact of tax rules on the freedom of establishment.<sup>289</sup> However, this decision was at least a first impulse to signal to the European authorities that it was time to adopt a legislation in the field of freedom of establishment of companies.

### b) Centros, Überseering and Inspire Art

134. In the three following decisions, the ECJ tackled the question from the "immigration side", i.e. from the host State's point of view. Some scholars have interpreted these decisions as putting an end to the real seat theory.<sup>290</sup> We do not share this opinion. The ECJ only confirmed the importance of the freedom of establishment and limited the scope of the real seat theory. It decided that Member States cannot oppose the will of companies incorporated in other Member States to develop on their territory activities such as the opening of a branch or the transfer of their main establishment.

135. In **Centros**, a company validly incorporated in the United Kingdom wanted to keep its statutory seat in the United Kingdom while incorporating a branch in Denmark. Danish authorities refused arguing that the aim of the company was to create a main establishment. Indeed, they observed that the branch would exercise all the activities of

---

<sup>289</sup> A. Autenne, Arrêt National Grid Indus : les taxes de sortie à l'épreuve de la liberté d'établissement, JDE, 2012, n° 188, p. 110 ; P.J. Wattel, Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus, Tax Notes International, 30 January 2012, p. 372.

<sup>290</sup> G. Panopoulos, Pour une nouvelle compréhension du droit international des sociétés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice : du conflit de lois au conflit d'autorités, CDE, 2006, p. 700.

the parent company and they argued that the only aim of the company was in fact to avoid Danish legislation, more stringent in terms of incorporation conditions, notably concerning minimum capital rules. This decision concerned thus the “secondary” right of establishment, through the intermediary of a branch.<sup>291</sup>

The Danish government justified its position by the abuse of right (the will of the company to escape the more stringent incorporation rules of Denmark) and by overriding reasons relating to a general interest (the protection of all creditors).

The ECJ applied the “rule of reason test”.<sup>292</sup> It condemned the attitude of the Danish authorities concluding that “the fact that a national of a Member State who wishes to set up a company chooses to form it in the Member State whose rules of company law seem to him the least restrictive and to set up branches in other Member States cannot in itself constitute an abuse of the right of establishment”.<sup>293</sup>

This decision nuanced, in a certain way, the decision in *Daily Mail*, but it did not condemn the real seat theory as it concerned two Member States having chosen the incorporation theory. This decision rather sanctioned the Member States applying the intermediary theory, close to the incorporation theory described above. Indeed, as soon as a State chooses the incorporation theory, it is not normal to add several conditions to their recognition of the legal personality to a company validly incorporated in another Member State and therefore to restrict its freedom of establishment.<sup>294</sup>

136. A few years later, **Überseering** restated the same principle, but a transfer of seat was at stake and, the decision concerned this time the “primary establishment right” of the parent entity itself. In that matter, the German authorities, Germany being a real seat State at that time, refused to a Dutch company, the Netherlands being an incorporation State, having its real seat in Germany, to act in court except if it accepted to re-incorporate in that country, i.e. to transfer its statutory seat there in order to acquire legal personality under German law. Here again, the German government justified its decision by overriding reasons relating to general interest such as the protection of creditors, minority shareholders, workers or tax authorities.

The ECJ then declared that “where a company formed in accordance with the legislation of a Member State (“A”) in which it has its registered office (statutory seat) is deemed under the law of a second Member State (“B”) to have moved its actual centre of administration to Member State B, articles 43 EC and 48 EC preclude Member State B from denying the company legal capacity and therefore the capacity to bring legal proceedings before its national courts in order to enforce rights under a contract with a company established in Member State B”.<sup>295</sup>

Even if the real seat theory appears difficult to reconcile with a European Union which creates a single market where essential values are freedom and justice, most scholars are of the opinion that the ECJ has not, even implicitly, rejected the real seat theory. Indeed, they think that the ECJ is not competent to decide on a question of private

---

<sup>291</sup> J.-M. Monet, *op. cit.*, p. 34.

<sup>292</sup> See footnote ...

<sup>293</sup> ECJ, 9 March 1999, Case C-212/97, *Centros, Rec.*, 1999, I-1459.

<sup>294</sup> A. Autenne, M. De Wolf, *op. cit.*, p. 666.

<sup>295</sup> ECJ, 5 November 2002, Case C-208/00, *Überseering, Rec.*, 2002, I-9919.

international law.<sup>296</sup> Through its case-law, the ECJ has only reduced the scope of that theory by establishing the principle of mutual recognition of companies, confirming a.o. that legal entities have the capacity to act in court.<sup>297</sup>

137. Less than a year later, in **Inspire Art Ltd**<sup>298</sup>, a decision very similar to Centros, the ECJ confirmed its position, going one step further. As we have seen, the Netherlands have chosen the incorporation theory with a few additional requirements. A Dutch law provided that “mailbox companies” had to incorporate in the Netherlands as “formally foreign companies” and also had to respect several conditions, notably of minimum capital, so as to be put on an equal footing with national companies. It was the case of Inspire Art, a company incorporated in the United Kingdom but exercising all its activities in the Netherlands. In that case, the Dutch government justified that law by overriding reasons of general interest, being the protection of the tax authorities and of the creditors in general, as well as by the necessity to avoid a fraudulent use of the freedom of establishment.

Here again, the Court rejected these arguments and called for the importance of the freedom of secondary establishment. That freedom does not suffer from the different motivations that may lead companies when choosing to incorporate in one Member State rather than in another one such as the desire to escape minimum capital requirements.

Certain legal scholars pretended that the ECJ therefore condemned the real seat theory.<sup>299</sup> However, since the Cartesio decision, which we are going to examine, these scholars are obliged to admit that both theories still co-exist legitimately today.

#### c) Sevic

138. Even though not concerning directly cross-border transfers of seats, **Sevic** was relevant as it was the first time that the ECJ gave a broad interpretation to the freedom of establishment by applying it to the specific issue of cross-border mergers.<sup>300</sup> Such broad interpretation was then also developed later on in Cartesio, National Grid Indus and Vale, all tackling cross-border conversion situations.

#### d) Cartesio

139. From the previous case-law, one could have imagined that any seat transfer, whether statutory or real seat, should have been authorized despite any contrary national rules.<sup>301</sup> However, these cases concerned only the obligation of the host State to recognize “immigrating companies”. In December 2008, the ECJ delivered a judgment

---

<sup>296</sup> H. Lamon, Les transferts de siège vers et en dehors de la Belgique, op. cit., p. 16.

<sup>297</sup> A. Autenne, M. De Wolf, op. cit., p. 674 ; J.-M. Monet, op. cit., p. 37.

<sup>298</sup> ECJ, 30 September 2003, Case C-167/01, Inspire Art, Rec., 2003, I-10155.

<sup>299</sup> J.-M. Monet, Sociétés commerciales : La théorie du siège réel à l'épreuve de la liberté d'établissement, Autour de l'arrêt Überseering, JDE, 2003, p. 33.

<sup>300</sup> A. Brohez, Réorganisations transfrontalières – La dernière ligne droite (?), Act. fisc., n° 31, 2008, p. 1 ; Th. Delvaux, obs. under ECJ, 13 December 2005, n° C-411/03 ; Fusion internationale et liberté de circulation, JT, 2006, p. 145-148 ; A. Huyge, Fusions transfrontalières : définitivement possibles ?, Le Fiscologue International, n° 265, 2006, p. 1 ; T. O'Shea, ECJ Says Hungarian Conversion Rules Unacceptable, Tax Notes International, 24 September 2012, p. 1218 ; Sevic System AG, ECJ, 13 December 2005, n° C-411/03, Rec., 2005, p. I-10805.

<sup>301</sup> C. Kleiner, Transfert international du siège des sociétés, Journal du droit international, 2010/1, p. 336.

that nuanced that position and revived the debate on the 14<sup>th</sup> directive on intra-Community mobility, which was so far abandoned.<sup>302</sup>

In **Cartesio**<sup>303</sup>, as in Daily Mail, the question at stake was to know in which measure a State of origin could prevent an “emigrating company” to transfer its real seat to another State while remaining governed by the law of the State of origin. A Hungarian company wished to remain governed by Hungarian law – Hungary being the State where it had been incorporated – while transferring its real seat to Italy, where it would be registered. The Court decided that Hungarian law could legitimately forbid such transaction. It established that “as Community law now stands, articles 43 and 48 EC are to be interpreted as not precluding legislation of a Member State under which a company incorporated under the law of that Member State may not transfer its seat to another Member State whilst retaining its status as a company governed by the law of the Member State of incorporation”. This decision therefore confirmed the freedom of Member States to decide upon their *lex societatis* as exposed in Daily Mail.

The preliminary ruling which was indirectly requested from the Court was therefore, once again, to know whether the real seat theory was compatible with the principle of freedom of establishment. The answer given was positive, distinguishing the transfer of the central administration, the real seat, and the transfer of statutory seat.

As far as the transfer of the central administration is concerned, the Court considered that Member States should keep the freedom to determine in which way such transfer could take place. In both Cartesio and Daily Mail, the ECJ considered that the Member State of origin could choose the real seat theory and impose to a company, through national rules, to keep its real seat in its territory if such company wanted to remain subject to the law of that country. This decision establishes therefore quite clearly the freedom of Member States to choose the real seat theory if they wish to do so.<sup>304</sup>

As far as the statutory seat is concerned, the question for the States applying the real seat theory was the one of the change of *lex societatis*. Cartesio went a step further than Daily Mail as the ECJ declared that, if the prohibition of transfer of seat as considered by Hungarian law had to be authorized, such situation should be distinguished from the situation where a company governed by the law of a Member State would move its statutory seat to another Member State with a change of applicable law, “the company transforming itself into a form of company governed by the national law of the Member State in which it would move”. This situation can be referred to as a “cross-border conversion”. In that case, the company being transformed would not lose its legal personality. In other words, the State of origin could not prevent a company accepting to be governed by the law of the host State from transferring its statutory seat in that State without suffering a dissolution or a liquidation.<sup>305</sup> However, the ECJ nuanced its words by making clear that such transformation would only be possible where the law of the host State would accept it.

e) National Grid Indus

---

<sup>302</sup> J.-P. Dom, L'affaire Cartesio, La lettre fiscale, juridique, sociale, corporate, janvier 2009, p. 16 ; J-W. Bellingwout, Cartesio : mijlpaal en doorbraak na Daily Mail, Weekblad Fiscaal Recht, 2009, p. 217.

<sup>303</sup> ECJ, 16 December 2008, Case C-210/06, Cartesio, Rec., 2008, p. I-9641.

<sup>304</sup> G. Petrakos, op. cit., p. 66.

<sup>305</sup> Paragraphs 112 and 113 of the decision ; J.-P. Dom, op. cit., p. 17.

140. This decision confirmed once again, as in *Daily Mail* and *Cartesio*, that Member States were free to determine their *lex societatis*. Moreover, this decision put an end to scholarly discussions on the ambiguities of *Daily Mail*. Indeed, here, the ECJ distinguished the question of *lex societatis*, from the tax consequences of a seat transfer, whereas in *Daily Mail* the second question had not been tackled. Indeed, in *Daily Mail*, the ECJ did not go further than deciding that a company incorporated in one Member State could not transfer its real seat to another Member State while keeping its statutory seat in its State of origin. *National Grid Indus* is therefore interesting as it concerns the ECJ case-law on the freedom of establishment from a tax point of view.

**National Grid Indus**, a Dutch company, wanted to transfer its real seat to the UK. The Netherlands, in accordance with their national law and the double taxation agreement with the UK, conditioned such transfer upon an immediate exit tax on the unrealized gains of the company. *National Grid Indus* considered being discriminated as against companies transferring their seat in the national territory, notably as potential subsequent losses which it could have realized after the transfer would not have been taken into account. It therefore lodged an appeal to the Dutch Supreme Court which submitted preliminary questions to the ECJ.

The ECJ ruled that *National Grid Indus* could invoke the freedom of establishment in order to challenge the legality of the tax in the Netherlands, incorporation State, as it did not transfer its statutory seat but only its real seat to the UK, remaining therefore a company under Dutch law.

This judgement also clarified how the ECJ evaluates whether a restriction to the freedom of establishment is acceptable, i.e., whether it passes the “rule of reason test”, but this time concerning tax law restrictions and not company law restrictions as in *Cartesio*. The Court considered that exit taxes were acceptable restrictions to the freedom of establishment as they fulfilled their objective of general interest, i.e. the respect of a coherent tax system with a balanced allocation of the taxing power between Member States allowing each Member State to exercise its tax competence in accordance with the principle of territoriality of taxation. The Court also considered that the final determination of the amount of these taxes at the moment of the transfer was a proportionate mean to reach that objective. It notably declared that it was up to the host State to take into account the gains and losses realized after the transfer of the seat. However, the ECJ considered that the immediate perception of the tax was disproportionate as it could lead to cash-flow problems for companies<sup>306</sup>. The ECJ also acknowledged that, on the contrary, in some cases, it could be even more burdensome for companies to defer the payment of the tax as, if a large number of assets were involved, this could render an accurate cross-border tracing of the destination of such items very difficult. The ECJ therefore decided that proportionate national rules should leave to companies transferring their seat the right to choose between an immediate payment of the tax or a later payment, at the moment of the realization of capital gains.

It is interesting to note that the ECJ added that Member States could, when designing their national rules, take into account the risk of non-recovery of such taxes and, hence,

---

<sup>306</sup> M. Isenbaert, E. Puncher, *Actualiteiten Hof van Justitie – Directe belastingen*, TFR, n° 415, 2012, p. 161 ; E.J. Navez, K. Van de Velden, *Emigratieheffingen van vennootschappen naar Europees recht : een noodzakelijke beperking om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen*, TFR, n° 419, 2012, p. 331.

impose safeguard measures such as bank guarantees or the payment of interest<sup>307</sup>. We must hope that the new decisions will clarify the scope of such statement as this burden could be considered as disproportionate and finally jeopardize the aim of the choice between immediate and deferred payment of the exit tax<sup>308</sup>.

Finally, another sensitive question that will still have to be answered is to know whether the host State could impose the capital gains once they are realised on the basis of the acquisition cost of assets rather than their market value on the arrival date in the host State or if this could amount to indirect discrimination<sup>309</sup>.

f) Vale Costruzioni Srl

141. As in *Cartesio*, in this decision, the ECJ extended the concept of establishment beyond the traditional setting-up of a subsidiary, branch or agency in a host Member State. The Court applied it to a cross-border conversion situation. However, contrarily to *Cartesio*, where the situation was observed from the State of origin point of view, here, the focus was on what the host State could or could not do while respecting the freedom of establishment.

In fact, we are of the opinion that this decision did not concern a “cross-border conversion” but a “cross-border new establishment”. Indeed, there was no continuity of legal personality as the company was dissolved in its State of origin and a new company was incorporated in the host State. Even if we think that Vale was therefore not on a cross-border conversion, it might be enlightening.

**Vale Costruzioni Srl**, an Italian company, requested to be omitted from the Italian commercial register as it planned to transfer its seat to Hungary. Nine months later, one of the directors of Costruzioni and another natural person established Vale Epistesi kft, a Hungarian company. They then sought to register it in the Hungarian commercial registry, with the mention that Costruzioni was its legal predecessor, in order to transfer all rights and obligations from Costruzioni to Epistesi. The Hungarian authorities refused despite the fact that such move was accepted in a national context. The case was brought to Court and the Hungarian Supreme Court asked the ECJ whether the decision of the Hungarian authorities was not contrary to the freedom of establishment.

The ECJ ruled that Member States could not discriminate foreign companies and national companies and that Hungary had therefore to allow the registration also in the cross-border context. However, the Court added that companies were national creatures and that a State was therefore free to determine the conditions to be fulfilled by foreign companies as long as they were the same as for national companies (minimum capital requirements, etc.). A State could notably require a strict continuity of legal personality.

---

<sup>307</sup> T. Biermeyer, F. Elsener, F. Timba, *The Compatibility of Corporate Exit Taxation with European Law*, ECFR, 1/2012, p. 106 ; E.J. Navez, *Le traitement fiscal du transfert de residence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus : évolution, révolution et au-delà*, CDE, 3/2011, p. 636 ; S. Peeters, *Exitbelastingen op emigrerende vennootschappen : een moeilijk evenwicht na National Grid Indus*, TRV, 2012, p. 16 ; A.-L. Sibony, A. Defossez, *Marché intérieur (Libre circulation des marchandises, libre prestation de services, droit d'établissement et libre circulation des capitaux)*, RTD eur., p. 228.

<sup>308</sup> For a more detailed analysis of this question, see O. Thömmes, A. Linn, *Deferment of Exit Taxes after National Grid Indus : Is the Requirement to Provide a Ban Guaranteed and the Charge of Interest Proportionate ?*, *Intertax*, 2012, vol. 40, issue 8/9, pp. 485-493.

<sup>309</sup> T. O'Shea, *Dutch Exit Tax Rules Challenged in National Grid Indus*, *Tax Notes International*, 16 January 2012, p. 205.

In *Vale*, *Costruzioni* had lost its legal personality earlier and a transfer of its rights and obligations by universal succession was therefore not possible anymore. However, it seems that the decision to delete *Costruzioni* from the Italian commercial registry was incorrect as it could normally only happen upon proof of registration in another Member State. It derives thereof that if that decision had been declared invalid, the transfer would have been possible and it would have been a cross-border conversion rather than a cross-border new establishment;

In any case, this decision confirmed § 112 of *Cartesio* stating that there was no immunity from the freedom of establishment for national legislation “preventing [...] a company from converting itself into a company governed by the law of the other Member State, to the extent that it is permitted under that law to do so”. The Court judged that Hungarian rules constituted therefore an unjustified restriction of the freedom of establishment. It added that, as a cross-border conversion implies the concurrent application of both national laws at stake, the host State must apply its national rules while respecting the principles of equivalence, mandating the application of the same rules as for domestic conversions, and effectiveness allowing the host State to verify that all conditions imposed by the State of origin on the company to be converted are fulfilled.

#### g) *Commission v. Portugal and DI.VI. Finanziaria di Diego della Valle*

142. These two recent decisions confirm and precise the ECJ case-law from *National Grid Indus* from a tax perspective.

The decision taken in *Commission v. Portugal* is the result of one of the infringement proceedings initiated by the European Commission against Member States not complying with its 2006 communication on exit taxation<sup>310</sup>. In that precise case, the ECJ judged that the Portuguese legislation was contrary to the freedom of establishment as it imposed immediate taxation of unrealized capital gains in the case of seat or assets transfer of a Portuguese company to another Member State, whereas companies transferring their seat within the Portuguese territory were only imposed on realized gains. These are more proportionate solutions such as offering the choice to companies between an immediate taxation or a deferred one<sup>311</sup>.

In *DI.VI. Finanziaria di Diego della Valle*, the ECJ condemned a Luxembourg rule which offered a reduction of the wealth tax only to companies maintaining a reserve in their balance sheet for five years, and therefore maintaining their seat in Luxembourg for the same period. The Court considered that the rule did not pursue any legitimate objective of general interest as its primary aim was only to increase national tax revenues<sup>312</sup>.

#### h) Lessons drawn from the case-law

---

<sup>310</sup> Communication from the Commission to the Council, to the European Parliament and the European Economic and Social Committee of 19 December 2006, “Exit taxation and the need for coordination of Member States tax policies”, COM (2006)825. The Commission started proceedings against Portugal (C-38/10), Spain (C-64/11), Denmark (C-261/11) and the Netherlands (C-301/11) and issued a reasoned opinion to Belgium (IP/10/299) and the UK (IP/12/285). Proceedings against Sweden were terminated after Sweden amended its legislation.

<sup>311</sup> *V. Michel*, *Transfert de siège social et imposition différenciée selon l’Etat membre de transfert*, Europe, n° 11, novembre 2012, comm. 436.

<sup>312</sup> *A.-L. Mosbrucker*, *Transfert de siège*, Europe, n° 11, novembre 2012, comm. 435.

143. As we have said, the Court can only decide in cases presented before it and it is therefore hard to reach a general conclusion. Respecting article 54 TFEU (48 EC), it has not favored one theory to the detriment of the other<sup>313</sup>, but it has declared in a general way the usefulness and the necessity of cross-border transactions. However, it is interesting to observe each possible option of company mobility and what the ECJ case-law has taught on them<sup>314</sup>.

**144. Where the law applicable to the company changes without the company's decision:**

1. Transfer of real seat from a State of origin applying the incorporation theory:

a) From an emigration point of view

The State of origin may submit the transfer to conditions and even forbid it under penalty of dissolution as it is free to determine the factors connecting the company with its law such as taught the Daily Mail and other subsequent decisions. However, if the State of origin applies the incorporation theory, it seems that the transfer of real seat should not be an issue for it from a company law perspective. The question is different from a tax law perspective as is illustrated by National Grid Indus, Commission v. Portugal and DI.VI Finanziaria di Diego della Valle. Indeed, exit taxes may be imposed by the State of origin, even though they could be considered as obstacles to the freedom of establishment, as long as they respect the "rule of reason test".

b) From an immigration point of view

– to a host State applying the incorporation theory:

Such situation should not *prima facie* cause particular trouble. The State of origin, applying the incorporation theory, will normally consider that the company keeps its legal personality and remains subject to the law of its State of origin, as it has its statutory seat there. Nonetheless, the Centros and Inspire Act decisions insist on the fact that the host State should recognize, under no conditions and without additional requirements, the company which has transferred its real seat there.

– to a host State applying the real seat theory:

There is here a risk of double nationality and, following the Überseering decision, the host State must recognize the company without imposing on it to re-incorporate and without mandating conditions. The company acquires without interruption a domestic legal personality in the host State. The company will therefore have the choice between retaining the nationality of its State of origin or becoming a company under the host State law.

2. Transfer of real seat from a State of origin applying the real seat theory:

a) From an emigration point of view

---

<sup>313</sup> Indeed, article 48 EC places on an equal footing the statutory seat and the central administration or main establishment. For more information, consult Daily Mail, §§ 20-21 and Cartesio § 106.

<sup>314</sup> M. Wyckaert, F. Jenné, op. cit., pp. 311-315.

Here again, the State of origin is free to decide about its *lex societatis*, *i.e.* to determine the conditions of existence of a company under its law and therefore to decide that a company will be dissolved if it moves its real seat to another State. It may do so exactly as an incorporation seat State could decide that a company is dissolved if it moves its statutory seat to another State. The motivation is the same, *i.e.* maintaining the protection of local law, eventually liquidation law, for shareholders, creditors and workers of the company. The conclusion of National Grid Indus on exit taxes could also apply here.

b) From an immigration point of view

- to a host State applying the real seat theory:  
The State of origin could subject the continuity of legal personality to conditions such as a change of applicable law including the re-incorporation in the host State. However, from Daily Mail, Cartesio and Vale, it can be concluded that the State of origin will never have the right to prevent the company from re-incorporating in the host State and therefore to be governed by the latter's law if that law authorizes it to do so. The host State will then have the right to impose on the company to transform itself into a type of company existing under its law. In that case, the company, although losing in some way its foreign legal personality, will have the right to invoke the freedom of establishment. It is only if the company wants to continue to be governed by the law of its State of origin, but the State of origin imposes dissolution, that the company will not be able to invoke the freedom of establishment.
- to a host State applying the incorporation theory:  
Such scenario has never been submitted to the Court but it would have as consequence to leave the company without any applicable law, except if the law of the host State authorizes it to re-incorporate. Indeed, the host State could refuse to recognize the continuity of the legal personality of the company. Nevertheless, the State of origin will not be able to require the dissolution of the company if the host State accepts its continuity with a change of applicable law.

**145. Where the company decides to change the law which is applied to it:**

Here again, four hypotheses could be imagined but none of them has ever been presented to the ECJ and it is therefore very difficult to foresee its reaction. We could nevertheless try to imagine what would be decided.

1. Transfer of the statutory seat from a State of origin applying the incorporation theory:

a) From an emigration point of view

If the State of origin admits the transfer, it will imply a change of applicable law with continuity of legal personality and/or a re-incorporation. If this transfer is accepted with continuity of legal personality and a change of applicable law by the host State, the State of origin may not prohibit it and require liquidation as is illustrated by the Cartesio decision.

b) From an immigration point of view

- to a host State applying the incorporation theory:

Such scenario should not cause any problem as the incorporation theory does not worry about the location of the real seat. The company will just have to comply with the requirements imposed by the host State which may for example require a mere adaptation of the articles of association or a conversion, like a change of company form with continuity of legal personality under domestic law.

- to a host State applying the real seat theory:

In certain rare cases, the host State may accept that a company be subject to its law although its statutory seat is located abroad, provided that its real seat is in that host State. The consequences of this event as to the possible continuity of the legal personality of the migrant company are for the host State to determine. However, as it appears from *Cartesio*, it seems that, generally, the host State will have the right to require that both the real seat and the statutory seat be moved together to such State. If it is so, the host State will still be free to determine the consequences attached to the submission of the foreign company to its law or of its re-incorporation.

## 2. Transfer of statutory seat from a State of origin applying the real seat theory:

- to a host State applying the incorporation theory:

This situation will depend upon whether the real seat is or is not transferred to the incorporation State. If it is, there will be no problem. If it is not, the State of origin applying the real seat theory will continue to apply its law and the company must thus have a double nationality except if the State of origin imposes to companies to have both their statutory and their real seat in its territory in order to benefit from its nationality.

- to a host State applying the real seat theory:

Here again, based on the *Cartesio* decision, it seems that the Court would accept that the host State applying the real seat theory would impose the transfer of the real seat of the company aside with the transfer of its statutory seat.

## **CONCLUSION**

146. As we have mentioned, the ECJ can decide only upon cases which are presented to it. It has therefore not been able to give solutions to all situations of company mobility which could possibly arise. The legislator will therefore have to play an important role in order to fill this legislative gap. We think that this is notably one of the reasons why the discussions on a 14<sup>th</sup> directive should be revived in order to solve globally the question of intra-Community transfers of seats.

Fortunately, other instruments are born which contribute to facilitate the mobility of companies inside the European Union, such as the European Company regulation or the 10<sup>th</sup> directive on cross-border mergers.

Any conclusions drawn on the influence of an ongoing process like the case-law of the Court on the direct tax systems of the Member States are necessarily incomplete and provisional. They can indeed only be based on the shifting sands of the judicial process, which resists any attempt to transform a shed of individual decisions into one or more general rules applicable to an indefinite number of situations.

However, it may be said that the –quite remarkable- development of the case-law of the Court in direct tax matters is a consequence of the –very original- Community framework as to the division of powers between Community institutions and Member States in this area. From an economic point of view, (direct) taxation is undoubtedly an essential tool to be used in order to achieve the political objective of the Internal Market (Articles 3 to 6 TFEU - Article 3 EC). From a legal perspective, it must be acknowledged that the Treaty –and this reflects the opinion of at least some of the Members States- does not explicitly organise the legislative EU competence for attaining the level of harmonisation, approximation or coordination in direct taxation that would be required in order to remove the existing tax obstacles to intra-Community trade and industry.

The Court's case-law thus originates in the incapability or unwillingness of the national direct tax systems to provide for adequate recognition of cross-border situations, i.e. to consider for tax purposes that the fact of subjecting foreigners to a treatment different from national treatment cannot be regarded as a discriminating factor as such. As we have seen, the case-law of the Court has dealt with all sorts of situations. This is probably due to the most interesting feature of EU individual rights and freedoms, i.e. their **open-endedness**. There is indeed no restricting measure that cannot be caught by the EU fundamental freedoms. As to the judicial protection of European citizens and businesses, this is undoubtedly an improvement.

Nevertheless, the coin has another side which is uncertainty about the exact scope of application of those freedoms and **unpredictability** concerning the outcome of cases pending before the Court. Moreover, the Court always decides on the basis of an individual situation: the judgment depends thus on the facts that are presented before it and the only way to be sure that a similar but not identical situation will warrant the same decision is often to submit another question to the Court. For instance, one may see the limits of the case-law method when, on a technical distinction, similar CFC rules are condemned in **Cadbury Schweppes** and upheld in **Columbus Container**. Another example can be found in cross-border losses: it seems that the principle laid down by the Court is that EU law does not oblige a Member State to allow a company in its jurisdictions to take into account the losses of PE's and subsidiaries situated in another Member State, since their profits are not taxed in the first State (**Lidl Belgium**). However, the landmark cases **ICI** and **Marks and Spencer's** provide for the opposite solution, which makes it difficult to distinguish between the principle and the exception.

In defence of the Court, it is always difficult to decide a case where no sufficiently precise (EU secondary) legislation has been enacted, and where the (Member States') applicable legislation often pursues other objectives than the removal of the obstacles to the establishment of the Internal Market, or – even worse- the applicable legislation should have the goal of remove such obstacle, like the DTCs, but merely organise the allocation of powers of taxation between two States, without regard to the situation of double taxation in the hands of the taxpayer.<sup>315</sup>

However, there is no convincing argument to level a fundamental criticism of the Court's attitude and to interpret the Treaty as denying the right for European taxpayers to seek

---

<sup>315</sup> See for example the taxation of cross-border dividends under the DTC between France and Belgium (*Damseaux*, no. 131).

remedy under the EU freedoms. The failed attempt by some Member States to limit the Court's jurisdiction in direct tax matters is eloquent evidence that that interpretation cannot be followed.<sup>316</sup>

It is also symptomatic that criticism on the Court has been going in both directions; some reproaching the Court not to sufficiently take into consideration the interests of the Member States, e.g. by further acknowledging the principles of territoriality of the tax systems or of fiscal cohesion, but others regretting the Court to be too reluctant to promote full implementation of the idea of Internal Market in tax matters, e.g. by condemning double taxation or applying the most-favoured nation's principle to Member States' DTCs.<sup>317</sup>

In this context, it is not surprising that implementation of the Court's rulings varies amongst Member States, even at the level of domestic jurisdictions. Basically, facing a discriminatory situation, the domestic judge will grant the favourable treatment to the discriminated party, whilst the legislator has a broader choice. For example, after Marks & Spencer, recognising the right for a consolidation of the trans-national losses within an EU group in certain circumstances, Member States have the choice to extend their consolidation regime to non-resident subsidiaries established on the EU territory or to do away with consolidation altogether. In this choice, of course, **revenue consequences** can be of paramount importance.<sup>318</sup>

This difference in the implementation of the Court's case-law among the Member States is not coherent with the idea underlying the role of the Court of Justice, which is to provide a **uniform interpretation and application** of EU law in all the Member States, as Article 10 EC requires.

### **Partie III. Analyse des directives, règlements, traités spéciaux et Aide d'Etat**

147. L'harmonisation des impôts directs en Europe est, hormis les directives existantes, une harmonisation négative, résultant des décisions de la Cour de justice prohibant la mise en œuvre de certaines dispositions nationales restrictives des libertés fondamentales prévues par le traité et, généralement, également discriminatoires.

Les Traités sont actuellement ceux qui résultent des Traités de Lisbonne, à savoir :

- le Traité de l'Union européenne (TUE)

---

<sup>316</sup> See the Memorandum presented by United Kingdom and Germany during the Intergovernmental Conference preceding the adoption of the Treaty of Amsterdam (1997).

<sup>317</sup> Cf. e.g. Avery Jones, J.F., 'A comment on 'AMID: The wrong bridge or a bridge too far?', *Eur. Tax.*, 2001, p. 251; Wattel, P.J., "Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality", *EC Tax Rev.*, 2003, p. 194, Van Thiel, S., 'Why the ECJ should interpret directly applicable European law as a right to intra-community most-favoured-nation treatment and a prohibition of double taxation,' in Weber, D.(ed). *The influence of European Law on direct taxation : recent and future developments*, Alphen aan den Rijn, Klulwer Law International, 2007, p. 118 and Vanistendael, F., 'The ECJ at the crossroads: balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market', *Eur. Tax.*, 2006, p. 413.

<sup>318</sup> Thömmes, O., 'Effect of ECJ decisions on budgets of EU Member States: EC law without mercy?', *Intertax*, 2005, p. 560.

- le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui remplace le Traité de la Communauté européenne (TC ou TCE).

Cette harmonisation négative, de plus en plus marquée, suppose que les juges nationaux fassent usage du mécanisme de la question préjudicielle (TFUE, art. 267).

On constatera que certains pays n'ont guère posé de questions préjudicielles en matière d'impôts directs (Espagne, Portugal, Irlande).

D'autres juges résolvent eux-mêmes les questions de droit européen, sans poser de questions préjudicielles.

L'harmonisation positive est, elle, le fruit de directives adoptées en matière fiscale à l'unanimité.

## **Titre I - Harmonisation positive**

148. L'harmonisation positive de la fiscalité directe en Europe, qui s'était, en ce qui concerne les entreprises, limitée pendant longtemps à la directive mères-filiales, à la directive fusions et à la convention dite d'arbitrage sur les prix de transfert, a connu une accélération remarquable, d'abord par la modification et l'extension du champ d'application de la directive mères-filiales, ensuite par la modification et la coordination de la directive fusions, couplée au règlement sur la société européenne entré en vigueur le 8 octobre 2004, et enfin par la directive sur les paiements d'intérêts et de redevances entre sociétés associées<sup>319</sup>. Des propositions de directives concernent l'assiette consolidée de l'impôt des sociétés et la taxe sur les transactions financières.

## **CHAPITRE I DIRECTIVE MÈRES-FILIALES ET SON EXTENSION**

149. Paradoxalement, la directive mères-filiales et les autres mesures adoptées par les décisions du Conseil européen du 23 juillet 1990, la directive fusions et la convention prix de transfert, eurent pour contrepartie l'abandon de fait de l'objectif d'harmonisation des impôts directs en Europe, qui avait longtemps été un objectif de la Commission. Le Commissaire à la fiscalité, Madame Scrivener, avait reconnu, par une communication du

---

<sup>319</sup> Sur ces textes, cfr. B. Terra et P. Wattel, *European Tax Law*, 6<sup>e</sup> éd., Alphen aan den Rijn, Wolters-Kluwer, 2012. M. Helminen, *EU Tax Law. Direct Taxation*, Amsterdam, IBFD, 2009 ; E. Ginter, B. Michaud et E. Chartier, *Fiscalité directe et droit communautaire*, Revue fiduciaire, Paris, 2011 ; A. Maitrot de la Motte, *Droit fiscal de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016. L. Hinnekens, *Europese Unie en Directe Belastingen*, Ghent, Larcier, 2012 ; C.H.J.I. Panayi, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Pour les textes multilingues, cfr. K. van Raad, éd., *Materials on International & EC Tax Law, 2014-2015*, vol. 3, International Tax Center, Leiden, en français ; Ph. Derouin et Ph. Martin, *Droit communautaire et fiscalité, Sélection d'arrêts et de décisions*, Paris, Litec ; Schaumburg, Englisch, *Europäisches Steuerrecht*, Cologne, Otto Schmidt, 2015.

20 avril 1990, qu'il y avait lieu de renoncer à une telle ambition tout en se contentant de l'adoption du "paquet" comportant les trois mesures citées ci-avant<sup>320</sup>.

La directive mères-filiales devait être mise en œuvre dans tous les Etats membres avant le 1<sup>er</sup> janvier 1992. Déjà à ce moment, les experts du Comité Ruding soulignaient ses insuffisances et proposaient entre autres deux modifications :

- son application à toutes les sociétés assujetties à l'impôt des sociétés, indépendamment de leur forme juridique ;
- une extension de la méthode d'imputation aux impôts payés non seulement par les filiales mais également par les sous-filiales, quel que soit leur degré<sup>321</sup>.

Il fallut reconnaître en 1997 que les temps n'étaient pas mûrs pour ces modifications. Il subsistait des différences insurmontables entre Etats, les uns considérant telle forme d'entreprise comme une personne morale soumise à l'impôt et les autres la considérant comme fiscalement transparente et imposant ses revenus dans le chef de ses actionnaires.

Le 23 octobre 2001, la Commission publia sa communication intitulée "Vers un marché intérieur sans obstacles fiscaux – une stratégie pour l'établissement d'une base d'imposition consolidée aux entreprises pour l'impôt des sociétés applicable à leurs activités dans l'ensemble de l'Union européenne"<sup>322</sup>. Parmi de nombreuses propositions destinées à éliminer les obstacles fiscaux aux activités économiques transnationales, cette communication proposait divers amendements à la directive mères-filiales. Ces amendements trouvèrent leur aboutissement dans la directive 2003/123/CE du 22 décembre 2003<sup>323</sup>.

Par ailleurs, la Cour de justice a eu, pendant cette période, l'occasion de rendre divers arrêts spécifiquement consacrés à l'interprétation de la directive mères-filiales, dans des situations nées de contrariétés entre des législations nationales et cette directive<sup>324</sup>.

La directive mères-filiales a été refondue le 30 novembre 2011<sup>325</sup>.

## **Section I Le but de la directive mères-filiales**

---

<sup>320</sup> Directive concernant l'imposition des sociétés, SEC (90/601) final.

<sup>321</sup> Report of the Ruding Committee : conclusions and recommendations of the Committee of independent experts on company taxation, Eur. Tax., 1992, p. 114.

<sup>322</sup> Com. 2001/582 final.

<sup>323</sup> JOCE, 13 janvier 2004, L-7, p. 41 ; L. De Broe et R. De Boeck, *De Moeder-Dochterrichtlijn : Europese Fiscale Piecemeal – Engineering op weg naar harmonie* in B. Peeters, ed., *Europees belastingrecht*; Bruxelles, Larcier, 2005, p. 347 ; G. Maisto, *The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive : what's next*, EC Tax Review, 2004, p. 164 ; F. Bulgarelli, *Le recenti modifiche alla Direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana*, *Rassegna tributaria*, 2005, p. 115.

<sup>324</sup> 17 octobre 1996, C-283/94, C291/94 et C-292/94, Denkavit ; 8 juin 2000, C-375/98, Epson ; 4 octobre 2001, C-294/99, Athinaïki Zythopoïia ; 18 septembre 2003, C-168/01, Bosal ; 25 septembre 2003, C-58/01, Océ Van der Grinten, 25 janvier 2005.

<sup>325</sup> Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différents, JOUE, 29 décembre 2011, L-345, p. 8.

150. Le but de la directive mères-filiales est rappelé dans son préambule : le traitement des distributions de dividendes entre filiale et mère diffère d'Etat à Etat ; il est généralement moins favorable lorsque ces deux entreprises sont établies dans des pays différents que lorsqu'elles sont établies dans le même Etat. La coopération internationale en est défavorisée par comparaison avec la coopération nationale entre entreprises. Une réglementation commune facilitera notamment le regroupement d'entreprises.

Une cohérence est ainsi établie entre la directive mères-filiales et la directive fusions.

Les avantages de la création de groupes européens ne sont plus à souligner : amélioration de l'efficacité par des économies d'échelles ; possibilité de sélection du partenaire le plus approprié ; diminution du nationalisme économique et amélioration de la position concurrentielle des entreprises européennes par rapport aux entreprises américaines<sup>326</sup>. On retrouve des objectifs semblables à ceux de l'élimination des obstacles à la concurrence par l'article 101 du TFUE, tout en constatant que l'article 102 et la réglementation sur les concentrations viendront au contraire placer des bornes à ce processus.

En théorie, une relation mère-filiale internationale pourrait donner lieu à une triple imposition :

- impôt des sociétés dans l'Etat de la source, à savoir l'Etat d'établissement de la filiale ;
- imposition à la source sur le bénéfice distribué ;
- imposition sur le même bénéfice dans l'Etat de la société mère.

Bien que cette situation, en raison de dispositions unilatérales et de traités bilatéraux préventifs de la double imposition, se présente rarement, l'imposition des dividendes transfrontaliers était généralement moins favorable que celle des dividendes nationaux.

La directive établit une solution simple :

- suppression des retenues à la source ;
- suppression de la double imposition par l'une des deux méthodes classiques, exonération ou imputation.

Comme on le verra, cette simplicité n'est qu'apparente et tous les problèmes de double imposition n'ont pas été éliminés.

## **§ I Champ d'application**

151. La directive s'applique aux distributions de bénéfices reçues par une société d'un Etat membre d'une filiale d'un autre Etat membre.

---

<sup>326</sup> F. De Hosson, *The parent-subsidiary directive*, Intertax, 1990, p. 414 ; F. Bulgarelli, *Neutralità impositiva degli utili infragrupo*, in *Lo Stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, Università di Bologna, coord. Adriano di Pietro, 2003, p. 555 ; D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2011, p. 459.

La société ne peut être une « double résidente » au sens d'un traité qui lui attribuerait une résidence dans l'Union et une autre en dehors de l'Union<sup>327</sup>.

Toutes les sociétés ne sont pas visées mais seulement celles dont les formes sont énumérées à l'annexe de la directive.

La liste des sociétés qualifiées visées par la directive qui, dans certains Etats, était limitée aux sociétés de capitaux et le cas échéant aux organismes de droit public a été étendue, notamment aux sociétés coopératives, à certains types de sociétés n'ayant pas de capital, à des entités ayant pour objet l'exercice d'activités commerciales ou à des banques d'épargne. De très nombreux Etats membres en ont profité pour étendre l'application de la directive à toutes les entités constituées conformément à leur droit et assujetties à l'impôt sur les sociétés. Certains Etats membres n'ont pas suivi cette initiative qui aurait permis l'élimination de la liste elle-même<sup>328</sup>.

La société européenne a également été ajoutée à la liste. Certains considéraient que cette addition n'était pas nécessaire, la société européenne devant être traitée comme une société de capitaux. Cette opinion ne nous paraît pas pouvoir être suivie, le règlement établissant le statut de la société européenne prévoyant expressément qu'il s'agit d'une nouvelle forme de société et ne renvoyant au droit national des sociétés de capitaux qu'à titre subsidiaire.

## **§ 2 Mère et filiale : notions**

### **A Notion de société mère**

#### **i Pourcentage de participation**

152. La qualité de société mère est reconnue au moins à toute société qui remplit les conditions énoncées ci-dessus et qui détient une participation minimale de 10% dans une autre société qui remplit ces mêmes conditions. Ce taux était à l'origine de 25% et a été progressivement réduit : 20% en 2005, 15% en 2007, 10% en 2009 (art. 3.1(a)).

Le taux de 25% mettait l'accent sur un certain degré de pouvoir ou de contrôle. La réduction à 10% déplace l'accent vers la notion de prévention de la double imposition économique, d'autant plus que ce taux s'applique à chaque étape de la chaîne sans que soit prévu un taux minimal de détention indirecte.

Les Etats membres restent libres de prévoir un régime plus libéral. De nombreux Etats membres prévoyaient déjà un seuil égal ou inférieur à 10% pour l'application de l'exemption du dividende ou de l'imputation de l'impôt. Il n'en était en revanche pas de même pour l'exonération de retenue à la source.

#### **ii Droit de vote**

153. A la demande du Royaume-Uni et pour tenir compte de ce que certaines catégories d'actions ne donnant pas droit de vote à l'assemblée générale, l'article 3.2 (a) de la directive dispose que les Etats membres ont la faculté de remplacer par voie d'accord bilatéral le critère de la participation dans le capital par celui de la détention des droits de vote. On rappellera que

---

<sup>327</sup> Art. 2, a, ii.

<sup>328</sup> Danemark, Irlande, Italie, Portugal, Suède, Finlande.

certaines actions n'accordent pas de droit de vote à l'assemblée générale. En revanche, certaines actions se voient attribuer un droit de vote plural. Des actions sans droit de vote peuvent en certaines circonstances se voir accorder un droit de vote.

### iii Etablissements stables

154. La directive a été rendue applicable :

- lorsqu'un établissement stable situé dans un autre pays que la société mère reçoit un dividende d'une société filiale située dans un autre Etat membre que celui de l'établissement<sup>329</sup> ;
- lorsqu'un établissement stable d'une société mère située dans le même pays que sa filiale mais situé, lui, dans un deuxième pays reçoit une distribution de la filiale<sup>330</sup>.

La directive ne s'appliquera donc pas lorsque l'établissement stable et la filiale sont situés dans le même pays, même si l'établissement stable est celui d'une société étrangère. La même situation existe en application de la directive 2003/49/CE sur les intérêts et redevances. Le préambule permet l'introduction de mesures anti-abus. En effet, dans la situation décrite ci-avant, il suffirait à la société mère de créer un établissement stable dans un autre Etat membre avec pour fonction exclusive la détention de la participation dans la filiale.

Dans tous les cas s'applique l'obligation, déduite du droit primaire, d'égalité de traitement entre les établissements stables et les sociétés résidentes<sup>331</sup>.

Demeure la question de l'applicabilité de la directive lorsque sociétés mère et filiale sont chacune situées dans un Etat membre mais lorsque la participation est détenue à l'intervention d'un établissement stable située dans un Etat tiers, non membre de l'Union européenne. Dans ce cas, la directive doit être appliquée : l'Etat de la filiale doit exonérer la distribution de retenue à la source ; le pays de l'établissement stable n'était pas lié par la directive mais l'Etat du siège de la société mère doit, en intégrant les résultats de l'établissement stable dans le résultat de la société mère, consentir l'exonération ou l'imputation prévue par la directive<sup>332</sup>.

### iv Définition de l'établissement stable

155. La directive introduit en même temps une définition de l'établissement stable : toute installation fixe d'affaires située dans un Etat membre dans laquelle l'activité d'une société

---

<sup>329</sup> Art. 1.1, (c).

<sup>330</sup> Art. 1.1, (a).

<sup>331</sup> C-307/97, Saint-Gobain, arrêt du 21 septembre 1999 ; G. Maisto, op.cit., p. 165 ; E. Zanotti, Taxation of Inter-Company Dividends in the Presence of a PE : the Impact of the EC Fundamental Freedoms, Eur. Tax., 2004, p. 493 et p. 535.

<sup>332</sup> F. Prats, Application of The Parent-Subsidiary Directive to permanent establishments, Eur. Tax., 1995, p. 180 ; pour une synthèse de jurisprudence, voy. M. Rossi, Principi fondamentali del Trattato CE e normativa statale in materia d'imposte dirette nella giurisprudenza della corte di giustizia CE, Dir. Prat. Trib., 2004, p. 689 ; Avis du 29 octobre 2003 du Comité économique et social, Com. 2003/462 final, n° 3.1.2., 2003/0179 (CNS), JOCE, 5 février 2004, C. 32, p. 118, point, 3.1.5.

d'un autre Etat membre est exercée en tout ou en partie, dans la mesure où les bénéfices de cette installation d'affaires sont assujettis à l'impôt dans l'Etat membre dans lequel elle se situe en vertu du traité fiscal bilatéral applicable ou, en l'absence d'un tel traité, en vertu du droit national<sup>333</sup>. Cette définition exclura par exemple les établissements stables qui se limitent à des activités préparatoires ou auxiliaires, puisqu'ils ne sont pas soumis à l'impôt.

#### **v Autres questions**

156. L'occasion n'a pas été saisie de résoudre diverses autres questions controversées, auxquelles les Etats membres apportent des réponses divergentes. La participation doit-elle être détenue en pleine propriété ou un usufruit suffit-il ? La propriété économique est-elle assimilée à la propriété juridique ? Les participations détenues indirectement sont-elles contenues dans le calcul du seuil ? Le bénéficiaire de dividendes doit-il en être le bénéficiaire effectif ou ultime ou, sous réserve des mesures anti-abus, la société mère peut-elle être une société conduite ?

#### **B Société filiale**

157. Selon l'article 3.1(b)), nouveau, « on entend par 'société filiale' une société dont le capital comprend la participation visée au point a) »<sup>334</sup>.

#### **C Durée de détention de la participation**

158. Afin de ne pas permettre l'application de la Directive aux sociétés qui ne constituent pas de véritables groupes et dont le seul but est de tourner la législation fiscale sur la taxation des dividendes, le deuxième tiret du paragraphe 2 de l'article 3 de la directive prévoit que les Etats membres ont la faculté de ne pas appliquer le régime du privilège d'affiliation à celles de leurs sociétés qui ne conservent pas, pendant une période ininterrompue d'au moins deux ans, une participation donnant droit à la qualité de société mère. De même les Etats membres peuvent déroger à la directive lorsqu'elle interdit la perception de retenues à la source pour les filiales dans lesquelles une société d'un autre Etat membre ne conserve pas une telle participation pendant la même période.

S'agit-il de deux années révolues au moment de la distribution de dividendes ou la détention peut-elle, au contraire, se poursuivre après la distribution ? La Cour de Justice a tranché en faveur de la seconde interprétation, ce qui obligea plusieurs Etats membres à modifier leur législation.

### **§ 3 Imposition du dividende au niveau de la société mère : exonération ou imputation**

159. Le régime fiscal commun des sociétés mères s'applique aux bénéfices distribués par une filiale à ce titre<sup>335</sup>, autrement qu'à l'occasion de sa liquidation (art. 4.1).

---

<sup>333</sup> Art. 2 (b).

<sup>334</sup> L'ancien texte se lisait « on entend par «société filiale» la société dans le capital de laquelle la participation visée au point a) est détenue » ; l'on se demande pourquoi ce texte exact a été remplacé par un langage inexact.

<sup>335</sup> Le texte nouveau porte « au titre de l'association entre la société mère et sa filiale », tandis que l'ancien texte portait « à titre d'associée de sa société filiale ». Le texte anglais, inchangé, se lit : « by virtue of the association of the parent company with its subsidiary ».

La directive laisse aux Etats membres le choix entre les méthodes bien connues de l'exonération et de l'imputation : soit l'Etat de la société mère s'abstient d'imposer les revenus, soit il les impose moyennant déduction, ou plus proprement imputation sur le montant de l'impôt dû de la fraction de l'impôt sur les sociétés afférente à ces bénéfices. L'imputation concerne les impôts acquittés par la filiale ainsi que par les sous-filiales, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale respectent les exigences prévues aux articles 2 et 3. Elle est limitée à l'impôt dû (art. 4.1 (b)).

Il est permis aux Etats membres de prévoir que les charges se rapportant à la participation, sans que celles-ci puissent excéder 5% des bénéfices distribués si elles sont évaluées forfaitairement, et les moins-values résultant de la distribution des bénéfices de la société filiale ne seront pas déductibles du bénéfice imposable de la société mère (art. 4.3). En vertu du droit primaire, les charges d'intérêts ne peuvent être sélectivement rejetées dans la seule mesure où elles ne contribuent pas indirectement à la formation de revenus imposables dans le pays<sup>336</sup>.

L'article 4 ne vise pas les bénéfices distribués à l'occasion de la liquidation de la filiale, qui se rapprochent de la limite entre dividendes et plus-values. Le projet de directive prévoyait l'application du privilège d'affiliation à ces bénéfices.

Ce régime n'engage pas l'avenir : « Ce système sera adapté à compter de la date de mise en place effective d'un système commun d'imposition des sociétés » (art. 4.5).

### **Extension de la méthode d'imputation**

160. Dans le système initial, les dividendes payés par une sous-filiale et redistribués par la filiale à la société mère ne devaient pas être exonérés ou bénéficier d'une imputation dans l'Etat de cette dernière puisqu'ils n'avaient pas subi d'imposition dans l'Etat de la sous-filiale en raison de l'application par ce dernier Etat de l'exonération ou de l'imputation. Une telle situation était manifestement contraire au but de la directive.

Il est maintenant prévu que, lorsque la méthode d'imputation est appliquée, la société mère ou l'établissement stable pourront déduire du montant de leur impôt la fraction de l'impôt afférente au bénéfice distribué et acquittée par la filiale et toutes sous-filiales, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale remplissent les conditions de la directive et en particulier les conditions de seuil<sup>337</sup>.

A nouveau, l'occasion n'a pas été saisie de résoudre un problème auquel les Etats membres donnent des solutions divergentes, celui de la limitation de l'imputation au montant de l'impôt national dû sur le revenu distribué. Rien n'impose que l'exonération ou le crédit d'impôt soit par exemple reportable aux exercices suivants.

### **Exclusion des produits hybrides du bénéfice de l'exemption**

161. L'OCDE, dans son vaste projet BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), destiné à éliminer les possibilités de double non-imposition internationale, veut notamment mettre fin aux avantages liés à l'usage de produits hybrides, dont les revenus sont déductibles

<sup>336</sup> Aff. C-168/01, CJCE, Bosal Holding BV c. Staatssecretaris van Financiën, arrêt du 18 septembre 2003.

<sup>337</sup> Art. 4.1 (b).

dans le pays de la source à titre d'intérêts et exemptés dans le pays de la résidence de la société mère de la filiale débitrice parce qu'ils y sont traités comme des dividendes.

La directive a été modifiée pour prévoir que l'exemption ne s'appliquera que si les bénéfices distribués ne sont pas déductibles pour la filiale et que ces bénéfices seront imposés au niveau de la société mère s'ils sont déductibles pour la filiale<sup>338</sup>.

En cas d'application de la méthode d'imputation, le problème ne se pose pas :

- le dividende est taxable ;
- aucune imputation n'a lieu au titre d'un impôt payé par la filiale puisqu'elle n'en paie pas sur le montant qu'elle déduit.

## **§ 4 Imposition du dividende au niveau de la filiale**

### **A Exonération de la retenue à la source**

162. L'article 5 de la directive contient les règles relatives à la taxation des bénéfices distribués par une société filiale à sa société mère. Aux termes du paragraphe 1<sup>er</sup> de cet article, ces bénéfices sont exemptés de toute retenue à la source par l'Etat de résidence de la filiale.

On notera qu'à l'inverse de l'article 10 de la convention OCDE, l'article 5 de la directive se réfère "aux bénéfices distribués..." et non seulement aux dividendes. Il s'ensuit que tombent dans le champ d'application de la directive non seulement les dividendes *stricto sensu*, mais également les autres avantages appréciables en argent, tels que les actions gratuites, les bonus et toutes les autres distributions de bénéfices qui peuvent être assimilées à des distributions de dividendes. Cela vise également la distribution des réserves pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un remboursement de capital sous quelque forme que ce soit<sup>339</sup>.

La directive s'applique à toutes les distributions de bénéfices qu'une société mère reçoit à titre d'associée de sa filiale<sup>340</sup>. Certains paiements posent problème<sup>341</sup>.

### **Bénéfices de sociétés étrangères contrôlées**

163. La taxation porte sur des bénéfices non distribués. Toutefois, s'ils étaient assimilés par la loi à des bénéfices distribués, la question se poserait. Certains interprètent la directive comme s'appliquant à des distributions fictives.

### **Actions de bonus**

---

<sup>338</sup> Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014, JO L-219 du 25 juillet 2014, p. 40.

<sup>339</sup> Pourra-t-il s'agir, également, des bénéfices distribués à l'occasion de la liquidation de la société filiale? Les avantages prévus par l'article 4 en ce qui concerne la taxation de la société mère (voy. infra) ne pourront pas s'appliquer à ce type de bénéfices car le paragraphe 1 de l'article 4 les exclut expressément de son champ d'application. Toutefois, la notion de liquidation ne peut s'appliquer à une fusion par absorption (C-371/11, Punch Graphix Progress Belgium, arrêt du 18 octobre 2012).

<sup>340</sup> M. HELMINEN, "Dividend equivalent benefits and the concept of profit distribution of the EC Parent-Subsidiary Directive", *EC Tax Review*, 2000, p. 161.

<sup>341</sup> Préambule, 4<sup>e</sup> considérant.

164. Si la remise d'actions de bonus est taxable comme dividende, la directive devrait s'y appliquer.

### **Prix de transfert**

165. Si l'avantage anormal est consenti par une filiale à sa mère, il pourrait s'agir d'une distribution de profit consentie à la mère en sa qualité d'associée.

### **Sous-capitalisation – Hybrides**

166. La directive ne s'appliquera pas quand le droit à dividende seul est transféré ("dividend stripping") : le bénéficiaire ne reçoit pas la distribution en sa qualité d'associé. Elle ne s'appliquera pas davantage aux indemnités compensatoires du dividende reçues en cas de prêt d'actions.

### **Effet de la suppression de la retenue**

167. Cette exonération a augmenté sensiblement le rendement net des participations détenues par des sociétés mères dans des sociétés établies dans l'Union Européenne. Auparavant, les sociétés mères ne pouvaient prétendre qu'aux diminutions de retenue à la source prévues par les conventions fiscales bilatérales. Ces réductions limitaient la retenue à la source, selon les cas, à 15, 10 ou 5%.

Dans la mesure où les dividendes étrangers bénéficient d'une exonération, les retenues à la source étrangères ne peuvent souvent être imputées sur l'impôt de la société mère. Tout au plus le dividende est-il pris net de retenue à la source étrangère.

Dans la méthode du crédit, le total de l'impôt sous-jacent et de la retenue dépassait souvent le taux de l'impôt national, ce qui aboutissait à une perte de crédit et à une double imposition partielle.

La disparition de cette retenue est donc particulièrement importante.

## **B Interdiction de perception d'une retenue à la source dans l'État de la société mère**

168. L'article 6 de la directive interdit à l'Etat membre de la société mère de percevoir une retenue à la source sur les bénéfices reçus d'une filiale étrangère. La Belgique, qui perçoit le précompte mobilier dès qu'un revenu mobilier est payé à l'intervention d'un intermédiaire belge<sup>342</sup>, a renoncé à la perception du précompte mobilier sur les dividendes payés par une société étrangère à une société belge<sup>343</sup>. Il semble que l'interdiction communautaire ait été inspirée par le régime belge ancien<sup>344</sup>.

## **C Maintien des impôts anticipés**

### **i Droit interne**

---

<sup>342</sup> C.I.R., art. 261, 2°.

<sup>343</sup> A.R.-I.R., art. 106, § 1er.

<sup>344</sup> F.C. DE HOSSON, "The parent-subsidiary directive", in *The direct tax initiatives of the European Community*, Deventer-Boston, Kluwer, 1990, p. 44.

169. Dans certains pays, les dividendes qui n'ont pas été soumis à l'impôt des sociétés chez la société qui les a perçus étaient soumis à une imposition compensatoire lors de leur redistribution (précompte français)<sup>345</sup>. Dans d'autres pays, il s'agissait simplement d'un paiement anticipé de l'impôt des sociétés, dû à l'occasion de la distribution<sup>346</sup>.

Dans les deux cas, le motif de la perception était l'octroi simultané à l'actionnaire d'un crédit d'impôt pour une partie de l'impôt des sociétés, calculé par rapport au dividende net. L'imposition compensatoire ou anticipée correspondait au montant du crédit d'impôt, qu'il serait inéquitable d'accorder si un impôt des sociétés n'avait pas été payé. La directive ne porte pas atteinte à ce mécanisme (art. 7.1). Il n'existe plus l'avoir fiscal ou crédit d'impôt ayant été supprimé et remplacé par un allègement d'impôt applicable au dividende.

## ii Droit conventionnel

170. La directive ne portait par ailleurs pas atteinte aux dispositions nationales ou conventionnelles remédiant à la double imposition économique des dividendes, en particulier à celles qui permettaient le paiement total ou partiel, au bénéficiaire des dividendes, d'un montant équivalent au crédit d'impôt dont pourrait bénéficier un actionnaire établi dans le pays de la source (art. 7.2).

## § 5 Sociétés fiscalement transparentes

171. L'extension de la liste des sociétés visées par la directive posait une question technique. Nombre de ces sociétés ont un caractère hybride et peuvent être considérées dans certains Etats comme fiscalement transparentes. Dès lors que l'Etat de la société mère attribuait à celle-ci le revenu, même non distribué, de la filiale, rien ne l'obligeait à lui consentir les allègements de la double imposition prévus par la directive.

Il a dès lors été prévu que, pour imposer la quote-part de la société mère dans le bénéfice non distribué de la filiale, l'Etat membre de la société mère devait soit l'exonérer, soit lui consentir une imputation de l'impôt perçu dans le pays de la filiale, à condition que les présupposés de la directive et notamment les conditions de seuil soient remplis. De plus, l'Etat de la société mère s'abstiendrait de toute imposition lors de la distribution ultérieure par la filiale des bénéfices ayant déjà subi le régime fiscal prédécrit<sup>347</sup>.

La transparence de la filiale est appréciée par l'Etat de la société mère selon ses propres règles mais en tenant compte des caractéristiques juridiques de la filiale telles qu'elles résultent du droit qui a présidé à sa constitution. Les caractéristiques fiscales de la filiale dans le pays où celle-ci est établie ne sont donc pas prises en considération.

Il aurait sans doute été plus simple de se référer purement et simplement aux règles de l'Etat de la filiale pour apprécier la transparence de celle-ci. La plupart des Etats membres

---

<sup>345</sup> En France, si la filiale n'avait pas payé d'impôt ou n'avait pas payé l'impôt sur les sociétés au taux plein, la société devait préalablement acquitter un précompte sur ses distributions. Ce précompte était, dans certains cas, remboursable à la société mère étrangère. La loi française exonérait de précompte les holdings de participations étrangères, dont les 2/3 des actifs et bénéfices se rattachent à de telles participations, dans la mesure de la distribution provenant de participations étrangères (C.G.I., art. 223sexies, §3.8°). Cfr. G. GEST et G. TIXIER, *Droit fiscal international*, 2e éd., 1990, p. 338.

<sup>346</sup> Advance corporation tax anglais, aujourd'hui abrogé.

<sup>347</sup> Art. 4.2.

ne l'ont pas voulu, sans doute pour maintenir leur régime de sociétés étrangères contrôlées.

## **Section 2 Interprétation de la directive**

172. L'interprétation de la directive revient, comme celle des textes européens en général, à la Cour de justice conformément à l'article 267 du TFUE qui permet de saisir la Cour par voie de question préjudicielle. Les juges nationaux peuvent également se livrer à son interprétation. Le principe de la bonne foi communautaire les oblige à suivre les mêmes méthodes d'interprétation que la Cour de justice, conformément à l'article 4, § 3 du TUE.

La Cour, dans son œuvre d'interprétation des directives, utilise quatre méthodes qui ne connaissent pas de hiérarchie bien définie : les méthodes d'interprétation littérale, téléologique, systématique et historique.

L'interprétation littérale ou grammaticale exige que les mots soient interprétés conformément à leur signification normale et usuelle. Afin d'assurer l'uniformité de l'interprétation des concepts communautaires, la Cour ne pourra pas recourir à des interprétations empruntées aux ordres juridiques nationaux des Etats membres. Il en est autrement dans l'interprétation des traités préventifs de la double imposition conformes au traité modèle de l'OCDE qui renvoie, en l'absence de définition, à l'interprétation découlant de la législation fiscale de l'Etat membre où l'impôt est d'application<sup>348</sup>.

Les concepts de la directive mères-filiales auront donc une signification autonome et européenne. Il est ironique que les Etats membres se voient ainsi frustrés de leur but lorsqu'ils utilisent volontairement des concepts larges et vagues dans les directives. L'interprétation de la Cour de justice leur imposera une interprétation unique.

Toutefois, la Cour se borne rarement à une interprétation littérale, comme on va le voir, et tient essentiellement compte du but de la directive. Il n'en est autrement que dans un cas, lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition dérogatoire à une disposition générale. La Cour se range alors à la règle de l'interprétation stricte des exceptions. Il en a été ainsi, par exemple, dans l'affaire Denkavit : la possibilité pour les Etats membres d'imposer une durée de détention minimum de la participation de la mère dans la filiale doit être interprétée strictement puisqu'elle forme une exception à l'article 5.1 de la directive instituant l'exonération de retenue à la source : "une interprétation qui, en la défaveur du contribuable, irait au-delà du texte même de l'article 3.2 n'est donc pas acceptable"<sup>349</sup>.

Le but de la directive fournit l'instrument essentiel de son interprétation. Le préambule trouvera là toute son importance. Les juridictions nationales se rangent également à l'interprétation téléologique des directives européennes<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Art. 3.2. La directive renvoie toutefois à deux endroits au droit fiscal national : pour la définition du domicile fiscal (art. 2.(a)) et pour la qualification d'une filiale comme fiscalement transparente (art. 4.2).

<sup>349</sup> Aff. C-283/94, C-291/94 et C-292/94 Denkavit International BV, e.a. c/Bundesamt für Finanzen, arrêt du 17 octobre 1996.

<sup>350</sup> Cfr. par exemple Cass. belge, 2 décembre 1996, Arr. Cass., 1996, p. 1130, n° 470.

L'interprétation systématique ou structurelle permet à la Cour de donner aux directives une portée cohérente avec l'ensemble du texte lui-même et de la législation européenne, en tenant compte de l'interaction entre les diverses dispositions de la directive. Ainsi, dans l'affaire *Denkavit*, la Cour a estimé que la règle de détention obligatoire pendant deux ans constituait une application spécifique de la disposition anti-abus de l'article 1. 2 de la directive destinée à éviter des constructions artificielles ayant pour but de profiter du régime de la directive<sup>351</sup>.

La méthode d'interprétation historique ne pourrait s'appuyer que sur des textes publiés, comme les avis du Comité économique et social ou du Parlement européen. La Cour ne pourrait se fonder sur les procès-verbaux du Conseil, qui ne sont pas publiés, et a déjà souligné que les intentions exprimées par les Etats membres au Conseil n'ont pas de force juridique dès lors qu'elles ne sont pas déposées dans des dispositions législatives<sup>352</sup>. La directive doit en outre être interprétée conformément au Traité. Un exemple en est donné par l'arrêt *Bosal*<sup>353</sup>. L'article 4.3 de la directive permet d'exclure des charges déductibles d'une société mère celles qui sont en rapport avec une participation dont les revenus bénéficient de la directive. La loi néerlandaise<sup>354</sup> faisait usage de cette possibilité, mais exceptait de la non-déductibilité les frais qui contribuaient à la création d'une matière imposable aux Pays-Bas, soit parce que la société filiale était néerlandaise, soit parce que la société filiale étrangère disposait d'un établissement stable imposable aux Pays-Bas.

La Cour a reconnu que le régime néerlandais était, à strictement parler, conforme à l'article 4.3 de la directive et donc compatible avec celle-ci mais que l'exclusion des frais relatifs à des participations étrangères communautaires constituait une violation de l'article 49 TFUE relatif à la liberté d'établissement. Elle influençait en effet négativement le choix de la société mère de créer une société filiale dans un autre pays de l'Union. Elle était en outre contraire au but de la directive, à savoir l'élimination des obstacles fiscaux aux relations entre mères et filiales d'Etats différents.

La méthode d'interprétation de la Cour est conforme à la hiérarchie des normes européennes. Les Etats membres ne peuvent prendre de dispositions internes contraires au Traité. Ce qu'ils ne peuvent faire directement, ils ne peuvent le faire indirectement en adoptant d'abord une directive et en lui donnant une exécution contraire au Traité.

### **Section 3 Effet direct de la directive**

173. Pour qu'une disposition de la directive mères-filiales ait un effet direct, il faut qu'elle soit suffisamment claire et inconditionnelle, que la date de transposition de la directive soit dépassée et qu'un particulier invoque ces dispositions à l'égard d'un organe de l'Etat.

---

<sup>351</sup> *Denkavit*, considérant 31.

<sup>352</sup> Aff. C-197/94 et C-252/94, *Bautiaa et Société française maritime*, considérant 51, arrêt du 13 février 1996. L'exclusion, lors des discussions du Conseil, des *Kapitalanlagegesellschaften* allemandes et des *Beleggingsinstellingen* néerlandaises du champ d'application de la directive n'a donc aucune portée juridique (voir 2<sup>ème</sup> Chambre des Etats généraux des Pays-Bas, sess. 1991-1992, 22334, n° 7, p. 7).

<sup>353</sup> Aff. C-168/01, *D. Aigner*, ECJ – *The Bosal Holding BV Case : Parent-Subsidiary Directive and Freedom of Establishment*, arrêt du 18 septembre 2003, *Intertax*, 2004, p. 148.

<sup>354</sup> Art. 13, § 1.

L'article 5, qui prévoit l'exonération de retenue à la source, possède un tel caractère comme l'ont montré des arrêts successifs<sup>355</sup>.

Deux arrêts rendus à propos d'impôts qui s'appliqueraient aussi bien dans le contexte de distributions nationales que dans celui de distributions transfrontalières établissent que l'interdiction de perception d'une retenue à la source s'applique à tout impôt dont le fait générateur est le versement de dividendes quand l'assiette de l'impôt est le rendement des titres.

A ainsi été condamné un impôt portugais sur les successions et donations d'actions, perçu forfaitairement sous forme d'une retenue de 5 % sur les dividendes et s'ajoutant à la perception due au titre de l'impôt sur les sociétés à charge de sociétés étrangères, plafonnée conformément à la directive<sup>356</sup>. Vainement le gouvernement portugais a-t-il objecté qu'il s'agissait d'un impôt successoral, calculé forfaitairement sur la capitalisation des dividendes et que, lors de la discussion de la directive, il avait manifesté son intention de l'exclure du champ d'application de celle-ci.

La même condamnation a frappé l'impôt grec prévu cette fois non à charge du bénéficiaire des dividendes mais de la société grecque distributrice : les bénéfices exonérés dans le chef de celle-ci ou soumis à une imposition spéciale élisive d'autres impôts en vertu de diverses dispositions légales deviennent imposables si son revenu est distribué, dans la proportion de la distribution par rapport au revenu total.

L'imposition, ayant pour fait générateur le versement de dividendes et étant fonction de l'importance de la distribution opérée, est exclue par l'article 5 de la directive<sup>357</sup>. Elle ne peut être considérée comme une perception anticipée de l'impôt des sociétés, admise par l'article 7.1 (précompte français, ancien *advance corporation tax* britannique), puisque l'impôt n'est perçu qu'en cas de distribution, n'est pas dû si les bénéfices sont maintenus en réserve et que l'assiette ne peut être compensée par des pertes antérieures comme en droit commun hellénique.

Les termes « retenue à la source » s'appliquent donc à toute imposition déclenchée par une distribution, quelle que soit sa dénomination et sa base légale, même si, comme dans la seconde espèce, elle n'est pas perçue à charge directe de la société mère.

Le contraire a été prétendu en ce qui concerne l'article 4, entre autres parce qu'il offrirait le choix entre deux méthodes, l'exonération et l'imputation. Il faut toutefois constater que, dès lors qu'un Etat a opté pour l'exonération conformément à l'article 4.1, il a

---

<sup>355</sup> Denkavit, Epon, Athinaïki Zythopoiia, Océ Van der Grinten.

<sup>356</sup> Aff. C-378/99, Epon Europe B.V., arrêt du 8 juin 2000, Rec., I-4243. Dans le même sens, A. Xavier, *Direito Tributário Internacional, Tributação das operações internacionais*, Coimbra, Almedina, p. 380 ; A.P. Dourado, *Impact of non-discrimination principle on Portuguese income tax law*, EC Tax Review, 1997, p. 10 ; F. de Sousa da Câmara, *Parent-Subsidiary Directive : the Epon Case*, Eur. Tax., 2001, p. 307 ; S. Vanoppen, *Terug naar de bron. Wat betekent het begrip bronbelasting – Withholding tax in art. 5 (1) van de Moeder-Dochterrichtlijn*, T.F.R., 2002, p. 132.

<sup>357</sup> Aff. C-294/99, Athinaïki Zythopoiia, arrêt du 4 octobre 2001.

l'obligation de s'abstenir d'imposer le bénéfice distribué par la filiale et que cette disposition est suffisamment formelle pour avoir un effet direct.

La possibilité d'introduire des restrictions par des dispositions anti-abus, comme l'exigence d'une durée de détention minimum, n'empêche pas l'applicabilité directe de la disposition.

## **Application : Belgique**

### a. Déduction et non exonération

174. Il en a été jugé ainsi par plusieurs Tribunaux belges en ce qui concerne l'application de la méthode d'exonération par la Belgique<sup>358</sup>.

La Belgique ne permettait en effet qu'une déduction des revenus définitivement taxés (dividendes inter-sociétés) de la base imposable et non une véritable exonération. Il en résultait qu'à défaut de base imposable et à concurrence des revenus définitivement taxés, une perte d'exploitation subie par une entreprise ne sera pas reportable à l'exercice suivant. La Cour de justice a condamné cette méthode<sup>359</sup>.

En ce qui concerne les dividendes entrants, la doctrine avait émis des doutes quant à la compatibilité du régime fiscal belge des revenus définitivement taxés avec la directive sociétés mères et filiales du 23 juillet 1990<sup>360</sup>. Le régime belge prévoit en effet que ces dividendes sont d'abord inclus dans la base imposable à l'impôt des sociétés, à ce qu'il est convenu d'appeler la première opération technique de calcul du bénéfice imposable des sociétés. Ce n'est qu'ensuite, à la troisième opération, qu'ils sont déduits de cette base imposable. Dès lors, si la société bénéficiaire des dividendes est en perte, cette perte a été compensée avec les dividendes reçus et ne pourra être reportée aux exercices suivants. Si la société bénéficiaire des dividendes n'a qu'un revenu insuffisant pour absorber le dividende reçu, l'exonération de celui-ci ne sera pas complète puisqu'il ne pourra être déduit qu'à concurrence des bénéfices imposables de la société.

La jurisprudence belge de première instance s'était divisée sur la conformité du régime belge à la directive<sup>361</sup>. En appel de l'une de ces décisions, la Cour d'appel d'Anvers posa à la Cour de Justice des Communautés européennes la question préjudicielle qui s'imposait. Sur conclusions

---

<sup>358</sup> Civ. Bruxelles, 25 avril 2003, *Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, 2004, p. 171, frappé d'appel, note J. Creus et B. van Vlierden, DBI, Van aftrek naar vrijstelling ? (Revenus définitivement taxés, De la déduction à l'exonération) ; Civ. Anvers, 16 décembre 2005, *Fiscologue*, 2006, n° 1027, p. 1 ; Civ. Anvers, 15 novembre 2006, *Fiscologue*, 2007, n° 1056, p. 1.

<sup>359</sup> Aff. C-138/07, *Belgische Staat c/Cobelfret N.V.*, arrêt du 12 février 2009.

<sup>360</sup> M. WATHELET et L. DE BROE, Belgium, in M. Lang, P. Pistone et al., éd., *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation*, 2008, Vienne, Linde, 2008, p. 31 ; O. CARRON et N. COUDER, "Fiscale behandeling van aandelen : de gevolgen van Europa – Status Questionis na recente ontwikkelingen", *T.F.R.*, 2008, p. 103, spéc. p. 107 ; F. DIERCKX, "Belgium's Holding Company Regime – Past, Present and Future", *Bull. Int. Tax.*, 2008, p. 1, spéc. p. 409 et réf. citées note 29 ; C. CHERUY et C. LAURENT, *Le régime fiscal des sociétés holdings en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 446 ; comp. aux Pays-Bas, O.C.R. MARRES et P.J. WATTEL, *Dividend-belasting*, 3<sup>e</sup> éd., Deventer, Kluwer, 2006, p. 218.

<sup>361</sup> Pour la conformité, Trib. 1<sup>ère</sup> inst. Liège, 20 juin 2002, *F.J.F.*, 2003/252 ; contre : Trib. 1<sup>ère</sup> inst. Bruxelles, 25 avril 2003, *T.F.R.*, 2004, p. 171 ; Trib. 1<sup>ère</sup> inst. Anvers, 16 décembre 2005, *T.F.R.*, 2006, p. 622.

conformes de l'Avocat général Sharpston, la Cour décida, par arrêt du 12 février 2009<sup>362</sup>, que, contrairement à ce que soutenait l'État belge, le régime des revenus définitivement taxés n'était pas conforme à la directive.

Le régime communautaire vise à l'élimination de la double imposition économique des dividendes passant de société en société au sein d'un groupe. Deux méthodes ont été prévues à cette fin par la directive, qui s'identifient aux méthodes bien connues que sont l'exonération et l'imputation. L'État de la société mère, selon les termes de la directive, soit s'abstient d'imposer les bénéfices distribués par une société filiale à sa société mère, soit les impose en autorisant la société mère à déduire du montant de son impôt la fraction de l'impôt de la filiale afférente à ses bénéfices.

L'État de la société mère a le choix entre l'exonération et l'imputation, ces deux méthodes n'ayant pas exactement le même résultat. Un État pourrait même appliquer l'exonération aux dividendes internes et l'imputation aux dividendes reçus de l'étranger<sup>363</sup>. La Belgique a clairement opté pour la méthode d'exonération. Toutefois, en prévoyant que les dividendes ne sont exonérés que dans la mesure où existent des bénéfices imposables dans le chef de la société mère, la législation belge ajoute en fait à la même directive une condition que celle-ci ne prévoit pas. Il résulte de cette restriction que, si le dividende n'est pas imposé au cours de l'exercice pendant lequel il est reçu, les pertes de cet exercice ne pourront être reportées aux exercices suivants, avec la conséquence que la société sera soumise à un impôt lors de ces exercices. Elle se trouvera dans une situation plus défavorable que si elle n'avait pas reçu de dividendes, subissant en fait indirectement une imposition sur les dividendes par l'imposition du bénéfice des exercices fiscaux ultérieurs.

Il est vrai que cette disposition s'applique de manière identique aux dividendes de source belge et aux dividendes de source étrangère. Le reproche formulé n'est pas celui de la discrimination contraire au traité mais de la non-conformité de la disposition belge à l'article 4, § 1 de la directive. Il est vrai que la méthode d'exonération telle qu'elle est appliquée par la Belgique aboutit au même résultat qu'une méthode d'imputation qui ne permettrait pas le report du crédit d'impôt à d'autres exercices que celui de la perception des dividendes. En effet, si un crédit d'impôt est accordé pour ce seul exercice et si la société bénéficiaire des dividendes est en perte, elle ne pourra imputer le crédit d'impôt.

---

<sup>362</sup> CJCE, aff. C-138/07, arrêt du 12 février 2009, *Belgische Staat c/ Cobelfret N.V.* ; L.A. DENYS, "The ECJ Case Law on Cross-Border Dividends Revisited", *Eur. Tax.*, 2007, p. 221 ; T. PONS, "The Denkavit Internationaal Case and its consequences : The limit between Distortion and Discrimination ?", *Eur. Tax.*, 2007, p. 204 ; G.T.K. MEEUSSEN, "Denkavit Internationaal : The Practical Issues", *Eur. Tax.*, 2008, p. 244 ; F. VANISTENDAEL, "Denkavit Internationaal : The Balance between Fiscal Sovereignty and the Fundamental Freedoms ?", *Eur. Tax.*, 2007, p. 210 ; M. LANG, "ECJ Case Law on Cross-Border Dividend Taxation – Recent developments", *EC Tax Rev.*, 2008, p. 67 ; I. RICHELLE, *Cobelfret et l'interprétation de la directive mères-filiales : le régime belge des RDT est contraire au droit communautaire*, R.G.F., 2009, n° 3, p. 3 ; M. LAMENSCH et S. VAN THIEL, *The Elimination of Double Taxation of Dividends in the EU : Cobelfret means the End of Belgium's Final Taxation*, *Intertax*, 2009, p. 473 ; B. PEETERS et A. VAN DE VIJVER, *ECJ Rules on Compatibility of Belgium Participation Exemption Regime with EC Parent-Subsidiary Directive*, *EC Tax Rev.*, 2009, p. 146 ; J. MALHERBE, *L'influence du droit européen sur le traitement fiscal des dividendes en Belgique*, in Coppens, P.-F., *L'entreprise face au droit fiscal belge*, vol. 2, Brussels, Larcier, 2009, p. 506 et réf. citées.

<sup>363</sup> CJCE, aff. C-446/04, arrêt du 12 décembre 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation c/ Commissioners of Inland Revenue*.

Ce résultat, pour la Cour, est toutefois inhérent à la méthode du crédit et on ne peut en tirer argument dans l'application d'une autre méthode dès lors que la Belgique a choisi la méthode de l'exonération.

De plus, en fait, dans les pays appliquant la méthode du crédit d'impôt étranger, ce crédit est généralement reportable à d'autres exercices. Tel est le cas du Royaume-Uni.

Quant à l'effet direct de l'article 4, § 1, il faut constater que cette disposition est inconditionnelle et précise. Elle pouvait donc être invoquée devant les juridictions nationales, nonobstant le fait qu'elle offrait un choix entre deux méthodes. Le régime belge, tel qu'il est modalisé par les articles 205, § 2 du Code des impôts sur les revenus 1992 et 77 de l'Arrêté royal d'exécution de ce Code, ne pourra donc plus être appliqué aux dividendes provenant d'un pays de la Communauté et même de l'Espace économique européen.

Il ne pourrait plus davantage être appliqué à des dividendes belges si l'on considère que le régime belge est inspiré directement de celui de la directive. Sans doute existait-il avant celle-ci mais les modifications législatives de 1991 l'ont aligné tant en ce qui concerne les dividendes internes que les dividendes de source étrangère, sur le prescrit du nouveau texte européen.

L'arrêt a été exécuté par une circulaire<sup>364</sup>.

Les excédents de revenus définitivement taxés en provenance d'Etats de l'EEE, ou de la Belgique, qui auraient pu être reportés depuis l'exercice 1992, peuvent l'être sur les bénéfices des exercices suivants<sup>365</sup>.

#### b. Usufruit ou pleine propriété ?

175. Une autre caractéristique de la législation belge applicable aux dividendes entrants a été remise en question. L'article 202 du Code a été modifié de façon à réintroduire une condition de détention en pleine propriété pour qu'une société mère bénéficie du régime des revenus définitivement taxés. Ceci ne s'appliquera pas à une participation détenue en usufruit.

Une question préjudicielle a été posée à cet égard à la Cour de Justice, dans une situation qui concernait deux sociétés belges. Toutefois, le régime interne étant inspiré du régime communautaire, la Cour était compétente pour en connaître. L'Avocat général et la juridiction de jugement ont émis des opinions différentes.

Pour l'Avocat général, la directive a pour but de faciliter le regroupement de sociétés d'Etats membres différents qui est découragé par la double imposition des dividendes. Dès lors, en soumettant les dividendes reçus par un usufruitier à une double imposition, un Etat membre ferait obstacle à l'objectif de la directive.

Il est vrai que l'usufruitier ne détient pas dans le capital de sa filiale tous les droits normalement attachés à la qualité d'actionnaire. Toutefois, la directive qui a abaissé le pourcentage de participation requis pour bénéficier de la prévention de la double imposition à 10 % s'est écartée des concepts traditionnels définissant la société mère notamment par sa capacité de contrôle de la filiale. L'Avocat général conclut donc que la directive peut s'appliquer à une société

---

<sup>364</sup> Ci.R.H. 421/597.150.

<sup>365</sup> Les dividendes en provenance de pays tiers seront déduits par priorité.

usufruitière<sup>366</sup>. En revanche, la Cour, dans son arrêt du 22 décembre 2008<sup>367</sup>, considère qu'en l'espèce, comme la société mère n'est pas propriétaire des parts de sa filiale, le rapport juridique qu'elle entretient avec celle-ci ne découle pas d'un statut d'associé mais du droit d'usufruit. En revanche, le nu-propriétaire des parts a, avec la filiale, un rapport d'associé. La directive impose, pour reconnaître à une société la qualité de société mère, qu'elle ait une participation dans le capital d'une autre société. Cette notion renvoie au rapport de droit originaire et ne couvre pas l'hypothèse dans laquelle la société mère transfère à un tiers un rapport de droit, par exemple d'usufruit, avec la société filiale.

Cette opinion est d'ailleurs conforme à l'économie de la directive. Les Etats membres peuvent en effet prévoir que les moins-values résultant de distributions des bénéfices de la filiale ne sont pas déductibles dans le chef de la mère. Cette disposition n'a un sens qu'à l'égard d'un plein-propriétaire. En cas de démembrement de propriété, l'usufruitier reçoit le dividende et le nu-propriétaire serait seul à pouvoir acter une moins-value.

La Cour conclut dès lors que la notion de participation ne comprend pas la détention de parts en usufruit.

#### **Section 4 Disposition anti-abus**

176. La version première de la directive prévoyait simplement qu'elle ne faisait pas obstacle aux dispositions nationales ou conventionnelles rendues nécessaires par la prévention de l'évasion ou de la fraude fiscale ou des abus. La directive fut modifiée pour contenir une clause générale anti-abus. Le bénéfice de la directive sera retiré en cas de montage ou de séries de montages qui sont mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet, de l'esprit et de la finalité des dispositions fiscales invoquées.

Il s'agit donc d'un test subjectif permettant de déterminer le but principal et d'un test objectif fondé sur la constatation que l'avantage va à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la directive. Le but de la directive est de prévoir la neutralité au point de vue de la concurrence entre groupes de sociétés et sociétés isolées, de la même façon que le droit interne le fait entre mères et filiales dans un même Etat.

Il faut en outre que le montage ne soit pas « authentique » (en anglais « genuine »). Le montage est considéré comme n'étant pas authentique s'il ne répond pas à des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique<sup>368</sup>.

#### **Section 5 Distribution de dividendes aux actionnaires individuels et de portefeuille**

177. En l'absence d'harmonisation quelconque de la taxation des dividendes au niveau européen, nous pourrions être beaucoup plus brefs. Comme les rapports présentés au

---

<sup>366</sup> Conclusions de l'Avocat général, Mme E. Sharpston, du 3 juillet 2008, Etat belge-SPF Finances c/ Les Vergers du Vieux Tauves S.A, aff. C-48/07.

<sup>367</sup> CJCE, arrêt du 22 décembre 2008, aff. C-48/07, Etat belge-SPF Finances c/ Les Vergers du Vieux Tauves S.A. ; obs. G. DIERICKX, *in* AFT, 2009, n° 6-7, p. 53.

<sup>368</sup> Directive du Conseil 2015/121 du 27 janvier 2015, amendant la directive 2011/96/CE ; F. Debelva et J. Luts, *The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive*, Eur. Tax., 2015, p. 223.

congrès de l'International Fiscal Association à Sydney en 2003 l'ont montré, les méthodes d'imposition des dividendes reçus par des actionnaires ultimes sont nombreuses :

- système classique avec double taxation ;
- système d'imputation ou de crédit d'impôt, l'imputation se caractérisant par le lien qu'elle établit avec le montant de l'impôt payé par la société et le crédit d'impôt étant dégagé d'un tel lien, les deux avantages pouvant être totaux ou partiels ;
- prise en considération partielle du dividende dans le revenu, par exemple à concurrence de moitié ;
- système d'imputation duale, un taux peu élevé étant appliqué au capital générateur de revenus, qu'il s'agisse d'ailleurs d'intérêts ou de dividendes.

Le système d'imputation avait joui jadis de la faveur de nombreux Etats européens (France, Grande-Bretagne, ...). Il créait un problème international en ce que, sauf extension par traité, l'imputation n'était pas accordée aux actionnaires étrangers. La question devient largement théorique, ce système étant graduellement abandonné.

La seule exigence européenne sera celle de respecter la non-discrimination prévue par le traité : un avantage fiscal consenti aux dividendes ne pourra pas être refusé aux dividendes en provenance d'autres Etats membres<sup>369</sup>.

Sur la base d'une analyse de la Commission européenne<sup>370</sup>, on constate qu'après la quasi disparition des systèmes d'imputation, les systèmes d'imposition des dividendes chez l'actionnaire de portefeuille individuel en Europe se répartissent comme suit :

- système classique : Irlande ;
- système d'imputation le cas échéant en voie de disparition : Espagne, France, Italie, Finlande, Royaume-Uni, Malte ;
- système cédulaire avec application soit d'un taux réduit, soit de l'inclusion d'une partie du dividende dans le revenu : Belgique, Danemark, Allemagne, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Suède, Chypre, République tchèque, Hongrie, Lituanie, Pologne, République slovaque, Slovénie ;
- exemption : Grèce, Estonie, Lettonie.

Dans tous les cas, les systèmes devront être appliqués conformément au Traité. On peut s'interroger sur la compatibilité avec celui-ci du refus d'imputation des retenues à la source étrangères lorsque l'impôt est perçu selon la méthode cédulaire.

---

<sup>369</sup> Aff. CJCE, C-35/98, Verkooijen, arrêt du 6 juin 2000. Cfr. U. Ilhi, K. Malmer, P. Schonewille, I. Tuominen, Dividend Taxation in the European Union, International Fiscal Association, 2003 Sydney Congress, Cahiers de Droit fiscal international, vol. 83 A, Trends in Company – Shareholder taxation : single or double taxation ?, p. 71. V. aussi W. Schön, La taxation transfrontalière des dividendes in Liber Amicorum Jacques Malherbe, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 960.

<sup>370</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, Dividend taxation of individuals in the Internal Market, 19 décembre 2003, Com. 2003 (810 final).

## **Section 6 Exemple : Application en France**

Société-mère

178. La méthode de l'exemption s'applique aux dividendes reçus par une société-mère dès lors qu'elle possède 100 % du capital et des droits de vote de sa filiale et conserve ses droits pendant un délai de 2 ans<sup>371</sup>. Le taux de participation exigé est donc inférieur à celui qui est prévu par la Directive (10 %).

Le régime s'applique aux produits nets de participation, à savoir les distributions de réserves et les répartitions de boni de liquidation<sup>372</sup>.

Les distributions irrégulières ne sont pas visées car elles ne sont pas directement procurées par la détention de droits sociaux<sup>373</sup>.

Une quote-part de frais et charges fixée à 5 % du produit total des participations, crédits d'impôts compris, est retranchée du produit et donc réintégrée dans le résultat imposable de la société-mère.

Si le dividende a supporté à l'étranger une retenue à la source, ce qui ne pourrait se produire que si la directive ne l'exclut pas, et si la convention conclue par la France prévoit l'octroi d'un crédit d'impôt correspondant à cette retenue, le crédit d'impôt doit être inclus dans le dividende pour le calcul de la quote-part de frais et charges<sup>374</sup>. La seule utilisation possible de ce crédit d'impôt est actuellement son imputation sur la retenue à la source due à l'occasion d'une distribution faite par la société-mère à des associés n'ayant pas leur domicile ou leur siège en France.

La retenue à la source est supprimée en faveur d'une société-mère qui détient 10 % du capital de sa filiale et conserve cette participation pendant 2 ans.

L'exonération est refusée, en vertu d'une mesure anti-abus, dès lors que les dividendes bénéficient à une personne morale contrôlée directement ou indirectement par des résidents d'Etats qui ne sont pas membres de l'Union, sauf s'ils justifient que la chaîne de participation n'a pas pour objet principal de rechercher le bénéfice de l'exonération<sup>375</sup>.

## **CHAPITRE II DIRECTIVE FUSIONS**

### **Section I Nécessité**

179. Pour la société absorbée ou apportant une branche d'activité, voire une universalité :

- la plus-value sur les apports serait réalisée et imposable ;
- les réserves ou provisions immunisées disparaîtraient et deviendraient imposables ;
- le report déficitaire ne pourrait plus être utilisé dans la société bénéficiaire de l'apport.

---

<sup>371</sup> CGI, art. 145.

<sup>372</sup> CGI, art. 216.

<sup>373</sup> CE, 6 juin 1984, n° 35.415 et n° 36.733, 8<sup>ème</sup> et 9<sup>ème</sup> S-S ; Suez, RJF, 8-9/84, n° 940.

<sup>374</sup> CJCE, Aff. 27/07, 3 avril 2008, Banque Fédérative du Crédit Mutuel.

<sup>375</sup> CGI, art. 119 te.

Pour l'actionnaire qui échange des actions à l'occasion d'une fusion ou d'une scission (« asset merger ») ou d'un échange d'actions permettant la prise de contrôle d'une société par une autre (« share merger »), la plus-value réalisée pourrait également être taxée si son Etat de résidence impose les plus-values sur actions.

Or, l'opération n'a pas dégagé de prix payable en espèces et donc de liquidités permettant de payer un impôt.

Généralement, le droit interne exonère les fusions et autres apports d'universalité. En revanche, ces opérations sont imposées lorsque la société bénéficiaire de l'apport est étrangère, de peur que l'assiette n'échappe définitivement à l'Etat de la société apporteuse.

Les conventions ne résolvent pas ce problème. A nouveau, les regroupements transfrontaliers sont contrecarrés s'ils sont traités moins favorablement que les regroupements nationaux.

La directive du Conseil CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents vise à permettre la réalisation de ces opérations dans le cadre international<sup>376</sup>.

Cette directive a été, comme la directive mères-filiales, prise sur la base de l'article 94 du Traité et a pour but d'instaurer en faveur des opérations visées des règles fiscales neutres au regard de la concurrence afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux exigences du marché commun, d'accroître leur productivité et de renforcer leur position concurrentielle sur le plan international.

Elle prévoit l'application d'un régime fiscal commun qui éviterait dans la mesure du possible une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actifs ou d'un échange d'actions qui concerne des sociétés de deux ou plusieurs Etats membres, tout en sauvegardant les intérêts financiers de l'Etat de la société apporteuse.

La directive a été modifiée en 2005<sup>377</sup> et codifiée en 2009. Elle s'insère dans le cadre de la déclaration du Conseil européen de Lisbonne en 2008, selon laquelle l'Union européenne se

---

<sup>376</sup> Directive n° 90/434/CE, J.O.C.E. n° L 225 du 20 août 1990, p. 1. Voy. J.P. Le Gall et P. Dibout, La fiscalité des fusions d'entreprises communautaires, Rev. dr. aff. intern., 1990, p. 992 ; J. Chown, The mergers directive – Some broader issues, Intertax, 1990, p. 409 ; Larking, The Merger Directive : will it work ?, Eur. Tax., 1990, p. 362 ; O. Thömmes et E. Tomset, Issues of the Implementation of the Merger Directive in the EC Member States, E.C. Tax Review, 1992, p. 228.

<sup>377</sup> Directive n° 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'Etats membres différents ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un Etat membre à un autre, J.O.C.E. n° L-225 du 20 août 1990, modifiée et rebaptisée par la Directive n° 2008/19/CE du Conseil du 17 février 2005, J.O.C.E. n° L-58 du 4 mars 2005, p. 19, codifiée par la Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009, J.O.C.E., n° 310 du 25 novembre 2009, p. 34 ; cfr. en droit français, M. Chadefaux, Les fusions de sociétés – régime juridique et fiscal, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Groupe Revue fiduciaire, 2012 ; E. van den Branden, The Merger Directive amended : the final version, EC Tax Review, 2008, p. 119 ; R. Russo et R. Offermanns, The 2005 Amendments to the EC « Merger Directive », European Taxation, 2006, p. 250 ; XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Cartagena de Indias – Colombia, 2010, T.I., Fusiones y Adquisiciones – Aspectos Internacionales – Memorias, Abelardo Perot, ICDDT, ILADT, 2010, en particulier, P. Cahn-Speyer Wells, Relatoria General, p. 3 ; C. García Novoa,

fixait l'objectif de devenir l'économie, basée sur la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, assurant une croissance soutenue et une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi.

Quoi qu'il en soit de ces objectifs à un moment où l'Europe demeurait loin derrière les croissances américaine et asiatique, la Commission avait reçu mandat d'examiner les dispositions fiscales dressant des obstacles aux activités transfrontalières dans le marché intérieur.

Les modifications de la directive fusions sont l'un des résultats des études de la Commission.

## **§ 1 Champ d'application**

180. La directive s'applique aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions qui concernent des sociétés de deux ou plusieurs Etats membres.

Le champ d'application a été étendu à d'autres formes de sociétés que celles prévues dans l'annexe initiale de la directive, qui était limitée essentiellement aux sociétés de capitaux, y compris les sociétés à responsabilité limitée, ainsi qu'aux établissements et entreprises publiques à caractère industriel et commercial. L'objectif n'est toutefois pas atteint d'étendre l'application de la directive de façon générale à toutes les sociétés soumises à l'impôt des sociétés dans tous les pays de l'Union.

La société européenne et la société coopérative européenne sont expressément visées.

## **§ 2 Opérations visées**

181. La directive s'applique aux fusions et aux scissions réalisées par suite et au moment d'une dissolution sans liquidation par laquelle l'ensemble du patrimoine d'une société est transféré activement et passivement à une (fusion) ou plusieurs (scissions) sociétés nouvelles ou préexistantes moyennant la remise d'actions de la société bénéficiaire et éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable de ces actions.

La directive vise également, au titre de fusion, l'hypothèse où la société apporteuse est absorbée par réunion de tous ses titres par la société absorbante.

---

El Fondo de comercio en los procesos de reestructuración empresarial, p. 514 ; R. Sampaio, Contribución para el Estudio de la Estrategia y del Régimen de las Fusiones y Adquisiciones en la Unión Europea, p. 627 ; XXV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Cartagena de Indias, Colombie, 2010, T. I, Fusiones y Adquisiciones, Aspectos Internacionales, Rapport général par P. Cahn-Speyer Wells ; Rapport espagnol par C. Botella García Lastra, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 2010.

Elle vise aussi, au titre de scission partielle, l'opération par laquelle une société apporte une ou plusieurs branches d'activités à une autre avec remise de titres directement aux associés de l'apporteuse et, éventuellement, une soulte de 10 %.

Le régime fiscal commun s'applique enfin aux apports par une société, qui ne se dissout pas, de l'universalité de ses biens ou d'une ou de plusieurs branches d'activité, moyennant la remise d'actions de la société bénéficiaire, ainsi qu'à l'acquisition par une société d'une participation majoritaire dans une autre société moyennant l'attribution aux associés de cette autre société d'actions et éventuellement d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable des titres remis en échange.

## **A Fusions**

182. Au titre de fusions, la directive couvre trois types d'opérations :

### **1. Fusion absorption**

Dans la fusion absorption, une ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine actif et passif à une autre société préexistante.

Les associés de la ou des sociétés apporteuses reçoivent des titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire et, éventuellement une soulte en espèces. Cette soulte ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres de la société bénéficiaire émis en faveur des associés de la ou des sociétés apporteuses.

### **2. Fusion par création d'une société nouvelle**

Deux ou plusieurs sociétés transfèrent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine actif et passif à une société nouvelle qu'elles constituent.

Les associés des sociétés apporteuses reçoivent des titres représentatifs du capital de la société bénéficiaire et, éventuellement, une soulte en espèces. Cette soulte ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres émis par la société bénéficiaire.

### **3. Transfert de patrimoine à l'actionnaire unique (quasi-fusion, annexion, concernfusie)**

Une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine actif et passif à la société qui détient déjà la totalité des titres représentatifs de son capital social. Dans ce cas-ci, il n'est pas prévu qu'un paiement supplémentaire en argent puisse avoir lieu à ce moment.

Les trois opérations décrites sont celles qui sont organisées, sur le plan du droit des sociétés, par la troisième directive sociétés du 9 octobre 1978 concernant les fusions de

sociétés anonymes<sup>378</sup>. Cette directive concerne exclusivement les fusions internes, s'opérant au sein d'un même Etat membre. Elle ne vise que les fusions de sociétés anonymes.

Elle organise les opérations suivantes :

- fusion par absorption<sup>379</sup>;
- fusion par constitution d'une nouvelle société<sup>380</sup>;
- absorption d'une société par une autre possédant 90% ou plus des actions de la première.

Les deux premières opérations sont définies dans les mêmes termes que ceux de la directive fiscale, avec la différence que la simultanéité du transfert du patrimoine et de la dissolution de la société apporteuse n'est pas expressément prévue. Il est précisé que la loi peut étendre ces deux régimes de fusion aux hypothèses où l'une ou plusieurs sociétés absorbées ou disparaissant sont en liquidation, à condition que la répartition des actifs entre les actionnaires n'ait pas encore commencé<sup>381</sup>.

La troisième opération est définie comme l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés se dissolvent sans liquidation et transfèrent l'ensemble de leur patrimoine actif et passif à une autre société qui est titulaire de toutes les actions des premières et des autres titres conférant un droit de vote à l'assemblée générale.

Cette définition diffère à deux égards de la définition de la directive fiscale :

- l'opération peut concerner deux sociétés apporteuses simultanément. Il est vrai que rien ne l'exclut dans la directive fiscale ;
- la société bénéficiaire doit, d'après la directive sociétés, posséder non seulement la totalité des titres représentatifs du capital de la société apporteuse, mais tous les titres conférant un droit de vote. La directive sociétés permet d'étendre le régime de cette quasi-absorption au cas où la société bénéficiaire possède 90% ou plus, mais non la totalité des actions et autres titres de la société apporteuse<sup>382</sup>. Cette hypothèse n'est pas prévue par la directive fiscale.

Les effets juridiques de la fusion en droit des sociétés sont les suivants :

- la transmission universelle du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante ;
- l'acquisition par les actionnaires de la société absorbée de la qualité d'actionnaires de la société absorbante ;
- la cessation de l'existence de la société absorbée.

---

<sup>378</sup> J.O.C.E., n° L 295 du 20 octobre 1978, p. 36.

<sup>379</sup> Art. 3.

<sup>380</sup> Art. 4.

<sup>381</sup> Art. 3.2 et 4.2.

<sup>382</sup> Art. 29.

Aucune action de la société absorbante n'est échangée contre des actions de la société absorbée détenues par l'absorbante elle-même ou par l'absorbée. Dans le cas de quasi-absorption, la disposition relative aux actionnaires de la société absorbée est bien entendu sans objet<sup>383</sup>. Le régime de la quasi-absorption peut également être appliqué à l'hypothèse où les titres de la société absorbée appartiennent non seulement à la société absorbante, mais également à des personnes qui les détiennent en nom propre, mais pour le compte de l'absorbante<sup>384</sup>. Cette hypothèse n'est pas reprise dans la directive fiscale.

Le régime proposé par la directive, s'il correspondait à celui de plusieurs Etats membres, était différent d'autres régimes de droit interne pour lesquels, par exemple, la fusion s'opérait par liquidation ou sans possibilité d'un règlement complémentaire en espèces.

Tous les Etats membres ont dû ou doivent adapter leur droit interne à la directive sociétés-fusions.

Même après cette adaptation, la plupart d'entre eux manquaient encore de l'instrument juridique qui permet d'organiser, de la même façon, des fusions transfrontalières.

La dixième directive, concernant les fusions transfrontalières de sociétés anonymes, règle cette matière<sup>385</sup>.

Avant cela, certains Etats estimaient que la mise en application de la directive fiscale n'était pas possible dans l'ordre juridique à l'égard des fusions et d'ailleurs des scissions transfrontalières.

## **B Scissions**

183. La scission est l'opération par laquelle une société transfère, par suite et au moment de sa dissolution sans liquidation, l'ensemble de son patrimoine actif et passif à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles.

Les associés de la société apporteuse reçoivent, selon une règle proportionnelle, des titres représentatifs du capital social des sociétés bénéficiaires.

Il peut s'y ajouter une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres émis par les sociétés bénéficiaires. Les opérations visées sont celles que recouvre la sixième directive sociétés du 17 décembre 1982 concernant les scissions de sociétés anonymes en droit interne<sup>386</sup>. Les opérations visées sont :

- la scission par absorption, en faveur de sociétés bénéficiaires existantes<sup>387</sup>;

---

<sup>383</sup> Art. 24.

<sup>384</sup> Art. 26.

<sup>385</sup> Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, J.O.C.E. n° L-310/1 du 25 novembre 2005..

<sup>386</sup> J.O.C.E. n° L 378 du 31 décembre 1982, p. 47.

<sup>387</sup> Art. 2.

- la scission par constitution de nouvelles sociétés, en faveur de sociétés bénéficiaires nouvelles<sup>388</sup>.

Elle peut s'appliquer à une scission sous contrôle de l'autorité judiciaire.

Dans la directive sociétés, il est précisé que la législation d'un Etat membre peut prévoir que la soulte en espèces dépasse 10% ou que l'opération de scission ait lieu sans que la société scindée cesse d'exister<sup>389</sup>.

Sauf cette dernière hypothèse, la scission entraîne simultanément les effets suivants :

- la transmission de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société scindée aux sociétés bénéficiaires, s'effectuant par parties conformément à la répartition prévue au projet de scission ;
- l'acquisition par les actionnaires de la société scindée de la qualité d'actionnaire d'une ou des sociétés bénéficiaires, conformément à la répartition prévue au projet de scission ;
- la cessation de l'existence de la société scindée.

Aucune action d'une société bénéficiaire n'est échangée contre les actions de la société scindée détenues par la société bénéficiaire, par la société scindée ou par une personne agissant en nom propre mais pour le compte de l'une d'elles<sup>390</sup>.

En ce qui concerne les scissions transfrontalières, il n'existe pas de directive sociétés. L'absence de cadre social approprié ne peut justifier un défaut de mise en application de la directive fiscale<sup>391</sup>.

La scission doit concerner des sociétés d'Etats membres différents. Par analogie avec la fusion par constitution de société nouvelle, il nous semble suffisant que l'une des sociétés bénéficiaires soit de nationalité différente de celle de la société scindée. Le régime de faveur s'applique à l'ensemble de l'opération même si l'une des sociétés bénéficiaires a la même nationalité que l'apporteuse.

### **C Scission partielle**

184. La scission partielle (*split off – segregación*) est l'apport d'une ou plusieurs branches d'activités par une société à une autre, accompagné de l'émission de titres qui sont remis directement aux associés de la société apporteuse avec, le cas échéant, une soulte en argent n'excédant pas 10 % de la valeur nominale ou du pair comptable des titres.

Une branche d'activité doit rester dans la société apporteuse.

### **D Apports d'actifs (Apport d'universalité ou apport de branches d'activités)**

---

<sup>388</sup> Art. 21.

<sup>389</sup> Art. 24 et 25.

<sup>390</sup> Art. 17.

<sup>391</sup> Thömmes, "EG Binnenmarkt und das Belgische Unternehmenssteurrechts", in G. Joseph, L. Hinnekens, J. Malherbe, J. Van Hoorn Jr. (éd.), *Nieuwe wegen voor het Belgisch internationaal belastingrecht* ?, 1993, p. 578.

185. L'apport d'actifs est défini comme l'opération par laquelle une société apporte, sans être dissoute, l'ensemble ou une ou plusieurs branches de son activité à une autre, moyennant la remise de titres représentatifs du capital social de la société bénéficiaire. La possibilité d'une soule en espèces n'est pas ici prévue.

## **1. Apport de branches d'activités**

La branche d'activité est définie comme l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une division d'une société qui constitue, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens<sup>392</sup>.

En général, les dettes peuvent être exclues. « Il peut en aller différemment lorsque la situation financière de la société bénéficiaire de l'apport, prise dans son ensemble, impose de constater qu'elle ne pourra fort probablement pas survivre par ses propres moyens. Tel peut être le cas lorsque les revenus de la société bénéficiaire de l'apport apparaissent insuffisants par rapport aux intérêts et aux amortissements des dettes reprises ». « Il revient à la juridiction nationale d'apprécier si un apport d'actifs porte sur une exploitation autonome au sens de l'article 2, sous i), de la directive 90/434, à savoir un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens, lorsque les besoins de trésorerie futurs de la société bénéficiaire de l'apport doivent être satisfaits par un crédit d'exploitation à consentir par une institution financière qui exige, notamment, que les actionnaires de la société bénéficiaire de l'apport remettent en garantie des actions représentant le capital social de cette société »<sup>393</sup>.

La question de la définition d'une branche d'activité s'est également posée en application de la directive du 17 juillet 1969 concernant les impôts indirects frappant les rassemblements de capitaux<sup>394</sup>.

La branche d'activité a été définie comme les éléments qui constituent la totalité du patrimoine de l'entreprise ou une partie de ce patrimoine formant un ensemble capable de fonctionner de manière autonome<sup>395</sup>.

## **2. Apports d'universalité**

L'apport d'universalité porte sur toutes les branches d'activité.

La directive ne prévoit pas que l'opération, comme les fusions ou scissions, puisse se réaliser avec soule. Tout apport de passif non attaché à la branche d'activité s'analyserait en une soule et disqualifierait l'opération.

Le texte paraît également pouvoir s'appliquer à l'apport simultané de branches d'activités ou d'universalités par plusieurs sociétés à une ou plusieurs sociétés bénéficiaires<sup>396</sup>.

Les apports d'actifs constituent des cas de succession à titre particulier et non à titre universel. Ils aboutissent à la création d'une ou, dans la dernière hypothèse visée, de plusieurs sociétés.

---

<sup>392</sup> Art. 2.

<sup>393</sup> CJCE, aff. C-43/00, Andersen og Jensen ApS c. Skatteministeriet, arrêt du 15 janvier 2002.

<sup>394</sup> J.O.C.E., n° L 249 du 3 octobre 1969, p. 25.

<sup>395</sup> Aff. C 164-90, Muwi Bouwgroep B.V., arrêt du 13 décembre 1991, Rec., p. I-6049.

<sup>396</sup> G. Sass, loc. cit.

L'échange d'actions ne peut être assimilé à un apport de branche d'activité. Pour appliquer la directive du 17 juillet 1969, relative aux impôts sur les rassemblements de capitaux, la Cour de Justice a décidé que l'apport d'un ensemble d'actions représentant 100% du capital d'une société ne constitue pas l'apport d'une branche d'activité de l'apporteuse<sup>397</sup>. On verra que le droit français assimile les deux opérations. Cette assimilation n'est pas contraire en soi à la directive, dès lors que le résultat prescrit par celle-ci est atteint.

### **E Echanges d'actions**

186. L'échange d'actions est l'opération par laquelle une société acquérante acquiert, dans le capital social d'une société acquise, une participation lui conférant la majorité des droits de vote moyennant l'attribution aux associés de la société acquise, en échange de leurs titres, de titres représentatifs du capital social de la société acquérante.

Celle-ci peut y ajouter une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale, ou à défaut de valeur nominale, du pair comptable des titres qui sont remis en échange. L'échange d'actions met en scène trois parties. La société acquérante devient actionnaire majoritaire de la société acquise, en remettant ses propres actions aux actionnaires de la société acquise. L'opération est donc semblable à une fusion, à ceci près que la société acquise ne disparaît pas, mais devient filiale. Elle bénéficiera donc du même régime de faveur que les fusions.

Les plus-values réalisées par les associés de la société acquise ne seront pas davantage imposées que celles des associés d'une société apporteuse en cas de fusion ou de scission.

## **§ 3 Régime fiscal commun**

### **A Régime de la société apporteuse et de la société bénéficiaire**

187. D'après le préambule de la directive, le régime fiscal commun doit éviter une imposition à l'occasion d'une fusion, d'une scission, d'un apport d'actifs ou d'un échange d'actions. Il faut toutefois sauvegarder les intérêts financiers de l'Etat de la société apporteuse ou acquise. Cet objectif est atteint, en ce qui concerne les fusions et les scissions, par la transformation de la société apporteuse en un établissement stable de la ou des sociétés bénéficiaires de l'apport et, en ce qui concerne les apports d'actifs, par le rattachement des actifs à un établissement stable de la société bénéficiaire de l'apport.

L'imposition des plus-values relatives aux biens apportés, qui sont ainsi affectés à un établissement stable, sera reportée jusqu'à la réalisation effective de ces plus-values, par exemple par l'aliénation des biens. Leur imposition sera donc évitée, tandis que l'Etat de la société apporteuse conservera le droit de les imposer au moment de leur réalisation.

Seuls les fusions, scissions, scissions partielles et apports d'actifs sont concernés par ces règles. L'échange d'actions n'entraîne aucune conséquence fiscale au niveau de la société acquise. Les seules conséquences fiscales se situent au niveau des actionnaires de celles-ci (cfr. ci-après).

#### **I. Non-imposition des plus-values sur les éléments rattachés à un établissement stable et report d'imposition**

##### *a. Non-imposition des plus-values*

---

<sup>397</sup> Aff. C-164/90, Muwi Bouwgroep B.V., arrêt du 13 décembre 1991, Rec., p. I-6049.

188. La plus-value, déterminée par la différence de la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés et leur valeur fiscale, ne sera pas soumise à imposition<sup>398</sup>.

La valeur fiscale est la valeur qui aurait été retenue pour le calcul d'un profit ou d'une perte si les éléments d'actif ou de passif avaient été vendus.

L'exonération ne s'appliquera qu'aux éléments d'actif et de passif qui sont rattachés à un établissement stable de la société bénéficiaire situé dans l'Etat de la société apporteuse, à la condition supplémentaire que ces éléments concourent à la formation des résultats pris en considération pour l'imposition de l'établissement.

#### *b. Report d'imposition*

189. L'exonération ne s'applique que si la société bénéficiaire conserve les valeurs fiscales de la société apporteuse, c'est-à-dire calcule les amortissements ainsi que les plus-values ou les moins-values afférentes aux éléments transférés dans les mêmes conditions que l'apporteuruse.

Si la loi autorise la société bénéficiaire à effectuer ce calcul dans des conditions différentes, par exemple, sur des valeurs fiscales réévaluées, l'exonération ne s'applique pas lorsque la société bénéficiaire fait usage de cette faculté<sup>399</sup>.

## **2. Transfert des provisions ou réserves constituées en franchise d'impôt**

190. Les provisions ou réserves constituées en franchise d'impôt par la société apporteuse seront reprises, également en franchise d'impôt, par l'établissement stable situé dans l'Etat de cette société.

La société bénéficiaire se substitue aux droits et obligations de l'apporteuruse.

Cette obligation ne s'applique pas aux provisions ou réserves concernant des établissements stables à l'étranger.

## **3. Régime non discriminatoire de report des pertes**

191. Si l'Etat de l'apporteuruse permet la reprise par une société bénéficiaire des pertes de la société apporteuse, il permettra de la même façon la reprise de ces pertes par l'établissement stable de la société bénéficiaire<sup>400</sup>.

## **4. Non-imposition de la plus-value sur participation dans la société apporteuse**

---

<sup>398</sup> Directive, art. 4.1. Un Etat peut imposer la condition qu'un apport d'actif donne lieu à la création d'une réserve appropriée à concurrence de la plus-value constatée (C-207/11, 3D I Srl c/Agenzia delle Entrate-ufficio di Cremona, arrêt du 19 décembre 2012). Un Etat pourrait aussi imposer la condition qu'un projet de scission soit déposé dans un certain délai précédant la transformation (C-603/10, Pelati d.o.o. c/Slovénie, arrêt du 18 octobre 2012).

<sup>399</sup> Directive, art. 4.3.

<sup>400</sup> Directive, art. 6, sauf si elles sont liées à un établissement stable étranger que l'Etat de l'apporteuruse ne pourra plus imposer puisqu'il deviendra l'établissement d'une société étrangère à cet Etat.

192. Lorsque la société bénéficiaire détient déjà une participation dans l'apporteuse, la plus-value réalisée lors de l'aliénation de cette participation et de son remplacement par un actif net de valeur supérieure ne donne lieu à aucune imposition<sup>401</sup>. Il peut être dérogé à cette exonération si la participation n'excède pas 10%<sup>402</sup>, seuil qui a été progressivement abaissé à cette quotité comme celui de l'applicabilité de la directive mère-filiale.

### **B Régime fiscal des associés des sociétés concernées**<sup>403</sup>

193. L'attribution aux associés de la société apporteuse ou acquise de titres représentatifs du capital de la société bénéficiaire ou acquérante, en échange des titres précédemment détenus par ces associés, n'entraîne aucune imposition de la plus-value.

En contrepartie, l'associé attribue aux titres une valeur fiscale qui ne peut dépasser celle des titres échangés avant l'opération.

Les Etats membres conserveront ainsi le droit d'imposer la plus-value qui résultera de la cession ultérieure du titre, comme ils auraient imposé la plus-value qui aurait résulté de la cession des titres anciens.

Si l'associé peut opter pour un traitement fiscal différent, l'obligation d'exonérer la plus-value ne s'applique pas.

### **§ 4 Apports d'actifs**

194. Dans le cas de l'apport d'actifs, les règles générales vues ci-dessus s'appliquent :

- la plus-value réalisée sur les éléments apportés n'est pas imposée si leur valeur fiscale est maintenue et s'ils sont rattachés à un établissement stable situé dans l'Etat de la société apporteuse ;
- les provisions et réserves immunisées sont reprises par l'établissement stable de la société bénéficiaire qui s'identifie à la branche d'activité ou à l'universalité transférée ;
- le report des pertes de l'apporteuse concernant les éléments transférés est acquis à l'établissement stable de la société bénéficiaire s'il en est ainsi dans le cas d'un apport entre sociétés du même Etat en vertu du droit interne<sup>404</sup>.

Les hypothèses suivantes sont à envisager :

1. La branche d'activité est située dans l'Etat de la société apporteuse, distinct de celui de la société bénéficiaire et l'apport concerne sans nul doute des sociétés de deux ou plusieurs Etats membres.
2. La branche d'activité est située dans un Etat de l'Union, autre que celui de la société apporteuse et de la société bénéficiaire.

Il s'agira d'un établissement stable situé :

---

<sup>401</sup> Directive, article 7.1.

<sup>402</sup> Directive, article 7.2

<sup>403</sup> Directive, article 8.

<sup>404</sup> Art. 9.

- dans un troisième Etat ;
- ou
- dans l'Etat de la société bénéficiaire.

Dans ce cas, deux systèmes peuvent être appliqués.

a) L'Etat de la société apporteuse renonce à imposer la plus-value réalisée sur l'établissement stable, qui est en dehors de son territoire.

Il peut toutefois réintégrer dans les bénéfices de la société apporteuse les pertes antérieures de l'établissement stable dont il aurait admis la déduction.

En effet, il ne pourra, comme si l'établissement avait été maintenu et avait réalisé ultérieurement des bénéfices, imposer ces bénéfices à concurrence des pertes antérieurement déduites.

L'établissement aura en effet été transféré à une société étrangère, qui échappe au pouvoir d'imposition de l'Etat de la société apporteuse.

L'Etat de situation de l'établissement stable et l'Etat de la société bénéficiaire (il peut s'agir du même Etat) appliquent la directive comme si l'Etat de localisation de l'établissement stable était celui de la société apporteuse<sup>405</sup>.

b) Si l'Etat de la société apporteuse applique le régime du bénéfice mondial, il peut imposer la plus-value réalisée sur l'établissement stable à la suite de l'opération, mais il doit accorder un crédit d'impôt fictif égal à l'impôt qui aurait été dû sur la plus-value dans l'Etat de localisation de l'établissement stable et que cet Etat s'est abstenu de percevoir<sup>406</sup>.

3. La branche d'activité est située dans un Etat tiers non membre de la CEE. La directive ne s'applique pas puisque le droit d'imposer les plus-values n'appartient pas à un Etat membre.

## **§ 5 Echange d'actions**

195. Dans le cas de l'acquisition de contrôle par échange d'actions, la plus-value que l'associé de la société acquise réalise en échangeant ses titres contre des titres de la société acquérante ne sont pas imposées, à condition que cet associé attribue aux titres reçus la valeur fiscale qu'avaient les titres cédés<sup>407</sup>.

### **Extension du champ d'application de l'échange d'actions**

---

<sup>405</sup> Art. 10.1.

<sup>406</sup> Art. 10.2.

<sup>407</sup> Art. 8.1. et 8.4. Si l'associé peut exercer une option, l'immunité ne s'applique pas dans la mesure où l'option aura été exercée (art. 8.8).

196. Contrairement à la proposition de la Commission, il n'est pas prévu expressément que l'échange d'actions exonéré couvre l'acquisition de la majorité des droits de vote d'une société acquise auprès d'associés qui ne sont pas résidents de l'Union européenne<sup>408</sup>. Une société résidente dans un Etat membre aurait pu sans équivoque obtenir ainsi la majorité des droits de vote en l'acquérant auprès d'associés qui sont résidents dans des Etats tiers non membres de l'Union européenne<sup>409</sup>.

En revanche, il est prévu expressément que l'échange d'actions couvre l'acquisition de la majorité des droits de vote d'une société acquise ou, si l'acquérante dispose déjà de la majorité, d'un accroissement de sa participation<sup>410</sup>.

## **§ 6 Double imposition à l'occasion d'apports d'actifs et d'échange d'actions**

### **A Apports d'actifs**

197. En cas d'apport d'actifs, la valeur des actifs reçus demeure, chez la société bénéficiaire, la valeur ancienne que les actifs avaient chez la société apporteuse. Parallèlement, les titres reçus en échange de ces actifs conservent la valeur des titres anciennement détenus par la société apporteuse.

Une double imposition peut en résulter en cas d'aliénation d'une part des actifs, d'autre part des titres. La mesure va au-delà de ce qui serait nécessaire pour prévenir des manœuvres d'évasion fiscale. La proposition de la Commission avait prévu que les titres reçus en contrepartie de l'apport d'actifs par la société apporteuse se verraient attribuer la valeur réelle des éléments d'actif et de passif transférés, calculée immédiatement avant l'apport<sup>411</sup>.

Cette proposition n'a pas été adoptée et a disparu du texte définitif.

### **B Echange d'actions**

198. Une double imposition peut également naître lors de l'échange d'actions.

Dans le chef de la société acquérante qui reçoit des titres de la société acquise, la directive ne prévoit rien en ce qui concerne la valorisation des titres. En revanche, elle prévoit que l'exonération de la plus-value chez les associés de la société acquise qui reçoivent des titres de la société acquérante est subordonnée à leur obligation d'attribuer aux titres reçus la valeur ancienne des titres échangés<sup>412</sup>. Dans certains pays, la société acquérante doit également maintenir pour les titres reçus la valeur que ces titres avaient immédiatement avant l'échange d'actions. En cas d'aliénation des deux catégories de titres, une double imposition aura donc lieu. La Commission avait prévu que, dans les opérations d'échange d'actions, la société acquérante donne aux titres reçus la valeur réelle des titres attribués par elle aux associés de la société acquise<sup>413</sup>.

<sup>408</sup> Proposition, Art. 8.12 nouveau.

<sup>409</sup> Proposition, Exposé des motifs, considérant 31.

<sup>410</sup> Art. 2, a).

<sup>411</sup> Proposition, Art. 9.2 nouveau ; exposé des motifs, considérant 26.

<sup>412</sup> Art. 8.2 ancien.

<sup>413</sup> Proposition, Art. 8.10 nouveau ; exposé des motifs, considérants 27, 28 et 29.

## **§ 7 Sociétés transparentes**

199. La fusion ou la scission n'entraîne aucune imposition des plus-values dès lors que la société bénéficiaire conserve les valeurs fiscales des éléments d'actif et de passif transférés aux fins de calcul des amortissements, plus-values et moins-values. Dans le cas contraire, la taxation peut avoir lieu.

### **A Société apporteuse transparente**

200. Dès lors qu'un Etat membre considère, en imposant les associés d'une société apporteuse d'un autre Etat membre, que celle-ci, en vertu des dispositions de droit civil ou commercial applicables aux sociétés est transparente, il s'abstiendra d'imposer les revenus ou plus-values réalisées par les associés situés sur son territoire, dans les mêmes conditions que celles qui s'appliqueraient si la société apporteuse n'était pas considérée comme transparente<sup>414</sup>.

Nonobstant cette règle, l'Etat de l'associé qui a une participation directe ou indirecte dans la société apporteuse ou dans le cas d'un échange d'actions, dans la société contrôlée, pourra imposer les associés. Dans ce cas, il devra admettre la déduction de l'impôt que l'entité transparente aurait dû payer en raison de l'opération si le régime de différé d'imposition n'avait pas été applicable<sup>415</sup> (crédit d'impôt fictif).

A défaut de ce droit d'imposition, l'Etat membre de l'associé aurait été exposé au risque que la société acquéreuse ne soit pas transparente, avec la conséquence que cet Etat aurait perdu le droit d'imposer les plus-values générées par une transmission ultérieure des actifs.

### **B Société associée transparente**

201. De même, un Etat membre dans lequel résideraient des sociétés, considérées comme transparentes, elles-mêmes associées d'une société étrangère qui réalise l'une des opérations visées par la directive, devra s'abstenir d'imposer les associés de la société considérée par cet Etat comme transparente<sup>416</sup>.

### **C Société bénéficiaire transparente**

202. L'Etat membre de l'associé pourra ne pas appliquer l'exemption s'il considère la société bénéficiaire ou, dans le cas d'un échange d'actions, la société contrôlante comme transparente<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> Art. 4.2 nouveau.

<sup>415</sup> Art. 10bis 1 et 2.

<sup>416</sup> Art. 8.3 nouveau : il s'agit ici d'une non taxation de l'attribution de titres.

<sup>417</sup> Art. 10bis 3.

S'il s'agit de considérer comme transparente une société bénéficiaire, l'Etat membre de l'associé pourra appliquer à ce dernier le traitement fiscal qu'il appliquerait si la société bénéficiaire avait eu sa résidence fiscale dans cet Etat<sup>418</sup>.

## **§ 8 Clause de sauvegarde**

### **A Clause générale de sauvegarde contre la fraude et l'évasion fiscale**

203. Un Etat membre peut refuser d'appliquer tout ou partie de la Directive lorsque l'opération a comme objectif principal ou comme l'un de ses objectifs principaux la fraude ou l'évasion fiscale<sup>419</sup>. Il ne faut pas que cet objectif soit exclusif.

S'il est logique que la fraude prive le contribuable du bénéfice de la directive, la notion d'évasion est beaucoup plus large. La recherche d'une situation fiscale plus favorable sera souvent l'un des motifs d'une restructuration.

La Directive introduit une présomption. Le fait que l'opération ne soit pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation, peut constituer une présomption qu'elle a un objectif de fraude ou d'évasion fiscale.

L'affaire Leur-Bloem éclaire la discussion<sup>420</sup>.

Un contribuable était l'actionnaire unique (et le directeur) de deux sociétés néerlandaises et envisageait d'acquérir les actions d'une troisième société holding. L'achat de cette dernière devait être payé au moyen des actions des deux premières sociétés, c'est-à-dire par une opération d'échange d'actions. Mme Leur-Bloem, assujettie à l'impôt sur le revenu néerlandais, bénéficiait du report d'imposition prévu à l'article 14.B, § 1, de la loi néerlandaise de 1964 relative à l'impôt sur le revenu, qui dispose que, lors d'une opération de fusion par échange d'actions, la plus-value réalisée sur une participation importante n'est pas incluse dans la base d'imposition de l'exercice. L'inspecteur rejeta les prétentions de Mme Leur-Bloem en estimant que l'opération en cause ne pouvait s'analyser comme une fusion par échange d'actions, au sens de la loi néerlandaise, dans la mesure où elle n'avait pas pour objet de « rassembler durablement, d'un point de vue financier et économique, l'entreprise de ces sociétés, au sein d'une entité plus importante ». Recours ayant été formé contre ce refus devant le Gerechtshof à Amsterdam, celui-ci estima qu'il y avait là questions d'interprétation d'une disposition de la loi néerlandaise insérée à l'occasion de la transposition en droit national de la directive. Certes, le juge national avait bien conscience qu'il ne s'agissait pas véritablement d'une question appartenant au champ d'application de la directive, mais il posa néanmoins la question préjudicielle à la Cour de justice, en faisant valoir que le libellé de la disposition nationale litigieuse, ainsi que les travaux préparatoires de celle-ci, montraient que le législateur néerlandais avait entendu traiter de la

---

<sup>418</sup> Art. 10bis 4.

<sup>419</sup> Directive, art. 15 ; D. Weber, « A close look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Directive and Merger Directive », *EC Tax Review*, 1996, p. 63 ; M. De Kleer, « Towards a European Doctrine in anti-abuse direct taxation », *Intertax*, 1996, p. 137.

<sup>420</sup> Aff. C-28/95, A. Leur-Bloem c Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2, arrêt du 17 juillet 1997, Rec., p. 4161 ; M. Liebman, "Ruling in merger directive", *European Taxation*, 1997, p. 462 ; A. De Waal, "Réflexions contrastées sur l'arrêt Leur-Bloem", *Droit fiscal*, 1988/9, p. 286 ; Ph. Deroin, "Fiscalité des fusions de sociétés et échange d'actions – droit communautaire et droit national", *Droit fiscal*, 1997/8, p. 1100 ; M. De Bruin et M.I. Molenaars, « European Court of Justice hands down decisions in EU Merger Directive », *Tax Notes International*, 11 août 1997, p. 424. Sur la portée de l'arrêt en droit français, cfr. D. Gutmann, *op. cit.*, p. 381, n° 844.

même manière les fusions entre les sociétés établies, d'une part, uniquement aux Pays-Bas et, d'autre part, dans différents Etats membres.

La Cour était-elle compétente pour répondre dans le cadre de l'article 234 (ex-177) du Traité à une question d'interprétation de la directive 90/434, sachant que celle-ci ne pouvait s'appliquer au litige en principal, mais que ces dispositions étaient reprises par le droit interne qui en étendait l'applicabilité à des situations relevant du seul champ d'application de ce dernier ?

La Cour commence par relever que l'article 2, sous d, envisage toutes les opérations de fusion, quelles que soient leurs motifs « financiers, économiques ou purement fiscaux ». de sorte qu'il est possible de prétendre que même les fusions poursuivant des motifs exclusivement fiscaux sont des fusions au sens de la directive, de sorte que la Cour a pu considérer que la condition exigée par la loi néerlandaise n'était pas nécessaire à une opération pour qu'elle puisse être qualifiée de fusion au sens de l'article 2 de la directive.

Cependant, la qualification de l'opération n'est pas tout. Restait à savoir si, bien que qualifiée de fusion, l'opération en cause pouvait bénéficier du régime fiscal avantageux. L'article 15 de la directive permet aux Etats membres d'écarter le régime de la directive, lorsqu'ils préviennent une fraude ou une évasion fiscale, sachant qu'une telle présomption peut être posée lorsque « une des opérations visées [...] n'est pas effectuée pour des motifs économiques valables, tels que la restructuration ou la rationalisation des activités des sociétés participant à l'opération ».

La Cour pose une limite importante à la liberté des Etats – un peu trop facilement reconnue par le texte de l'article 11 de la directive. En effet, « les autorités nationales ne sauraient se contenter d'appliquer des critères généraux prédéterminés, mais doivent procéder, au cas par cas, à un examen global de celle-ci ».

Un fils de famille exploite un commerce dans la société Zwijnenburg qui possède l'immeuble 19 Tolstraat à Meerbeek (Pays-Bas) et loue l'immeuble voisin, n° 17, à la société Beheer appartenant aux parents de l'exploitant.

La vente de l'immeuble ou des parts de Beheer par Zwijnenburg entraînerait un impôt indirect.

Il est envisagé d'apporter le commerce de Zwijnenburg à Beheer. Zwijnenburg rachèterait ensuite les actions restantes de Beheer.

Par ruling, l'exonération est refusée au motif que l'opération a un but d'évasion fiscale.

La Cour de Justice estime que le désir d'éviter une taxe non prévue par la directive n'est pas un motif d'évasion fiscale visée par celle-ci. L'exonération doit être accordée<sup>421</sup>.

L'absorption d'une holding en perte qui n'a plus d'activité doit-elle entraîner la reprise des pertes ? L'économie de coûts constitue-t-elle un motif autre que fiscal ? Elle est marginale en comparaison du report des pertes.

L'absence d'activité ou d'actifs propres peut être un motif pour considérer que la fusion n'a pas de motif économique<sup>422</sup>.

---

<sup>421</sup> Aff. C-352/02, *Modehuis A. Zwijnenburg*, arrêt du 20 mai 2010.

<sup>422</sup> CJE, aff. C-126/10, *Foggia*, arrêt du 10 novembre 2011.

## **B Clause nationale contre les abus de droit**

204. Dans l'affaire Kofoed<sup>423</sup>, deux personnes, MM. Kofoed et Toft, détenaient à parts égales, la totalité du capital social d'une S.à.r.l. de droit danois Kosmopolit. Ils ont acquis chacun l'une des deux actions composant le capital social d'une S.à.r.l. de droit irlandais Dooralong. Dooralong a augmenté son capital en émettant 21.000 nouvelles actions d'une livre irlandaise.

Les deux personnes avaient échangé les parts sociales de Kosmopolit qu'elles détenaient contre la totalité des nouvelles actions de Dooralong.

Kosmopolit distribue un dividende important à Dooralong et Dooralong distribue ce dividende à ses deux associés.

L'administration danoise considère que l'échange de titres Kosmopolit contre les titres Dooralong n'est pas un échange exonéré aux termes de la directive Fusions et de sa loi d'application au Danemark parce que la soulte maximum de 10 % était dépassée, ce dividende devant être considéré comme une soulte.

La Cour de justice considère qu'un dividende distribué par la société acquérante aux associés de la société acquise après l'opération d'échange d'actions ne peut constituer la contrepartie pécuniaire de l'opération d'échange d'actions et n'est donc pas une soulte. Le dividende ne faisait pas partie de la contrepartie à payer par Dooralong pour l'acquisition de Kosmopolit.

Toutefois, la Cour réserve la question de savoir s'il y a abus de droit : sans doute, l'article 11 de la directive ne peut-il créer des droits ou des obligations pour les contribuables et doit-il être transposé par une disposition nationale. Toutefois, s'il existe des dispositions nationales générales ou des principes généraux de droit permettant de tenir compte en l'espèce d'un abus de droit, ils peuvent être appliqués. Il appartient à la juridiction nationale de le décider.

Dans le cas d'une fusion interne de sociétés portugaises, dont l'une n'avait plus d'activité et voulait reporter dans la société issue de la fusion des pertes très importantes d'origine indéterminée, la Cour a estimé que, même si l'opération permettait une économie de coûts, cette économie était inhérente à toute opération de fusion et qu'il n'était pas exclu que l'opération ne soit pas justifiée par des raisons commerciales valables<sup>424</sup>.

Le report de perte pourrait dans ce cas être refusé, la législation interne portugaise étant la reproduction de la directive, ce qui autorisait d'ailleurs la Cour à répondre à la question du Tribunal administratif suprême portugais.

## **C Clause spéciale de sauvegarde contre la fraude et l'évasion fiscale**

205. Le régime pourra ne pas être appliqué si l'opération a pour effet qu'une société, qu'elle participe ou non à l'opération, ne remplit plus les conditions requises pour la représentation des travailleurs dans les organes sociaux, selon des modalités applicables avant l'opération. Cette règle ne s'applique qu'à l'Allemagne, dont la loi prévoit la représentation des travailleurs dans les organes sociaux (« Mitbestimmungsgesetz »).

---

<sup>423</sup> Aff. C-321/05, HM Kofoed c. Skatte Ministeriet, arrêt du 5 juillet 2007. Cfr. M. Poulsen, Treaty/Directive Shopping and Abuse of EU Law, Intertax, 2013, p. 238.

<sup>424</sup> Aff. C-126/10, Foggeu, arrêt du 10 novembre 2011.

Cette disposition cessera de s'appliquer en cas d'intervention d'une réglementation communautaire comportant des dispositions équivalentes<sup>425</sup>.

## **§ 9 Transfert de siège d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne**

206. Les transferts de siège prévus par les nouveaux règlements applicables aux sociétés européennes et aux sociétés coopératives européennes s'effectueront sans imposition des plus-values à condition que les actifs et passifs concernés restent investis dans un établissement stable situé dans l'Etat d'origine et que la valeur fiscale soit maintenue.

La société qui transfère son siège est considérée en même temps comme apporteuse et bénéficiaire. Si la société qui transfère son siège dispose d'un établissement stable dans un Etat qui n'est ni son Etat d'origine ni son Etat de destination, l'Etat de localisation de l'établissement stable s'abstiendra de taxer la plus-value réalisée sur celui-ci conformément à l'article 10 ancien. Si des pertes ont été déduites des bénéfices du siège central, elles pourront être réintégrées, conformément au même article. Toujours conformément à cet article, si l'Etat d'origine applique l'imposition du bénéfice mondial, il peut imposer la plus-value sur le transfert de l'établissement stable à condition de permettre l'imputation de l'impôt fictif qui aurait frappé cette plus-value dans l'Etat de situation de l'établissement stable<sup>426</sup>.

### **207. Exemple : Application en France**

#### *Droit des sociétés*

La fusion et la scission permettent un transfert de patrimoine en échange de parts ou actions et d'une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou actions attribuées<sup>427</sup>.

L'apport partiel d'actifs peut être soumis au régime des scissions<sup>428</sup>.

Des fusions transfrontalières peuvent être réalisées<sup>429</sup>.

---

<sup>425</sup> Cfr. Position commune du Conseil du 22 juin 1994 sur la proposition de directive relative à l'information/consultation des travailleurs dans les grandes entreprises et la création des comités d'entreprises européens.

<sup>426</sup> Art. 10.2, exprimé sans doute de façon erronée dans le commentaire des articles, art. 1.11, qui se réfère à l'impôt déjà payé dans l'Etat membre où est situé l'établissement stable, alors qu'il s'agit d'un impôt fictif dans l'article 10. Sur l'ensemble des dispositions, voir les articles 10ter à 10quinquies nouveau. Comp. M.T. Soler Roch, Tax Residence of the SE, Eur. Tax., 2004, p. 14.

<sup>427</sup> Code de Commerce, art. L-236-1.

<sup>428</sup> Code de Commerce, art. L-236-22.

<sup>429</sup> Loi du 3 juillet 2008 transposant la directive du 26 octobre 2005.

La dissolution ou confusion d'une filiale détenue à 100 %, opérant transmission universelle du patrimoine (TUP) de la filiale à la société-mère, n'est pas juridiquement parlant une fusion<sup>430</sup>. D'où la nécessité d'une définition fiscale conforme à la directive.

La définition fiscale de la fusion est proche de celle de la directive, ne visant toutefois pas l'hypothèse d'une soulte calculée par rapport au pair comptable. Elle englobe la TUP<sup>431</sup>.

#### *Traitement comptable*

Le traitement comptable applicable aux fusions, scissions et apports partiels d'actifs prévoit que lorsque l'opération a lieu entre deux sociétés placées sous contrôle commun d'une autre société (mais pas d'une personne physique), elle doit être réalisée sur la base des valeurs comptables<sup>432</sup>.

Lorsque les sociétés sont sous contrôle distinct, l'opération doit être comptabilisée aux valeurs réelles.

#### *Plus-values*

Dans les cas de comptabilisation à valeurs réelles se pose le problème des plus-values. Les plus-values sur actifs non amortissables seront en sursis d'imposition. Les plus-values sur apports de biens amortissables seront réintégréées en 5 ans ou pour les constructions 15 ans dans les résultats<sup>433</sup>.

Des engagements doivent être pris à cet égard dans l'acte de fusion et l'agrément applicable aux organisations internationales<sup>434</sup> ne sera délivré que si les engagements sont pris au titre d'un établissement stable maintenu en France au bilan duquel seront inscrits les actifs.

#### *Report des déficits*

Les déficits antérieurs de la société absorbante ou de la société absorbée pourront être reportés sur agrément qui sera délivré si l'opération est justifiée au point de vue économique, obéit à des motivations principales autres que fiscales et si l'activité qui a généré les déficits est poursuivie par la société bénéficiaire des apports pendant un délai minimum de 3 ans<sup>435</sup>.

#### *Provisions*

Les provisions qui ne deviennent pas sans objet sont conservées mais doivent être reprises au passif de la société absorbante suivant un engagement à prendre dans l'acte de fusion<sup>436</sup>.

L'attribution de titres ou valeurs aux associés de la société apporteuse en contrepartie de l'annulation des titres de cette société n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers et donc comme la distribution d'un boni de liquidation<sup>437</sup>.

---

<sup>430</sup> Code Civil, art. 1844-5, al. 3.

<sup>431</sup> CGI, art. 210-0 A.

<sup>432</sup> Règlement CRC 2004-01 du 4 mai 2004.

<sup>433</sup> CGI, art. 210, A.

<sup>434</sup> CGI, art. 210, C.

<sup>435</sup> CGI, art. 209, II.

<sup>436</sup> CGI, art. 210, A.2.

<sup>437</sup> CGI, art. 115, I.

Le gain réalisé est une plus-value qui est placée en sursis d'imposition jusqu'à une cession ultérieure si l'associé est une personne physique agissant à titre privé<sup>438</sup>.

Si l'associé est une entreprise, le même régime s'applique, facultativement<sup>439</sup>. Le sursis peut s'appliquer également à la soulte si elle est inférieure à 10 % de la valeur nominale des parts. Toutefois, les plus-values sur titres de participations sont exonérées à 90 %<sup>440</sup>. Les titres doivent être détenus depuis au moins 2 ans. Les titres de participations sont ceux qui créent un lien durable avec une autre entreprise et sont donc utiles à son activité.

### *Scissions*

La scission est l'opération par laquelle la société scindée transmet son patrimoine à deux ou plusieurs sociétés moyennant l'attribution à ses associés proportionnellement à leurs droits dans le capital de titres des sociétés bénéficiaires des apports et d'une soulte ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale de ces titres.

Elle bénéficie du régime des fusions à condition que :

- elle comporte au moins 2 branches complètes d'activité ;
- les sociétés bénéficiaires reçoivent chacune une ou plusieurs de ces branches ;
- les associés s'engagent à conserver pendant 3 ans les titres reçus en échange de leurs apports<sup>441</sup>.

L'engagement n'est requis que des actionnaires détenant une participation substantielle : 5 % des droits de vote ou 0,1 % de ces droits si l'associé a exercé des fonctions de direction ou de surveillance dans la société dans les 6 mois précédents. Les droits de vote de ces actionnaires doivent représenter au total au moins 20 % du capital de la société scindée. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, un agrément sera nécessaire<sup>442</sup>. Les engagements doivent être pris dans l'acte d'apport.

### *Apport partiel d'actifs*

L'apport partiel d'actifs qui n'est pas défini par le Code mais correspond à l'apport d'actifs de la directive bénéficie du régime des fusions s'il porte sur une branche d'activité ou des éléments assimilés, à savoir des participations représentant plus de 50 % du capital d'une société, à condition que l'apporteur ne reçoive pas une soulte supérieure à 10 % de la valeur nominale des titres ou qu'elle représente plus de 30 % des droits de vote si aucun associé ne détient une fraction supérieure ou encore si l'apport est effectué au profit de sociétés détenant déjà 30 % des droits de vote si le bénéficiaire acquiert par l'apport la fraction des droits de vote la plus élevée dans la société.

Ces hypothèses s'identifient à l'échange d'actions visé par la directive.

---

<sup>438</sup> CGI, art. 150-0, B et 150-0, D, 9.

<sup>439</sup> CGI, art. 38.7 bis

<sup>440</sup> CGI, art. 219, I, a, quinquies.

<sup>441</sup> CGI, art. 210, B 1.

<sup>442</sup> CGI, art. 210, B 3.

La société apporteuse doit prendre l'engagement de conserver les titres reçus en contrepartie de l'apport pendant 3 ans et de calculer ultérieurement les plus-values de cession par référence à la valeur des biens apportés avant l'apport.

On peut se demander si la condition de détention pendant 3 ans est conforme à la directive dans le cas de scissions internationales.

Si les conditions du régime de faveur ne sont pas réunies, un agrément est néanmoins possible notamment si l'opération est justifiée par un motif économique se traduisant par l'exercice par la société bénéficiaire de l'apport d'une activité autonome, l'amélioration des structures ou une association entre les parties<sup>443</sup>. L'agrément est toujours nécessaire pour les opérations internationales.

L'engagement de calculer les plus-values ultérieures résultant de la cession des titres par référence à leur valeur avant l'opération crée une double imposition : on taxera tant la plus-value résultant de la cession des titres que, dans le chef de la société bénéficiaire, celle résultant de la cession des éléments d'actif ou de la réintégration chez celle-ci des plus-values sur biens amortissables. Dans ce dernier cas, la plus-value est toutefois compensée par l'amortissement.

La directive ne prévoit pas cette exigence. En effet, l'article 9 prévoit que l'article 4 s'applique aux apports d'actifs. L'article 4 prévoit seulement, à propos des fusions ou scissions, que les plus-values afférentes aux éléments d'actifs transférés sont calculées dans les mêmes conditions que celles qu'aurait appliquées la société apporteuse si l'opération n'avait pas eu lieu<sup>444</sup>.

### **CHAPITRE III DIRECTIVE SUR LES PAIEMENTS D'INTÉRÊTS ET DE REDEVANCES ENTRE SOCIÉTÉS ASSOCIÉES ET DE DIFFÉRENTS ETATS MEMBRES**

208. Le droit positif harmonisé européen n'a abordé les paiements d'intérêts entre entreprises que lors de l'adoption du "paquet fiscal" par le Conseil Ecofin du 21 janvier 2003, même si une proposition de directive avait, en différentes versions, été présentée antérieurement.

Le "paquet fiscal" lie des décisions politiques relatives aux mesures à prendre contre la concurrence fiscale dommageable, la directive, adoptée depuis, sur les paiements d'intérêts à des particuliers, et la directive concernant les paiements d'intérêts et de redevances entre entreprises associées.

La directive opte pour la taxation des intérêts et redevances dans l'Etat de la résidence et la suppression des impositions, généralement à la source, dans l'Etat d'origine, que les paiements soient le fait de sociétés d'Etats membres ou d'établissements stables de sociétés d'Etats membres. Il a en effet été constaté qu'en l'absence d'une telle mesure l'élimination de la double imposition n'était pas assurée, tandis que les entreprises étaient

---

<sup>443</sup> CGI, art. 210, B 1.3 .

<sup>444</sup> CGI, art. 4.4 ; D. Guttman, Droit fiscal des affaires, 2<sup>ème</sup> éd., Paris Montchrestien 2010, p. 416.

soumises à des charges administratives et des problèmes de trésorerie. Les opérations internationales sont donc désavantagées par rapport aux opérations nationales<sup>445</sup>.

La directive en concerne que l'imposition du créancier, non celle du débiteur. En Allemagne, le calcul de la business tax part du revenu imposable à l'impôt des sociétés, puis en exclut la moitié de l'intérêt de dettes. Cette disposition est étrangère à la directive<sup>446</sup>.

## **Section 1 Définition des intérêts et redevances**

209. Sans surprise, les intérêts sont définis comme les revenus de créances de toute nature garantis ou non par une hypothèque et assortis ou non d'une clause de participation au bénéfice, en particulier les revenus d'obligations, y compris les primes et lots mais à l'exclusion des pénalités pour paiements tardifs<sup>447</sup>.

L'Etat membre d'origine peut exclure :

- les paiements traités comme distribution de bénéfices ou remboursement de capital ;
- les paiements d'intérêts sur créances qui comprennent un droit de participation au bénéfice du débiteur ;
- les paiements d'intérêts sur créances assorties d'un droit du créancier d'échanger son droit à intérêt pour un droit à participation dans les bénéfices du débiteur ;
- les paiements d'intérêts sur créances ne prévoyant pas le remboursement du principal ou le prévoyant plus de 50 ans après l'émission<sup>448</sup>.

La directive est muette sur le sort des intérêts requalifiés en dividendes (cfr. ci-dessous arrêt Lankhorst-Hohorst).

En ce qui concerne les paiements d'intérêts par un établissement stable, la directive prévoit que l'établissement stable ne sera considéré comme payeur des intérêts que si ces paiements représentent une dépense déductible fiscalement<sup>449</sup>. Une disposition semblable n'existe pas en ce qui concerne les paiements effectués par des sociétés.

La question de l'applicabilité de la directive mère-filiale reste entière.

Rien n'est prévu pour éviter de façon efficace la double imposition, sous réserve de l'application d'un traité.

## **Section 2 Définition des sociétés associées et des établissements stables**

210. Comme la directive mère-filiale, la directive intérêts-redevances contient une liste type de sociétés visées, étant généralement les sociétés de capitaux, y compris les sociétés

<sup>445</sup> Exposé des motifs, considérants 1 et 2.

<sup>446</sup> CJCE, aff. C-39/040, Scheuten Solar Technology GmbH c/Finanzamt Gelsenkirchen-Süd, arrêt du 21 juillet 2011.

<sup>447</sup> Art. 2.

<sup>448</sup> Art. 4.1.

<sup>449</sup> Art. 1.3.

à responsabilité limitée ainsi que les organismes de droit public régis par le droit privé, assujettis à l'impôt des sociétés et qui n'ont pas une seconde résidence fiscale en dehors de la communauté en vertu d'un traité conclu avec un Etat tiers.

Deux sociétés sont associées si elles sont unies par des liens de participation de 25 %, entre elles ou l'égard d'une société tierce. Seules les participations directes entrent en ligne de compte alors qu'une proposition antérieure visait les participations indirectes.

On peut espérer que ce taux sera réduit progressivement à 10 % comme pour l'application de la directive mères-filiales.

Les Etats membres peuvent remplacer le critère de participation dans le capital par le critère de participation dans les droits de vote.

Quant à l'établissement stable, il est défini sans surprise comme un centre fixe d'affaires à travers lequel une société exerce tout ou partie de ses activités d'entreprise mais il doit s'agir d'une société d'un Etat membre et d'une installation fixe d'affaires située également dans un Etat membre.

L'établissement d'une société d'un Etat tiers dans la Communauté ne serait donc pas visé.

Rien n'empêche bien entendu des Etats membres d'étendre l'exonération à cette hypothèse.

A défaut, les Etats qui ne prévoient pas de retenue à la source sur intérêts, même lorsqu'ils sont payés à des résidents d'Etats tiers, seraient favorisés comme localisation potentielle d'entreprises emprunteuses.

### **Section 3 Exigence supplémentaire : la qualité de bénéficiaire effectif**

211. L'exonération ne s'applique que si la société ou l'établissement stable est le bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances.

Une société est le bénéficiaire effectif si elle reçoit les paiements à son propre bénéfice et non en qualité d'intermédiaire.

Un établissement stable sera bénéficiaire effectif si les créances ou droits donnant lieu aux paiements d'intérêts ou redevances sont en relation effective avec cet établissement et si les intérêts ou redevances représentent un revenu soumis à l'impôt dans le chef de l'établissement<sup>450</sup>. Il est utilement prévu que, si un établissement stable est traité comme payeur ou bénéficiaire effectif, aucune autre partie de la "société" ne sera ainsi traitée<sup>451</sup>. La notion de bénéficiaire effectif sera généralement ignorée en tant que telle du droit des Etats membres<sup>452</sup>.

---

<sup>450</sup> Art. 1.4 et 5.

<sup>451</sup> Art. 1.6.

<sup>452</sup> En droit belge, cfr. J. Muyldermans, K. de Haen et N. Hostyn, Het begrip uiteindelijk gerechtigde naar Belgisch fiscaal recht, *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 2002, p. 353.

En droit européen, elle doit être interprétée selon la finalité des dispositions communautaires.

Au contraire, en application des traités conclus selon le modèle de l'OCDE, les termes non définis doivent être interprétés par l'Etat qui a le pouvoir d'imposition<sup>453</sup>. Encore faut-il que l'ordre juridique local contienne une telle interprétation. Sera-t-elle par exemple juridique ou économique ? En tous cas, l'interprétation communautaire ne peut s'identifier à l'interprétation du modèle OCDE même si les critères sont semblables<sup>454</sup>.

#### **Section 4 Conditions de durée**

212. Les Etats membres peuvent exiger que le lien d'association ait existé pendant deux ans<sup>455</sup>. Malgré la jurisprudence Denkvit, la directive ne précise pas si cette condition doit être remplie au moment du paiement (période d'attente) ou peut l'être à un moment ultérieur (période de détention).

#### **Section 5 Conditions administratives**

213. L'Etat d'origine peut exiger une attestation établissant que les conditions d'application de la directive sont remplies et prévoir que l'exonération nécessiterait une décision expresse qui devrait être rendue dans les trois mois de la présentation de l'attestation<sup>456</sup>. Les Etats membres peuvent également exiger, ce qui va de soi, la production des contrats relatifs aux paiements.

#### **Section 6 Fraudes et abus**

214. Le refus d'application de la directive en cas de fraude ou abus est réservé, en termes aussi obscurs que dans les directives mère-filiale et fusions<sup>457</sup>.

#### **Section 7 Exemple : Application en France**

215. L'exonération de retenue à la source est subordonnée à une participation directe de 25 % d'une société dans l'autre et à une détention ou un engagement de conservation de deux ans<sup>458</sup>. La société bénéficiaire doit être passible, au titre des intérêts ou redevances, de l'impôt des sociétés. La directive n'exige que l'imposabilité.

Une clause anti-abus écarte l'exonération en cas de contrôle par des résidents d'Etats extérieurs à l'Union si la chaîne de participation a pour objet principal de tirer avantage de l'exonération de retenue à la source.

---

<sup>453</sup> Convention modèle, art. 3.2.

<sup>454</sup> Com. OCDE, I I/8.1.

<sup>455</sup> Art. 1.10.

<sup>456</sup> Art. 1.11, 12 et 13.

<sup>457</sup> Art. 5.

<sup>458</sup> CGI, art. 119 quater.

## CHAPITRE IV DIRECTIVE CONCERNANT LES IMPOTS INDIRECTS FRAPPANT LES RASSEMBLEMENTS DE CAPITAUX<sup>459</sup>

216. La Directive régleme la perception d'impôts indirects sur les apports en sociétés de capitaux, les opérations de restructuration de ces sociétés et l'émission de certains titres et obligations.

La conception du marché intérieur suppose en effet que l'application aux capitaux rassemblés dans le cadre d'une société d'un droit ne puisse intervenir plus d'une fois et qu'aucun impôt indirect ne soit perçu sur les rassemblements de capitaux en dehors du droit d'apport. Notamment, aucun droit de timbre ne devra être perçu sur les titres.

En principe, les Etats membres exonèrent les sociétés de capitaux de toute imposition indirecte sur les apports et opérations assimilées<sup>460</sup>.

Par exception, les Etats qui percevaient un droit sur les apports au 1<sup>er</sup> janvier 2006 peuvent continuer à le percevoir<sup>461</sup>. Ce droit ne peut être supérieur à 1 %<sup>462</sup>. Il ne peut être perçu que si le siège de direction effective de la société est situé sur le territoire de l'Etat au moment où intervient l'apport<sup>463</sup>. La base imposable est la valeur réelle des actifs apportés après déduction des obligations assumées et des charges supportées par la société du fait de l'apport<sup>464</sup>.

Sont considérés comme des apports de capital :

- La constitution d'une société de capitaux ;
- La transformation en une société de capitaux d'une autre société ;
- L'augmentation de capital social d'une société de capitaux ;
- Le transfert du siège de direction d'une société de capitaux ;
- L'emprunt contracté par une société de capitaux si le créancier a droit à une quote-part des bénéfices de la société ainsi que l'emprunt garanti par un associé qui a la même fonction qu'une augmentation de capital<sup>465</sup>.

Les opérations de restructuration de sociétés ne sont pas considérées comme des apports de capital. Il s'agit de l'apport de la totalité du patrimoine ou d'une ou de plusieurs branches d'activité ou encore de l'acquisition d'une majorité des droits de vote<sup>466</sup>.

Ces dernières opérations ne peuvent jamais être soumises à impôt.

---

<sup>459</sup> Directive du Conseil 2008/7/CE du 12 février 2008 remplaçant la Directive 69/335/CE du Conseil du 17 juillet 1969.

<sup>460</sup> Directive, art. 5.

<sup>461</sup> Art. 7.

<sup>462</sup> Art. 8.

<sup>463</sup> Art. 10, 1.

<sup>464</sup> Art. 11, 1.

<sup>465</sup> Art. 3.

<sup>466</sup> Art. 4.

Les Etats membres ne peuvent davantage soumettre à impôt les emprunts ainsi que la mise en circulation d'obligations<sup>467</sup>.

Les Etats membres ne peuvent soumettre à aucune imposition indirecte la création, l'émission, l'admission en bourse, la mise en circulation ou la négociation d'actions<sup>468</sup>.

Ainsi, la Cour de Justice a estimé qu'une taxe sur les opérations de bourse ou la livraison de titres ne pouvait être perçue lors de la première acquisition de titres dans le cadre de l'émission de ceux-ci. La première acquisition doit être considérée comme faisant partie de l'émission<sup>469</sup>. De même, dès lors qu'un impôt ne peut être perçu lors de l'émission d'un emprunt obligataire, il ne pourra davantage l'être lors du remboursement de l'emprunt, ce qui aurait pour conséquence d'imposer l'emprunt en tant qu'opération globale de rassemblement de capitaux<sup>470</sup>.

Il en serait de même d'un émolument à percevoir lors de l'établissement d'un acte notarié constatant une modification de statuts dans la mesure où cette imposition serait calculée en fonction du capital social de la société. Il s'agira de la taxation des capitaux rassemblés à l'occasion d'une modification des statuts, prohibée par la Directive<sup>471</sup>.

### **Compétence exclusive du pays du siège effectif**

217. Une société grand-mère de droit anglais avait une filiale de droit néerlandais et une petite-fille de droit allemand. Les Pays-Bas considéraient comme opération imposable à la fois dans le chef de la filiale et la petite-fille une contribution versée par la grand-mère à la petite-fille.

La Cour de Justice a estimé que les Pays-Bas ne pouvaient imposer la filiale néerlandaise en raison de cette opération, même si l'Allemagne ne l'imposait pas, ayant supprimé le droit d'apport<sup>472</sup>.

De même, l'Espagne ne pouvait imposer aux droits d'apport la part de capital social affecté par une société étrangère à des succursales situées en territoire espagnol<sup>473</sup>.

En revanche, un impôt sur l'avoir net des entreprises, perçu annuellement sur à la clôture de l'exercice ne constitue pas un impôt sur le rassemblement de capitaux puisqu'il frappe la totalité du patrimoine de l'entreprise dont le capital n'est qu'une composante<sup>474</sup>.

## **CHAPITRE VI CONVENTION RELATIVE À LA CORRECTION DES BÉNÉFICES ENTRE ENTREPRISES ASSOCIÉES**

### **Section I Statut juridique**

---

<sup>467</sup> Art. 5, 2, b.

<sup>468</sup> Art. 5, 2, a.

<sup>469</sup> C.J.C.E., aff. C-415/02, 15 juillet 2004, Commission c/Belgique, Rec., I-07215.

<sup>470</sup> C.J.C.E., aff. C-31/97 et C-32/97, 27 octobre 1998, Fuerzas Eléctricas de Catalunya e.a., Rec. I-6491.

<sup>471</sup> C.J.C.E., aff. C-19/99, 21 septembre 2000, Modelo II.

<sup>472</sup> C.J.C.E., aff. C-494/03, 12 janvier 2006, Senior Engineering Investments, Rec. I-525.

<sup>473</sup> C.J.C.E., aff. C-397/07, 9 juillet 2009, Commission c/ Espagne.

<sup>474</sup> C.J.C.E., aff. C-4/97, 27 octobre 1998, Nonwoven ; C.J.C.E., aff. C-279/99, 15 mars 2001, Petrolvilla et Bortolotti.

218. En 1976, la Commission avait présenté au Conseil une proposition de directive<sup>475</sup>.

A cette voie fut préférée celle de la convention multilatérale. La Convention présente l'avantage d'offrir un texte unique; cet avantage ne doit pas être exagéré, car le texte reste général, voire imprécis. En outre, le problème de l'articulation d'un texte uniforme et des systèmes nationaux profondément différents reste à résoudre. Diverses questions sont d'ailleurs référées aux initiatives nationales ou aux accords bilatéraux.

## **Section 2 La Convention**

219. Au moment où le Conseil des Communautés Européennes adoptait les directives relatives au régime fiscal des sociétés mères et filiales d'Etats membres différents et aux fusions entre sociétés d'Etats membres différents, il fut simultanément décidé de soumettre à la signature des Etats membres, en lieu et place d'une ancienne proposition de directive<sup>476</sup>, une convention internationale fondée sur l'article 293 (anciennement 220) du Traité CE tendant à l'élimination des doubles impositions en cas de rectification de bénéfices entre entreprises associées.

Etendue à trois nouveaux Etats membres par convention du 21 décembre 1995<sup>477</sup>, la Convention a expiré et un protocole prévoit sa prorogation automatique par quinquennats<sup>478</sup>.

Un Code de conduite relatif à l'application de la Convention a été arrêté par le Conseil<sup>479</sup>.

### **§ 1 Champ d'application**

220. La convention s'applique lorsque des bénéfices sont inclus dans l'assiette de l'impôt de deux entreprises situées chacune dans un Etat contractant différent en raison du fait qu'elles n'ont pas appliqué le principe de détermination de leurs relations conventionnelles dans les mêmes conditions que celles qu'appliqueraient des entreprises indépendantes<sup>480</sup>.

Il est expressément précisé qu'un établissement stable d'une entreprise d'un Etat contractant est considéré comme une entreprise de l'Etat dans lequel il est situé. Il semble donc que les opérations intervenant entre une société d'un Etat contractant et l'établissement stable dans un autre Etat contractant d'une société d'un Etat tiers ne soient pas couvertes.

La convention s'applique aux impôts sur le revenu, non aux impôts sur la fortune ou aux droits d'enregistrement et impôts analogues.

Elle s'applique également lorsqu'une des entreprises concernées par le redressement a subi des pertes. Il n'y aurait d'ailleurs pas de raison d'en écarter l'application si les deux entreprises avaient subi des pertes. La double imposition est dans ce cas potentielle et ne se manifestera que lorsque la perte, diminuée en vertu du redressement, pourra être imputée sur un bénéfice.

### **§ 2 Procédure**

---

<sup>475</sup> J.O.C.E. du 21 décembre 1976, n° C.301.

<sup>476</sup> La directive est un instrument plus contraignant que la convention.

<sup>477</sup> J.O.C.E. n° C 26 du 31 janvier 1996.

<sup>478</sup> J.O.C.E. n° C 202 du 16 juillet 1999.

<sup>479</sup> J.O.C.E. n° C322 du 30 décembre 1999.

<sup>480</sup> Pour une synthèse, cfr. P. Rassar et G. Monsellato, Les Prix de transfert, Paris, Maxima, 1998.

221. La convention se borne à réitérer, en son article 4, les principes figurant dans les articles 9.1 et 7.2 de la convention modèle de l'OCDE concernant l'attribution à chacune des deux entreprises associées ou à l'établissement stable par rapport à son siège central des bénéfices qui auraient résulté de l'opération entre parties indépendantes ("arm's length principle"). Elle omet cependant d'affirmer le principe qui est sa raison d'être : "*La double imposition des bénéfices doit être éliminée selon la procédure et sauf les exceptions prévues par la présente convention*".

Les termes employés dans la convention ont, sauf sens différent imposé par le contexte, le sens qu'ils ont dans la convention conclue par les Etats concernés en matière de double imposition. Il faut remarquer à ce sujet que tous les Etats de l'Union Européenne ne sont pas liés par des conventions préventives de la double imposition, encore que les exceptions soient rares.

En l'absence de définition conventionnelle, les conventions bilatérales renvoient généralement au sens de l'expression employée dans le droit interne du pays concerné.

### **A Procédure aboutissant à un accord immédiat**

222. L'Etat qui envisage de corriger les bénéfices d'une entreprise l'en informe. Il lui donne l'occasion d'informer l'entreprise co-contractante située dans l'autre Etat. L'autre entreprise peut bien entendu en informer à son tour cet autre Etat. Si les deux entreprises et l'autre Etat contractant acceptent la correction de bénéfices, plus aucun problème ne se pose.

### **B Procédure amiable et solution unilatérale**

223. L'Etat correcteur ne doit pas tenir son redressement fiscal en suspens. Si l'entreprise qui y est située estime que le principe de la détermination des bénéfices comme dans le cas d'entreprises indépendantes ("arm's length principle") n'a pas été respecté, elle peut, indépendamment des recours de droit interne dont elle dispose, saisir l'autorité compétente de l'Etat dans lequel elle est résidente ou dans lequel est situé son établissement stable. Elle dispose à cette fin d'un délai de trois ans prenant cours lors de la première notification de la mesure qui entraîne ou peut entraîner la double imposition.

L'autorité compétente en avise les autorités compétentes des autres Etats concernés. Elle s'efforce d'abord de résoudre elle-même le problème posé.

### **C Procédure amiable**

224. Si l'Etat correcteur ne résout pas lui-même le problème, il entreprend la procédure amiable avec l'autorité compétente des autres Etats concernés.

Si un accord est atteint, il sera appliqué, quels que soient les délais prévus pour les rectifications fiscales par le droit interne.

### **D Procédure consultative**

225. A défaut d'accord dans les deux ans de la communication du litige à la première autorité compétente, les autorités compétentes concernées doivent constituer une commission consultative composée de deux représentants – le cas échéant un – de chaque autorité

compétente et d'un nombre pair de personnalités indépendantes désignées sur une liste établie par l'ensemble des Etats contractants. Un président sera choisi sur la même liste.

Des cas de récusation sont prévus :

- appartenance à l'une des administrations fiscales concernées ou exercice de fonctions pour l'une de ces administrations;
- détention présente ou passée d'une participation importante dans l'une des entreprises associées ou lien d'employé ou de conseiller avec l'une de ces entreprises;
- absence dans le chef de la personne désignée de garanties suffisantes d'objectivité pour le règlement du cas à trancher.

Cette dernière cause de récusation est particulièrement vague.

Dans les cas « triangulaires » où une entreprise associée établie dans un autre Etat membre que ceux des deux entreprises concernées par le redressement a eu une influence significative sur le résultat critique, il est recommandé aux Etats membres de mettre en place une procédure multilatérale<sup>481</sup>.

Il est recommandé aux Etats membres de suspendre le recouvrement de l'impôt pendant la procédure, même si cette suppression implique des modifications de la loi interne<sup>482</sup>.

## **CHAPITRE VIII Directive européenne sur la coopération administrative – Le FATCA européen**

226. En Europe, la directive 2011/16/UE du 15 février 2011 sur la coopération administrative a remplacé l'ancienne directive 77/779/CEE du 19 décembre 1977<sup>483</sup>.

Elle prévoit l'utilisation d'un formulaire informatique standardisé.

Outre l'échange sur demande, elle permet l'échange spontané dans cinq hypothèses<sup>484</sup> :

- l'autorité compétente d'un Etat membre a des raisons de supposer une perte d'impôts localisée dans l'autre Etat membre ;
- un contribuable obtient une réduction ou une exemption d'impôt dans un Etat membre qui donnerait lieu à un accroissement ou à une dette d'impôt dans l'autre Etat membre ;
- des opérations entre contribuables des deux Etats membres sont effectuées à travers un ou plusieurs pays de telle façon qu'une économie d'impôts peut en résulter dans l'un ou l'autre ou dans les deux Etats membres ;
- l'autorité compétente d'un Etat membre a des raisons de supposer qu'une économie d'impôts résulte de transferts artificiels de profits au sein de groupes d'entreprises ;
- une information transmise à un Etat membre par l'autorité compétente de l'autre a permis d'obtenir des informations pertinentes pour enrôler un impôt dans le second Etat membre.

---

<sup>481</sup> Code de conduite, 6.2.

<sup>482</sup> Id., 8.

<sup>483</sup> R. Seer, Recent developments in Exchange of Information within the EU for Tax Matters, EC Tax Rev., 2013, p. 66.

<sup>484</sup> Art. 9.1.

Cette liste paraît limitative mais l'autorité compétente d'un Etat membre peut communiquer à l'autre toute information utile à l'autorité compétente de l'autre Etat<sup>485</sup>.

L'échange automatique d'informations<sup>486</sup> s'est appliqué dès 2014 à certaines catégories de revenus et de capitaux :

- revenus d'emploi ;
- tantièmes d'administrateur ;
- produits d'assurance-vie non couverts par d'autres instruments juridiques communautaires concernant l'échange d'informations ;
- pensions ;
- revenus ou propriété de biens immobiliers.

Le Parlement européen avait proposé l'inclusion des dividendes, plus-values et redevances.

Un principe de subsidiarité impose d'épuiser d'abord les sources d'information internes<sup>487</sup>. Le secret bancaire n'est pas un motif de refus de l'information<sup>488</sup>. La directive s'applique également aux droits de succession.

La Cour de justice a considéré, sous l'empire de l'ancienne directive sur l'échange d'informations, qu'un contribuable n'y trouvait pas le droit d'être informé de la demande d'assistance adressée par son Etat de résidence à un autre Etat, pas plus que le droit de participer à la formulation de la demande d'information ni aux auditions de témoins qui seraient éventuellement organisées dans l'autre Etat. Il s'agissait en l'espèce de demandes d'informations adressées par l'administration fiscale tchèque à des administrations fiscales d'autres Etats membres concernant les dépenses alléguées par un joueur de football. Les administrations étrangères avaient relayé les réponses de différents clubs aux questions posées.

De même, la Cour a estimé que la directive ne réglait pas les conditions dans lesquelles le contribuable pouvait contester l'exactitude des informations transmises et n'imposait pas de conditions quant au contenu de celles-ci. Certaines informations semblaient avoir été transmises verbalement<sup>489</sup>.

La directive du Conseil du 9 décembre 2014<sup>490</sup> accéléra l'extension prévue de la directive aux revenus financiers. S'alignant sur le nouveau standard de l'OCDE et, indirectement, sur les règles de FATCA, elle a transformé la directive en un véritable FATCA européen.

Les Etats membres communiquent désormais directement entre eux les informations qu'ils obtiennent des institutions financières déclarantes. Tous les comptes et toutes les informations prévues par le standard de l'OCDE font l'objet de cette communication, notamment en ce qui concerne les comptes financiers, appelés ici comptes conservateurs, les intérêts, les dividendes, les autres revenus et le produit de la vente ou du rachat des actifs financiers.

---

<sup>485</sup> Art. 9.2.

<sup>486</sup> Art. 8.1 a à e.

<sup>487</sup> Art. 17.1.

<sup>488</sup> Art. 18.2.

<sup>489</sup> CJUE, aff. C-276/12, 22 octobre 2013, Sabou.

<sup>490</sup> Directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal.

En ce qui concerne les comptes individuels, aucun seuil n'est prévu pour les comptes d'entité préexistants. Le seuil est à nouveau de 250.000 USD. En ce qui concerne les entités et particulièrement les entités non financières passives, les mêmes obligations de recherche en ce qui concerne les propriétaires ou bénéficiaires sont prévues que dans le standard<sup>491</sup>.

La directive relative à la coopération administrative contenait dès sa version originale une clause de la nation la plus favorisée<sup>492</sup> qui obligeait chaque Etat membre offrant à un pays tiers une coopération plus étendue que celle qui était prévue par la directive de l'étendre aux autres Etats membres. Cette obligation pourrait notamment s'appliquer à la suite des accords conclus dans le cadre de FATCA avec les Etats-Unis<sup>493</sup>.

La loi belge du 16 décembre 2015 a réglé la communication de renseignements relatifs aux comptes financiers dans le cadre de l'échange automatique de renseignements organisé tant dans le cadre de la directive que dans celui de l'application de la Conventions multilatérale de l'OCDE et du Conseil de l'Europe, des conventions bilatérales préventives de la double imposition et des traités bilatéraux d'échange de renseignements fiscaux<sup>494</sup>.

La directive est basée sur l'obligation pour les « Institutions financières déclarantes » d'appliquer des règles en matière de déclaration<sup>495</sup> et de diligence raisonnable<sup>496</sup> et de communiquer à l'autorité compétente de l'Etat membre dont elle relève diverses informations concernant les Comptes déclarables ouverts dans ces institutions<sup>497</sup>.

Chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour que ses Institutions financières déclarantes soient tenues d'appliquer ces règles<sup>498</sup>.

L'autorité compétente de chaque Etat membre communique à l'autorité compétente d'un autre Etat membre, dans le cadre de l'échange automatique d'informations, diverses informations relatives aux Comptes déclarables et se rapportant aux périodes d'imposition débutant le 1<sup>er</sup> janvier 2016<sup>499</sup>.

Les concepts utilisés par la Directive sont définis dans l'Annexe I<sup>500</sup>.

## **Section I. Institutions financières**

227. Il convient d'abord de définir la notion d'Institution financière déclarante. Sont visées les institutions exerçant quatre types d'activité.

---

<sup>491</sup> Voir annexes I et 2 à la Directive.

<sup>492</sup> Art. 19.

<sup>493</sup> Oberson 2015, p. 116.

<sup>494</sup> Art. 2.

<sup>495</sup> Annexe I de la directive, Section I.

<sup>496</sup> Annexe I, Sections II à VII.

<sup>497</sup> Annexe I, Section I, A. L'Annexe II contient des règles complémentaires en matière de déclaration et de diligence raisonnable concernant les comptes financiers.

<sup>498</sup> Directive, art. 8.3 bis, al. 1.

<sup>499</sup> Directive, art. 8.3 bis, al. 2.

<sup>500</sup> Section VIII.

L'Etablissement gérant des dépôts de titres est une entité dont une part substantielle de l'activité consiste à détenir des actifs pour compte de tiers. Son activité sera substantielle si les revenus bruts attribuables à la détention d'actifs financiers et aux services financiers connexes est égale ou supérieure à 20 % du revenu brut de l'entité pendant les trois années précédentes ou pendant sa période d'existence si elle est inférieure à trois ans<sup>501</sup>.

L'Etablissement de dépôt est celui qui accepte des dépôts dans le cadre habituel d'une activité bancaire ou d'activités semblables<sup>502</sup>.

L'Entité d'investissement du premier type est celle qui exerce comme activité principale<sup>503</sup> :

- des opérations sur divers instruments financiers<sup>504</sup> ;
- la gestion individuelle ou collective de portefeuille ;
- ou d'autres opérations d'investissement, d'administration ou de gestion d'actifs financiers ou d'argent pour compte de tiers.

Sera une Entité d'investissement du second type<sup>505</sup> toute entité dont les revenus proviennent principalement d'une activité d'investissement, de réinvestissement ou de négociation d'Actifs financiers<sup>506</sup> si elle est gérée par une autre entité qui est elle-même un établissement de dépôt, un établissement gérant des dépôts de titres ou une entité d'investissement du premier type.

Le caractère principal de l'activité sera à nouveau apprécié sur la base d'un test de revenu : le revenu « caractéristique » de l'entité d'investissement doit être égal ou supérieur à 50 % de ses revenus pendant une période de trois ans ou sa période d'existence si elle est plus courte<sup>507</sup>.

Constitue enfin une Institution financière déclarante un Organisme d'assurance particulier, à savoir celui qui émet un Contrat d'assurance avec valeur de rachat ou un Contrat de rente ou est tenu d'effectuer des versements relatifs à ce contrat<sup>508</sup>.

### ***Institutions financières non déclarantes***

---

<sup>501</sup> Annexe I, Section VIII, A, 8.

<sup>502</sup> Annexe I, Section VIII, A, 8.

<sup>503</sup> Annexe I, Section VIII, A, 6, al. 1, a).

<sup>504</sup> Instruments du marché monétaire (chèques, billets, certificats de dépôt, instruments financiers dérivés, etc.), marché des changes, instruments sur devises, taux d'intérêt et indices, valeurs mobilières, marchés à terme de marchandises.

<sup>505</sup> Annexe I, Section VIII, A, 6, al. 1, b).

<sup>506</sup> L'Actif financier se définit comme :

- un titre (part de capital dans une société, part ou droit de jouissance dans une société de personnes – « partnership » comptant de nombreux associés ou une société en commandite par actions cotée en bourse ou un trust ;
- une participation ;
- une marchandise ;
- un contrat d'échange (de taux par exemple) ;
- un contrat d'assurance ou un contrat de rente ;
- tout droit attaché aux actifs cités ci-dessus.

Un intérêt direct dans un immeuble sans recours à l'emprunt ne constitue pas un Actif financier (Annexe I, A, 7).

<sup>507</sup> Annexe I, A, 6, al. 2.

<sup>508</sup> Annexe I, A, 8. La société holding d'un organisme d'assurance est également visée.

228. Le pendant de l'Institution financière déclarante est l'Institution financière non déclarante. Sont visés<sup>509</sup> :

- les Entités publiques, les Organisations internationales ou les Banques centrales, sauf en ce qui concerne les paiements liés à une activité financière commerciale exercée par une Institution financière déclarante autre qu'une Entité d'investissement<sup>510</sup> ;
- certains types de Caisses de retraite<sup>511</sup>, de Fonds de pension d'Entités publiques, d'Organisations internationales ou de Banques centrales<sup>512</sup>, les émetteurs de cartes de crédit<sup>513</sup> ;
- les autres Entités qui présentent de faibles risques d'être utilisés à des fins de fraude fiscale, semblables aux précédentes et inscrites sur une liste communiquée par chaque Etat membre à la Commission<sup>514</sup> ;
- les Organismes de placement collectifs dispensés qui comprennent<sup>515</sup> les Entités d'investissement réglementées en tant qu'organisme de placement collectif (OPCVM) à condition que les participations y soient détenues en totalité par des personnes physiques ou des Entités qui ne sont pas des Personnes soumises à déclaration<sup>516</sup> ;
- les trusts si le trustee est une Institution financière déclarante et communique toutes les informations requises concernant l'ensemble des Comptes déclarables du trust.

## **Section 2. Comptes déclarables**

229. Les Institutions financières déclarantes doivent déclarer à l'autorité compétente de leur Etat membre les Comptes déclarables ouverts chez elles.

Il importe donc en second lieu de définir les Comptes déclarables.

Le Compte déclarable est un compte financier ouvert auprès d'une Institution financière déclarante d'un Etat membre et détenu, soit par une Personne devant faire l'objet d'une déclaration, soit par une Entité non financière (ENF) passive contrôlée par des Personnes devant l'objet d'une déclaration.

Il y a lieu de définir ces trois concepts.

---

<sup>509</sup> Annexe I, B, 1).

<sup>510</sup> Annexe I, Section VIII, B, 2), 3) et 4).

<sup>511</sup> A participation large ou étroite. Annexe I, Section VIII, B, 5) et 6).

<sup>512</sup> Annexe I, Section VIII, B, 7).

<sup>513</sup> Annexe I, Section VIII, B, 8).

<sup>514</sup> Directive, art. 8.7 bis.

<sup>515</sup> Annexe I, Section VIII, B, 9.

<sup>516</sup> Sont exclues les Entités non financières (ENF) passives dont le contrôle est détenu par des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

## § 1. Compte financier

230. Un Compte financier est un compte ouvert auprès d'une institution financière, qui peut être de différentes natures.

Le Compte de dépôt comprend d'abord des comptes proprement dits :

- les comptes commerciaux et comptes-chèques, les comptes d'épargne ou à terme ;
- les comptes dont l'existence est attestée par un certificat, un titre de créance ou un instrument analogue, détenu auprès d'une Institution financière dans le cadre habituel d'une activité bancaire ou similaire.

Il comprend en outre les sommes détenues par les organismes d'assurance en vertu d'un contrat de placement garanti ou d'un contrat semblable productif d'intérêts à verser ou à porter au crédit du titulaire.

Le Compte conservateur est un compte sur lequel figurent un ou plusieurs Actifs financiers au bénéfice d'une autre personne.

Constituent aussi des Comptes financiers trois types de titres ou de contrats.

Il s'agit d'abord de tout titre de participation<sup>517</sup> ou de créance déposé auprès d'une Entité d'investissement, sauf s'il est seulement déposé aux fins de conseil ou de gestion d'Actifs financiers<sup>518</sup>.

Il s'agit ensuite des titres de participation ou de créance dans des Institutions financières autres que des Entités d'investissement si cette catégorie de titres a été créée pour se soustraire aux déclarations prévues par la Directive<sup>519</sup>.

Il s'agit enfin des Contrats d'assurance avec valeur de rachat ou des Contrats de rente établis ou gérés par une Institution financière<sup>520</sup>.

## § 2. Titulaire du Compte financier

231. Le Compte financier pour être un Compte déclarable doit être ouvert auprès d'une Institution financière déclarante d'un Etat membre et être détenu par un titulaire entrant dans l'une des deux catégories décrites ci-après.

### **A. Personnes devant faire l'objet d'une déclaration**

---

<sup>517</sup> Dans le cas d'une Institution financière qui est une société de personnes, toute participation au capital ou aux bénéfices de cette société constitue un Titre de participation (Annexe I, Section VIII, C, 4)).

<sup>518</sup> Annexe I, Section VIII, C, 1, a).

<sup>519</sup> Annexe I, Section VIII, C, 1, b).

<sup>520</sup> Annexe I, Section VIII, C, 1, c). Sont exclues les rentes viagères correspondant à des pensions de retraite ou d'invalidité perçues dans des comptes exclus (cfr. infra).

232. La première catégorie est celle des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration, c'est-à-dire de toute Personne d'un Etat membre (personne physique, Entité ou succession établie dans un autre Etat membre) autre qu'une société cotée régulièrement sur un marché réglementé ou une société qui lui est liée, une Entité publique, une Organisation internationale ou une Banque centrale ou une Institution financière<sup>521</sup>.

### **B. Entités non financières passives (ENF)**

233. La seconde catégorie est celle des Entités non financières passives contrôlées par des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

Une Entité non financière (ENF) est une Entité autre qu'une Institution financière. Elle est passive quand elle ne satisfait pas aux critères d'activité suivants qui caractérisent une ENF active :

- a) moins de 50 % des revenus bruts de l'Entité pour l'année précédente sont passifs et moins de 50 % de ses actifs détenus au cours de l'année précédente sont actifs générateurs de revenus passifs ;
- b) les actions de l'ENF font l'objet de transactions régulières sur un marché boursier réglementé ou l'ENF est liée à une telle ENF ;
- c) l'ENF est une Entité publique, une Organisation internationale, une Banque centrale ou une Entité détenue à 100 % par l'une de ces structures ;
- d) l'ENF est une holding, c'est-à-dire que ses activités essentielles consistent à détenir les actions émises par une ou plusieurs filiales dont les activités ne sont pas celle d'une Institution financière ou à proposer des financements ou des services à ces filiales<sup>522</sup> ;
- e) l'ENF est une « startup » : elle n'exerce pas d'activité mais investit des capitaux dans des actifs en vue d'exercer une activité autre que celle d'une Institution financière, ce pendant 24 mois au maximum à partir de sa constitution ;
- f) l'ENF, qui n'était pas une Institution financière pendant les cinq années précédentes, liquide ses actifs ou se restructure en vue de poursuivre ou de reprendre des activités autres que celles d'une Institution financière ;
- g) l'ENF se consacre exclusivement au financement d'entités liées autres que des Institutions financières et à des transactions de couverture en leur faveur au sein d'un groupe dont l'activité principale n'est pas celle d'une Institution financière ;
- h) l'ENF est une « charity », se consacrant à des fins désintéressées ou est une organisation professionnelle, civique ou de bien-être social, exonéré d'impôt, sans actionnaires, dont le droit exclut la distribution de ses recettes ou actifs à des personnes physiques ou à des organismes lucratifs<sup>523</sup> et impose, en cas de

<sup>521</sup> Annexe I, Section VIII, D, 1), 2) et 3).

<sup>522</sup> L'Entité ne peut toutefois opérer comme un fonds de placement.

<sup>523</sup> Sauf en relation avec des activités caritatives, à titre de rémunération de services ou de paiement de biens.

liquidation, la distribution de ses actifs à une Entité publique, à une autre organisation à but non lucratif ou au gouvernement.

### **Section 3. Déclaration**

234. La déclaration de l'Institution financière à l'autorité compétente doit contenir d'abord pour chaque compte déclarable<sup>524</sup> l'identité complète du Titulaire du compte s'il s'agit d'une personne physique et, s'il s'agit d'une Entité contrôlée par des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration, l'identification de cette Entité et des Personnes qui la contrôlent.

Le Titulaire du compte est la personne enregistrée ou identifiée comme titulaire d'un Compte financier par l'Institution financière qui gère le compte, à l'exclusion d'un mandataire ou intermédiaire.

Dans le cas d'un Contrat d'assurance avec valeur de rachat ou d'un Contrat de rente, le Titulaire du compte est la personne pouvant tirer parti de la Valeur de rachat ou pouvant changer le bénéficiaire du contrat ou, si nul ne le peut, la personne désignée comme bénéficiaire dans le contrat et celle qui jouit en vertu du contrat d'un droit absolu à des paiements<sup>525</sup>.

Pour tous les Comptes déclarables, la déclaration contient aussi le numéro du compte ou son équivalent en l'absence de numéro, l'identification de l'Institution financière déclarante et le solde du compte en fin d'année (ou la Valeur de rachat pour un Contrat d'assurance ou de rente) ou à la clôture en cours d'année<sup>526</sup>.

Si le compte est un Compte conservateur, la déclaration contiendra :

- le montant brut total des intérêts, dividendes et autres revenus produits par les actifs en compte au cours de l'année ou de la période de référence ;
- le produit brut total de la vente ou du rachat d'Actifs financiers au cours de la même période<sup>527</sup>.

Pour les comptes de dépôt, la déclaration indiquera le montant brut total des intérêts versés ou crédités pendant la période de référence<sup>528</sup>.

Pour un autre compte, l'Institution déclarera le montant brut total versé au Titulaire ou porté à son crédit pendant la période, y compris les sommes remboursées au Titulaire<sup>529</sup>.

La déclaration indiquera la monnaie dans laquelle chaque montant est libellé<sup>530</sup>.

---

<sup>524</sup> Annexe I, Section I, A, 1).

<sup>525</sup> Annexe I, Section VIII, E, 1). A l'échéance du contrat, chaque personne en droit de percevoir une somme d'argent est considérée comme Titulaire du compte.

<sup>526</sup> Annexe I, Section I, A, 2) à 4).

<sup>527</sup> Annexe I, Section I, A, 5).

<sup>528</sup> Annexe I, Section I, A, 6).

<sup>529</sup> Annexe I, Section I, A, 7).

<sup>530</sup> Annexe I, Section I, B.

## **Section 4. Communication**

235. Les informations faisant l'objet de la déclaration sont celles qui font l'objet de la communication par l'autorité compétente de chaque Etat à l'autorité compétente de l'autre Etat<sup>531</sup>.

Le montant et la qualification des versements effectués sont déterminés, sauf disposition contraire, par la législation nationale de l'Etat qui communique<sup>532</sup>.

## **Section 5. Diligence raisonnable**

236. Les obligations de diligence raisonnable auxquelles doivent se conformer les Institutions financières varient selon qu'elles concernent des comptes de personnes physiques ou des comptes d'entités et selon que ces comptes sont préexistants ou nouveaux, de faible valeur ou de valeur élevée.

Afin de simplifier la tâche des Institutions financières, le texte les autorise à appliquer la procédure plus développée prévue pour les nouveaux comptes aux Comptes préexistants et la procédure relative aux Comptes de valeur élevée aux comptes à faible valeur<sup>533</sup>.

Les comptes préexistants sont ceux qui étaient gérés au 31 décembre 2015 par une Institution financière déclarante<sup>534</sup>. Y sont assimilés les comptes considérés comme formant un Compte financier unique avec le compte préexistant, indépendamment de leur date d'ouverture et si les procédures AML/KYC relatives aux comptes préexistants peuvent leur être appliquées<sup>535</sup>.

Les Institutions financières peuvent être autorisées par chaque Etat membre à recourir à des prestataires de services pour remplir leurs obligations, mais elles en conservent la responsabilité<sup>536</sup>.

### **§ I. Comptes de personnes physiques**

#### **A. Comptes de personnes physiques préexistants**

##### **I. Comptes de personnes physiques préexistants de faible valeur**

237. Un compte de personne physique préexistant dont le solde ou la valeur agrégée ne dépasse pas au 31 décembre 2015 ou au 31 décembre d'une année ultérieure l'équivalent d'un million USD est un compte de faible valeur<sup>537</sup>.

---

<sup>531</sup> Directive, art. 8.3 bis.

<sup>532</sup> Directive, art. 8.3 bis, avant-dernier alinéa.

<sup>533</sup> Annexe I, Section VIII, E.

<sup>534</sup> Annexe I, Section VIII, C, 9), a).

<sup>535</sup> Annexe I, Section VIII, C, 9), b).

<sup>536</sup> Annexe I, Section II, D.

<sup>537</sup> Annexe I, Section VIII, C, 14).

## Procédures

Si l'Institution financière a dans ses dossiers une adresse de résidence actuelle basée sur des Pièces justificatives, elle peut considérer le Titulaire comme résident de l'Etat membre ou de la juridiction autre où se situe l'adresse afin de déterminer si le Titulaire est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration<sup>538</sup>.

A défaut, l'Institution financière doit examiner les données pouvant faire l'objet de recherches par voie électronique pour déceler un ou plusieurs indices de résidence<sup>539</sup> :

- identification comme résident d'un Etat membre ;
- adresse postale ou de résidence dans un Etat membre y compris une boîte postale ;
- numéro de téléphone dans un Etat membre et absence de numéro de téléphone dans l'Etat membre de l'Institution financière déclarante ;
- ordre de virement permanent, sauf sur un Compte de dépôt, vers un compte géré dans un Etat membre ;
- procuration ou délégation de signature en cours de validité à une personne dont l'adresse se situe dans un Etat membre ;
- adresse « poste restante » ou « à l'attention de » si aucune autre adresse n'est enregistrée.

Si aucun indice n'apparaît, aucune autre démarche n'est requise jusqu'à ce qu'apparaisse un changement de circonstances révélant un ou plusieurs indices ou jusqu'à ce que le compte devienne un compte de valeur élevée<sup>540</sup>.

Si un indice autre qu'une adresse « poste restante » ou « à l'attention de » apparaît ou si un changement de circonstances révèle un ou plusieurs indices, l'Institution doit traiter le Titulaire du compte comme résident de chaque Etat membre pour lequel un indice est identifié<sup>541</sup>.

Toutefois, l'Institution ne doit pas agir ainsi malgré l'existence d'indices consistant en un numéro de téléphone ou un ordre de virement permanents si elle possède une autocertification émanant du Titulaire du compte ne mentionnant pas l'Etat membre concerné et une Pièce justificative établissant que le Titulaire n'est pas soumis à déclaration.

Il en est de même en cas d'indice résultant d'une procuration ou d'une délégation de signature<sup>542</sup>.

En cas d'indice résultant de la mention « poste restante » ou « à l'attention de », l'Institution doit effectuer une recherche dans les dossiers papier comme pour un compte de valeur élevée ou s'efforcer d'obtenir du Titulaire une autocertification ou des Pièces justificatives établissant son adresse postale.

En cas d'échec, l'Institution doit déclarer le compte comme compte non documenté<sup>543</sup>.

---

<sup>538</sup> Annexe I, Section III, B, 1).

<sup>539</sup> Annexe I, Section III, B, 2).

<sup>540</sup> Annexe I, Section III, B, 3).

<sup>541</sup> Annexe I, Section III, B, 4).

<sup>542</sup> Annexe I, Section III, B, 6).

<sup>543</sup> Annexe I, Section III, B, 5).

## 2. Comptes de personnes physiques préexistants de valeur élevée

238. Un compte de valeur élevée est un compte dont le solde ou la valeur agrégée dépasse, au 31 décembre 2015 ou au 31 décembre d'une année ultérieure, un montant équivalent à un million USD<sup>544</sup>.

Procédure

L'Institution doit appliquer une procédure d'examen approfondie.

Elle commencera pas une recherche électronique permettant de déceler les indices cités ci-dessus<sup>545</sup>.

Aucune autre recherche n'est requise si les bases de données contiennent des informations suffisantes, à savoir :

- la situation du Titulaire en matière de résidence ;
- son adresse de résidence et son adresse postale figurant au dossier ;
- son ou ses numéros de téléphone ;
- dans le cas de Comptes financiers autres que des Comptes de dépôt, un éventuel ordre de virement permanent ;
- une éventuelle adresse « poste restante » ou « à l'attention de » ;
- une éventuelle procuration ou délégation de signature<sup>546</sup>.

Si les bases de données ne contiennent pas toutes ces informations, l'Institution doit examiner le dossier principal actuel du client et, si nécessaire, divers documents associés au compte et obtenus au cours des cinq années précédentes en vue de rechercher les indices déjà cités.

Les documents sont :

- les Pièces justificatives collectées le plus récemment ;
- la convention ou le document d'ouverture de compte le plus récent ;
- la documentation AML/KYC la plus récente ;
- toute procuration ou délégation de signature en cours de validité ;
- tout ordre de virement permanent en cours de validité, sauf pour un Compte de dépôt<sup>547</sup>.

L'Institution devra en outre interroger le chargé de clientèle éventuel du client et considérer le compte comme déclarable si le chargé de clientèle sait qu'il l'est<sup>548</sup>.

---

<sup>544</sup> Annexe I, Section VIII, C, 15).

<sup>545</sup> Annexe I, Section III, B, 1).

<sup>546</sup> Annexe I, Section III, B, 3).

<sup>547</sup> Annexe I, Section III, C, 2).

<sup>548</sup> Annexe I, Section III, C, 4).

Si les indices sont découverts ou si un changement de circonstances révèle des indices, l'Institution doit agir comme pour les comptes de faible valeur<sup>549</sup> :

- considérer le compte comme déclarable dans chaque Etat pour lequel un indice autre que l'indice « poste restante » est découvert sauf application de l'exception résultant de l'existence d'une autocertification ou d'une Pièce justificative ;
- si l'indice « poste restante » est découvert, obtenir une autocertification ou une Pièce justificative de l'adresse fiscale du Titulaire et, à défaut, déclarer le compte comme non documenté.

## **§ 2. Comptes d'entités**

### **A. Comptes d'entité préexistants**

#### **I. Comptes non soumis à examen, identification ou déclaration**

239. Sauf si l'Institution financière déclarante en décide autrement, un Compte d'entité préexistant dont le solde ou la valeur agrégée n'excède pas au 31 décembre 2015 250.000 USD ne doit pas être examiné, identifié ou déclaré tant que son solde ou sa valeur agrégée n'excède pas ce montant au 31 décembre de toute année ultérieure.

#### **2. Comptes soumis à examen**

240. Doivent être déclarés les Comptes d'entité préexistants qui sont détenus par une Entité qui est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration ou par une ENF passive dont une ou plusieurs Personnes la contrôlant sont des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration.

On constatera que la Directive a une portée extra-territoriale puisqu'elle vise des Entités de pays tiers contrôlées par des résidents d'Etats non membres de l'Union.

La procédure d'examen doit permettre de déterminer en premier lieu si l'Entité est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration. L'institution examinera d'abord les informations obtenues à des fins réglementaires ou à des fins de relation avec le client y compris lors de procédures AML/KYC afin de déterminer si le Titulaire est résident dans un Etat membre. Le lieu de constitution ou de création ou une adresse dans un Etat membre font partie des informations indiquant une résidence du Titulaire dans un Etat membre.

Si les informations ainsi obtenues indiquent que le titulaire est résident dans un Etat membre, l'institution doit considérer le compte comme un compte déclarable sauf si elle obtient une autocertification du titulaire ou détermine avec une certitude suffisante sur la base d'informations qu'elle possède ou qui sont accessibles au public que le Titulaire n'est pas une Personne devant faire l'objet d'une déclaration.

---

<sup>549</sup> Annexe I, Section III, C, 5).

L'institution devra déterminer ensuite si l'Entité est une ENF passive dont les Personnes qui la contrôlent sont des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration. Cette détermination implique différentes étapes.

L'institution déterminera d'abord si le titulaire est une ENF passive. Elle obtiendra à cette fin une auto-certification du titulaire établissant son statut sauf si elle détermine avec une certitude suffisante sur la base d'informations qu'elle possède ou qui sont accessibles au public que le Titulaire du compte est une ENF active ou une Institution financière qui n'est pas une institution financière d'une Juridiction partenaire<sup>550</sup>.

Si l'entité elle-même n'est pas une Personne devant faire l'objet d'une déclaration, l'institution devra déterminer si l'Entité est une ENF passive dont les personnes qui la contrôlent sont des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration. A cette fin, l'institution suivra une procédure en trois étapes.

Elle identifiera ensuite les personnes détenant le contrôle d'un titulaire de compte sur la base des informations recueillies lors des procédures AML/KYC.

Elle déterminera enfin si une personne détenant le contrôle d'une ENF passive est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration. Elle peut se fonder à cette fin sur les informations recueillies lors des procédures AML/KYC dans le cas des ENF détenant des Comptes d'entités préexistants dont le solde ou la valeur agrégée ne dépasse pas 1.000.000 USD, ou sur une auto-certification du titulaire du compte ou de la personne en détenant le contrôle ou émanant de l'Etat concerné.

Le calendrier d'examen est le suivant :

- pour les Comptes d'entité préexistants supérieurs à 250.000 USD au 31 décembre 2015, avant le 31 décembre 2017 ;
- pour les comptes n'excédant pas ce montant dans l'année civile qui suit l'année au cours de laquelle le solde ou la valeur agrégée du compte dépasse ce montant. Si un changement de circonstance survient faisant constater ou devant faire constater que l'auto-certification ou un autre document associé au compte est inexact ou n'est pas fiable, l'institution doit déterminer à nouveau le statut du compte par les mêmes procédures.

## **B. Nouveaux comptes d'Entités**

241. L'institution doit déterminer d'abord si l'Entité est une Personne devant faire l'objet d'une déclaration.

---

<sup>550</sup> Encore faut-il que l'institution financière ne soit pas une Entité d'investissement dont les revenus bruts proviennent principalement d'une activité d'investissement, de ré-investissement ou de négociation d'actifs financiers si elle est gérée par une autre Entité qui est un Etablissement de dépôts, un Etablissement gérant des dépôts de titres, un Organisme d'assurance particulier ou une Entité d'investissement exerçant comme activité principale les transactions sur marché, la gestion de portefeuilles ou les autres opérations de gestion d'Actifs financiers.

Ensuite, elle déterminera si l'entité est une ENF passive contrôlée par des Personnes devant faire l'objet d'une déclaration. Elle suivra à cette fin les étapes décrites ci-dessus.

### Agrégation

Pour déterminer le solde ou la valeur agrégée des comptes financiers détenus par une personne physique, l'Institution financière déclarante doit agréger tous les Comptes financiers gérés par elle ou par une Entité liée, mais seulement dans la mesure où ses systèmes informatiques établissent un lien entre ces comptes.

Pour déterminer le solde ou la valeur agrégée des Comptes financiers d'Entités, il en est de même.

Chaque Institution financière doit également agréger les soldes de tous les comptes lorsqu'un chargé de clientèle sait ou a lieu de savoir que ces comptes appartiennent à la même personne ou sont contrôlés ou ont été ouverts par la même personne<sup>551</sup>.

## **Section 6. Echange de rulings**

242. Directive (UE) 2015/2376 du Conseil du 8 décembre 2015 modifiant la Directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal. L'exposé des motifs de la Directive constate que, si l'échange spontané d'informations dans les cas où l'autorité compétente d'un Etat membre a des raisons de supposer qu'il peut exister une perte d'impôts dans un autre Etat membre s'applique déjà aux décisions fiscales qu'un Etat membre émet à l'intention d'un contribuable spécifique à propos de dispositions transfrontalières. Toutefois, des difficultés entravent l'efficacité de cet échange, notamment la marge d'appréciation dont dispose l'Etat membre de délivrance pour décider quels autres Etats membres devraient être informés. D'où la nécessité de rendre ces informations accessibles à tous les Etats membres. La Directive définit la décision fiscale anticipée en matière transfrontalière. Il s'agit de tout instrument émis, modifié ou renouvelé dans le contexte d'un contrôle fiscal et qui remplit les conditions suivantes :

- a) Il émane du gouvernement ou de l'administration fiscale d'un Etat membre ou des entités territoriales ou administratives de cet Etat ;
- b) Il est destiné à une personne spécifique ou à un groupe de personnes pour autant que celles-ci aient le droit de s'en prévaloir ;
- c) Il porte sur l'interprétation ou l'application d'une disposition législative ou administrative, fiscale, nationale ou subnationale ;
- d) Il se rapporte à une opération transfrontalière ou à la question de savoir si les activités exercées dans une autre juridiction créent ou non un établissement stable et
- e) Il est établi préalablement aux opérations et aux activités menées dans l'autre juridiction ou préalablement au dépôt d'une déclaration fiscale couvrant la période au cours de laquelle ces opérations ou activités ont eu lieu.

L'opération transfrontalière peut inclure de manière non limitative la réalisation d'investissements, la fourniture de biens, services et financement ou l'utilisation d'actifs corporels

---

<sup>551</sup> Annexe I, Section VII.

ou incorporels. Elle ne doit pas nécessairement faire intervenir directement le destinataire de la décision.

De même<sup>552</sup>, la Directive définit l'accord préalable en matière de prix de transfert comme tout instrument ayant des effets similaires y compris lorsqu'il est émis dans le cadre d'un contrôle fiscal, et qui remplit les conditions d'émission, pour le compte du gouvernement ou de l'administration fiscale nationale ou subnationale, à l'intention d'une personne spécifique ou d'un groupe de personnes qui peut s'en prévaloir et qui en l'espèce détermine préalablement aux opérations transfrontières entre entreprises associées un ensemble de critères appropriés afin de définir les méthodes de fixation des prix de transfert applicables à ces opérations ou l'imputation des bénéfices à un établissement stable.

### **Champ d'application**

243. L'échange automatique et obligatoire d'informations s'applique à toute décision fiscale anticipée qui est émise, modifiée ou renouvelée après le 31 décembre 2016. Elle est communiquée à tous les autres Etats membres et à la Commission européenne.

Sont également communiquées les décisions fiscales anticipées en matière transfrontalière et les accords préalables en matière de prix de transfert qui ont été émis, modifiés ou renouvelés au cours d'une période commençant 5 ans avant le 1<sup>er</sup> janvier 2017, c'est-à-dire le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Toutefois, en ce qui concerne les décisions et accords qui ont pris date entre le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et le 31 décembre 2013, la communication n'est effectuée que s'ils sont toujours valables au 1<sup>er</sup> janvier 2014.

Si ces décisions ou accords prennent date entre le 1<sup>er</sup> janvier 2014 et le 31 décembre 2016, la communication est effectuée qu'ils soient toujours valables ou non.

### **Règle de minimis**

244. La communication n'est pas obligatoire dès lors que les décisions ou accords prenant date avant le 1<sup>er</sup> avril 2016 à l'intention d'une personne spécifique ou d'un groupe de personnes, à l'exclusion de celles qui se livrent essentiellement à des activités financières ou d'investissements, s'adressent à des personnes dont le chiffre d'affaires annuel net au niveau du groupe est inférieur à 40 millions d'euros au cours de l'exercice fiscal précédant la date pertinente.

### **Exception**

245. Les accords préalables bilatéraux ou multilatéraux en matière de prix de transfert conclus avec des pays tiers sont exclus de l'obligation de communication lorsque l'accord fiscal international présidant à leur négociation n'autorise pas leur divulgation à des tiers. Après autorisation, ils feront l'objet de la communication. S'ils sont exclus, les informations visées dans la demande doivent faire l'objet d'un échange.

La règle ne s'applique pas aux affaires des personnes physiques.

### **Modalité pratique**

246. La communication contient les éléments suivants :

---

<sup>552</sup> Art. 3.14 modifié.

- a) identification de la personne ou du groupe de personnes ;
- b) résumé du contenu de la décision ou de l'accord y compris la description des activités et opérations concernées, présentées de manière abstraite ;
- c) les dates d'émission de modification ou de renouvellement ;
- d) la date de début de la période de validité si elle est spécifiée ;
- e) la fin de la période validité si elle est spécifiée ;
- f) le type de décision ou d'accord ;
- g) le montant des opérations s'il est visé dans la décision ou dans l'accord ;
- h) la description des critères utilisés pour fixer le prix de transfert ou le prix de transfert lui-même dans le cas d'un accord préalable en matière de prix de transfert ;
- i) la description de la méthode utilisée pour le fixer ou le prix lui-même ;
- j) l'identification des autres Etats membres susceptibles d'être concernés ;
- k) l'identification des personnes susceptibles d'être concernées dans les autres Etats membres ;
- l) une mention précisant si les informations sont basées sur la décision ou l'accord ou sur la demande dans le cas exceptionnel mentionné ci-dessus<sup>553</sup>.

Les informations définies au paragraphe 6.a) b) h) et k) ne sont pas communiquées à la Commission.

Un formulaire type de communication sera adopté. Des informations communiquées à la Commission restent confidentielles.

### **Répertoire central**

247. La Commission mettra au point au plus le 31 décembre 2017 un répertoire central sécurisé destiné aux Etats membres dans lequel les informations relatives aux rulings et APA seront enregistrées<sup>554</sup>.

### **Délai**

248. Pour les informations échangées en ce qui concerne les rulings postérieurs au 31 décembre 2016, l'échange aura lieu au plus tard 3 mois après la fin du semestre. Pour les autres informations, il aura lieu avant le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

La Directive doit être transposée au plus tard le 31 décembre 2016 et appliquée à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017. Cette réglementation fait suite à la diffusion de rulings luxembourgeois connu sous le nom de Luxleaks. L'action 5 du rapport de l'OCDE concernant BEPS prévoit cet échange de ruling sur la base des instruments conventionnels existants qui s'appliqueront dans les rapports avec les pays n'appartenant pas à l'Union européenne. La Belgique a déjà annoncé qu'elle procéderait immédiatement à l'échange prévu.

---

<sup>553</sup> Art. 8bis.

<sup>554</sup> Art. 21.3 b) 5.

## CHAPITRE IX Directive anti-évasion fiscale

249. La directive établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur<sup>555</sup> anticipe sur différentes propositions formulées par l'OCDE dans le cadre de son initiative BEPS (Base Erosion Profit Shifting).

Elle veut fournir un cadre commun pour la réalisation du projet dans l'Union européenne et éviter des mesures unilatérales ou divergentes. Elle énonce donc des principes, laissant aux Etats membres le soin de les mettre en oeuvre.

### § I. Limitation des intérêts

250. Les coûts d'emprunt sont définis comme étant des intérêts et coûts économiquement équivalents<sup>556</sup>. Les surcoûts d'emprunts sont les dépassements des coûts d'emprunts déductibles par rapport aux revenus d'intérêts imposables et autres revenus économiquement équivalents perçus par le contribuable, conformément au droit national<sup>557</sup>. Les surcoûts d'emprunts sont déductibles au titre de la période d'imposition pendant laquelle ils ont été engagés mais uniquement à hauteur de 30 % du bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciations et amortissements (EBITDA) du contribuable. Les Etats membres ont toutefois la faculté de considérer globalement comme contribuable les entités qui peuvent appliquer des règles pour le compte d'un groupe, tel que défini en droit fiscal national et d'y englober une entité d'un groupe, tel que défini dans le groupe fiscal national qui ne consolide pas les résultats de ses membres à des fins fiscales. Dans cette situation, les surcoûts d'emprunts et l'EBITDA peuvent être calculés au niveau du groupe.

L'EBITDA est calculé en ajoutant aux revenus soumis à impôts les montants ajustés à des fins fiscales correspondant aux surcoûts d'emprunts et les montants ajustés à des fins fiscales correspondant à la dépréciation et à l'amortissement. Les revenus exonérés d'impôts sont exclus de l'EBITDA.

Toutefois, en vertu d'une règle de minimis, le contribuable peut être autorisé à déduire les surcoûts d'emprunts à hauteur de 3 mio. d'euros et à déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunts s'il est une entité autonome, c'est-à-dire qu'il ne fait pas partie d'un groupe consolidé et n'a pas d'entreprise associée ou d'établissement stable.

### Régime spécial applicable aux groupes

251. Si le contribuable est membre d'un groupe consolidé, il peut être autorisé à déduire l'intégralité des surcoûts d'emprunts s'il démontre que le ratio entre ses fonds propres et l'ensemble de ses actifs est égal ou supérieur au ratio équivalent du groupe. Toutefois, les conditions suivantes doivent être remplies :

- (i) Le ratio entre fonds propres du contribuable et ensemble de ses actifs est considéré comme égal au ratio équivalent du groupe si le premier ratio est inférieur de 2 points de pourcentage au maximum au second ;

---

<sup>555</sup> Directive UE (2016) 1164 du Conseil du 12 juillet 2016.

<sup>556</sup> Art. 2.1.

<sup>557</sup> Art. 2.2.

- (ii) L'ensemble des actifs et passifs sont estimés selon la même méthode que celle qui est utilisée dans des Etats financiers consolidés.

Le contribuable peut également être autorisé à déduire les surcoûts d'emprunts pour un montant encore supérieur au montant précédent selon un calcul à réaliser en deux étapes :

- (i) Déterminer le ratio du groupe en divisant les surcoûts d'emprunts du groupe vis-à-vis de tiers par l'EBITDA du groupe ;
- (ii) Multiplier le ratio du groupe par l'EBITDA du contribuable.

## Report

252. Il peut être permis de reporter sur des exercices futurs les surcoûts d'emprunts qui ne peuvent pas être déduits pendant la période d'imposition. Ils peuvent de même être, le cas échéant, reportés sur les trois exercices antérieurs. On peut également reporter sur des exercices futurs sans limite de temps les surcoûts d'emprunts et, dans une limite de cinq ans maximum, la capacité inemployée de déduction des intérêts lorsque la déduction ne peut pas intervenir pendant la période d'imposition.

Peuvent être exclus du champ d'application des limitations les emprunts antérieurs au 17 juin 2016 et les emprunts utilisés pour financer des projets d'infrastructure publics à long terme à condition de localisation de l'opérateur, des coûts, des actifs et des revenus dans l'Union<sup>558</sup>.

## § 2. Imposition à la sortie

253. Le contribuable doit être soumis à une imposition calculée sur la base de la plus-value, c'est-à-dire de la différence entre la valeur de marché d'actifs transférés et la valeur fiscale desdits actifs dans différentes situations :

- a) Transfert vers un établissement stable situé dans un autre Etat membre ou un pays tiers dès lors que l'Etat membre du siège n'a plus le droit d'imposer les actifs en raison du transfert ;
- b) Transfert des actifs d'un établissement stable situé dans un Etat membre vers le siège ou un autre établissement stable situé dans un autre Etat membre ou un pays tiers avec perte du droit d'imposer les actifs transférés ;
- c) Transfert de la résidence fiscale du contribuable vers un autre Etat membre ou un pays tiers à l'exception des actifs qui restent effectivement rattachés à un établissement stable situé dans l'Etat membre d'origine ;
- d) Transfert de l'activité exercée par un établissement stable d'un Etat membre vers un autre Etat membre ou un pays tiers, toujours à la même condition de perte du droit de l'Etat membre d'origine d'imposer les actifs transférés.

L'impôt ainsi dû peut être échelonné sur cinq ans dans les situations suivantes :

- a) Transfert vers un établissement stable dans l'UE ou l'EEE ;
- b) Transfert d'actifs d'un établissement stable vers le siège ou un autre établissement stable situé dans l'UE ou l'EEE ;
- c) Transfert de résidence fiscale dans l'UE ou un pays tiers de l'EEE ;

---

<sup>558</sup> Art. 4.

d) Transfert de l'activité d'un établissement stable dans un Etat de l'UE ou de l'EEE.

Toutefois, en ce qui concerne les pays tiers parties à l'accord EEE, la disposition n'est applicable que s'ils ont conclu avec l'Etat membre ou avec l'Union un accord sur l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances fiscales offrant une assistance mutuelle équivalente à celle prévue par la directive.

En cas de report de paiement ? des intérêts peuvent être dus.

S'il existe un risque de non-recouvrement, le contribuable peut être tenu de constituer une garantie pour pouvoir reporter le paiement sauf si la dette fiscale peut être recouvrée sur un autre contribuable faisant partie du même groupe et ayant sa résidence fiscale dans l'Etat membre concerné.

Le report de paiement est interrompu et la dette fiscale devient exigible dans différentes situations de mise en péril de la créance du Trésor. Lorsqu'il y a transfert vers un autre Etat membre, l'Etat membre d'arrivée accepte la valeur établie par l'Etat membre de sortie comme valeur de départ des actifs sauf si elle ne reflète pas la valeur de marché.

La valeur de marché est constituée par le montant en contrepartie duquel un actif peut être échangé ou pour lequel des obligations mutuelles peuvent être définies entre acheteur(s) et vendeur(s) indépendant(s) dans une opération directe.

Si les actifs sont destinés à revenir dans l'Etat membre d'origine dans un délai de douze mois, les dispositions ne sont pas applicables au transfert d'actifs liés à un financement sur titres à une garantie ou à un transfert d'actifs en raison d'exigences plus anciennes ou à des fins de gestion des liquidités<sup>559</sup>.

### **§ 3. Clause anti-abus générale**

254. Une clause anti-abus générale est prévue, indépendante des clauses anti-abus spécifiques. Les Etats membres ne prennent pas en compte un montage ou une série de montages qui ont pour objectif principal ou un de leurs objectifs principal l'obtention d'un avantage fiscal qui va à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable et ne sont pas « authentiques » compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances.

Un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique s'il n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique<sup>560</sup>.

### **§ 4. Sociétés étrangères contrôlées**

255. Une société étrangère contrôlée se définit comme une entité ou un établissement stable dont les bénéficiaires ne sont pas imposables ou sont exonérés d'impôt et qui répond aux conditions suivantes :

---

<sup>559</sup> Art. 5.

<sup>560</sup> Art. 6.

- a) Le contribuable, seul ou avec ses entreprises associées, y détient une participation directe ou indirecte de plus de 50 % des droits de vote, en possède plus de 50 % du capital ou est en droit d'en recevoir plus de 50 % des bénéfices ; et
- b) L'impôt réel payé sur les bénéfices de l'entité ou de l'établissement stable est inférieur à la différence entre l'impôt des sociétés qui aurait été supporté dans l'Etat membre du contribuable et l'impôt réel sur les sociétés que l'entité ou l'établissement stable paie sur ses bénéfices.

Dans le cas d'une société étrangère contrôlée, l'Etat membre du contribuable inclura dans sa base d'imposition :

- a) Les revenus non distribués ou les revenus de l'établissement stable relevant des catégories suivantes :
  - Intérêts ou revenus financiers ;
  - Recdevances ou revenus de la propriété intellectuelle ;
  - Dividendes et revenus provenant de la cession d'actions ;
  - Revenus provenant de crédit-bail ;
  - Revenus d'assurances, d'activités bancaires et d'autres activités financières ;
  - Revenus de sociétés de facturation fonctionnant avec des entreprises associées ;

Il inclura également dans sa base d'imposition les revenus non distribués qui proviennent de montages non authentiques mis en place essentiellement dans le but d'obtenir un avantage fiscal.

Le montage est considéré comme non authentique lorsque l'entité ou l'établissement stable ne posséderait pas des actifs qui sont la source des revenus ou n'auraient pris les risques qui y sont associés si elle n'était contrôlée par une société où les fonctions importantes liées à ces actifs et risques sont assurés et jouent un rôle essentiel dans la création des revenus.

Une règle de minimis peut être appliquée si un tiers ou moins des revenus relève des catégories comprises sub a) ci-dessus.

Une autre règle de minimis permet d'exclure les entités dont les bénéfices ne sont pas supérieurs à 750.000 € et dont les revenus non commerciaux ne sont pas supérieurs à 75.000 € ou dont les bénéfices comptables ne dépassent pas 10 % des coûts de fonctionnement dont sont exclus le coût des biens vendus en dehors du pays<sup>561</sup>.

## Calcul des revenus

256. Les revenus inclus dans la base d'imposition sont calculés au pro-rata de la participation du contribuable.

Si les bénéfices sont distribués, les revenus précédemment inclus ne sont pas taxés une seconde fois. Il en sera de même en cas de cession de la participation. L'impôt payé dans l'Etat de la résidence fiscale de la société contrôlée peut être déduit de l'impôt payé, conformément au droit national<sup>562</sup>.

---

<sup>561</sup> Art. 7.

<sup>562</sup> Art. 8.

... dispositif hybride

En cas de double déduction, la déduction est accordée uniquement dans l'Etat membre d'origine du paiement. Dans la mesure où un dispositif hybride entraîne une déduction sans prise en compte, l'Etat membre du contribuable refuse la déduction de cet ....<sup>563</sup> Le dispositif hybride est défini comme une situation où un contribuable établi dans un Etat membre et une entreprise associée établie dans un autre Etat membre crée des différences dans la qualification juridique d'un instrument financier ou d'identité avec les conséquences suivantes :

- a) Les mêmes charges font l'objet d'une déduction dans les deux Etats ; ou
- b) Le paiement fait l'objet d'une déduction dans l'Etat de la source sans donner lieu à une inclusion du produit dans la base d'imposition de l'autre Etat membre (déduction sans prise en compte)<sup>564</sup>.

## **CHAPITRE X ASSISTANCE AU RECouvreMENT**<sup>565</sup>

257. La directive s'applique à toutes les taxes, impôts et droits ainsi qu'aux sanctions qui y sont liées<sup>566</sup>. Elle ne couvre pas les cotisations sociales. Elle prévoit d'abord un échange d'informations permettant le recouvrement<sup>567</sup>. L'autorité requise notifie, à la demande de l'autorité requérante, au destinataire l'ensemble des documents qui se rapportent à une créance d'impôt, avec un formulaire type.

Toutefois, l'autorité requérante ne peut introduire cette demande que si elle n'est pas en mesure de procéder à la notification conformément à d'autres dispositions<sup>568</sup>.

L'autorité requise procédera alors au recouvrement<sup>569</sup>.

Le recouvrement ne peut être demandé tant que la créance est contestée dans l'Etat requérant. La procédure de recouvrement n'est pas applicable si une procédure est disponible dans l'Etat requérant. Cette procédure ne doit pas être suivie lorsqu'il est manifeste qu'il n'existe pas dans l'Etat requérant des actifs recouvrables<sup>570</sup>. La demande est accompagnée d'un instrument uniformisé permettant l'adoption de mesures exécutoires<sup>571</sup>.

La créance est traitée comme une créance de l'Etat requis mais l'Etat requis ne doit pas accorder les préférences prévues pour ses propres créances fiscales<sup>572</sup>. Les différends sont de la compétence des juridictions de l'Etat requérant<sup>573</sup>. Toutefois, les différends concernant les mesures exécutoires prises dans l'Etat membre requis sont de la

---

<sup>563</sup> Art. 9.

<sup>564</sup> Art. 2.9.

<sup>565</sup> Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, JOUE, L-84/11, 31 mars 2010.

<sup>566</sup> Art. 2.

<sup>567</sup> Art. 5.

<sup>568</sup> Art. 8.

<sup>569</sup> Art. 10.

<sup>570</sup> Art. 11.

<sup>571</sup> Art. 12.

<sup>572</sup> Art. 13.

<sup>573</sup> Art. 14.

compétence des juridictions de ce dernier. L'assistance peut également porter des mesures conservatoires<sup>574</sup>.

## **CHAPITRE XI LA CONCURRENCE FISCALE ET LES RÈGLES APPLICABLES AUX AIDES D'ETAT DANS L'UNION EUROPÉENNE**

258. Conformément à l'article 107.1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), sont incompatibles avec le marché intérieur les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, dans la mesure toutefois où elles affectent les échanges entre Etats membres.

### **§ I. Historique**

259. A l'origine, il semble que les rédacteurs du Traité aient envisagé l'aide interdite sous la forme de paiements ou de subsides ou encore de l'activité d'entreprises qui auraient été propriété de l'Etat<sup>575</sup>. Toutefois, très tôt, la Cour de Justice a décidé que l'aide fournie sous la forme fiscale n'était pas exclue de l'application du régime des aides d'Etat<sup>576</sup>.

En 1996, un premier mémorandum du Commissaire Monti relatif à la Fiscalité dans l'Union européenne a proposé de lutter contre la concurrence fiscale dommageable.

Un groupe de haut niveau fut formé par les Etats membres. Ses travaux débouchèrent sur un second mémorandum Monti d'octobre 1996.

Un « paquet fiscal » fut adopté à la suite de ces travaux en 1997, incluant :

- un Code de Conduite destiné à éliminer la concurrence fiscale dommageable, qui fut mis en œuvre par un Groupe de Travail dirigé par Madame Primarolo, Secrétaire d'Etat britannique au Trésor ;
- deux projets de directives relatifs à l'imposition des intérêts et redevances entre entreprises associées d'Etats Membres différents et à l'imposition du revenu provenant de l'épargne sous la forme de paiement d'intérêts.

Le Conseil a reconnu qu'une partie des mesures fiscales couvertes par le Code pouvait être qualifiée d'aide d'Etat.

---

<sup>574</sup> I. Detroyer, Recovery Assistance in the EU : Evaluation of Directive 2010/24/EU : Time for an Update ?, EC Tax Review, 2014, p. 284.

<sup>575</sup> P. Nicolaidis, Grants versus Fiscal Aid : in search of Economic Rationality, EStAL, 2015, p. 410.

<sup>576</sup> CJCE, aff. 173/73, 2 juin 1974, Italie c/ Commission, Rec., 709.

Conformément au désir du Conseil, la Commission a émis le 10 décembre 1998 une communication sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures concernant l'imposition directe des entreprises<sup>577</sup>.

Le rapport Primarolo fut finalisé le 29 novembre 1999.

En février 2004, la Commission a publié un rapport sur la mise en œuvre de ses recommandations<sup>578</sup>.

## **§ 2. Application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures fiscales**

260. Il est possible d'appliquer les règles relatives aux aides d'Etat aux mesures fiscales bien que les Etats membres aient en principe conservé leur souveraineté fiscale, au moins dans le domaine de l'imposition directe.<sup>579</sup>

Deux objections ont été soulevées.

1° L'article 115 TFUE prévoit que le rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des Etats membres dans le domaine de l'imposition directe ne peut résulter que de directives adoptées par le Conseil statuant à l'unanimité ;

2° L'article 116 prévoit que, si la Commission constate qu'une disparité existant entre les dispositions législatives réglementaires ou administratives des Etats membres fausse les conditions de concurrence sur le marché intérieur et provoque une distorsion qui doit être éliminée, elle entre en consultation avec les Etats membres concernés. Si cette consultation n'aboutit pas à un accord éliminant la distorsion en cause, le Conseil peut adopter, à la majorité qualifiée, les directives nécessaires.

Toutefois, le texte ajoute que la Commission et le Conseil peuvent prendre toutes autres mesures utiles prévues par le Traité.

Si les Etats membres pouvaient échapper à l'interdiction des aides d'Etat en remplaçant un subside par une exonération fiscale, l'effet utile de l'article 107 serait mis en péril.

---

<sup>577</sup> JOCE C-384, 10 décembre 1998, p. 3.

<sup>578</sup> COM (2004) 434.

<sup>579</sup> A. Maitrot de la Motte, Aides d'Etat sous forme fiscale – Champ du contrôle communautaire, Jurisclasseur Fiscal Impôts directs Traité, Fisc. 1160, p. 9 ; Droit fiscal de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, p. 240 ; W. Schön, Taxation and State Aid Law in the European Union, CMLRev., vol. 36, 1999, p. 911 ; L.E. Schoueri, Normas Tributarias Indutoras e Intervenção Económica, Rio de Janeiro, Ed. Firense, 2005, p. 225 ; M. Lang, Die Auswirkung des gemeinschaftsrechtlichen Beihilferechts auf das Steuerrecht, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2009 ; A. Maitrot de la Motte, Droit fiscal de l'Union européenne, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 279 ; P.M. Sabbadini, Les Aides d'Etat, Aspects juridiques et économiques, Bruxelles, Larcier, 2015 ; C. Micheau, State Aid, Subsidy and Tax Incentives under EU and WTO Law, Alphen aan den Rijn, 2014 ; E. Traversa et A. Flamini, Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law : Will the Hardening of Soft Law Suffice ?, ESTAL, 2015, p. 323.

40 % des aides sont en effet de nature fiscale.

Bien que les Etats membres soient souverains en matière fiscale, ils doivent exercer leur compétence en conformité avec le traité. La Cour de justice l'a énoncé à diverses reprises tant en liaison avec les libertés fondamentales (libertés d'établissement, de mouvement des travailleurs, de prestation de services et de mouvement des capitaux) que dans le domaine des aides d'Etat. Ainsi, le régime des aides d'Etat, dans la mesure où il s'applique à des mesures fiscales, a été qualifié d'une part d'inclusif, puisqu'il couvre également les dites mesures mais aussi d'intrusif, puisqu'il empiète sur la souveraineté fiscale des Etats membres<sup>580</sup>.

### **Mesures exclues de la définition de l'aide d'Etat**

261. Vu la nature particulière de l'aide d'Etat, l'Etat étant par définition impliqué dans les matières fiscales comme concepteur du système fiscal, une distinction sera tracée entre, d'une part, les mesures qui constituent des aides d'Etat, par exemple parce qu'elles sont sélectives, et les mesures qui sont générales ou qui sont justifiées par la nature et le schéma général du système fiscal.

Les mesures fiscales générales incluront, d'une part, les mesures techniques, telles que la fixation du taux d'impôt général ou les règles d'amortissement, de report des déficits ainsi que les dispositions prévenant la double imposition, et, d'autre part, les mesures poursuivant des objectifs de politique générale tels que la promotion de la recherche et du développement (R&D) et de l'environnement ou la formation du personnel.

Ces mesures peuvent bénéficier à certains secteurs qui, par exemple, sont intensifs en main-d'œuvre ou investissent dans la recherche et le développement. Elles n'en demeurent pas moins des mesures générales<sup>581</sup>.

Les mesures liées à la logique du système incluront par exemple celles qui concernent le recouvrement des impôts ou le caractère progressif de ceux-ci.

Par exemple, l'exonération applicable aux sociétés coopératives peut être justifiée par la nature d'un système fiscal qui taxe les revenus au niveau de leurs membres<sup>582</sup>.

### **§ 3. Application des critères de l'aide d'Etat aux incitants fiscaux<sup>583</sup>**

---

<sup>580</sup> E. Dubout, cité dans Les aides d'Etat sous forme fiscale – Compte-rendu du colloque organisé par l'Université Paris 12 les 25 et 26 septembre 2008, Droit fiscal, 2008, n° 48, p. 10.

<sup>581</sup> Communication 1998, par. 13-14.

<sup>582</sup> Communication 1998, par. 25.

<sup>583</sup> J.P. Keppenne, Politiques fiscales nationales et contrôle communautaire des aides d'Etat, JTDE, 2000, p. 25 ; K.J. Visser, Fiscale maatregelen en communautaire steunmaatregelen : materieel recht, WFR, 2000, p. 841 ; C. Pinto, Tax Competition and EU law, Amsterdam, University of Amsterdam, 2002, p. 98 ; P. Rossi-Maccanico, Gli aiuti di Stato e gli regime fiscale agevolativi, dans Di Pietro (coord.), Lo stato della fiscalità

### **a. Un bénéfice sans contrepartie**

262. Un impôt est de toute évidence une charge et non un avantage. Lorsque certaines entreprises sont totalement ou partiellement dispensées de contribuer aux charges fiscales générales qui constituent la norme dans le pays, elles seront placées dans une situation plus favorable que d'autres : la diminution d'une charge est un avantage de la même façon qu'un accroissement de ressources le serait.

#### **Avantage direct ou indirect**

263. Un avantage fiscal accordé à un investisseur peut être qualifié d'aide à l'entreprise dans laquelle il investit.

Ainsi, une exonération d'impôt profitant aux individus investissant dans des sociétés situées à Berlin ou dans les nouveaux Länder allemands a été considérée comme une aide aux sociétés dans lesquelles l'investissement était effectué<sup>584</sup>.

#### **Contrepartie : obligation de service public**

264. Aux termes de l'article 106.2 TFUE, les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ne sont soumises aux règles des traités relatives à la concurrence que dans la mesure où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de leur mission particulière. Une mesure étatique qui est la contrepartie de ces services ne pourra dès lors être qualifiée d'aide d'Etat<sup>585</sup>.

Une exonération d'impôt applicable aux profits totaux de La Poste a été considérée comme une aide d'Etat parce qu'elle s'appliquait aux revenus de services commerciaux comme aux revenus du service public. Comme la valeur de cette exemption était toutefois moindre que le coût des obligations de service public, elle n'a pas été considérée *in concreto* comme aide d'Etat<sup>586</sup>.

Dans *Ferring c/ ACROSS*, une taxe a été imposée sur les ventes directes de produits pharmaceutiques par des laboratoires. Les grossistes étaient exonérés car ils étaient obligés, au titre d'un service public, de maintenir un stock suffisant pour répondre aux besoins de la population à tout moment. La Cour a considéré qu'une aide d'Etat ne devait pas être retenue dès lors que la taxe imposée aux laboratoires n'excédait pas les coûts du service public fournis par les grossistes<sup>587</sup>.

---

nell'Unione Europea, L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione, vol. II, Ministero dell'Economia e delle Finanze, 2003, p. 963 ; A.C. dos Santos, *Auxilios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 311 ; E. Ginter, E. Chartier et B. Michaud, *Droit communautaire et impôts directs*, Paris, Groupe Revue Fiduciaire, 2011, p. 155 ; C. Jennert et B. Ellenrieder, *Unternehmenbesteuerung im Lichte des E-U Beihilferechts*, EWS, 2011, p. 305.

<sup>584</sup> CJCE, aff. C-156/98, 19 septembre 2000, *Germany c/ Commission*, Rec. I-6857.

<sup>585</sup> C. Panayi, *State Aid and Tax : the Third Way*, Intertax, 2004, pp. 283 à 298.

<sup>586</sup> TPICE, aff. T-106/95, 27 février 1997, *FFSA c/ Commission*, Rec., II-229, confirmé en appel, CJCE aff. C-174/97, 25 mars 1998, *FFSA c Commission*, Rec., I-1303.

<sup>587</sup> CJCE, aff. C-53/100, 22 novembre 2001, *Ferring SA c ACROSS*, Rec., I-9067.

En vue de mettre fin aux incertitudes, la Cour, dans l'affaire Altmark, a défini les conditions à remplir par une mesure compensant une obligation de service public :

- le bénéficiaire doit être chargé d'une obligation de service public clairement définie ;
- les paramètres de sa compensation doivent être définis de manière transparente ;
- la compensation ne peut dépasser la couverture des coûts de l'obligation de service public, prenant en considération les recettes y afférentes et un profit raisonnable ;
- quand le bénéficiaire n'est pas sélectionné par un marché public assurant le choix du candidat capable de fournir le service au coût le plus bas, la compensation doit être calculée sur la base d'une analyse des coûts d'une entreprise type, bien gérée et adéquatement équipée<sup>588</sup>.

Tel n'est pas le cas d'une taxe sur le chargement et le déchargement des bateaux dans les ports italiens, qui était essentiellement affectée aux "Aziende", établissements publics chargés de la gestion des équipements de chargement et des zones de stockage des ports. Leur mission de service public n'était pas clairement définie. Les paramètres ne définissaient pas le coût du service public. La seule justification de l'Italie était que la taxe était nécessaire pour maintenir le tarif appliqué à un niveau supportable. De plus, le subside était lié au volume et non aux coûts supportés par les "Aziende"<sup>589</sup>.

#### **b. Aide accordée par un Etat membre ou au moyen de ressources d'Etat**

265. L'aide doit être accordée par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat, y inclus les aides accordées par les pouvoirs publics décentralisés à tous niveaux. L'aide doit provenir de ressources d'Etat ou résulter d'une décision de l'Etat<sup>590</sup>.

L'aide accordée par une filiale du Crédit Lyonnais, banque publique, à une entreprise l'était au moyen de fonds publics puisque la banque était contrôlée par l'Etat, mais la décision a été prise par la banque, pas par l'Etat.<sup>591</sup>

Dans Sloman-Neptun, une dérogation était accordée par rapport au régime général de sécurité sociale pour les marins étrangers travaillant à bord de navires enregistrés au

---

<sup>588</sup> CJCE, aff. C-280/00, 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH, Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, Rec., I-7747.

<sup>589</sup> CJCE, aff. jointes 34/01 à 38/01, 27 novembre 2003, Enirisorse.

<sup>590</sup> M. Clayton et M.J. Segura Catalan, *The Notion of State Resources : So Near and yet so Far*, ESTAL, 2015, p. 260.

<sup>591</sup> CJCE, aff. C-482/99, 16 mai 2002, France c/ Commission (Stardust Marine), Rec., I-4397, CML Rev., 2003, p. 729. Voir M. Merola, *Le critère de l'utilisation des ressources publiques*, dans M. Dony et C. Smets, *Aides d'Etat*, Bruxelles, Ed. Université Libre de Bruxelles, 2005, p. 19.

registre allemand étranger des navires. Il s'agissait d'une modification du régime contractuel et non d'une utilisation de ressources d'Etat<sup>592</sup>.

### **Mesures imposées par le droit de l'Union**

266. Une exemption de l'accise applicable à la fourniture d'huiles minérales aux compagnies aériennes n'est pas une aide d'Etat, comme l'avaient prétendu les chemins de fer allemands : il s'agit de l'application d'une directive sur l'harmonisation de la taxation des huiles minérales. Les compagnies aériennes, en raison de la concurrence internationale, ne sont pas dans la même position que les transporteurs par rail.<sup>593</sup>

### **Taxes fiscales et redevances parafiscales**

#### **Taxes spéciales ayant un but général**

267. Une taxe qui est imposée dans un but particulier mais qui ne favorise pas certaines entreprises ne constitue pas une aide d'Etat. Il en est ainsi d'une taxe générale sur les filatures destinées à financer le Conseil grec du coton<sup>594</sup>, d'une taxe danoise sur la vente de nouvelles batteries destinées à compenser les sociétés pour l'élimination des produits après usage<sup>595</sup> et d'une taxe sur les primes d'assurances à un taux plus élevé (17,5 %) que le taux standard (4 %) quand la police d'assurance est liée à la fourniture de biens ou services : le but était de décourager les arrangements permettant d'éviter la TVA (17.5 %) sur les fournitures<sup>596</sup>.

Il a été soutenu que des charges exceptionnelles ne peuvent *per se* être qualifiées d'aides d'Etat et doivent être traitées conformément à l'article 96<sup>597</sup>.

#### **Redevances spéciales ayant un lien direct avec une mesure d'aide**

268. Si le produit d'une taxe est directement affecté à une mesure d'aide, la taxe constitue une aide d'Etat<sup>598</sup>.

Tel était le cas d'une taxe perçue sur les ventes au détail de viande ("taxe d'équarrissage") en vue de financer l'élimination des carcasses. Il s'agissait d'une aide d'Etat aux éleveurs de bétail et aux abattoirs<sup>599</sup>. La taxe n'avait pas été notifiée et dû dès lors être remboursée.

<sup>592</sup> CJCE, aff. jointes C-72/91 et C-73/9, 17 mars 1993, Firma Sloman-Neptun Schiffahrts AG, Rec., I-887.

<sup>593</sup> TPICE, aff. T-351/02, 8 avril 2006, Deutsche Bahn AG c/ Commission and Council.

<sup>594</sup> CJCE, aff. C-553/03 P, 2005, The Panhellenic Union of Cotton Ginners and Exporters c/ Commission.

<sup>595</sup> 25e Rapport sur la politique de la concurrence (1995), p. 234.

<sup>596</sup> CJCE, aff. C-308/01, 30 avril 2004, GIL Insurance Ltd c/ Commissioners of Customs and Excises, Rec., I-4777.

<sup>597</sup> Opinion de l'avocat général Geelhoed dans la même affaire, par. 72-74.

<sup>598</sup> G. Bénard, Aides d'Etat : le temps de l'insouciance est-il révolu ?, RJF, 2007, p. 198.

<sup>599</sup> CJCE, aff. C-126/01, 20 novembre 2003, SA Gemo, Rec., 13769, Dr. Fisc., 2004, comm. 440, obs. B. Boutemy et E. Meier, RJF, 2004, n° 205, Chron. J. Turot, 90 ; comp. CJCE, aff. jointes C-261/01 et C-262/01, Van Calster c/ Belgique, 13 décembre 2003, Rec., 12249.

Elle a ultérieurement été affectée au budget général et séparée de tout usage spécial. Toutefois, elle était encore, à l'intérieur du budget de l'Agriculture, affectée au service public de l'élimination des animaux morts. Cela était-il suffisant pour écarter la qualification d'aide d'Etat ? C'est douteux.

Au contraire, une taxe perçue sur les grandes surfaces de vente au détail (taxe d'aide au commerce et à l'artisanat, TACA), perçue par Organic, une institution de sécurité sociale, utilisée en partie pour financer les retraites des travailleurs non salariés, n'a pas été considérée comme une aide d'Etat parce que le montant ainsi utilisé était déterminé chaque année par le gouvernement. Le produit de la taxe n'influçait dès lors pas le montant de l'avantage accordé.<sup>600</sup>.

Une exonération de la taxe sur les déchets financée par un accroissement de la même taxe n'est pas affectée à une aide : le revenu de la taxe n'a pas d'impact sur l'exemption<sup>601</sup>.

La notification d'une aide doit dès lors également inclure son mode de financement.

### **Avantage global pour l'Etat**

269. Même si une aide est globalement positive pour les recettes de l'Etat, parce qu'elle attire des entreprises étrangères et accroît d'autres revenus fiscaux, l'interdiction subsiste : l'effet de l'aide doit être évalué au niveau de l'entreprise, pas de l'Etat.

Un crédit d'impôt pour les transporteurs routiers italiens constituait une aide d'Etat bien que son but fût de les placer dans les mêmes conditions que celles qui prévalaient dans d'autres Etats membres, parce que les accises étaient particulièrement élevées en Italie<sup>602</sup>.

### **c. Possibilité d'un effet sur les échanges entre Etats membres et distorsion de la concurrence**

270. Les deux critères d'effets sur les échanges et de distorsion ou de menace de distorsion de la concurrence sont appréciés ensemble.

#### **i Effet sur les échanges**

---

<sup>600</sup> CJCE, aff. 266/04 et al., 27 octobre 2005, Distribution Casino France SAS et al. c/ Organic, CJCE I-9481, Droit fiscal 2006, n° 8, comm. 196, RJF, 2006, n° 111.

<sup>601</sup> CJCE, aff. 174/02, 13 janvier 2005, Streekgewest Westelijk Noord-Brabant c/ Staatssecretaris van Financiën, Rec., I-85.

<sup>602</sup> CJCE, aff. C-6/97, Italie c/ Commission, Rec., I-2981.

271. Les échanges sont affectés dès lors que le bénéficiaire de l'aide exerce une activité économique. Tel ne sera pas le cas par exemple de la taxe couvrant les dépenses des Chambres de commerce et d'artisanat en France : ces Chambres servent seulement l'intérêt général du commerce et n'entrent pas en concurrence avec des organisations professionnelles<sup>603</sup>.

Même si l'entreprise favorisée est active sur le seul marché intérieur, l'aide peut renforcer sa position et rendre l'entrée de concurrents étrangers plus difficiles.

Le même raisonnement s'applique si l'aide entraîne essentiellement des avantages à l'extérieur de l'Union européenne.

Même si l'aide est insignifiante ou si le bénéficiaire est de petite taille, l'interdiction s'appliquera.

## **ii Distorsion de la concurrence**

272. Toute aide favorisant certaines entreprises faussera la concurrence.

Ce n'est pas une justification que de dire que l'aide ramène la charge fiscale d'un secteur au niveau de la charge fiscale de secteurs similaires dans d'autres Etats. La situation de concurrence existante est perturbée par l'aide.

## **d. Sélectivité**

273. Le principal critère permettant à la Commission de déterminer si une mesure constitue une aide d'Etat est sa sélectivité : la mesure favorise certaines entreprises ou la production de certains biens<sup>604</sup>.

Comme mentionné ci-dessus, certaines mesures peuvent néanmoins être justifiées par la nature ou l'économie générale du système fiscal.

La sélectivité peut résulter du fait que l'aide est accordée de façon discrétionnaire, s'applique à certains secteurs de l'économie ou s'applique dans une aire géographique limitée.

---

<sup>603</sup> CAA Lyon, 28 juin 2007, Société Bellerivedis, AJDA, 5 novembre 2007, 2100.

<sup>604</sup> M.T. Soler Roch, Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado, Quincena Fiscal, 2006, n° 14, p. 13 ; D. Waelbroek, La condition de sélectivité de la mesure, dans M. Dony et C. Smits, éd., Aides d'Etat, Bruxelles, Ed. Université Libre de Bruxelles, 2005 ; G. Mameli, Aiuti di Stato e coerenza di sistemi tributari, Thèse, Université de Bologne, 2006, p. 125, spéc. p. 86 ; C. Romariz, Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – or “The Ghost of yet-t-to-come”, EStAL, 2014, p. 39.

### **i. Aide discrétionnaire**

274. Toute décision discrétionnaire dérogeant au régime général au bénéfice d'une entreprise particulière crée une présomption d'aide.<sup>605</sup>

Un régime spécial était accordé en France avec un large pouvoir discrétionnaire aux Groupements d'Intérêt économique, actifs particulièrement dans le transport maritime. Aux termes du Code général des impôts, l'amortissement déductible de l'équipement donné en location par un Groupement d'Intérêt économique ne pouvait pas dépasser le montant de son loyer. Une dérogation était prévue, sur agrément ministériel, pour l'équipement ayant une vie utile de plus de huit ans. Le Groupement devait transférer deux tiers du bénéfice fiscal aux utilisateurs finaux de l'équipement, par exemple sous forme d'une diminution de loyers. Ce régime a été considéré comme aide d'Etat et a finalement été remplacé par une mesure générale.

Il a été suggéré que le régime fiscal français du bénéfice mondial ou consolidé était également à considérer comme une aide d'Etat parce qu'il était discrétionnaire<sup>606</sup>.

### **ii. Sélectivité sectorielle**

275. L'exemption des banques publiques d'une taxe municipale sur l'utilisation de leurs locaux a été considérée comme une aide d'Etat sélective<sup>607</sup>.

A la suite d'une réforme bancaire italienne, des banques publiques sont devenues des fondations de banque, détenant des actions dans les anciennes banques, qu'elles pouvaient céder. Divers incitatifs fiscaux furent introduits. Les banques qui entreprenaient une fusion ou une restructuration similaire bénéficiaient d'un taux réduit d'impôt des sociétés de 12.5 % pendant cinq ans si les profits correspondants étaient comptabilisés dans une réserve spéciale non distribuable pendant trois ans. Un plafond était fixé à cette réserve, égale à 1,2 % de la différence entre le total des débits et des crédits des parties à la fusion et le même total pour la plus grande banque, partie à l'opération. Ce système conférait un avantage à un acheteur important. Les banques pouvaient transférer aux fondations sans imposition des plus-values des actifs qui n'étaient pas nécessaires à la poursuite de leur objet social. Le régime a été considéré sélectif dans le cadre de l'économie en général et dans le cadre du secteur bancaire<sup>608</sup>.

Dans *Adria-Wien*, la loi autrichienne accordait une exonération de taxe sur l'énergie aux entreprises engagées dans la production de biens quand la taxe excédait 0.35 % de la valeur de la production nette. Cette exonération était sélective à l'égard du secteur des

<sup>605</sup> Communication 1998, 22.

<sup>606</sup> M.C. Bergerès, *Des fissures dans le régime du bénéfice mondial consolidé*, Dr. Fisc., 2005, p. 638.

<sup>607</sup> CJCE, aff. C-387/92, 15 mars 1994, *Banco Exterior de España c/ Ayuntamiento de Valencia*, Rec., I-877.

<sup>608</sup> CJCE, aff. C-66/02, 15 décembre 2005, *République italienne c/ Commission*, CJCE, aff. C-148/04, 15 décembre 2005, *Unicredito italiano c/ Agenzia della entrate, Ufficio Genova I*, Rec., I-10901.

services.<sup>609</sup> Quand l'exonération a été étendue aux services, elle a été considérée comme sélective parce que le plancher de l'exonération favorisait les grands consommateurs d'énergie.<sup>610</sup>

Un régime fiscal favorable des sociétés d'assurances captives localisées dans l'archipel d'Aland était sélectif parce qu'il n'était accessible qu'aux groupes de sociétés<sup>611</sup>.

Une exonération de sécurité sociale applicable aux entreprises employant des travailleurs manuels est générale mais une exonération spécifique aux secteurs exposés à la concurrence internationale est sélective.<sup>612</sup>

Une taxe spéciale et un régime de sécurité sociale particulier applicable à tous les contribuables régularisant leur statut fiscal en quittant l'économie occulte n'est ni discrétionnaire ni sélective : elle est ouverte à toutes les entreprises qui remplissent les conditions fixées par la loi italienne<sup>613</sup>.

La mesure fiscale espagnole permettant l'amortissement du goodwill financier suivant une acquisition de plus de 5 % des parts d'une société étrangère a été considérée comme sélective parce qu'elle favorisait les entreprises qui entreprenaient certains investissements à l'étranger. Il ne pouvait être allégué en défense que les acquisitions intérieures sont plus aisément suivies par une fusion accordant les mêmes avantages<sup>614</sup>.

Le Tribunal a annulé les décisions de la Commission en considérant que le régime était potentiellement accessible à toutes les entreprises<sup>615</sup>. Des pourvois ont été introduits. De même, le Tribunal a considéré un régime de taxes de transport aérien comme sélectif, la taxe étant de 2 € en cas de vol vers une destination située au maximum à 300 km de l'aéroport de Dublin et de 10 € dans tous les autres cas. Un tel régime favorisait les opérateurs intérieurs<sup>616</sup>.

## Rulings

276. Ayant pris connaissance de rulings rendus par divers Etats en faveur d'entreprises multinationales, la Commission a ouvert des enquêtes et a conclu à l'incompatibilité de

---

<sup>609</sup> CJCE, aff. C-143/99, 8 novembre 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH c/ Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Rec., I-8365.

<sup>610</sup> Décision de la Commission 2005/565/CE, JO 2005, L 190/13.

<sup>611</sup> Décision de la Commission du 10 juillet 2002, JO 2002.

<sup>612</sup> CJCE, aff. C-75/97, 17 juin 1999, *Belgique c/ Commission (Maribel bis and ter)*, Rec., I-3671.

<sup>613</sup> Décision de la Commission N 674/2001, *Italia – Misure per la regolarizzazione dell'economia sommersa*, JO 2002, C 30/15.

<sup>614</sup> Décision de la Commission C-45/2007 du 28 octobre 2009, *H & I 2010/3*, obs. P. van der Vegt.

<sup>615</sup> Trib. UE, aff. T-219/10, 7 novembre 2014, *Autogrill España SA c/Commission*, ECLI:EU:I:2014:939 ; aff. TR-399/11, *Banco Santander SA et Santusa Holding SA c/Commission*, ECLI:EU:I:2014:938 ; T. Jaeger, *From Santander to Luxleaks L and Back*, EstAL, 2015, p. 345.

<sup>616</sup> Trib. EU, aff. T-500/12, 5 février 2015, *Rynair Ltd c/Commission*, ECLI:EU:T:2015:73 ; S. Blazek et R. van der Hout, *The Court's Judgments in the Ryanair and Air Lingus Cases – Adding Another Layer of Complexity in Fiscal State aid*, EstAL, 2015, p. 340.

plusieurs systèmes dérogeant à la détermination normale des prix de transfert en faveur d'entreprises multinationales, exonérant de fait une partie de leurs bénéfices réalisés dans le pays<sup>617</sup>. Des recours ont été introduits devant le Tribunal.

L'existence de « rulings » par lesquels de nombreux Etats, dont le Luxembourg, l'Irlande et la Belgique, accordaient des régimes spéciaux à des multinationales sont venus au jour, notamment à l'occasion de la fuite organisée dénommée « Luxleaks ». La procédure européenne a alors suivi son cours, la Commission publiant d'abord une description de ce qu'elle considérait comme aide d'Etat dans ces rulings et invitant à ce sujet les commentaires des Etats et parties intéressées. La plupart des multinationales concernées sont américaines. On retrouvera ainsi Starbucks (Pays-Bas), Fiat Chrysler et Amazon (Luxembourg), Apple (Irlande) et de nombreuses sociétés concernées par les rulings belges sur profits excédentaires.

Le raisonnement de la Commission est simple : les régimes d'exonération fiscale partielle consentis aux sociétés d'un groupe multinational localisées dans un pays s'écartent de la détermination des prix de transfert qui conduiraient à l'attribution à ces sociétés d'une marge commerciale normale sur les produits ou services qui sont le résultat de l'activité de la société locale. Un opérateur économique prudent n'aurait pas accepté une détermination de sa base imposable établie de cette façon. La société concernée doit dès lors restituer à l'Etat membre le montant de l'aide d'Etat contraire au traité dont elle a bénéficié, ce qui peut représenter sur plusieurs années des milliards d'euros.

Dans une correspondance adressée au Président de la Commission européenne, le secrétaire au Trésor américain se dit concerné. En effet, si cette restitution doit être considérée comme un impôt, elle entraînerait lors de la distribution des profits vers la société mère américaine un crédit d'impôt étranger qui diminuerait d'autant les recettes fiscales américaines.

Notons que, si l'on considère que la restitution s'effectue en vertu d'une obligation civile imposée par le règlement européen d'application des aides d'Etat, la qualification d'impôt pourrait être contestée.

Les arguments développés par le fisc américain ne sont pas dénués d'intérêt. Il estime d'abord que la Commission commet une confusion en identifiant la notion d'avantage fiscal et la notion de sélectivité. Il ne peut y avoir, selon l'analyse américaine, de sélectivité si l'avantage est à la disposition de toutes les sociétés multinationales qui se trouvent dans la même situation. La sélectivité implique qu'une mesure fiscale déroge au régime général. Un régime qui est à la disposition de tous ne peut donc être sélectif.

La Commission se transformerait en tribunal fiscal international, s'attribuant la compétence de dicter aux Etats membres leur régime de prix de transfert et donc, à certains égards, leur régime fiscal général. Les rulings ne sont en effet pas, comme l'ancien régime des centres de coordination belges, liés à des conditions détaillées de taille et de nombre de sociétés internationales faisant partie du groupe. Il est ouvert à toutes les sociétés membres d'un groupe international.

---

<sup>617</sup> P. Nicolaidis, *State Aid Law and Tax Rulings*, EStAL, 2016, p. 416 ; J. Kavanagh et N. Robins, *Corporate Tax Arrangements Under EU State Aid Scrutiny*, EStAL, 2015, p. 358 ; P. Rossi-Maccanico, *A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings*, EStAL, 015, p. 371.

On peut comparer les avantages ainsi octroyés à des avantages qui sont à la disposition de toutes les petites et moyennes entreprises. Il n'y a pas là de sélectivité mais l'application d'un régime général conforme à la politique d'un gouvernement.

L'application rétroactive d'une éventuelle interdiction se heurte gravement aux principes de sécurité juridique.

Par ailleurs, la Commission semble développer un critère de détermination du prix de transfert admissible qui lui est propre et qui diffère des conditions développées par l'OCDE dans ses principes généraux applicables aux multinationales, ces derniers ayant fait l'objet d'un large consensus international. L'initiative BEPS (« Base Erosion Profit Shifting ») de l'OCDE le confirme dans la mesure où elle modifie ces principes pour atteindre une plus grande équité fiscale.

Si les Etats membres devaient se plier aux injonctions de la Commission, ils enfreindraient les traités bilatéraux qu'ils ont signé avec d'autres pays et notamment avec les Etats-Unis. Ces traités déterminent en effet le prix de transfert adéquat dans un article spécifique, l'article 9 du Modèle de l'OCDE, qui ne se conforme pas aux critères nouveaux utilisés par la Commission. La responsabilité internationale des Etats concernés pourrait être mise en cause.

En d'autres mots, les Etats dispensateurs de rulings n'ont fait qu'appliquer leur système fiscal, y compris en ce qui concerne les prix de transfert en limitant l'imposition des sociétés concernées aux bénéfices qui résultent, dans le pays, de l'application de prix de transfert normaux, le solde du bénéfice étant attribuable à d'autres activités économiques du groupe, étrangères au pays concerné.

Rien n'obligeait ces Etats à indiquer en même temps dans quel autre pays le résultat exclu des bénéfices locaux devait être imposé.

Au moment où ces lignes sont écrites, la Commission vient, le 30 août 2016, de décider que deux rulings irlandais ont consenti une aide d'Etat à deux sociétés du groupe Apple en attribuant aux succursales irlandaises de ces sociétés au profit trop faible, calculé selon un « cost plus » appliqué aux frais de fabrication de l'une et aux frais de vente de l'autre.

Le texte complet de la décision n'est pas encore disponible mais l'invitation à présenter des observations<sup>618</sup> et le communiqué de presse<sup>619</sup> constatent que le bénéfice excédentaire serait attribué à un « siège central » dont la localisation ne serait pas précisée.

En fait, il semble, très simplement, que les deux sociétés irlandaises n'étaient pas, en principe, imposables en Irlande puisque ce pays lie la résidence au centre de gestion et de contrôle, qui se situait aux Etats-Unis. Les Etats-Unis, quant à eux, considèrent comme résidentes les sociétés « incorporées aux Etats-Unis, ce qui n'était pas le cas des sociétés irlandaises<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> Aide d'Etat SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN. Aide présumée en faveur d'Apple, J.O. C-369/22, 17 octobre 2014.

<sup>619</sup> IP/16/2923.

<sup>620</sup> A. Ting, iTax-Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue, 2014, BTR No. 1, 2014, p. 40.

Les sociétés irlandaises avaient conclu avec leur société mère américaine des accords de contribution aux coûts aux termes desquels elles lui payaient un montant jugé approprié pour rémunérer les frais de recherche et de développement encourus aux États-Unis.

La décision énonce curieusement, comme d'autres décisions antérieures, que l'aide critiquée (13 milliards d'euros) pourrait être réduite si d'autres pays procédaient à des redressements fiscaux concernant les profits non imposés en Irlande ; La décision permet de récupérer les aides consenties depuis dix ans, période dépassant généralement les délais d'imposition nationaux.

L'Irlande a annoncé qu'elle introduisait un recours contre la décision.

La prémisse des décisions de la Commission est que le critère de sélectivité est rencontré dès lors que le principe du « dealing at arm's length » n'est pas observé<sup>621</sup>. Ce principe a eu un contenu variable dans le temps : à l'époque où seules les méthodes basées sur les prix étaient visées dans les Regulations américaines puis en application de la section 482 de l'Internal Revenue Code, les tribunaux ont fréquemment appliqué des méthodes basées sur le partage des profits, qui trouvèrent ainsi leur voie vers la reconnaissance administrative<sup>622</sup>.

Par ailleurs, ce principe évolue selon les pays. Les États-Unis viennent ainsi d'introduire dans des Regulations temporaires le principe selon lequel la compensation d'un transfert devrait s'apprécier selon la « valeur » et non plus selon le prix<sup>623</sup>.

La loi italienne, mettant en œuvre une disposition constitutionnelle reconnaissant la fonction sociale des coopératives mutualistes<sup>624</sup>, exonère de l'impôt les coopératives de production et de travail à certaines conditions.

Bien que ces exonérations soient réservées à une forme de société, il y a lieu de vérifier si les coopératives visées ne se distinguent pas des autres opérateurs économiques par leurs principes de fonctionnement : prééminence de la personne, contrôle à parts égales par les membres et absence d'investisseurs extérieurs, perception du bénéfice par les membres en fonction de leur participation dans la société et de leurs transactions avec celle-ci.

---

<sup>621</sup> C .H.J. Panayi, *Advanced Issues on International and European Tax Law*, Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2015, p. 268.

<sup>622</sup> Sur l'importance croissante de la méthode de partage des profits, cfr. A. Oestreicher, *Comments on Julie Roin : « Transfer Pricing in the Courts » : A Cross-country Comparison*, in W. Schön, K.A. Konrad, éd., *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012, p. 251.

<sup>623</sup> Reg. § 1.482-IT (f) (2)(i)(A) ; D. Ernack, *Temporary § 482 Regulation : is « All Value » the Same Thing as Arm's-Length Pricing ?*, 45 *TMIJ* 8, 2016, p. 484.

<sup>624</sup> Art. 45.

La juridiction nationale devra apprécier sur ces bases si les coopératives ne se trouvent pas dans une situation différente de celle des sociétés commerciales. Dans ce cas, il n'y aurait pas sélectivité<sup>625</sup>.

### iii Sélectivité géographique<sup>626</sup>

277. Conformément à la communication de la Commission, la limitation régionale d'une mesure implique nécessairement sa sélectivité. Une mesure fiscale ne serait générale que si elle s'étendait à la totalité du territoire de l'Etat membre concerné<sup>627</sup>.

Quand une aide fiscale à l'investissement adoptée par trois autorités de la région basque a été soumise à la Cour, l'avocat général Saggio a exprimé l'opinion que, bien que les collectivités territoriales ayant pris les mesures eussent une compétence exclusive dans ce domaine, un tel critère formel ne pouvait pas relever les mesures de la sélectivité. Il serait dans ce cas possible pour un Etat de modifier la division interne des compétences pour rendre une mesure générale et non sélective. De plus, en principe, l'aide doit être appréciée sur la base de ses effets.<sup>628</sup> L'affaire fut alors omise du rôle.

Le Tribunal de première instance a considéré qu'une aide accordée dans l'Alava, comportant un crédit d'impôt pour grands investissements, constituait une aide d'Etat à une société qui s'était transféré de la Rioja à l'Alava. L'aide était sélective comme elle favorisait les grands investisseurs et elle était discrétionnaire, l'autorité locale fixant les limites de temps, les restrictions et la durée de l'investissement.<sup>629</sup>

La Cour a adopté une vision différente suivant l'opinion de l'avocat général Geelhoed<sup>630</sup>.

Trois situations doivent être distinguées.

1° Un Etat décide d'appliquer un régime fiscal favorable dans une zone géographique déterminée. Le régime constitue une aide d'Etat.

2° Toutes les autorités locales aux mêmes niveaux peuvent définir le taux d'impôt applicable dans leur territoire : il n'y a pas aide d'Etat.

---

<sup>625</sup> CJCE, aff. jointes C-78/08 à C-80/08 arrêt du 8 septembre 2011, Ministerio dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c/Paint Graphos soc.coop. a r l en liquidation et lesm êmes contre Ministerio et Agenzia, Ministerio delle Finanze c/Michele Francheto.

<sup>626</sup> E. Traversa, L'autonomie fiscale des Régions et des collectivités locales des Etats membres face au droit communautaire – Quelques réflexions à la lumière des expériences belge et italienne, Thèse, Université catholique de Louvain, 2007, p. 276.

<sup>627</sup> Communication 1998, 17.

<sup>628</sup> Opinion de l'avocat général Saggio, juillet 1999, aff. jointes C-400/97, 401/97 et 402/97, Administración general del Estado c/ Juntas generales de Guipuzcoa, Alava et izcaya, Rec., 2000, I-010713.

<sup>629</sup> TPICE, aff. T-92/00 et T-103/00, 6 mars 2002, Disputación Foral de Álava et al. c/ Commission (Ramondin), Rec., II-1385.

<sup>630</sup> Opinion de l'avocat général Geelhoed, 20 octobre 2005, aff. C-88/03, Portugal c/ Commission, Rec., 2006, I-07115. Voir C. Quigley, *European State Aid Law and Policy*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, p. 79.

3° Une autorité régionale investie de pouvoirs suffisamment autonomes définit le taux d'impôt dans sa zone de compétence.

Dans ce cas, le cadre légal pertinent pour apprécier la sélectivité peut être apprécié dans cette zone si trois conditions sont remplies :

1° L'autorité sub-étatique a une autonomie institutionnelle et décide des mesures fiscales sans intervention de l'Etat.

2° L'autorité bénéficie d'une autonomie procédurale : la décision est adoptée sans l'intervention de l'Etat quant à son contenu.

Ceci n'exclut pas un contrôle juridictionnel de légalité, le but étant que l'institution respecte les limites de sa compétence, une concertation entre les différents niveaux de pouvoirs ou l'obligation, d'après un principe de solidarité, de prendre en considération l'équilibre économique entre les différentes parties du territoire national ou encore l'obligation, aux termes d'un principe d'harmonisation, de maintenir partout une pression globale équivalente.

Il ne s'agit en effet que de l'un des éléments à prendre en considération quand une mesure fiscale est adoptée.

Les mesures fiscales prises par la Biscaye ont été approuvées dans ces circonstances<sup>631</sup>.

A Gibraltar, bien que le Royaume-Uni ait en théorie le pouvoir d'intervenir par son gouverneur représentant la Reine, ce pouvoir n'a été exercé qu'exceptionnellement et n'a jamais été utilisé en matière fiscale<sup>632</sup>. Il doit dès lors être interprété comme le pouvoir pour le gouvernement central d'assumer ses responsabilités à l'égard de la population de Gibraltar et de remplir ses obligations internationales.

3° L'autonomie économique doit être telle que les conséquences financières de la faveur fiscale au niveau local ne soient pas compensées par un transfert du gouvernement central ou d'autres régions.

Le régime fiscal des Açores n'a pas rempli cette troisième condition parce que la réduction du taux d'impôt était compensée par un transfert budgétaire du gouvernement central du Portugal<sup>633</sup>.

---

<sup>631</sup> CJCE, aff. jointes C-428/06 et C-434/06, 11 septembre 2008, Unión General de Trabajadores de la Rioja (UGT-Rioja) et al. c/ Juntas Generales del Territorio Historico de Vizcaya et al. ; Comm. Ch. Vautrot-Schwartz, Appréciation de la sélectivité d'une mesure régionale, Dr. Fisc. 2008, n° 48, comm. p. 599.

<sup>632</sup> TPICE, aff. T-211/04 and T 215/04, 18 décembre 2008, Gouvernement de Gibraltar et Royaume-Uni c/ Commission.

<sup>633</sup> CJCE, aff. C-881/03, 6 septembre 2006, Portugal c/ Commission, Rec., I-07115.

En Biscaye, au contraire, bien que des transferts financiers existassent aux termes de l'arrangement économique conclu avec l'Espagne, une relation de cause à effet ne semblait pas exister entre les transferts et les mesures fiscales locales.

La même chose se vérifiait dans les rapports entre le Royaume-Uni et Gibraltar.

Cette ligne de décisions restreint l'application de la prohibition des aides d'Etat de la même manière que l'exclusion de l'aide accordée par des entreprises publiques sans l'intervention de l'Etat<sup>634</sup>.

Si des régions ont des pouvoirs fiscaux propres et les exercent, deux hypothèses doivent être distinguées. Lorsque les régimes créent des taxes régionales, une différence de taux entre régions ne peut constituer une aide d'Etat. En revanche, si des autorités subnationales ont le pouvoir de réduire ou d'accroître les taux d'un impôt fédéral, un usage asymétrique de la réduction du taux pourrait constituer une aide d'Etat et devra faire l'objet de l'examen visé ci-dessus.

L'usage d'un pouvoir d'augmenter l'impôt ne pourrait, au contraire, amener à considérer que l'entité qui a conservé l'ancien taux accorderait une aide d'Etat<sup>635</sup>.

#### **Justification d'une mesure sélective par la nature ou l'économie du régime fiscal**

278. Comme vu ci-dessus, les mesures fiscales bénéficient d'une justification spéciale : même si elles sont sélectives, elles ne seront pas considérées comme des aides d'Etat si elles sont justifiées par la nature ou l'économie du système fiscal<sup>636</sup>.

Ceci requiert que le système fiscal pris comme norme soit identifié d'abord. C'est précisément ce que la Commission n'a pas fait dans l'affaire concernant Gibraltar. Afin d'être en concordance avec le Code de conduite, Gibraltar a abandonné une taxe basée sur les profits des sociétés et assortie d'exemptions pour adopter une taxe basée sur les salaires et l'occupation des biens professionnels, avec un maximum de 15 % des profits.

Le gouvernement prétendait que ce régime était un régime général en soi. La Commission ne parvint pas à justifier devant le Tribunal son opinion selon laquelle le régime constituait une dérogation<sup>637</sup>.

---

<sup>634</sup> M. Merola and L. Cappelletti, Une analyse des derniers développements en matière d'aides fiscales et de sélectivité régionale dans le cadres des tendances actuelles du contrôle des aides d'Etat, in ICHEC-ESSF, Fiscalité européenne : actualité et points sensibles, Bruxelles, Bruylant-Anthemis, 2009, p. 117.

<sup>635</sup> E. Traversa, Is there Still Room Left in EU Law for Tax Autonomy of Member States' Regional and Local Tax Authorities ?, E.C. Tax Rev., 2011, p. 11.

<sup>636</sup> Communication 1998, 16, 23, 24 ; P. Rossi-Maccanico : The Notion of Indirect Selectivity in Fiscal Aids : A Reasoned Review of the Union Practice, EstAL, 2009, 161 à 169.

<sup>637</sup> TPICE, cité note 47.

Cet arrêt du Tribunal a été réformé par arrêt de la Cour de Justice du 15 novembre 2011. Il n'est en effet pas nécessaire, pour déterminer si une mesure fiscale constitue une aide d'Etat en ce qu'elle consent des avantages sélectifs, de définir d'abord le régime fiscal normal de l'Etat en question. Peu importe la technique réglementaire utilisée par l'Etat : définition d'un système général avec des dérogations ou combinaison de règles fiscales dont l'application aboutit à des résultats différents selon les entreprises concernées. En l'espèce, un groupe spécifique de sociétés, à savoir les sociétés « off-shore » sont favorisées en ce qu'elles échappent de par leur nature, n'ayant ni employés ni espace occupé, à l'impôt défini dans la réforme proposée<sup>638</sup>.

Des commentateurs ont souligné que le nouveau système prévoyait aussi des taux maximum sur les sociétés fournissant des prestations publiques ou des services financiers et que la sélectivité pouvait résulter de l'application de taux différents<sup>639</sup>.

La Commission a également examiné une taxe belge sur les sociétés d'investissement collectif et a considéré que l'exonération des fonds belges sur les unités placées à l'étranger résultait de la logique du système<sup>640</sup>.

Plus généralement, une exonération des fonds d'investissement, en l'espèce des fonds immobiliers, est justifiée par l'économie générale d'un système qui vise à amener la neutralité fiscale de choix entre l'investissement direct en immeubles et l'investissement par l'intermédiaire d'un fonds. Le système proposé par la Finlande a aussi été approuvé : un actionnaire ne peut détenir plus de 10 % du fonds ; 80 % des revenus du fonds doivent consister en loyers ; 90 % des revenus du fonds au moins doivent être distribués<sup>641</sup>.

Dans l'affaire des coopératives italiennes, citée ci-avant, la Cour de Justice a estimé que la juridiction nationale devait examiner si l'exonération résultait des principes fondateurs du système et qu'un contrôle adéquat permette de garantir la cohérence des faveurs accordées avec l'économie du système<sup>642</sup>.

Les Pays-Bas ont bénéficié d'une décision favorable en ce qui concerne un régime de « boîte d'intérêt de groupe ». Lorsque des prêts sont consentis entre sociétés d'un groupe, les intérêts ne seront pas taxés au taux ordinaire de 25,5 %. Le solde entre intérêts reçus et payés sera taxé à 5 %.

---

<sup>638</sup> CJCE, aff. jtes C-106/09B et C-107/09B, Commission européenne c/ Gouvernement de Gibraltar et Royaume-Uni et Royaume d'Espagne et Commission européenne c/ Gibraltar et Royaume-Uni, arrêt du 15 novembre 2011, ECLI:EU:C:2011:732.

<sup>639</sup> P. Rossi-Maccanico, Gibraltar and the Unsettled Limits of Selectivity in Fiscal Aids, EStAL, 2009, pp. 63 à 71.

<sup>640</sup> Décision de la Commission du 26 avril 2006, C (2006) 1532 final, Ard N N 20/2006.

<sup>641</sup> Décision du 12 mai 2010, n° N131/2009, JO 2011, C-2974. Cfr. H. Vermeulen, Fiscal State Aid and Fiscal Estate Collective Investment Vehicles (CIVs), EC Tax Rev., 2011, p. 155.

<sup>642</sup> CJCE, aff. jointes C-78/08 à C-80/08, cité ci-avant.

La Commission a admis que la situation de sociétés membres d'un groupe était différente de celle de banques consentant des prêts dans un cadre externe<sup>643</sup>.

#### **§ 4. Compatibilité des aides avec le marché intérieur**

##### **a. Compatibilité de iure**

279. Certaines aides sont *de iure* compatibles avec le marché intérieur :

- les aides sociales accordées à des consommateurs individuels ;
- les aides qui sont la suite de désastres naturels ;
- l'aide compensant la division antérieure de l'Allemagne<sup>644</sup>.

Un lien direct est requis entre l'aide et un événement exceptionnel : une diminution de la taxe sur les ventes de terrains agricoles n'est pas liée avec l'augmentation du prix du pétrole<sup>645</sup>.

##### **b. Aide qui peut être déclarée compatible**

280. D'autre part, des aides peuvent être déclarées compatibles par la Commission si elles tendent à certains objectifs :

- le développement économique des régions où le standard de vie est anormalement bas ou qui sont affectés par un chômage important ;
- la promotion d'un projet important d'intérêt économique ou le remède à apporter à des perturbations sérieuses dans l'économie d'un Etat membre ;
- le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, à condition que les conditions des échanges ne soient pas affectées dans une mesure contraire à l'intérêt commun ;
- les aides culturelles, dans les mêmes conditions.

Le Conseil peut ajouter d'autres catégories sur proposition de la Commission.

---

<sup>643</sup> Décision du 8 juillet 2009, C4/2007. Cfr. M. Sánchez Rydelski, Distinction between State Aid and General Tax Measures, E.C. Tax Rev., 2010, p. 153.

<sup>644</sup> Art. 107 TFUE.

<sup>645</sup> CJCE, aff. 73/03, 11 novembre 2004, Espagne c/ Commission, np.

La Commission a émis différentes lignes directrices pour assurer la prévisibilité dans ce domaine. Par exemple, de nombreux régimes de faveur applicables en matière d'impôt des sociétés peuvent bénéficier de la réglementation des aides *de minimis*<sup>646</sup>.

Elle a également émis, en exécution des pouvoirs qui lui ont été accordés par le Conseil, des exemptions qualitatives qui répondent aux exceptions prévues par le Traité<sup>647</sup>.

L'aide couverte par le Règlement doit être notifiée.

Généralement, les aides opérationnelles sont prohibées. L'aide doit être transparente, c'est-à-dire susceptible d'être mesurée en pourcentage de l'investissement. L'aide fiscale devra dès lors prévoir un maximum assurant que le seuil n'est pas dépassé. L'intensité de l'aide est mesurée sur la base d'un subside brut équivalent et non plus d'un subside net après impôts. L'aide de toutes sources doit être cumulée.

L'aide aux exportations dans l'Union est interdite.

L'aide doit être incentive et ne pas s'appliquer aux investissements qui ont déjà commencé ou qui conduisent à l'accroissement d'un projet. Cette condition ne s'applique pas à l'aide fiscale si un droit a été établi en liaison avec des critères objectifs et sans exercice d'un pouvoir discrétionnaire avant le début du projet.

Des réductions d'impôts peuvent être accordées dans le transport maritime (taxe sur le tonnage) pour rencontrer la concurrence d'Etats tiers.

### **Aides d'Etat et traités bilatéraux relatifs aux investissements**

281. L'application de la réglementation des aides d'Etat peut conduire à des situations complexes et contradictoires. La Roumanie avait, avant son accession à l'Union européenne, établi des incitants fiscaux relatifs à l'investissement dans certaines régions. Un traité bilatéral de protection des investissements existe entre la Roumanie et la Suède. Il protège des investissements effectués avant son entrée en vigueur en 2003. En 2004, la Roumanie a révoqué les incitants fiscaux. Les investisseurs suédois ont introduit une procédure arbitrale devant le Centre international de règlement des litiges relatifs aux investissements qui, sur base du principe des espérances légitimes a condamné la Roumanie à des dommages-intérêts.

---

<sup>646</sup> Règl. (UE) n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 concernant l'application des articles 107 et 108 du Traité aux aides *de minimis*, JO n° L 352 du 24 décembre 2013, p. 1. Règlement n° 651/2014 du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, JOUE, L187 du 26 juin 2014, p. 1, se substituant au Règlement général d'exemption par catégorie n° 800/2008 du 6 août 2008.

<sup>647</sup> JO 2008 L 214/3 ; K. Deiberova et H. Nyssens, The new General Block Exemption Regulation (GBER) : What changed ?, EStAL, 2009, p. 27.

La Commission européenne a décidé que l'exécution de la décision du Tribunal arbitral constituerait une aide d'Etat prohibée<sup>648</sup>.

## § 5. Récupération des aides d'Etat illégales

282. Une aide d'Etat illégale doit être récupérée<sup>649</sup>. Un intérêt doit être porté en compte.

Même si la Commission a la compétence exclusive de décider quant à la compatibilité des aides avec le traité, les tribunaux nationaux ont le pouvoir d'apprécier la légitimité d'une aide. Si une mesure n'a pas été notifiée, elle est illégale : l'"octroi de mer", perçu sur les importations dans les départements d'outre-mer français peut être recouvré lorsque les importateurs locaux en sont exonérés et obtiennent ainsi une aide.<sup>650</sup>

Le recouvrement de l'aide d'Etat ne doit pas être considéré comme l'enrôlement d'un impôt. Si une action a été financée par une taxe illégale, les contribuables peuvent poursuivre le recouvrement de la taxe, qu'ils aient été affectés ou non par la distorsion de concurrence.

Si l'aide a été accordée sous la forme d'une taxation plus basse pour certaines entreprises, ces dernières doivent être invitées à payer un supplément. Le Tribunal national ne pourrait ordonner que les concurrents soient remboursés eux-mêmes pour une partie de la taxe : ceci serait l'équivalent de l'octroi d'une autre aide d'Etat.

Seule l'impossibilité absolue de recouvrer empêchera l'action de l'Etat.

La France fut considérée comme ayant introduit une aide d'Etat en faveur des entreprises en difficulté en exonérant d'impôts des sociétés pendant deux ans les entreprises nouvellement créées pour reprendre les actifs de sociétés liquidées.<sup>651</sup> La France a été ultérieurement condamnée pour n'avoir pas tenté de récupérer l'aide, en alléguant que la récupération serait juridiquement complexe<sup>652</sup>.

Le bénéficiaire de l'aide peut se fonder sur la protection de ses attentes légitimes mais seulement si elle résulte d'une action de la Commission, telle qu'un retard déraisonnable

---

<sup>648</sup> Aff. T-646/14 du 8 décembre 2014, Mikula c/Commission, JOC 439, p. 29 ; Commentaire E. Matei, in ESTAL, 2016, p. 134 ; K. Struckmann, G. Forwood, A. Kadri, Investor-State Arbitrations and EU State Aid Rules : Conflict or Co-existence ?, ESTAL, 2016, p. 258.

<sup>649</sup> Règlement du Conseil (CE) n° 659/1999, art. 15 ; S. Moreno González, Recovery of Tax-Related State Aid in Spain : Current Scenario and Legislative Initiatives for Immediate and Effective Recovery, ESTAL, 2015, p. 391 ; H. López López, Recent Developments in Spanish Legislation on State Aid Recovery of a Tax Nature, ESTAL, 2015, p. 382 ; C. Micheau, Récupération des aides d'Etat illégales ou incompatibles sous forme fiscale. Analyse critique des fondements et des développements récents, RTD eur., 2014, p. 343.

<sup>650</sup> Cass. (fr.) aff. 23 septembre 2008, comm. A. Maitrot de la Motte, Dr. Fisc. 2008, n° 48, comm. 600. Voir aussi : Communication de la Commission du 4 avril 2009 sur l'application des règles d'aides d'Etat par les juges nationaux (2009) C 85/01, JO 2009, C 85 ; T. Jestaedt, J. Derenne, T. Ottervanger, Study on the enforcement of State aid law at national level, 2006 (étude présentée à la Commission).

<sup>651</sup> Décision de la Commission, 2004/343/CE, 16 décembre 2003, JO L 108, p. 38.

<sup>652</sup> CJCE, aff. C 214/07, 13 novembre 2008, Commission c/ France, A. Maitrot de la Motte, Dr. Fisc. 2008, n° 51, Comm. 365 ; E. Ginter, E. Chartier et B. Michaud, op. cit., p. 188.

à agir, ou d'une décision judiciaire<sup>653</sup>. Il ne pourrait se fonder sur l'attente qu'une disposition du droit national peut être en principe considérée comme valable ou sur un principe de sécurité juridique.

L'action de la Commission est soumise à une prescription de dix ans<sup>654</sup>. Toute action de la Commission ou d'un Etat membre interrompt la période de limitation.

L'impact de la prescription fiscale sur le recouvrement est controversée.<sup>655</sup>

## **§ 6. Action en annulation**

283. Les décisions de la Commission concernant les aides d'Etat peuvent être annulées par le Tribunal<sup>656</sup>. Un appel est possible devant la Cour européenne de Justice sur des points de droit<sup>657</sup>.

L'action en annulation ne suspend pas la décision mais une demande de mesures provisoires peut être introduite.<sup>658</sup>

La Cour ne peut substituer son opinion à la décision de la Commission. La décision est éventuellement déclarée nulle et il appartient à l'institution concernée de prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer.

## **§ 7. Concurrence fiscale dommageable et aides d'Etat : comparaison**

284. Aux termes du Code de Conduite de l'Union européenne, des mesures seront considérées comme dommageables sur la base des facteurs suivants :

- application seulement à des non-résidents ou à des opérations avec des non-résidents ;
- isolation du marché intérieur ;
- absence d'activités économique réelle ou d'une présence substantielle ;
- dérogation aux principes internationaux généralement admis pour la détermination des bénéficiaires ;
- manque de transparence<sup>659</sup>.

---

<sup>653</sup> F. Gallo, L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno, Chapitre 2, dans Aiuti di Stato nel Diritto comunitario e misure fiscali, Fisconline.

<sup>654</sup> Adria-Wien, supra : décisions successives.

<sup>655</sup> J.L. Burlada Echeveste, I.M. Burlada Echeveste, La recuperación de las ayudas de Estado ilegales, Nueva Fiscalidad, 2007, p. 23.

<sup>656</sup> Art. 256.1 TFUE, para. 1.

<sup>657</sup> Art. 256.1 TFUE, para. 2.

<sup>658</sup> Art. 279 TFUE.

<sup>659</sup> A.C. Dos Santos, L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale, Bruxelles, Bruylant, LGDJ, 2009, p. 294.

## Différence<sup>660</sup>

285. Le Code de Conduite tend à éliminer les disparités transfrontalières et n'a pas de force juridique. La prohibition des aides d'Etat vise à éliminer les dérogations sélectives à l'intérieur d'un système national. Elle est susceptible d'exécution.

Les critères de l'aide d'Etat ne coïncident pas avec ceux du Code de Conduite.<sup>661</sup> Les recommandations du Code de Conduite sont de nature politique et ne peuvent donc être susceptibles d'exécution forcée, bien qu'elles aient démontré qu'elles étaient efficaces.

## Exemples

286. Le régime de crédit d'impôt maltais, remplaçant des exonérations précédentes a été admis par la Commission mais pas par le groupe du Code de Conduite comme il demeurait favorable aux actionnaires étrangers<sup>662</sup>.

Le régime des sociétés Holdings luxembourgeoises de 1929 a été admis par le groupe quand l'exonération a été abrogée pour les dividendes provenant de pays à basse fiscalité mais a été considéré comme aide d'Etat parce que les activités financières demeuraient exonérées d'impôts<sup>663</sup>.

Des mesures non couvertes par le Code de Conduite ont été considérées comme des aides d'Etat.

Les centres de trésorerie étaient exonérés en France de la limite applicable à la déductibilité des intérêts payés aux entreprises associées. Ce régime était sélectif comme il n'était appliqué qu'aux groupes établis dans au moins trois pays<sup>664</sup>. Pour le groupe Primarolo, il s'agissait d'une exception aux règles de sous-capitalisation.

Le régime applicable dans le Centre International d'Affaires de Madère dut également être amendé. Les taux d'impôts bas applicables dans la Zone de libre-échange industriel cesseront de s'appliquer en 2011 aux Centres de Services Internationaux<sup>665</sup>. Les faveurs fiscales liées au nombre d'employés mis au travail sont inappropriées dans une zone éloignée où les investissements ne sont pas vraisemblablement intensifs en travail.

---

<sup>660</sup> A. Fantozzi, *The Applicability of State Aid Rules to Tax Competition Measures : A Process of « de facto » harmonization in the tax field ?* in W. Schön, ed., *Tax Competition in Europe*, Amsterdam, IBFD, 2003, p. 121.

<sup>661</sup> P. Rossi-Maccanico, *Union Practice in the Application of State Aid Rules to Direct Business, Tax Measures*, in ICHEC-ESSF, *Fiscalité européenne : actualités et points sensibles*, Bruxelles, Bruylant-Anthemis, 2009, pp. 61 à 70.

<sup>662</sup> Décision de la Commission du 22 mars 2006, JO C 240/2005.

<sup>663</sup> Décision de la Commission du 19 juillet 2006, JO L 366/47.

<sup>664</sup> Décision de la Commission du 19 décembre 2003, JO L 330/23.

<sup>665</sup> R. Nascimento, *The International Business Center of Madeira : Profile, Tax Incentives and Perspectives*, Eur. Tax., 2007, p. 74.

Les Centres belges de Coordination – l'équivalent de banques intra-groupes pour de grands groupes internationaux – ont été l'objet de longues procédures d'aides d'Etat après avoir été critiqués par le groupe Primarolo<sup>666</sup>.

Finalement, la Belgique les a remplacés par un régime général d'intérêts notionnels applicable aux fonds propres de toutes les sociétés.

## **CONCLUSION**

287. L'usage des incitatifs fiscaux a été un instrument général de politique économique dans les Etats développés et en développement. Son opposé était une politique protectionniste, qui peut être favorisée par une crise économique. Le paradoxe est que l'interdiction des aides d'Etat se concentre sur la sélectivité à l'intérieur d'un seul Etat alors que la concurrence entre Etats est le but des règles internationales.

Des limites ont été fixées à l'usage des incitatifs tant par les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce sur l'interdiction des subsides que par la prohibition des aides d'Etat en tant que distorsions de concurrence dans une zone économique unifiée comme l'Union européenne.

Les définitions des instruments prohibés aux termes de ces règles ne coïncident pas nécessairement. Ces instruments imposent des limitations à la liberté des Etats de concevoir leur politique fiscale. Les efforts de la Commission européenne, comme ceux de la Cour et du Tribunal, s'opposent ainsi à la "loi du désordre" qui prévaut en matière de fiscalité directe dans l'Union européenne<sup>667</sup>.

---

<sup>666</sup> CJCE, aff. C-182/03 et C-217/03, 22 juin 2006, Royaume de Belgique et Forum 187 ASBL c/ Commission, Rec., I-5479 ; P. Kelly, *Reflections on Application of EU State Aids Policy to Tax Measures*, Liber Amicorum Frans Vanistendael, Herentals, Knops Publishing, 2007, p. 235 ; J. Malherbe and M. Wathelet, *Pending Cases involving Belgium : the Belgian Coordination Centres Cases*, dans M. Lang, J. Schuch and C. Staringer, *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation*, Vienne, Linde Verlag, 2006, p. 31 ; J. Malherbe, *Aides d'Etat et fiscalité dans l'Union européenne*, dans A. Spiritus, C. Nourissat et R. Wtterwulghe, *Le juge de commerce face au droit communautaire de la concurrence*, p. 22 ; id., *Harmful Tax Competition and the Future of Financial Centres in the European Union*, Intertax 2002, p. 219.

<sup>667</sup> D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, Paris, LGDJ, Montchrestien, 2010, p. 41.

## Table of contents

<b>Part I. Introduction.....</b>	<b>2</b>
Chapter I. Host State and Origin State.....	2
Chapter II. The role of the Court of Justice of the European Union in matters of direct taxation : Discriminations and Restrictions.....	3
<b>Part II. Analysis of the case-law of the Court and of its implementation by the Member States.....</b>	<b>6</b>
Chapter I. Taxation of individuals .....	7
Section 1. Transfer of residence.....	7
Section 2. Tax advantages related to the personal and family situation .....	10
Section 3. Deduction of costs related to the economic activity of the taxpayer .....	13
§ 1. Business expenses.....	13
§ 2. Income or expenses related to pensions and social benefits.....	13
§ 3. Income losses and wealth from immovable property located in other Member States.....	15
Chapter 2. Taxation of companies.....	17
Section 1. Freedom to choose the form of establishment in other Member States .....	17
§ 1. In the Host State .....	18
A. Tax treatment of permanent establishments of EU companies.....	18
B. Tax treatment of subsidiaries of EU companies .....	19
§ 2. In the State of residence.....	20
A. Tax treatment in the State of residence of permanent establishments located in other Member States .....	20
B. Tax treatment of subsidiaries established in other Member States.....	21
Section 2. Losses of companies and consolidation .....	22
§ 1. Losses of EU companies with a permanent establishment in another Member State .....	22
A. In the State of residence.....	22
B. In the Host State .....	24
§ 2. Intra-group losses and transfers (consolidation) .....	25
A. Loss offset within EU multinational groups.....	25
B. Deduction of losses from intra-group participations .....	28
C. Intra-group tax deductible transfers .....	29
§ 3. Intra-group loans .....	30
A. Thin capitalization rules .....	30
B. Withholding tax.....	31
Chapter III. Taxation of company shareholders .....	31
Section I. Tax treatment of outbound dividends.....	32
§ 1. Withholding tax on outbound dividends .....	32
§ 2. Tax credit for dividends.....	35
Section 2. Tax treatment of inbound dividends.....	37
§ 1. Branches and economic double taxation of dividends .....	37
§ 2. Differential taxation of shareholders based on company residence .....	38
Section 3. Differential treatment of in- and outbound dividends transiting through an investment fund.....	48
Section 4. Tax treatment of acquisition, holding and alienation of shares .....	49
§ 1. Acquisition and holding of shares.....	49
§ 2. Deduction of costs related to participations.....	49
§3. Capital gains on shares.....	50
Chapter IV. Exit taxes.....	51

Section 1. Individuals .....	51
Section 2. Companies .....	52
§ 1. Permanent establishment .....	52
§ 2. Transfer of company seat.....	52
A. Lex societatis.....	52
B. The Delaware Syndrome.....	53
C. ECJ Case-Law .....	54
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>64</b>
<b>Partie III. Analyse des directives, règlements, traités spéciaux et Aide d'Etat.....</b>	<b>66</b>
<b>Titre I - Harmonisation positive.....</b>	<b>67</b>
CHAPITRE I DIRECTIVE MÈRES-FILIALES ET SON EXTENSION .....	67
Section 1 Le but de la directive mères-filiales.....	68
§ 1 Champ d'application .....	69
§ 2 Mère et filiale : notions .....	70
A Notion de société mère.....	70
B Société filiale .....	72
C Durée de détention de la participation .....	72
§ 3 Imposition du dividende au niveau de la société mère : exonération ou imputation .....	72
§ 4 Imposition du dividende au niveau de la filiale.....	74
A Exonération de la retenue à la source.....	74
B Interdiction de perception d'une retenue à la source dans l'État de la société mère .....	75
C Maintien des impôts anticipés.....	75
§ 5 Sociétés fiscalement transparentes .....	76
Section 2 Interprétation de la directive.....	77
Section 3 Effet direct de la directive .....	78
Section 4 Disposition anti-abus .....	83
Section 5 Distribution de dividendes aux actionnaires individuels et de portefeuille.....	83
Section 6 Exemple : Application en France.....	85
CHAPITRE II DIRECTIVE FUSIONS.....	85
Section 1 Nécessité.....	85
§ 1 Champ d'application .....	87
§ 2 Opérations visées.....	87
A Fusions .....	88
B Scissions.....	90
C Scission partielle.....	91
D Apports d'actifs (Apport d'universalité ou apport de branches d'activités).....	91
E Echanges d'actions.....	93
§ 3 Régime fiscal commun.....	93
A Régime de la société apporteuse et de la société bénéficiaire.....	93
B Régime fiscal des associés des sociétés concernées .....	95
§ 4 Apports d'actifs.....	95
§ 5 Echange d'actions .....	96
Extension du champ d'application de l'échange d'actions .....	96
§ 6 Double imposition à l'occasion d'apports d'actifs et d'échange d'actions.....	97
A Apports d'actifs .....	97
B Echange d'actions .....	97
§ 7 Sociétés transparentes.....	98
A Société apporteuse transparente.....	98

B Société associée transparente.....	98
C Société bénéficiaire transparente .....	98
§ 8 Clause de sauvegarde.....	99
A Clause générale de sauvegarde contre la fraude et l'évasion fiscale.....	99
B Clause nationale contre les abus de droit.....	101
C Clause spéciale de sauvegarde contre la fraude et l'évasion fiscale.....	101
§ 9 Transfert de siège d'une société européenne ou d'une société coopérative européenne.	102
CHAPITRE III DIRECTIVE SUR LES PAIEMENTS D'INTÉRÊTS ET DE REDEVANCES ENTRE SOCIÉTÉS ASSOCIÉES ET DE DIFFÉRENTS ETATS MEMBRES .....	105
Section 1 Définition des intérêts et redevances.....	106
Section 2 Définition des sociétés associées et des établissements stables .....	106
Section 3 Exigence supplémentaire : la qualité de bénéficiaire effectif.....	107
Section 4 Conditions de durée.....	108
Section 5 Conditions administratives.....	108
Section 6 Fraudes et abus .....	108
Section 7 Exemple : Application en France.....	108
CHAPITRE IV DIRECTIVE CONCERNANT LES IMPOTS INDIRECTS FRAPPANT LES RASSEMBLEMENTS DE CAPITAUX .....	109
CHAPITRE VI CONVENTION RELATIVE À LA CORRECTION DES BÉNÉFICES ENTRE ENTREPRISES ASSOCIÉES .....	110
Section 1 Statut juridique.....	110
Section 2 La Convention.....	111
§ 1 Champ d'application .....	111
§ 2 Procédure .....	111
A Procédure aboutissant à un accord immédiat.....	112
B Procédure amiable et solution unilatérale.....	112
C Procédure amiable .....	112
D Procédure consultative .....	112
CHAPITRE VIII Directive européenne sur la coopération administrative – Le FATCA européen.....	113
Section 1. Institutions financières .....	115
Section 2. Comptes déclarables .....	117
§ 1. Compte financier.....	118
§ 2. Titulaire du Compte financier.....	118
A. Personnes devant faire l'objet d'une déclaration .....	118
B. Entités non financières passives (ENF) .....	119
Section 3. Déclaration .....	120
Section 4. Communication .....	121
Section 5. Diligence raisonnable.....	121
§ 1. Comptes de personnes physiques.....	121
A. Comptes de personnes physiques préexistants .....	121
§ 2. Comptes d'entités.....	124
A. Comptes d'entité préexistants .....	124
B. Nouveaux comptes d'Entités.....	125
Section 6. Echange de rulings.....	126
CHAPITRE IX Directive anti-évasion fiscale .....	129
§ 1. Limitation des intérêts .....	129
§ 2. Imposition à la sortie.....	130
§ 3. Clause anti-abus générale.....	131
§ 4. Sociétés étrangères contrôlées.....	131
<b>CHAPITRE X ASSISTANCE AU RECOUVREMENT .....</b>	<b>133</b>

**CHAPITRE XI LA CONCURRENCE FISCALE ET LES RÈGLES  
APPLICABLES AUX AIDES D'ETAT DANS L'UNION  
EUROPÉENNE ..... 134**

§ 1.	Historique .....	134
§ 2.	Application des règles relatives aux aides d'Etat aux mesures fiscales .....	135
§ 3.	Application des critères de l'aide d'Etat aux incitants fiscaux.....	136
a.	Un bénéfice sans contrepartie.....	137
b.	Aide accordée par un Etat membre ou au moyen de ressources d'Etat.....	138
c.	Possibilité d'un effet sur les échanges entre Etats membres et distorsion de la concurrence.....	140
d.	Sélectivité .....	141
§ 4.	Compatibilité des aides avec le marché intérieur.....	151
a.	Compatibilité de iure.....	151
b.	Aide qui peut être déclarée compatible.....	151
§ 5.	Récupération des aides d'Etat illégales .....	153
§ 6.	Action en annulation.....	154
§ 7.	Concurrence fiscale dommageable et aides d'Etat : comparaison .....	154
<b>CONCLUSION .....</b>		<b>156</b>